Miradas actuales al derecho antidiscriminatorio

Nuria Reche Tello
Rosario Carmona Paredes
(Dirección)

UNIDAD DE IGUALDAD
UNIVERSITAS Miguel Hernández

Dykinson, S.L.

Miradas actuales al derecho antidiscriminatorio

Nuria Reche Tello
Rosario Carmona Paredes
(Dirección)

Francisco Almenar Pineda
Angel Káryoli Antezana Ygreda
Itziar Artíñano Ortiz
Davit Benavent Cuquerella
José Luis Chuquizala Viera
Egla Cornelio Landero
Tomás de Domingo Pérez
Santiago García Campá
Alfredo Islas Colín
Nuria León Pérez
Ana López Mas
José Fernando Lousada Arochena
Lara Martínez de Aragón López
Mª Ángeles Moraga García
Laura Nuño Gómez
Pablo Pareja Ferrer
Cristina Ortega Giménez
Fernando Rey Martínez
Esther Seijas Villadangos
Antonio V. Sempere Navarro
María Concepción Torres Díaz

UNIDAD DE IGUALDAD
UNIVERSITAS Miguel Hernández

Dykinson, S.L.

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

Este ebook se encuentra registrado bajo licencia Creative Commons.
Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)
Para más informción, consulte la web:
https://creativecommons.org/share-your-work/cclicenses/

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2025

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
http://www.dykinson.es
http://www.dykinson.com

ISBN: 979-13-7006-917-9

DOI: https://doi.org/10.14679/4620

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Índice

Prólogo 9
Antonio V. Sempere Navarro

Introducción 21
Nuria Reche Tello y Rosario Carmona Paredes

Primera parte
EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO EN PERMANENTE CONSTRUCCIÓN

Igualdad de trato y de oportunidades en la Ley 15/2022 24
Fernando Rey Martínez

¿Avanzando hacia la igualdad de trato y la no discriminación? Desafíos en la proyección autonómica de la Ley 15/2022 31
Esther Seijas Villadangos

Del universalismo particularista al representativo: claves para la construcción de un sujeto político verosímil 54
Laura Nuño Gómez

La igualdad sustantiva en la era del *backlash*: neoliberalismo, globalización y giros iliberales 77
Lara Martínez de Aragón López

La discriminación por omisión 97
Santiago García Campá

El fenómeno de la discriminación múltiple en el artículo 314 del Código Penal 129
Francisco Almenar Pineda

Los *emojis* como nueva forma de discriminación digital 👿😒😵‍💫 .. 147

Cristina Ortega Giménez

Moderación de contenidos y responsabilidad empresarial: el rol jurídico de la industria farmacéutica frente al discurso de odio misógino en el ámbito de la salud digital 182

Itziar Artíñano Ortiz

¿Criminalizar el odio? 205

Tomás de Domingo Pérez y Pablo Pareja Ferrer

Derecho procesal y la protección reforzada frente a la discriminación 226

Nuria León Pérez

Configuración jurisprudencial del derecho a la igualdad y no discriminación en Ecuador 250

José Luis Chuquizala Viera

Una mirada laboralista al derecho antidiscriminatorio 263

Antonio V. Sempere Navarro

Segunda parte:
LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN DE LAS MUJERES Y COLECTIVOS ESPECIALMENTE VULNERABLES

El concepto jurídico de interseccionalidad a través del estudio de algunas intersecciones: mujeres racializadas, con discapacidad, mayores y en el rural 298

José Fernando Lousada Arochena

La violencia económica de género como forma de discriminación sexista: estado de la cuestión y retos de futuro desde la *praxis* jurídica del foro 321

María Concepción Torres Díaz

Problemas de la praxis en la atención a las víctimas de violencia de género, tras 20 años de aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género 345

Mª Ángeles Moraga García

La agravante por razón de género en los delitos contra la libertad sexual 372

Ana López Mas

El derecho a la educación de las personas con discapacidad en la transición a la universidad en Perú y España 384

Angel Káryoli Antezana Ygreda

La responsabilidad de las entidades bancarias en la disposición de fondos de personas con discapacidad: análisis crítico de la STS 1263/2024, de 7 de octubre de 2024 406

Davit Benavent Cuquerella

Violación al principio de no discriminación a migrantes en México 424

Alfredo Islas Colín y Egla Cornelio Landero

Prólogo

Antonio V. Sempere Navarro
Catedrático de Universidad.
Magistrado del Tribunal Supremo

La condición de jurista suele comportar una forma de contemplar la realidad circundante, de modo que donde aparece un peligroso adelantamiento de tráfico se piensa en la aplicación del Código Penal; donde se adivina una camarera que está siempre presente en el local se intuye un desconocimiento de las reglas sobre tiempo de trabajo; donde surge bombardeos a población civil se echa de menos el respeto a los Tratados internacionales; donde aparecen conductas opuestas al orden institucional se piensa en la Ley Fundamental; y así sucesivamente. El filtro jurídico aporta una visión, que debiera ser sosegada y proactiva, respecto de la realidad circundante, sea próxima o lejana.

Lo que aborda esta obra, tan coral como interesante, no es una reflexión sobre la realidad sociológica, sino que, presuponiéndola, se centra en el propio objeto material de la ciencia jurídica. Podría pensarse, entonces que la rúbrica de la poligrafía es redundante, pues el oficio de jurista atiende "al Derecho" y que bastaría con haber utilizado las dos últimas palabras, ambas de suficiente enjundia y alcance ("Derecho antidiscriminatorio"). Ese pensamiento sería poco acertado. Porque con los dos términos iniciales ("Miradas actuales") se nos da una información tan valiosa como correcta: estamos ante la respuesta plural (una veintena) a una llamada científica; no se pretende un examen exhaustivo, sino un recorrido plural de las sucesivas cuestiones propuestas, todas ellas afrontando problemas del presente.

La Primera Parte del volumen, EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO, EN PERMANENTE CONSTRUCCIÓN, ofrece una especie de lienzo impresionista, de modo que cada uno de los trazos posee belleza y vida propia, pero el mosaico, a su vez, dibuja una silueta reconocible como tal. Sin duda alguna, esta Primera Parte del libro ofrece una completa atalaya desde la que acceder a una docena de las principales cuestiones que viene suscitando la protección antidiscriminatoria.

1. Igualdad de trato y de oportunidades en la Ley 15/2022

El Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid advierte que la valoración sobre la norma ha de acompañarse de su necesaria aplicación práctica (Autoridad independiente para la igualdad de trato y la no discriminación, Estrategia estatal de igualdad y no discriminación, etc.).

Además, el Profesor Fernando Rey Martínez advierte que la norma responde a un modelo de igualdad que procede de Europa, de las directivas del año 2000, pero que, en realidad, tiene origen no en la tradición europea de la igualdad, sino en la norteamericana (de donde, por cierto, traen causa casi todas las categorías del Derecho Antidiscriminatorio: igualdad de trato, discriminación directa, indirecta, acciones afirmativas, discurso del odio, discriminaciones sistemáticas, institucionales, etc.).

Asimismo, se interroga sobre la pertinencia de haber incidido sobre materias ya contempladas en otras normas y sobre la condición de Ley ordinaria que la adorna, pese a versar sobre el contenido esencial del artículo 14 de la Constitución.

2. Desafíos autonómicos

La Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de León adopta una perspectiva territorial asentada en tres referentes: el estado de la cuestión plasmado en los informes realizados por el Consejo para la eliminación de la discriminación racial y étnica (CEDRE), la recepción jurisprudencial de la Ley y su acogida e incidencia efectiva en el ámbito autonómico de la mano de la legislación, sus reformas y proyectos de reforma, el principio de colaboración y su materialización, junto a los Planes de Igualdad de las Comunidades Autónomas.

La completa exposición de la Profesora Esther Seijas Villadangos finaliza exponiendo cuatro medidas que considera necesarias para que la Ley sea realmente útil:

1ª) Que *las autoridades competentes la apliquen de manera efectiva*. Para ello l*o primero que tienen que hacer es conocer dicha ley*, por lo que es preciso una reactivación de su difusión y traslación, sobre todo, a las administraciones autonómicas.

2ª) Segundo, *implementar* con una dotación de medios suficientes la *Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y No discriminación*, conforme al Tit. III de la Ley (arts 40-45).

3ª) Asumir que e*l Derecho antidiscriminatorio es una cuestión de sinergias territoriales que ha de pivotar en torno a la colaboración Estado-Comunidades Autónomas*. Además de esa colaboración transversal

a nivel estatal, es necesario divulgar su contenido y contar tanto con el tercer Sector cuanto con las entidades locales.

4ª) Cuarto, *la protección integral colaborativa frente a la discriminación ha de recaer en la educación y en la sociedad*, y por ello la urgente necesidad de seguir avanzando en derechos y en su garantía.

3. Claves para la construcción de un sujeto político verosímil.

Laura Nuño Gómez, Profesora Titular de Derecho Constitucional (Uniersidad Rey Juan Carlos) aporta su estudio *Del universalismo particularista al representativo: claves para la construcción de un sujeto político verosímil.*

Concluye que la bienvenida evolución acumulativa en la conceptualización y juridificación de la igualdad, tanto en lo relativo a su extensión, o las personas sobre las que se predican los mismos derechos, como en respecto a su intensidad y cobertura debe asumir una reconceptualización que interpele el par norma/defecto como estructura de inteligibilidad jurídica. De forma tal que se logre desestabilizar o irracionalizar la noción de identidad liberal entronizada en un hegemonismo esencialista promotor de una estereotipia estigmatizante que genera exclusión y discriminación.

La diversidad debe reconocerse como un hecho y la igualdad como un reto. Pero ello requiere una transformación epistemológica, normativa e institucional imposible de abordar sin incorporar la riqueza conceptual de la filosofía feminista, la perspectiva de género, es decir, la no androcéntrica, como metodología y la amplitud de miras de un enfoque interseccional que interpele el sesgo del universalismo particularista. Un reto pasaría por asumir una reconfiguración de la igualdad, tanto en sentido normativo como prescriptivo, de forma tal que se garantice el "igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor atribuido a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo distinto a todos los demás y de cada individuo una persona como todas las demás".

4. Los cuestionamientos de la igualdad sustantiva

Bajo el título de *La igualdad sustantiva en la era del backlash: neoliberalismo, globalización y giros iliberales,* la profesora de la Universidad Rey Juan Carlos, Lara Martínez de Aragón López, examina la evolución histórica del principio de igualdad sustantiva, desde su consolidación en el marco del Estado social y democrático de derecho hasta su actual cuestionamiento en el contexto del giro reaccionario contemporáneo anteriormente apuntado.

El análisis aborda, por un lado, los procesos internos de erosión democrática y, por otro, el debilitamiento deliberado del sistema internacional de protección de los derechos humanos, situando ambos fenómenos

en un marco histórico y estructural que permite comprender sus interrelaciones. Asimismo, se explora el papel de los movimientos sociales -con especial atención al feminismo transnacional- y de los procesos constitucionales recientes que, en distintas latitudes, han buscado reinstalar la igualdad sustantiva como núcleo normativo del pacto democrático.

Examen que se realiza a la luz del concepto de *backlash*, formulado por Susan Faludi, para describir las ofensivas políticas, culturales y mediáticas destinadas a revertir los avances logrados por los movimientos feministas y de derechos civiles. Estas reacciones, lejos de plantear una restauración abierta del pasado, operan mediante estrategias más sutiles pero igualmente efectivas: la deslegitimación simbólica, el vaciamiento normativo y la distorsión del sentido original de las conquistas igualitarias. De este modo, el *backlash* erosiona simultáneamente la eficacia jurídica y la legitimidad social de dichos avances, poniendo en cuestión los cimientos mismos del constitucionalismo democrático contemporáneo.

5. La discriminación por omisión

Dada la relevancia de la reciente jurisprudencia sobre inconstitucionalidad por omisión (al hilo de la acumulación de la protección por nacimiento en familias monoparentales), posee especial actualidad el estudio del Doctor Santiago García Campá sobre *La discriminación por omisión.*

Sostiene que el art. 4.1 *in fine* de la Ley 15/2022 ha configurado un nuevo tipo de discriminación, que propone denominar "discriminación por omisión", formado por cuatro conductas que vulneran el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación (art. 14 CE): el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la dejación de funciones y el incumplimiento de deberes, así como la inacción ante cualquiera de estos tres incumplimientos por el sujeto responsable de controlar su realización.

La discriminación por omisión es completamente nueva en nuestro ordenamiento jurídico, pues el trabajo no encuentra ningún rastro sobre ella, ni sobre los cuatro supuestos que dan lugar a esta nueva categoría, en legislación estatal y autonómica en materia de igualdad efectiva de mujeres y hombres, como tampoco en las leyes de igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Como se trata de un nuevo tipo de discriminación de construcción doctrinal, el estudio justifica su plena conformidad con los arts. 9.2 y 14 CE, a cuya progresión en la dimensión objetiva o derivada, propia de la igualdad de oportunidades, debe contribuir de modo decidido.

6. *La discriminación múltiple en el artículo 314 del Código Penal*

El Doctor de la Universidad de Valencia Francisco Almenar Pineda se ocupa de *El fenómeno de la discriminación múltiple en el artículo 314 del Código Penal.* Pone el acento en los supuestos de discriminación múltiple en el ámbito laboral que, a pesar de su mayor complejidad e intensidad respecto a la modalidad simple contemplada en el artículo 314 del Código Penal, sigue sin una previsión específica en ese u otro de sus artículos.

Esta carencia puede motivar que en la aplicación del precepto no se refleje claramente la realidad del hecho concreto, al estar centrado ese tipo en alguna de las razones que por sí solas pueden no ser discriminatorias, o que, incluso si se aprecian varias de ellas, aunque concurra mayor gravedad de la acción y la posterior omisión, la pena sea la misma. Por ello, la jurisprudencia ya desde el año 2012 venía solicitando una expresa previsión legislativa de la discriminación multifactorial, en la medida que esta situación puede resultar injusta para las personas que se encuentran sufriendo ese trato desfavorable.

7. *Los emojis y la discriminación*

Cristina Ortega Giménez, Profesora de la UMH, expone el sugestivo tema de *Los* emojis *como nueva forma de discriminación digital.* Progresivamente, estos símbolos abandonaron sus funciones originales –que permitían concebirlos como expresiones inofensivas y divertidas– para transformarse en instrumentos de reproducción de estereotipos y prejuicios. Esto los ha convertido en uno de los *blind spots* (puntos ciegos) más inquietantes de nuestra época, precisamente porque actúan como herramientas propias de la discriminación indirecta: una práctica aparentemente neutra que genera desventajas específicas para determinados grupos protegidos. Este carácter subrepticio hace que sean difíciles de identificar al operar a través de canales simbólicos y culturalmente naturalizados, como son los *emojis*. Para ilustrar este problema aporta una una tabla[1] que identifica y categoriza los principales iconos empleados, en la actualidad, con fines discriminatorios.

Nuestro ordenamiento jurídico todavía no cuenta con disposiciones que aludan explícitamente a la discriminación perpetrada a través de *emojis*. Esto crea un punto ciego normativo que facilita su uso para discriminar, generando impunidad para los agresores e indefensión para las víctimas. Por su parte, los tribunales los valoran como nuevos elementos probatorios. El desafío reside en afrontar las complejidades intrínsecas a estos símbolos (su ambigüedad, la dependencia del contexto y los pro-

1 Véase Tabla 1.

blemas de formato entre plataformas, etc). La ausencia de una conceptualización clara y de criterios jurídicos unificados en la jurisprudencia española podría transformar el problema de la discriminación a través de *emojis* en el temido *elephant in the room*.

8. Industria farmecéutica y misoginia

La doctoranda Itziar Artíñano Ortíz aporta una reflexión sobre materia muy específica: *Moderación de contenidos y responsabilidad empresarial: el rol jurídico de la industria farmacéutica frente al discurso de odio misógino en el ámbito de la salud digital.*

De su análisis se deriva la necesidad de un modelo sectorial de moderación ética con perspectiva de género que integre: políticas internas de tolerancia cero, cláusulas contractuales claras, mecanismos activos de moderación con formación especializada, canales accesibles de denuncia, acompañamiento victimocéntrico, cooperación intersectorial y con autoridades, y transparencia en la gestión. Iniciativas como un Código Deontológico Sectorial de Salud Digital con Perspectiva de Género o la creación de un Observatorio Independiente de Salud Digital y Género —de carácter multiactor, con funciones de monitoreo, evaluación y resolución extrajudicial— se perfilan como herramientas idóneas para sistematizar estos compromisos y anticipar la evolución normativa.

El compromiso empresarial en este campo trasciende el mero cumplimiento legal: se proyecta hacia la consolidación de la "salud informacional" como componente del derecho a la salud y como garantía de entornos digitales democráticos e inclusivos. La omisión negligente ya no puede ser interpretada como neutralidad pasiva, sino como una forma de incumplimiento de deberes de diligencia que genera responsabilidad civil, administrativa y, potencialmente, penal en un futuro próximo.

9. Criminalización del odio

Tomás de Domingo Pérez y Pablo Pareja Ferrer, integrantes del Departamento de Ciencia Jurídica de la UMH, se interrogan sobre la criminalización del odio.

Examinan nuestro marco punitivo para concluir que el discurso de odio es una manifestación de un problema social de mucha mayor hondura: la pérdida de lazos y vínculos compartidos. Por consiguiente, su solución debe buscarse en el terreno de la educación, de la cultura cívica y del fortalecimiento de los vínculos comunitarios. El reto, por tanto, no es construir una "democracia militante" que silencie voces incómodas, sino una democracia que busque la concordia, capaz de integrar la pluralidad,

afrontar la discrepancia sin miedo y transformar el conflicto en ocasión de aprendizaje colectivo.

En este horizonte, el Derecho sancionador puede tener un papel limitado, pero nunca central. La tarea decisiva es mucho más exigente: reconstruir los lazos de comunidad que hacen posible que sigamos queriendo vivir juntos a pesar de nuestras diferencias.

10. La protección procesal reforzada

La investigadora Nuria León Pérez aporta su estudio sobre *Derecho procesal y la protección reforzada frente a la discriminación.* Parte de que el compromiso del legislador tanto europeo como español con la persecución y consecución de una igualdad *efectiva* es claro, y ese es el núcleo de la actividad legislativa tan abundante en esta materia. Desde el punto de vista procesal se han realizado cambios que permiten una mayor protección frente a la discriminación, como es la ampliación de la legitimación, la inversión de la carga de la prueba, el llamamiento al proceso y los ajustes procesales en caso de que intervenga una persona en situación de discapacidad.

Todas estas cuestiones no son completamente nuevas, pues la inversión de la carga de la prueba por discriminación basada en el sexo, por ejemplo, ya se introdujo en la LEC con la Ley 3/2007, aunque como hemos observado se ha matizado con las Leyes 15/2022 y 4/2023. Sin embargo, son varios los aspectos que deberían preocupar al legislador, y a la sociedad en su conjunto. Por ejemplo, si bien se ha ampliado la legitimación para solicitar el inicio del proceso civil por causas de discriminación, creando incluso una figura con este objetivo como es la Autoridad Independiente, la puesta en funcionamiento de esta figura se ha retrasado mucho más de lo previsto, lo que ofrece una imagen poco comprometida por parte del legislador en la lucha contra la discriminación. Este aspecto también está relacionado con la figura del facilitador judicial, pues la legislación precisa de esta figura se está haciendo de rogar en las diferentes comunidades autónomas y, además, hay cuestiones que es necesario abordar con un mayor detenimiento, como el estatuto jurídico del facilitador judicial.

11. Aporte ecuatoriano

El Abogado y Doctor José Luis Chuquizala Viera enriquece la visión panorámica de la obra examinando la *Configuración jurisprudencial del derecho a la igualdad y no discriminación en Ecuador.*

12. Concluye la primera parte de la obra con *Una mirada laboralista al Derecho antidiscriminatorio*, de quien suscribe este prólogo, que intenta la contemplación unitaria del ordenamiento.

La segunda parte de la obra. LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN DE LAS MUJERES Y COLECTIVOS ESPECIALMENTE VULNERABLES, centra su atención en las discriminaciones padecidas por los colectivos especialmente tutelados.

1. Mujeres e interseccionalidad

El Magistrado y Doctor José Fernando Lousada Arochena se ocupa de *El concepto jurídico de interseccionalidad a través del estudio de algunas intersecciones: mujeres racializadas, con discapacidad, mayores y en el rural*. Parte de que si después del análisis de las intersecciones sexo con raza, discapacidad, madurez y ruralidad, se relee el concepto comunitario de discriminación interseccional surgen tres posibles combinaciones: 1ª) La más sencilla: cuando la discriminación se apreciaría aplicando por separado dos o más causas de discriminación (lo que se suele denominar como discriminación múltiple). 2ª) Una variante de la anterior: las causas de discriminación no operarían simultáneamente en el tiempo, sino sucesivamente. 3ª) La más compleja: al interseccionar varias causas de discriminación, se produce una situación de discriminación que no sería detectable aplicando esas causas separadamente.

Por ello, la parquedad de los conceptos comunitario y nacional de discriminación interseccional deja algunas cuestiones importantes todavía pendientes de su completo esclarecimiento. La solución debe pasar por la aplicación de la prudencia judicial utilizando el test de justificación más adecuado a las circunstancias, que en el caso de las prohibiciones de uso de vestimentas religiosas es el más laxo porque el factor religioso es el foco del conflicto, mientras que en el caso de las distintas edades de jubilación es el más estricto porque aquí lo esencial es el factor sexo.

2. Violencia de género económica

La constitucionalista de la Universidad de Alicante, María Concepción Torres Díaz, aporta su exposición sobre *La violencia económica de género como forma de discriminación sexista: estado de la cuestión y retos de futuro desde la praxis jurídica del foro*. La Profesora de Derecho constitucional de la Universidad de Alicante aborda la violencia económica de género como una forma específica de discriminación sexista, poniendo el foco en la conexión con el control socio-sexual ejercido por el agresor y la importancia de este como fórmula de violencia.

El capítulo se estructura sobre cuatro pilares fundamentales: la contextualización práctica en el ámbito de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer; el análisis crítico del marco nacional e internacional; la evolución

jurisprudencial, con especial atención al Tribunal Supremo; la identificación de carencias normativas y propuestas de reformas para dotar de entidad propia a esta modalidad de violencia.

Con todo ello, la Profesora concluye destacando cinco valiosas líneas de actuación prioritarias:

1ª El reconocimiento de la violencia económica de género de forma específica vinculada al sistema sexo-género, con base en estándares supranacionales y evolución doctrinal; 2ª Reformar el art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004 para incorporar expresamente esta manifestación y actualizar los tipos penales; 3ª Facilitar la aplicación judicial mediante seguridad jurídica interpretativa; 4ª Fortalecer la tutela antidiscriminatoria prestando especial atención al impacto emocional, patrimonial y educativo sobre mujeres, hijos e hijas; y 5ª Impulsar una reflexión crítica sobre la dimensión estructural de la violencia económica más allá del ámbito relacional.

3. Atención a la violencia de género

La Abogada del Colegio de Alicante y Profesora, Mª Ángeles Moraga García ofrece su visión sobre *Problemas de la praxis en la atención a las víctimas de la violencia de género.* Tras una exposición panorámica de la materia concluye lo siguiente

- La aprobación de la LIVG resultó un hito esencial en la lucha contra la violencia de género, y su implementación ha logrado avances significativos en la protección de las víctimas de violencia de género. Pero el camino no está resultando fácil y se vislumbra largo y tortuoso. Debemos de seguir trabajando, con ímpetu, en el objetivo de reconocer y aplicar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.
- Se hace necesario avanzar hacia una justicia que escuche a las víctimas y no perpetue su maltrato, para lo cual se hace imprescindible la impartición de la justicia desde una perspectiva no androcéntrica. No permitiendo la impunidad de los maltratadores, la revictimización de las víctimas, ni la inacción del sistema judicial.
- Si de verdad queremos que la Justicia Igualitaria sea una realidad en nuestro país, todas y todos los profesionales que trabajamos en el ámbito de la justicia, tenemos la obligación de reinterpretar el Derecho con perspectiva de género, para situar en posición de igualdad a las mujeres en sus derechos. Sin olvidar, que la violencia de género constituye un ataque brutal contra los Derechos Humanos.

4. El género como agravante

Como doctoranda de la UMH, Ana López Más, incorpora su estudio sobre *La agravante por razón de género en los delitos contra la libertad sexual.* Analiza la evolución histórica y normativa de la agravante de género, su desarrollo doctrinal, jurisprudencia relevante, problemas procesales, compatibilidades con otros delitos y agravantes, y proponer estrategias para optimizar su efectividad en la práctica judicial. Presta especial atención a cómo la agravante se integra en la práctica judicial española y su aplicación en delitos contra la libertad sexual.

Concluye que la prueba del elemento subjetivo -la motivación de género- sigue siendo compleja. Esto exige formación continua de los operadores jurídicos, protocolos de actuación claros y una mejor coordinación institucional. Tales herramientas resultan esenciales para garantizar que la aplicación de la agravante sea coherente, proporcional y sensible a la realidad de las víctimas.

Para optimizar la eficacia de la agravante recomienda la elaboración de guías prácticas para jueces y fiscales, el fomento de investigaciones interdisciplinares que integren aspectos psicológicos, sociológicos y jurídicos, y la vigilancia constante de la proporcionalidad de las penas, evitando duplicidades punitivas o decisiones arbitrarias que puedan comprometer la seguridad jurídica.

5. Otros temas específicos

Esta segunda parte de la obra, muy heterogénea en contenidos, se completa con las siguientes aportaciones:

Angel Káryoli Antezana Ygreda, Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, aporta *El derecho a la educación de las personas con discapacidad en la transición a la universidad en Perú y España.*

Davit Benavent Cuquella, Doctorando en la UMH, se centra en *La responsabilidad de las entidades bancarias en la disposición de fondos de personas con discapacidad: análisis crítico de la STS 1263/2024, de 7 de octubre de 2024.*

Alfredo Islas Colín y Egla Cornelio Landero, Investigadores en instituciones de México, se ocupan de *Violación al principio de no discriminación a migrantes en México*.

Todos los Capítulos responden a un mismo patrón, lo que se agradece especialmente en una obra que aspira a ser colectiva, que no meramente plural. La estructura interna, el sistema de citas, la exposición lineal y diáfana, la máxima actualización, son características comunes a todos ellos. De este modo, tanto la lectura de cualquiera cuanto su ocasional

consulta, si es que solo se busca determinada cuestión, acaban brindando utilidad y solvencia.

Desde este privilegiado puesto he accedido a la lectura de los originales, de modo que quedo doblemente agradecido a las Profesoras Nuria Reche Tello y Rosario Carmona Paredes, que me han obsequiado de ese modo.

Madrid, octubre de 2025

Introducción

Vivimos en una particular era del escepticismo y el cuestionamiento en todo aquello que atañe a los derechos sociales. Por mor de los vaivenes de la agenda política y sus enconados debates, la ciudadanía parece, en ocasiones, hastiada de reivindicaciones, y recibe con un arqueamiento de ceja cada iniciativa normativa y/o pronunciamiento jurisprudencial que aparezcan relacionadas con la protección de las minorías o la corrección de desigualdades. Siempre habrá alguien que sostenga que existen problemas más urgentes, y la discusión pública, dominada por una toma de posiciones lamentablemente simples, termina apoderándose de las prioridades con una voluntad de configuración de la realidad social que, en el fondo, responde a otro tipo de intereses.

Por eso resulta especialmente necesario reivindicar la labor académica en estos tiempos apresurados en los que todo se reduce a una confrontación de meras opiniones más o menos improvisadas. La obra presenta, en este sentido, un orgulloso carácter contracultural, por cuanto defiende el estudio en profundidad de las muy diversas facetas del derecho antidiscriminatorio como única vía para una toma de conocimiento cabal de una rama jurídica en permanente y, a menudo, compleja evolución. Y es que nos adentramos a gran velocidad en una época definida por nuevas formas de discriminación que surgen paralelas a la creación e implantación de los sofisticados medios tecnológicos que la hacen posible. Las cosas se han vuelto mucho más complicadas y sutiles que en los tiempos en los que las diferencias de trato basadas en el sexo, la raza o la condición sexual, por ejemplo, se manifestaban a través de actuaciones groseras y fácilmente identificables, aunque no por ello sencillas de combatir. En la actualidad la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno incluyen declaraciones formales de igualdad que articulan posibilidades de tutela al máximo nivel que puede ofrecer el derecho; y, sin embargo, basta con proyectar una mirada global a la cuestión, como la que pretende exponer esta obra, para darnos cuenta de que los mecanismos discriminatorios se han enraizado, por una parte, y renovado, por otra, de una manera que seguramente los estudiosos de finales del pasado siglo no hubiesen podido sospechar.

Nos gustaría pensar que la publicación de este libro, y la generosa respuesta de todas las autoras y autores invitados a colaborar en él, contribuya a proporcionar elementos de juicio y motivos de verdadero y reposado debate, sin perder de vista a los destinatarios últimos de la respuesta jurídica que merecen los actos discriminatorios, es decir, aquellos que los sufren, y con los que, desde nuestras respectivas posiciones, tenemos un compromiso ético inexcusable. Así lo subraya Martha C. Nussbaum cuan-

do, en su ensayo de 2010 sobre la necesidad de las humanidades, afirma que "las instituciones de educación superior tienen el deber cívico de cultivar la imaginación moral, porque solo así los ciudadanos podrán reconocer la humanidad de quienes sufren discriminación". Confiamos en que este volumen, mediante la exposición de los principales puntos de conflicto del derecho antidiscriminatorio contemporáneo, y más allá de su interés jurídico, facilite ese ejercicio de empatía que constituye la mejor cimentación de una sociedad democrática.

Nuria Reche Tello y Rosario Carmona Paredes

Primera parte
EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO EN PERMANENTE CONSTRUCCIÓN

Igualdad de trato y de oportunidades en la Ley 15/2022*

Fernando Rey Martínez
Universidad de Valladolid
frey@uva.es

Me toca hablar, casi de modo introductorio, de la idea de igualdad que anima y pretende la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Se trata de una ley necesaria porque por fin cumplimos con ella con los deberes que desde el año 2000 nos impone el llamado paquete igualdad del Derecho europeo (hemos necesitado casi un cuarto de siglo: antes hemos tenido un trampantojo que merecía una sanción por incumplimiento, no habíamos transpuesto las directivas, nos habíamos traspuesto) y es una ley interesante porque codifica en cierto sentido la materia.

Pero aparte de pagar, al menos formalmente, una deuda con Europa, mucho me temo que estamos en presencia de una norma de escasa incidencia práctica al menos mientras no se ponga en marcha su parte nuclear, nombrando al director o directora de la Autoridad independiente para la igualdad de trato y la no discriminación (algo que, según la disposición primera de la Ley debiera haber ocurrido a los 6 meses de su entrada en vigor, es decir, el 14 de enero de 2023, es decir, ahora mismo el Gobierno nacional lleva casi 2 años de retraso, exactamente hoy 22 meses de retraso). Tampoco se ha puesto en marcha la otra gran innovación de la Ley integral que es la Estrategia estatal de igualdad y no discriminación del art. 34.

En resumen, nos hemos vuelto a trasponer, lo que demuestra la escasa voluntad política existente para poner en marcha la norma, tanto por parte del gobierno como de la oposición, que tampoco lo pide. Si los actores políticos muestran desidia, los actores sociales apenas prestan atención porque no es una norma que introduzca mejoras concretas particularmente novedosas en relación con cualquier colectivo relacionado con los factores exclusógenos del art. 14 de la Constitución y, finalmente, tampoco es demasiado conocida por los operadores jurídicos (abogados, jueces, fiscales, etc.) porque el Derecho Antidiscriminatorio sigue sin enseñarse en serio en las aulas de las Facultades de Derecho españolas.

* Este texto reproduce la conferencia que su autor pronunció en la Universidad Miguel Hernández de Elche el día 14 de noviembre de 2024, invitado por la profesora Nuria Reche, en el marco del Congreso Nacional "Miradas actuales al Derecho Antidiscriminatorio".

Es una Ley, además, que, siendo general, llega tarde porque ya han sido aprobadas leyes en materia de discriminación por género, étnica, discapacidad, orientación sexual, etc. En España hemos puesto la carreta antes que los bueyes.

Por otro lado, se trata de una ley transversal que afecta a diversos ámbitos: laboral, educativo, etc. y eso genera problemas porque las autoridades respectivas prefieren que los avances regulatorios en cada uno de dichos campos provengan específicamente de sus departamentos y no del fondo de armario que es el ministerio de igualdad, que, hasta hace poco, estaba, además, en manos del socio de gobierno minoritario, algo que tiene suma relevancia para poner de verdad sobre la agenda política unos u otros temas. En todo caso, es evidente que el contenido de esta norma ni está ni se le espera en la agenda política española.

En dicha agenda sí está la igualdad de género o la igualdad por orientación e identidad sexuales, de modo potente, así que el feminismo institucional puede mirar con desdén e incluso con recelo la Ley Integral en la medida en que los avances de la igualdad en otros escenarios (el racial, por ejemplo), con voluntad política y con nuevos recursos económicos, quizá pudieran distraer fondos e interés que actualmente se concentran en la igualdad de género. Ciertamente, la igualdad entre mujeres y hombres es un objetivo prioritario y singular porque afecta a más de la mitad de la población y porque siempre el resto de discriminaciones empeoran cuando las víctimas son las mujeres (creo que el concepto de discriminación interseccional tiene sentido sobre todo en relación con la discriminación de género sumada a otras), pero las políticas de igualdad de género en España deben ser el faro que ilumine la estrategia a seguir respecto del resto de discriminaciones y no una suerte de agujero negro que de tan brillante densidad deje en la oscuridad a todas las demás desigualdades. Estas corren el riesgo de pasar a situarse en un ángulo muerto del feminismo.

Por si fuera poco, otro factor que se suma a la incomprensión general de la Ley integral es la difusa y profusa confusión sobre su sentido, esto es, sobre qué es la igualdad de trato que se menciona en su título y qué diferencias alberga sobre la igualdad de oportunidades. En este campo, las cosas no están claras, ni siquiera, como veremos, para el propio legislador. A esta clarificación conceptual me dedicaré, si me permiten, brevemente.

La Ley integral de igualdad de trato responde a un modelo de igualdad que procede de Europa, de las directivas del año 2000, pero que, en realidad, tiene origen no en la tradición europea de la igualdad, sino en la norteamericana (de donde, por cierto, traen causa casi todas las categorías del Derecho Antidiscriminatorio: igualdad de trato, discriminación directa, indirecta, acciones afirmativas, discurso del odio, discriminaciones sistemáticas, institucionales, etc.).

No es algo sobre lo que solamos reparar, pero existe una tradición europea del Derecho de la igualdad y existe una muy distinta tradición norteamericana del Derecho de la igualdad que es la que se acaba imponiendo en Europa a partir sobre todo del paquete de directivas sobre igualdad de trato del año 2000. Así pues, habría dos modelos europeos de igualdad, el tradicional y el contemporáneo, que coincide a grandes rasgos con el norteamericano.

Es importante comprender bien esto porque juristas, actores sociales y políticos acostumbramos en España a trabajar en el marco mental del modelo de igualdad europeo antiguo, el tradicional (el que aprendimos en la Facultad), ignorando bastante los conceptos del, sin embargo, triunfante en nuestra normativa modelo norteamericano. De hecho, la Ley integral española de 2022 (y las equivalentes autonómicas, la catalana y, quizá, pronto la vasca, en cuya redacción técnica he tenido el honor de intervenir) tienen como antecedente la creación, el 6 de marzo de 1961, por la *Executive Order* 10925 de Kennedy, del *Committee on Equal Employment Opportunity*, más tarde convertido en la actual *Equal Employment Opportunity Commission*. Esa Comisión federal para la igualdad de oportunidades en el empleo vela por el cumplimiento de la normativa federal anti-discriminatoria. Es verdad que se refiere sólo al empleo, pero abarca todos los rasgos sospechosos de discriminación. La Comisión federal investiga las denuncias de discriminación y si considera que las ha habido, primero intenta un acuerdo y si no lo consigue, puede interponer una demanda judicial. También proporciona asesoría, orientación, evaluación y sensibilización. En 2022, nuestro país ha importado lo que los norteamericanos habían creado exactamente hacía 51 años antes.

En Europa, tradicionalmente la idea de igualdad es una idea sobre todo política y no jurídica y se refería sólo a grupos sociales y no a personas concretas: es decir, no ha servido hasta hace poco para sostener y ganar demandas judiciales. Intenten encontrar ustedes una sentencia del siglo XIX o de bien entrado el siglo XX en el que la *ratio decidenci* fuera la igualdad constitucional.

En el siglo XIX, la burguesía utilizó la idea de igualdad primero para igualarse en derecho a los aristócratas y más tarde para defender la tesis de que obrero y amo eran totalmente iguales para contratar libremente lo que quisieran, legitimando de este modo el abuso y la explotación laboral depredadora del capitalismo manchesteriano. A finales del XIX y en el siglo XX, la idea de igualdad la utilizó el movimiento obrero para defender la igualdad real o de oportunidades y así se fue creando el Estado social y los derechos sociales aparejados. La idea de igualdad en la tradición europea es, por tanto, una idea central, pero fundamentalmente de tipo político, no jurídico. Una idea que aparece en los panfletos y documentos políticos, como era la Constitución en esa época, y no en sentencias y una idea que se concreta ju-

rídicamente no hace tanto, tras la Segunda Guerra Mundial en la cláusula del Estado social y la igualdad de oportunidades, esto es, en la declaración de la validez de los tratos jurídicos diferentes y favorables a todos aquellos que se encontraran en alguna situación de desventaja fáctica (cláusula que no existe en el ordenamiento norteamericano y que a muchos le sonaría poco menos que a comunista). La mayoría de la gente en España, experta en derecho o no, cuando escucha que hay una ley nueva de igualdad piensa, automáticamente, en mejoras concretas en ciertos ámbitos en favor de colectivos sociales en desventaja. Pero una ley de igualdad de trato no es esto.

El modelo norteamericano de la igualdad se construye no a partir de la división fundamental europea entre obreros y patronos, dado que aquella es una sociedad homogénea de burgueses o de personas que aspiran a serlo. Esta igualdad es la que observó con asombro y admiración Tocqueville en su viaje por Norteamérica. No, en Estados Unidos la lucha social radical ha sido siempre la racial. La abolición de la esclavitud fue la espoleta de la Guerra Civil en los años sesenta el siglo XIX y la lucha contra la discriminación racial fue el motivo del movimiento de lucha por los derechos civiles de los años sesenta del siglo XX, cuyo fruto fue la *Civil Rights Act* promulgada por Johnson (aunque impulsada por Kennedy) el 2 de julio de 1964. Esa fecha es, a mi juicio, (con el antecedente de la creación de la Comisión federal antes mencionada en 1961) la fecha de nacimiento del Derecho antidiscriminatorio en el mundo.

Esta Ley prohibía cualquier discriminación racial, sexual, religiosa o por origen nacional en los ámbitos electoral, laboral, escolar, de los servicios prestados al público (hoteles, restaurantes, etc.), habilitando a las autoridades federales a garantizar la igual protección jurídica que establece para todos los ciudadanos la Decimocuarta Enmienda de la Constitución Federal en todo el territorial nacional, también en los Estados del Sur. La Ley fue impugnada por invadir competencias de los Estados, pero el Tribunal Supremo federal falló a favor de su constitucionalidad considerando que el poder de comercio del Congreso federal abarca la regulación de los medios y las personas del comercio entre los Estados en Norteamérica. En efecto, en *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States* (1964) el Tribunal argumentó que la discriminación racial dificultaba, y en ocasiones impedía, encontrar alojamiento a algunos viajeros. Y ello, aunque los moteles tuvieran un carácter puramente local, ya que, si recibían viajeros, entonces podía regularse por el Congreso federal para proteger el comercio interestatal de la discriminación racial. De igual modo, en *Katzenbach v. McClung* (1964), el Tribunal sostuvo la legitimidad de la aplicación de la Ley de Derechos Civiles a cualquier restaurante que sirviera comida a viajeros de otros Estados o, incluso, si una porción significativa de ella provenía del comercio interestatal (lo que estimó, precisamente, en el caso: el 46% de los alimentos habían sido suministrados desde otro Estado).

El Derecho antidiscriminatorio se fue desarrollando en los Estados Unidos y, en general, en el mundo anglosajón, durante los años setenta y ochenta y desde ahí se ha ido irradiando a todo el orbe, a menudo a partir del Derecho internacional de los Derechos Humanos (ya desde el derecho de Naciones Unidas). En definitiva, el modelo norteamericano de igualdad es un modelo sobre todo jurídico y, por tanto, judicial, es un modelo que afecta sobre todo a individuos concretos y no a los grupos a los que pertenece, y es un modelo no tanto de igualdad de oportunidades cuanto de igualdad de trato por razones concretas: raciales, sobre todo, pero más tarde se fueron agregando otras: género, orientación y discriminación de género, edad o discapacidad. Hay una diferencia respecto del modelo norteamericano: en Estados Unidos, se identifica primero la raza, después el género, en Europa, al revés.

Regreso, pues, a la primera tesis: nuestro modelo europeo actual responde al modelo norteamericano, que pone más el énfasis en la igualdad (jurídica) de trato que en la igualdad (política) de oportunidades. Si miramos la ley estatal, encontramos muy claramente ambos modelos: por un lado, el norteamericano: se definen las categorías en el Título I, se establecen garantías de protección (las europeas de las directivas) en el capítulo 1º del Título II, y sobre todo en el Título III, dedicado a la Autoridad independiente para la igualdad de trato y la no discriminación (un nombre que suena horrible en castellano, por cierto, y que es poco preciso desde el punto de vista jurídico: el adjetivo independiente sobra porque según la normativa europea tiene que serlo sí o sí; la igualdad de trato y la no discriminación son expresiones idénticas: prefiero la de la igualdad de trato). Esta Autoridad es, sin duda, la mayor novedad del texto legal. El Preámbulo señala también que "esta ley no es una ley más de derechos sociales, sino, sobre todo de derecho antidiscriminatorio específico". Y también: "es una Ley de garantías" porque "no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen".

Pero la Ley tiene también el alma de ley de igualdad de oportunidades y eso se refleja en la supuesta mejora que pretende de la igualdad real en diversos ámbitos en el Capítulo II del Título I y luego (con una técnica legislativa harto dudosa que puede explicarse por no tener claros los modelos de referencia de los que estamos hablando) también en el capítulo 2ª del Título II bajo el *nomen iuris* de "promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva". Es evidente que el redactor de la Ley no ha entendido bien los conceptos que él mismo define (a partir de las definiciones del Derecho europeo) en el Capítulo 1º del Título 1. Hay otros ejemplos, como cuando califica la denegación de ajustes razonables como ejemplo de discriminación directa, siendo un caso claro de discriminación indirecta. En otras palabras: hubiera sido técni-

camente mejor agrupar la parte de la Ley de la igualdad de trato por un lado y la parte de la igualdad de oportunidades por otro. Hay que observar que es difícil hacer una ley "general" de igualdad porque afecta a muchos sectores sociales y porque, además, cada uno de ellos tiene en parte un recorrido normativo y judicial propio (no es lo mismo la discriminación por género o discapacidad, por ejemplo, que el resto).

Aún más. ¿Era estrictamente necesario legislar de nuevo sobre igualdad de oportunidades en esos ámbitos o sería preferible que los nuevos contenidos (si es que los hay y no son simples brindis al sol, tokenismo y postureo) se consignaran en la normativa específica? Otra crítica es que la Ley integral es desarrollo del art. 14 de la Constitución y de otros derechos fundamentales, por lo que tendría que haber sido dictada como ley orgánica. Pero el legislador sigue sin entender demasiado todo esto del modelo europeo actual de la igualdad (sigue en la tesis del modelo europeo antiguo de la igualdad como simple derecho social sin más, sin contenido propio, además, sino solo como condición de ejercicio del resto de derechos y no como un auténtico derecho fundamental con contenido propio).

En todo caso, una Ley de igualdad de trato ha de ser, sobre todo, una Ley de igualdad de trato y no de igualdad de oportunidades. Y cuando digo igualdad de trato me estoy refiriendo, fundamentalmente, a que debe potenciar las garantías de la igualdad de trato frente a discriminaciones directas e indirectas y esto se hace, sobre todo, con una configuración robusta del nuevo organismo de la igualdad, la Autoridad Por eso, a mi juicio, no es inoportuno, pero sí hasta cierto punto de vista secundario, la inclusión de nuevas medidas de igualdad de oportunidades.

Permitidme, para terminar (no ya con su paciencia, algo ya logrado, sino con esta charla) una palabra sobre la nueva Autoridad, organismo que ya ha sido concebido legalmente pero que aún no ha sido parido gubernamentalmente. El modelo legal de Autoridad cumple, por fin, con las exigencias europeas, pero yo le formulo dos críticas. Una: se ha optado por crear una nueva institución, yo creo que hubiera sido preferible encomendar las funciones de la Autoridad (asistir a las víctimas, realizar estudios e investigaciones y formular recomendaciones) al Defensor del Pueblo y figuras autonómicas equivalentes (algo que pueden hacer las leyes integrales de igualdad autonómicas, por cierto, lo digo por si se deciden a abrazar esta estrategia en Valencia). Hubiera sido una solución más barata (no sé si la gente ve bien que en un contexto de recursos públicos crecientemente escasos se creen 18+2 organismos públicos nuevos), es más identificable por las víctimas, pero también por los operadores políticos y jurídicos (sobre todo cuando no tienen claro la necesidad de toda esta nueva estrategia); ayudaría, por cierto, a dotar de mayor contenido y densidad a las defensorías, eliminando la tentación de su supresión; garantizaría mayor

eficacia puesto que en el caso de la creación de un organismo nuevo sin anclaje constitucional como sí tiene la defensoría, se corre el riesgo de creación sin efectivo cumplimiento; además, las defensorías sí cumplen sobradamente las exigencias que tienen que cumplir los organismos de igualdad de trato según la normativa europea; ya existe en el ámbito del Estado el antecedente de la atribución de nuevas competencias al Defensor del Pueblo no previstas por la Constitución como la de ser el mecanismo nacional de lucha contra torturas y malos tratos en el sistema de Naciones Unidas; las defensorías no tienen excesivo peso político o institucional, pero seguro que tienen más que un órgano de nueva creación de este tipo (lo cual es importante a la hora de convencer sobre las recomendaciones); y porque encomendar la garantía de la igualdad de trato a los defensores es la tendencia reciente más dominante en la mayor parte de los países europeos, por ejemplo, Francia, que primero crea una Autoridad específica y más tarde la integra en el defensor de los derechos.

La segunda crítica es que a la Autoridad no se le concede potestad sancionadora (que se deriva a los organismos específicos: si hay una discriminación educativa, por ejemplo, se encomienda a los inspectores educativos). Me parece que de esta forma la Ley y la Autoridad nacen desdentadas. La prohibición de discriminación por las causas del art. 14 CE ya han sido desarrolladas en nuestro ordenamiento, la Ley integral no crea la igualdad de trato en España y, sin embargo, las autoridades de sanción apenas lo hacen. Si tenemos una ley nueva, cabría esperar que fuera para cambiar en alguna medida el estado de cosas, pero me temo que este no va a ser el caso. Muchas gracias.

¿Avanzando hacia la igualdad de trato y la no discriminación? Desafíos en la proyección autonómica de la Ley 15/2022

Esther Seijas Villadangos

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de León

> "Son muchas las fronteras que hay que desmantelar, pero las más importantes son las de nuestros corazones y nuestras mentes, esas son las fronteras que separan a la humanidad de sí misma"
>
> Ai Weiwei, *The Guardian 2018.*

Sumario: I. Planteamiento: realidad de la discriminación, recepción jurisprudencial de la Ley y acogida en las políticas públicas, en particular, las autonómicas. II. Los tres pasos en la senda territorial de la Ley 15/2022: norma básica, supletoria y prevalente. Hacia un espacio estatal y otro autonómico. III. Trazabilidad de la actuación autonómica en materia de igualdad de trato y no discriminación: la avanzadilla catalana y las trincheras populistas. IV. Reflexión final: los desafíos en la protección de la igualdad de trato y la no discriminación. Bibliografía.

I. Planteamiento: realidad de la discriminación, recepción jurisprudencial de la Ley y acogida en las políticas públicas, en particular, las autonómicas

Habiendo transcurrido un tiempo más que prudencial desde la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de la *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, e incluso un lustro desde su impulsora catalana, la *Ley 19/2020, de 30 de diciembre, de igualdad de trato y no discriminación*, nos planteamos si ambos textos, de cuyas virtudes y defectos, en clave territorial ya nos hemos ocupado y preocupado[1], han sido un

[1] Seijas Villadangos, E. "La necesaria dimensión autonómica de la ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación", en *IgualdadES*, n.º 9, 2023, pp. 45-77 doi: *https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.9.02*

revulsivo en el avance hacia la igualdad de trato y la no discriminación en España, un Estado territorialmente descentralizado, un Estado autonómico.

Vamos a asentar nuestro planteamiento preliminar en tres referentes: el estado de la cuestión plasmado en los informes realizados por el Consejo para la eliminación de la discriminación racial y étnica (CEDRE) en el periodo referido[2], la recepción jurisprudencial de la Ley y su acogida e incidencia efectiva en el ámbito autonómico de la mano de la legislación, sus reformas y proyectos de reforma, el principio de colaboración y su materialización, junto a los Planes de Igualdad de las Comunidades Autónomas.

Si partimos del análisis de la realidad de la discriminación en España, los datos en el periodo que transcurre desde la entrada en vigor de la Ley son sobrecogedores. En 2023 los casos de discriminación racial registrados por el CEDRE supusieron un 64% más que en 2022, en cifras absolutas 2582 casos, registro que solo es la punta de un iceberg, dado que las infradenuncias, argumentadas desde el miedo y la desconfianza hacia las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el desconocimiento de la legislación, pudieran incrementar exponencialmente esa cifra (p. 8). Las minorías que más denunciaron fueron latinoamericanos, gitanos y africanos y territorialmente los incidentes discriminatorios se desarrollaron en todas las Comunidades Autónomas, destacando Madrid, Andalucía, Cataluña y Canarias (p. 47 de la *Memoria anual de resultados del servicio de Asistencia y Orientación a víctimas de discriminación 2023*)[3]. Así, se concluye que "en 2023 ha sido difícil aplicar la Ley de Igualdad de Trato y no discriminación ya que sigue siendo desco-

---

Seijas Villadangos, E. "La colaboración estatal y autonómica para la efectiva aplicación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, un nuevo traje para el emperador", en Martín Guardado, S. (dir.), *Mujeres, esfera pública e interseccionalidad,* A coruña, Colex, 2024, pp. 169-192.

[2] Partiremos del Informe emitido el 12 de julio de 2022 por el Consejo para la e*liminación de la discriminación racial o étnica (Cedre) respecto al marco estratégico de ciudadanía e inclusión contra la xenofobia y el racismo 2021/2027*, precisamente fecha de la promulgación de la ley Integral para la Igualdad de Trato y la No discriminación hasta llegar a la *Recomendación del mismo órgano (Cedre) sobre medidas para prevenir y erradicar la discriminación étnico-racial en el acceso al derecho humano a la vivienda*, de 19 de marzo de 2025, uno de los contenidos esenciales de la Ley 15/2022 (art. 20), tomando especial referencia la *Memoria anual de resultados del servicio de Asistencia y Orientación a víctimas de discriminación 2023,* publicado el 23 de octubre de 2024. (*https://igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es/menunovedades/novedades/*).

[3] A nivel autonómico los diferentes informes en materia de discriminación llegan a conclusiones similares. Por ej. en la Comunidad Autónoma de Cataluña, el informe *Les discriminacions a Catalunya*, elaborado en julio de 2024 por la Oficina d'Igualtat de Tracte i no discriminació Departament d'Igualtat i Feminismes señala un dato impactante. El 33% de las personas han estado discriminadas alguna vez en Cataluña, y si hay perfiles más proclives a dicha discriminación, "ningún grupo se escapa a la misma". Por su parte, a nivel local, por ejemplo, en la Ciudad de Barcelona, el informe del Observatorio de las Discriminaciones del 2023 revela un incremento de las denuncias por discriminación en dicha ciudad. En total se registraron 865 situaciones de discriminación, 234 más que en el año anterior. Además, en 252 de los casos se identifican dos motivos de discriminación: el racismo y la xenofobia. Las entidades privadas o empresas son los principales agentes discriminadores, y los derechos que vulneran con más frecuencia son el derecho a la integridad moral, principalmente por motivos de LGTBI-fobia, racismo, salud y género, el derecho a acceder a un servicio público de calidad y el derecho a la prestación de servicios.

nocida, incluso para las administraciones que deben aplicarla" (p. 48 de la Memoria). Si nos centramos en el problema de la vivienda, uno de los más acuciantes para todos en España y, seguramente, a nivel global los datos no resultan nada halagüeños. Los grupos poblacionales árabe y amazigh y la población gitana, junto a la población afrodescendiente son los que más perciben dicha discriminación[4]. Los datos son apabullantes. "La situación más frecuente de discriminación por origen racial o étnico, con un 27,5%, fue el hecho de que no le alquilaran una vivienda, seguido, de un 24,1%, que dicen haberles puesto excusas, dado evasivas o establecidos requisitos extraordinarios para alquilar una vivienda. Además, un 22,3% afirma que no les han dejado empadronarse por motivos de origen étnico o racial y más del 6%, reconoce haberse encontrado con un anuncio escrito con términos discriminatorios o excluyentes por motivos raciales. Finalmente, el 14,2% de las personas encuestadas afirma haber sufrido el rechazo del vecindario en algún momento del último año" (2024)[5]. El denominado "racismo inmobiliario" es una de las manifestaciones más incisivas de trato discriminatorio, con una normalización que conlleva que el 99% de las inmobiliarias aceptaría cláusulas racistas[6], en un contexto donde la vivienda es nuestra principal preocupación[7].

La recepción jurisprudencial de la Ley presenta luces y sombras. Si la Justicia ordinaria ofreció tempranamente ejemplos encomiables de su utilización[8], poco tardó en ignorarla de modo palmario[9]. Por otro lado, la Ley 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y la no discriminación* ha tenido una exigua recepción en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tres de los recursos de inconstitucionalidad que han introducido en su fundamentación resolutiva la referencia a esta Ley comparten que su planteamiento tiene origen en la manipulación ideológica y populista que se hace por los recurrentes (Grupo parlamentario Vox) del

[4] Datos obtenidos desde el Estudio sobre la percepción de la discriminación por origen racial o étnico en España, por parte de las potenciales víctimas en 2024. *El impacto del racismo en España.* Madrid. Ministerio de Igualdad. Febrero de 2025.

[5] Recomendación del CEDRE sobre medidas para prevenir y erradicar la discriminación étnico-racial en el acceso al derecho humano a la vivienda, de 19 de marzo de 2025, p. 2.

[6] PROVIVIENDA, *¿Se alquila? (2) Racismo y segregación en el alquiler de vivienda*. Madrid, Provivienda, 25 de marzo de 2025.

[7] CIS, *Estudio nº3496. BARÓMETRO DE FEBRERO 2025,* p. 12.

[8] Sentencia 00124/2023, Juzgado de lo Social N.º 3 de León, de 18 de mayo. Declaración de nulidad de un despido, condenando a la empresa demandada a la readmisión inmediata, tomando como como principal fundamento de derecho la discriminación por razón étnica (gitano), desde el reconocimiento de la entrada en vigor de la Ley 15/2022, cuya característica fundamental es "ser una ley de garantías, que no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen" (F.D. 3º).

[9] Sentencia 223/2024, de 21 de mayo, de la Audiencia Provincial de León y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 38/2023, de 27 de abril. Se utiliza la pertenencia a la etnia gitana como un atenuante y las costumbres de dicha etnia como un elemento para fundamentar la apreciación de un atenuante en un delito de agresión sexual continuada a una menor.

derecho antidiscriminatorio y de la igualdad de trato. Dos sentencias se refieren incidentalmente a la Ley 15/2022 (SSTC 34/2023, de 18 de abril, FJ 7 y 92/2024, de 18 de junio, FJ 3). El primer recurso a la misma se realizó para validar la constitucionalidad de dos incisos referidos a la inserción a la "perspectiva de género" que la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, *de Educación* (LOMLOE), realizaba en materia de orientación educativa y profesional del alumnado, tanto en la educación secundaria obligatoria (art. 22.3 LOMLOE), como en el bachillerato (art. 35. 1 LOMLOE). El Tribunal sostiene que dichas referencias solo persiguen reforzar la competencia digital y actuar sobre desigualdades detectadas, sin imponer ninguna "perspectiva o adhesión ideológica", algo que es coherente con la Ley 15/2022, cuyo art. 4.4 establece "que establece «[e]n las políticas contra la discriminación se tendrá en cuenta la perspectiva de género y se prestará especial atención a su impacto en las mujeres y las niñas como obstáculo al acceso a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias, entre otros» (FJ 7). En el cuestionamiento a 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* el Tribunal sustenta la constitucionalidad del carácter transversal de la perspectiva de género en "todas las políticas públicas" (STC 92/2024, de 18 de junio, FJ 3), sobre un triple argumento que pivota sobre la consideración de la igualdad como un valor superior (art. 1.1 CE), con la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE) —esto es, igualdad material— y con el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), como acepción formal de la misma que determina la concepción constitucional de todos los derechos y libertades. Con todo, es la STC 89/2024, de 5 de junio la que aborda directamente, frente a la incidentalidad de los otros dos pronunciamientos, la constitucionalidad de la Ley 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y la no discriminación.* Su lectura se condensa en tres mensajes: su plena constitucionalidad; su compatibilidad con el respeto a la neutralidad ideológica del Estado y su coherencia con el principio de progresividad o interdicción de la regresividad en el respeto de los derechos de las personas, pilares que confluyen en la decisiva contribución de la Ley a la construcción de una cultura constitucional de respeto y promoción de los derechos humanos. Así, se enfatiza que la perspectiva de género y tras ella, agregamos, la consolidación de un derecho antidiscriminatorio, no compromete la neutralidad ideológica del Estado, no es un caballo de Troya mediante el que se persiga una manipulación ideológica,

salvo que por la misma se entienda "el respeto a los valores constitucionales" (STC 89/2024, de 5 de junio, FJ 2 *in fine*), respecto a los que supone un avance, particularmente sobre la acepción de igualdad ex arts. 1.1, 9.2 y 14 CE. Podemos sostener, por consiguiente, que el Alto Tribunal apuesta por una interpretación "Living tree", compatible con el originalismo que se deriva de la literalidad constitucional de proteger la igualdad.

En este punto queremos hacer una mención iniciática, por eso la ubicamos en el planteamiento, aunque es un elemento medular de la tesis que deseamos transmitir: una militancia activa en la defensa de un derecho antidiscriminatorio en el que han de colaborar preceptivamente todas las instituciones, en particular las autonómicas, al margen de la ideología que sustenten quienes las gobiernen. ¿Cabe innovar en la protección de los derechos humanos o debemos atarnos a la literalidad constitucional y el inmovilismo del diseño original de la Constitución? ¿Cabe enfrentar un criterio hermenéutico originalista a uno de adaptación de la interpretación constitucional al avance de la sociedad y de sus necesidades, una interpretación *Living Tree*? ¿Cómo debemos interpretar las normas de igualdad y no discriminación, conforme a los criterios de originalismo y textualismo vs. constitucionalismo viviente?[10] Teniendo la mirada puesta en la influyente jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense cuyos pronunciamientos en materia de tratamiento de minorías y construcción de un derecho antidiscriminatorio son referencia inexcusable en la materia, nos parece oportuno hacer una alusión a la tensión que desde su sede se ha extrapolado respecto a cómo interpretar la Constitución y las leyes antidiscriminatorias, si desde la concepción con que originariamente se concibieron o desde la evolución que ha experimentado la sociedad. La preocupación desde la óptica española sobre esta tensión hermenéutica radica en un repunte de una defensa populista, oculta bajo un velo originalista, que pugna por bloquear y cuestionar avances legislativos en la interdicción de la discriminación apelando a una deriva ideológica, que en clave prospectiva podría instalarse —en sentido radicalmente opuesto, ignorando jurídicamente la regulación antidiscriminatoria— si esas fuerzas políticas acceden al poder con más intensidad de la alcanzada hasta ahora. ¿La protección jurídica de las minorías debe evolucionar o involucionar conforme a los sentimientos de justicia y libertad presentes coyunturalmente en la sociedad?

[10] Una reflexión sobre esa tensión puede verse, por ejemplo, en interesantes comentarios de su aplicación en materia de minorías. REY MARTÍNEZ, F. (2023), "Manual de instrucciones para utilizar el concepto de igualdad a fin de que las minorías étnicas no la alcancen. (Sentencia del Tribunal Supremo Federal norteamericano SFA, Inc. v. President and fellows of Harvard College y University of North Carolina, de 29 de junio de 2023)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 129, 267-303. doi: *https://doi.org/10.18042/cepc/redc.129.09*. NUEVO LÓPEZ, P. (2020). "Interpretación constitucional y derecho antidiscriminatorio. A propósito del caso Bostock y el futuro del originalismo", en *Anuario Iberoamericano De Justicia Constitucional*, 24(2), 449-464. *https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.14*

Asociamos la figura del juez Scalia como el primer defensor del originalismo, criterio hermenéutico que rechazaba la teoría de que los tribunales deberían "actualizar" las normas antiguas para que reflejen los valores de la sociedad en cada momento, incluso si el legislador se aparta de los mismos. Esta posición se contrasta con un activismo judicial asociado a una actitud progresista que considera a las Constituciones y, en un sentido lato a las leyes, como textos vivos necesitados de una adaptación al momento en el que se aplican. Esa antítesis, originalismo vs. constitución viviente se podría traducir simplistamente en conservadurismo vs. progresismo, pero ¿se puede mantener esa dicotomía en la actualidad? Vamos por partes, el originalismo asociado a textualismo como criterio de interpretación pasa por atribuir a la norma el sentido ordinario que se desprende del texto, y no un mero literalismo que tome el sentido de las palabras de manera aislada a como se entienden en una determinada comunidad de lenguaje. Dos razones avalarían esta corriente interpretativa: el imperio del Derecho y rendición de cuentas democrática. Una sociedad gobernada por el imperio del Derecho debe tener normas que puedan ser conocidas y entendidas por la ciudadanía. Y la vinculación judicial al sentido ordinario de la norma facilita la rendición de cuentas democrática de los representantes electos por las normas que aprueban. El constitucionalismo viviente se adscribiría a una especie de activismo judicial de corte progresista que, partiendo de considerar las normas como textos vivos, atribuiría a los tribunales la responsabilidad de su adaptación a los cánones de justicia y libertad presentes en la sociedad en cada momento. Si retornamos a nuestro interrogante de asociar originalismo a conservadurismo y constitucionalismo viviente a progresismo, veremos que es una falacia. Desde el originalismo, "únicamente la palabra escrita es la ley", también se puede abrazar una interpretación progresista, como se hizo en 2020 con la sentencia *Boston vs. Clayton County*, donde se extrapola el aval constitucional para la prohibición frente a la discriminación por razón de orientación sexual o de identidad de género, desde la Ley de Derechos Civiles de 1964 estadounidense. Igualmente, la deriva ultraconservadora que se ha alcanzado democráticamente/iliberalmente en algunos estados, como el propio Estados Unidos o alguna de las Comunidades Autónomas españolas, apunta a que un criterio hermenéutico de constitucionalismo viviente podría ser más involutivo, antiprogresista y antiminoritario que la opción originalista. El papel de los Tribunales debe asentarse en velar por el respeto a la Constitución, desde el legislador y desde los operadores jurídicos. Esta tarea es relativamente sencilla cuando el legislador ha avanzado, como es el caso de la Ley 15/2022, pero qué pasaría si la legislación es involutiva. El Tribunal debería respetar el interés constitucional presente en la Constitución y adecuarlo a las nuevas realidades, eso es originalismo, que resulta compatible con el avance en la protec-

ción de los derechos y no amilanarse, replegando las alas de la protección de los derechos y valores constitucionales, cuando el legislador constriñe ese espíritu constitucional.

Siguiendo con la recepción jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha incluido la recepción de esta ley en aspectos formales/procesales del enjuiciamiento, destacando la referencia al art. 19.2 de la misma donde se establece la obligación de las administraciones públicas de favorecer la información y accesibilidad a la justicia de los grupos especialmente vulnerables, lo que lleva a redactar la sentencia en "formato de lengua fácil" (TS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, Sentencia 339 /2023, de 10 de mayo, F. 21; STS 341/2023, de 10 de mayo, F. 15)[11], pero también en el contenido sustantivo de sus pronunciamientos. Así, es destacable la fundamentación jurídica de la decisión jurisprudencial que sostiene que "la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, tiene derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho", en base precisamente a la consideración del derecho para la igualdad de trato y no discriminación como un principio informados del ordenamiento jurídico, concretamente desde los arts. 4.4 y 7 de la Ley 15/2022, de 12 de julio (STS, sala de lo Social, Secc. 1ª, 272/2023, de 13 de abril, F. 7). Esta misma traslación sustantiva ha tenido eco en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia. (V. gr. STSJC, Sala de los Social, Secc. 1ª, 658/2023, de 3 de febrero, F. 5º).

En este planteamiento no podemos soslayar la dimensión política de la igualdad de trato y la no discriminación. Por un lado, su traslación en textos normativos, por otro su reflejo en las específicas políticas públicas. Si hacemos una reflexión ampliando nuestro plano de análisis, el panorama es bien inquietante, en particular el que fluye desde Estados Unidos. Surge lo que podemos concebir como disposiciones e instituciones troyanas, esto es, pretendidamente o formalmente concebidas para defender la igualdad y la no discriminación, pero cuyo uso ideológicamente sesgado contribuye radicalmente a todo lo contrario. Sería un derecho antidiscriminatorio iliberal, pese a la *contradictio in adiecto* que supone. Estamos pensando en tipos normativos como las *Executive Order* (ej. *Defending women from gender ideology extremism and restoring biological truth to the federal government,* de 20 de enero de 2025[12]), o en instituciones de referencia en la lucha antidiscriminación como el *Comittee on Equal Employment Opportunity.* Precisamente una *executive order*, fue el punto de partida del derecho an-

[11] Ledesma Narváez, M., "Los caminos del Tribunal Constitucional hacia una justicia inclusiva". En C. Landa Arroyo. *La construcción de la democracia y la garantía de los derechos* (pp. 11-25). Lima: Palestra, 2021, p. 13.

[12] *https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/defending-women-from-gender-ideology-extremism-and-restoring-biological-truth-to-the-federal-government/*

tidiscriminatorio de la mano de las *positive actions*, la *Executive Order 10925*, de 6 de marzo de 1961, del Presidente John F. Kennedy. A través de esta disposición se crea el *Comittee on Equal Employment Opportunity* (que en 1965 se transforma en la *Equal Employment Opportunity Commission*), la institución federal que hasta ahora se ocupaba de las políticas de igualdad: *www.eeoc.Gov* y ordenaba que todos los proyectos financiados con fondos federales *take affirmative action* para asegurar la contratación y los derechos laborales de todas las personas sin discriminación racial. En enero de 2025 Trump ha confirmado el nombramiento de Andrea Ruth Lucas como presidenta de la Comisión, quien destaca por sus críticas a las iniciativas DEI (*Diversity, Equity and Inclusion*) que considera promotoras de una discriminación inversa, esto es contraria a la mayoría. Igualmente ha liderado las críticas de la aplicación de la legislación federal en materia de Derechos civiles a las personas transgénero[13]. En el Boletín informativo de esta Comisión de 25 de marzo de 2025 se hace una glosa de sus actuaciones en sus primeros sesenta días de mandato. Destacan algunas iniciativas, claramente populistas e ideologizadas, como "prometer que las universidades rindan cuentas por el antisemitismo en los lugares de trabajo del campus[14]; centrar la EEOC en proteger a los trabajadores estadounidenses del sesgo antiamericano; y restaurar el papel de la EEOC de proteger a las mujeres en el lugar de trabajo eliminando la ideología de género". (*https://content.govdelivery.com/accounts/USEEOC/bulletins/3d8ae56*).

Volviendo a España, si analizamos los planes de igualdad aprobados por las comunidades autónomas desde julio de 2022 (II Plan para la Igualdad de Mujeres y hombres en el Parlamento Vasco, 2023-2027; I Plan de Igualdad de la Asamblea Regional de Murcia (Boletín Oficial ARM, 19 de junio de 2023); VI Plan Estratégico para la Igualdad de mujeres y hombres en Extremadura 2023-2026 o el I Pla d´Igualtat del Parlament de les Illes Balears (2023), en cuyas pp. 8-9 se cita normativa estatal en la materia), en ninguno de ellos se hace la más mínima mención a la Ley 15/2022. A nivel estatal, la Proposición de Ley Orgánica contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 15 de marzo de 2024, realiza más de una veintena de remisiones a la Ley 15/2022, cuyos ecos apenas se dejaban entrever ni en el propio Ministerio que la reifica, ni en la espejo DG de igualdad de Trato y No discriminación y contra el Racismo,

[13] Mark, J. (enero 21, 2025). "Trump appoints Commissioner Andrea Lucas to oversee EEOC", en *The Washington Post.*

[14] A diferencia de Columbia, Harvard se opone a esas exigencias, lo que le ha supuesto la congelación de fondos federales (2200 millones de dólares), al rechazar la exigencia trumpista de persequir el antisemitismo en el campus y el ideario wok. *El País,* 15 de abril de 2025. *https://elpais.com/internacional/2025-04-14/la-universidad-de-harvard-rechaza-las-exigencias-de-trump-para-mantener-la-financiacion-federal.html*

de cuya actividad rescatamos su participación el 17 de abril de 2024 en el Foro Permanente de Personas Afrodescendiesntes de Naciones Unidas en Ginebra, donde se hace gala de que en España se ha "aprobado", una Ley para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, la celebración en Barcelona del Foro Global contra el Racismo y la Discriminación, los días 10 y 11 de 2024 en Barcelona, la referencia a la Ley 15/2022 en la declaración institucional con motivo del Día Internacional de la Eliminación de la Discriminación Racial, el 18 de marzo de 2025 Sin embargo, frente a ese estatismo, a comienzos del mes de abril de 2025 —lejos de lo preceptuado en la DA 1ª de la Ley que marcaba un plazo de "seis meses desde la entrada en vigor de la ley"— se formula la propuesta de nombramiento de María Teresa Verdugo como Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación[15], un impulso positivo y loable en la materialización de la efectividad de la Ley (*https://www.igualdad.gob.es/comunicacion/notasprensa/el-consejo-de-ministros-comunica-la-propuesta-de-nombramiento-de-maria-teresa-verdugo-como-autoridad-independiente-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion/*). Un impulso definitivo hacia el avance en la aplicación del derecho antidiscriminatorio, en la implementación de la Ley 15/2022.

II. los tres pasos de la senda territorial desde la Ley 15/2022: norma básica, supletoria y prevalente. Hacia un espacio estatal y otro autonómico

El análisis de la Ley desde la trilogía semántica que tradicionalmente ocupa el reparto competencial (concurrencia, bases, competencias compartidas) depara dos espacios de actuación formales (comunidades autónomas y Estado) que necesariamente han de colaborar en la práctica si se quiere dotar de eficacia al texto.

Espacio estatal. La consideración de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación como una norma *básica* halla dos argumentos sustantivos. En primer término, la justificación de la ley a partir de su "vocación de convertirse en el mínimo común normativo" —Preámbulo. II. Justificación de la Ley—, que se refuerza en el artículo 7, dedicado a la interpretación de la ley, en el que se indica que "consagra los niveles mínimos de protección", en lo que se vincula a una nueva disciplina jurídica desig-

[15] En el proceso de su nombramiento se ilustra un ejemplo de manual del bicameralismo desigual que nos caracteriza. Así, el art. 41.4 de la Ley 15/2022 establece que para hacerse efectivo dicho nombramiento deberá efectuarse una previa comparecencia en las comisiones correspondientes del Congreso de los Diputados y del Senado, pero será únicamente el Congreso, a través de la comisión competente y por mayoría absoluta quien podrá aprobar o rechazar dicho nombramiento, con lo que se posterga al Senado a ser un mero convidado de piedra.

nada como "derecho antidiscriminatorio"[16]. Si tomamos la literalidad de esa presentación de la ley como "mínimo común normativo", parece no haber dudas sobre su adscripción como bases dentro del campo de competencias concurrentes Estado-Comunidades Autónomas. No obstante, no ayuda el inciso que lo precede cuando lo asume tímidamente y casi sin convicción, como una especie de desiderátum, "tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo". Parece que el legislador apela a una dimensión prospectiva de las bases, según la cual un ulterior pronunciamiento del Tribunal Constitucional, aparejado con un futuro desarrollo de las normas autonómicas vendrían a confirmar ese carácter básico, condicionado también de la colaboración con las autonomías. Estaría así cerca de lo que el Alto Tribunal ha descrito como "pretendidamente básico" (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 7). El Tribunal Constitucional ha ratificado esa condición de básica, al asumir que la Ley incorpora las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio y sus garantías básicas, como establece el preámbulo, de modo que "se integra con naturalidad en la evolución normativa" (STC 89/2024, FJ 2f). Su catalogación como básica, desde un marco competencial concurrente, se materializa en el diseño de unas directrices, que se exponen como objetivos, fines u orientaciones, en un sentido positivo, que se concreta en regular unos "niveles mínimos de protección" (art. 7), que no pueden ser minorados por las comunidades autónomas, a la vez que no perjudica a otros niveles de protección más favorables.

En segundo término, reforzando esa genérica catalogación de básica, se ha de referir a la identificación específica[17] como "básico" de la práctica totalidad del articulado de la ley, si bien diferenciando el fundamento constitucional de anclaje. Para ello, la DF 8ª, que determina el título competencial en el que se ampara la potestad estatal para regular en materia de igualdad y no discriminación, identifica exhaustivamente el contenido de la ley en el que se regulan "condiciones básicas" (DF8ª 1) o aquel del que se predica su "carácter básico" (v. gr. DF 8ª.3).

En primer término, el espacio estatal de la ley se ciñe a acotar las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, de acuerdo con el artículo 149.1.1.ª de la Constitución, en materia de igualdad de trato y no discriminación se vincula a su conceptualización como derecho, a las medidas de protección y promoción, a su defensa y al régimen sancionador. Muestran un contenido esencialmente de naturaleza ontológica y

[16] Rey Martínez, F., *Derecho antidiscriminatorio*, Pamplona, Aranzadi, 2023. Barrère Unzueta, M. A., "Filosofías del Derecho antidiscriminatorio: ¿qué Derecho y qué discriminación?: una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio", en *Anuario de filosofía del derecho*, 34, p. 14.

[17] Jiménez Campo, J. (1989). "¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el estado autonómico". *Revista Española de Derecho Constitucional* 9 (27), p. 60 y ss.

procesal que se refuerza orgánicamente con la regulación de una Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la no Discriminación. Estaríamos ante una especie de legislación básica sobre las bases[18]. Con estas disposiciones se busca una conceptualización transversal que condicione instrumentalmente las actuaciones autonómicas[19]. Sin embargo, no podemos obviar que desde este art. 149.1. 1ª CE no se puede derivar una competencia extensamente configurada, sino las garantías básicas de la igualdad, en este caso de un modo aparentemente redundante, para la igualdad de trato y la no discriminación (STC 82/1986, de 26 de junio, FJ 4).

La articulación, en un marco competencial de concurrencia, propiamente de unas bases, que se han de desarrollar autonómicamente, anexadas a la adscripción sustantiva de un "carácter básico" de acciones en materia del derecho a la igualdad de trato y no discriminación se presentan desde una doble faz, una sustantiva conectada a ámbitos materiales acotados (atención sanitaria, seguros, vivienda, o redes sociales) y otra instrumental (actuaciones administrativas, subvenciones o formación).

El espacio de actuación estatal se cierra cuando el legislador apuntala la existencia de preceptos que son de aplicación a la Administración General del Estado. Estos se refieren a disposiciones orgánicas, potestades normativas y a las actuaciones técnicas necesarias para verificar la eficacia de la regulación. Así, podríamos referir la afectación del Ministerio Fiscal (art. 32), en base a la competencia exclusiva estatal para regular este órgano constitucional, para el que el art. 124.3 CE establece una reserva de ley en la regulación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y que se prolonga en DF 5ª, desde la que se procede a la modificación de dicho Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal[20].

---

[18] MUÑOZ MACHADO, S. "Comparecencia en la Comisión para la evaluación y modernización del Estado autonómico". *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados,* XII Legislatura, 2018, 638, p. 7.

[19] Los preceptos que regulan esas condiciones básicas son los contenidos en el Título Preliminar —referido al objeto de la ley, su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación—, el Título I —donde se procede a la definición y conceptualización del derecho a la igualdad de trato y no discriminación—, con algunas excepciones (artículos 9 a 11 —el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena, la negociación colectiva y en el trabajo por cuenta propia—, art. 15 —derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria—, art. 17.2 —derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso a la contratación de seguros o servicios financieros afines y en sus condiciones—, art. 20.2 —derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso a la vivienda—, y art. 22 —medios de comunicación social y publicidad, internet y redes sociales—). Igualmente, la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales ex art. 149.1.1ª CE se materializa en los artículos 25 —medidas de protección y reparación frente a la discriminación— y 33 —promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación— del Título II —defensa y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación—, el Título III —la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación— y el Título IV —infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación—.

[20] Igualmente, la modificación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (DF 6ª), la modificación del 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, es potestad estatal (DF 7ª) y la habilitación para el desarrollo reglamentario de esta ley (DF 9ª).

Por su parte, la necesidad de reforzar el contenido de la ley con herramientas técnicas implica la elaboración de una Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la No discriminación que, aun asentándose en el principio de colaboración, recae dentro del ámbito estatal, atribuyéndose la potestad para su aprobación al Consejo de Ministros y su preparación a la Conferencia Sectorial de Igualdad (art. 34.2). El impulso a la colaboración, elemento medular de la eficacia de esta ley, se asienta igualmente en el marco de la responsabilidad de la Administración General del Estado, focalizándose en la Conferencia Sectorial de Igualdad (art. 35.2).

Finalmente, todo lo que concierne a estadísticas y estudios, con la finalidad de hacer efectivas las disposiciones de la ley y de cualquier otra legislación específica al respecto, o más bien de verificar dicha efectividad, recaen dentro de la Administración General del Estado. No obstante, la alusión a los poderes públicos apunta acertadamente a la necesaria confluencia de los mismos para verificar dicha efectividad (art. 36. 1).

En la misma línea, de formal adscripción estatal —dentro de la delimitación competencial residual efectuada por la DF 8.13—, pero material atribución concurrente, podemos referir la regulación del diálogo con las organizaciones no gubernamentales (art. 39). Esta se adscribe dentro del ámbito de responsabilidad de la Administración General del Estado, si bien la literalidad del precepto sitúa como sujetos activos de tal práctica también a las Administraciones de las comunidades y ciudades con Estatuto de Autonomía, así como a las entidades locales (art. 39.1), evidenciando una de las tesis de este estudio que se refiere a la necesidad de la dimensión autonómica de la ley para alcanzar su objetivo, erradicar la discriminación. La clave viene de la mano de la colaboración[21] y de su implementación.

El *espacio autonómico* viene marcado por dos referentes competenciales: las competencias concurrentes y las compartidas. La concurrencia competencial se predica cuando confluye la función legislativa estatal estableciendo las bases y la autonómica, desarrollándolas. Las competencias compartidas atribuirían la legislación al Estado y la ejecución a las comunidades autónomas.

Dentro del ámbito de actuación autonómico derivado de la *concurrencia* competencial y, por consiguiente, vinculado a lo básico, hallamos en esta ley funciones que se adscriben a la regulación integre las condiciones básicas y desarrolle las bases fijadas.

Ese necesario espacio autonómico de actuación en la búsqueda de una ausencia de la discriminación se obtiene también desde un *ámbito competencial compartido*, que el propio legislador deslinda de las condiciones bá-

[21] Esther SEIJAS VILLADANGOS: "La necesaria dimensión autonómica de la ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación" en *IgualdadES*, 9, pp. 45-77 doi: *https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.9.02*

sicas o del carácter básico, a modo de excepción, desde la fundamentación de la potestad estatal a partir de ámbitos materiales exclusivos del Estado con respecto a la regulación de las diferentes ramas del derecho (laboral, mercantil, civil o procesal). En ese sentido, se enfatiza la fundamentación constitucional de los artículos 9 a 11 —el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena, la negociación colectiva y en el trabajo por cuenta propia, que se catalogan como legislación laboral, estableciéndose su aplicación en todo el Estado, de conformidad con lo establecido en el art. 149.1.7ª CE que reserva al Estado la competencia exclusiva sobre la misma—. En este espacio competencial la función autonómica ha de vincularse a la ejecución.

Un segundo referente es la consideración de la ley como *supletoria*. "La presente ley tiene carácter supletorio en las comunidades autónomas con competencias propias en la materia que hayan legislado sobre la misma" (DF 8ª. 14). Este mecanismo de cierre, la supletoriedad, ha de complementarse con los principios de especialidad y prevalencia, desde los que se aspira a diseñar un marco normativo antidiscriminatorio integral, coherente y eficaz.

En positivo, la regla de la supletoriedad, en tanto que cláusula de reenvío, consiste en una instrucción a los agentes jurídicos y no a los legisladores autonómicos, para que en el proceso de aplicación del derecho revuelvan aquellas lagunas con las que se encuentren a través de una remisión al Derecho estatal (STC 118/1986, de 20 de octubre, FJ 6). Por ello ese carácter supletorio surte efectos respecto a aquellas comunidades autónomas que han legislado en la materia. Para el resto, la finalidad de esta cláusula supletoria tiene otro objeto. En estos supuestos, el propósito será radicalmente distinto, adscribiéndose a una función de impulso y promoción de la legislación a partir de esos mínimos que marca su contenido básico, pero no para rellenar ese vacío legislativo. "La cláusula de supletoriedad no permite que el derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia" (STC 68/2021, de 18 de marzo, FJ 9). Vinculado al anclaje competencial concurrente, la concepción hispana del mismo es bien distinta a la germana, de la que solo tomamos el significante. El art. 72.1 LFB establece que "los Länder tienen la facultad de legislar mientras y en la medida que la Federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa". En España el legislador estatal no desplaza al autonómico, sino que lo impulsa y promueve. Cosa bien distinta será lo que ocurre si el legislador autonómico ha desarrollado las bases, adelantándose al estatal.

Respecto a las comunidades autónomas que han legislado en este ámbito, en particular, Cataluña, pero también sectorialmente Andalucía, Madrid, Comunitat Valenciana o, a nivel estatutario, Castilla y León, lo que se busca es la prevención de una laguna en su efectividad. "El presupues-

to de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del derecho" (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 8). Con este objetivo se pondría en entredicho "la concepción de la cláusula de supletoriedad como como una disposición de carácter temporal, establecida para salvar los vacíos jurídicos que pudiesen afectar a los ordenamientos jurídicos de las Comunidades Autónomas durante su proceso de formación y perfeccionamiento"[22], buscando una dimensión más contemporánea de la supletoriedad, encaminada a una vocación de permanencia en el tiempo y herramienta clave para evitar la petrificación de la regulación estatal. Una clara reminiscencia de la tesis de Otto sobre la misma[23].

Esta concepción de la supletoriedad que sustenta la ley hay que conectarla con otros dos principios, *especialidad y prevalencia*, para completar la vocación integral de la ley. La Ley 15/2022 tiene un marcado carácter general, por lo que lo establecido en la misma se entiende sin perjuicio de los regímenes específicos más favorables establecidos no solo en la normativa autonómica, sino también en la estatal, en materia de prevención y erradicación de la discriminación (art. 3.2). Es decir, las leyes especiales van a prevalecer sobre el contenido general de la misma, fruto de un proceso de autointegración conducente a la articulación de un marco integral de protección frente a la discriminación. "La presente ley consagra los niveles mínimos de protección y no perjudica las disposiciones más favorables establecidas en otras normas, debiendo prevalecer el régimen jurídico que mejor garantice la no discriminación" (art. 7). Igualmente, se ha de conectar con el carácter básico del que hablábamos previamente. Esta conceptualización del derecho antidiscriminatorio estatal como de mínimos contempla una diversidad de desarrollos autonómicos que no pueden ser impedidos[24] por una normativa estatal que amparada en la supletoriedad cierre y desplace esa diversidad, pero ¿cuándo se oponen a la misma, reduciendo a un mero simbolismo el derecho antidiscriminatorio?

III. Trazabilidad de la actuación autonómica en materia de igualdad de trato y no discriminación: la avanzadilla catalana y las trincheras populistas

La legislación autonómica en materia de derecho antidiscriminatorio tiene como referente en su concepción general o integral a la Ley 19/2020

[22] Biglino Campos, P. (1997). La cláusula de supletoriedad: una cuestión de perspectiva. Revista Española de Derecho Constitucional, 17 (50), p. 58

[23] De Otto y Pardo, I. (1988). Derecho Constitucional (Sistema de fuentes). 2ª ed. Barcelona: Ariel, p. 283.

[24] Lasagabaster Herrarte, I. (1999). La interpretación del principio de supletoriedad y su adecuación a los principios constitucionales rectores del estado de las autonomías. Revista Española de Derecho Constitucional, 19 (55), p. 61.

de 30 de diciembre, *de igualdad de trato y no discriminación de la Comunidad Autónoma de Cataluña*. El análisis de este texto, en clave relacional con la Ley 15/2022, depara los siguientes apuntes.

Competencialmente, plantea una quiebra a la lógica temporal según la cual primero aparecen las bases y, posteriormente, el desarrollo de las mismas. Este desarrollo, *ex ante*, de las bases, se integra en el ordenamiento desde el principio de la supletoriedad de la Ley 15/2022 (DF 8.14), siempre y cuando se sustente en competencias "propias". Esa propiedad competencial no solo ha de vincularse a la exclusividad, sino también al desarrollo, sobre un anclaje estatutario. Por su parte, el desarrollo de unas bases non natas se sustenta en su diseño sobre el respeto a los principios constitucionales.

Materialmente, puede considerarse como el referente inspirador e impulsor de la ley estatal. En primer lugar, la ley adelanta esa naturaleza común e integral, lo que conlleva su proyección en diferentes ámbitos, hasta un total de dieciséis, de aplicación material: desde el empleo y la función pública, hasta los cuerpos y fuerzas de seguridad, pasando por la educación, la vivienda, la Administración de justicia, los medios de comunicación y las redes sociales.

En segundo término, se realiza una clasificación taxonómica mucho más exhaustiva que la estatal, apoyada en un riguroso glosario de definiciones (art. 4) del que la Ley 15/2022 prescinde. Así, esa minuciosidad se remite a la eliminación de cualquier discriminación que traiga causa por razón de nacimiento o lugar de nacimiento; procedencia, nacionalidad o pertenencia a una minoría nacional; raza, color de piel o etnia; opinión política o de otra índole; religión, convicciones o ideología; lengua; origen cultural, nacional, étnico o social; situación económica o administrativa, clase social o fortuna; sexo, orientación, identidad sexual y de género o expresión de género; ascendencia; edad; fenotipo, sentido de pertenencia a grupo étnico; enfermedad, estado serológico; discapacidad o diversidad funcional, o por cualquier otra circunstancia de la condición humana, real o atribuida. En particular, en una aproximación interseccional[25], las que vienen motivadas por el racismo y la xenofobia; del antisemitismo, la islamofobia, la arabofobia, la cristianofobia, la judeofobia o el antigitanismo; de la aporofobia y la exclusión social; del capacitismo; de la anormalofobia; del sexismo; de la homofobia o la lesbofobia, la gayfobia, la transfobia, la bifobia, la intersexofobia o la LGBTIfobia. Todas estas actuaciones evidencian la necesidad de incorporar a las normas las nuevas tendencias en materia de derechos[26],

[25] La Barbera, M. y Espinosa Fajardo, J. (2022). La interseccionalidad en las políticas públicas. En M. Alonso Álvarez, y M. Lois González, (edit.). Género y política. Nuevas líneas de análisis ante la cuarta ola feminista. (pp. 151-168). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 151.

[26] Figueruelo Burrieza, A. (2022). Nuevas tendencias en materias de derechos y libertades. Navarra: Aranzadi, p. 18.

pero a la vez es una alerta sobre el riesgo de petrificación jurídica de los estereotipos como mecanismos de desigualdad[27].

Una de las singularidades de esta norma es la habilitación de instrumentos para la protección y la promoción del derecho a la igualdad y no discriminación. Entre ellas, el principal, inspirador de la estatal Autoridad Independiente para la Igualdad de trato y No Discriminación —la diferencia estriba en el carácter unipersonal del estatal y el colegiado del autonómico—, es el Organismo de Protección y Promoción de la Igualdad de Trato y la No Discriminación. Su creación en marzo de 2022 le ha convertido en el único organismo específico encargado de velar por el cumplimiento de la ley, con el objetivo de evitar toda forma de discriminación, directa o indirecta, tanto en el sector público como en el ámbito privado. Está integrado, por un lado, por un comité de expertos que puede intervenir en procedimientos de instrucción y sanción y elaborar informes, generalmente facultativos y no vinculantes, salvo en los casos en que la Administración sea parte en el procedimiento que evalúe, y, por otro, por una comisión de seguimiento del cumplimiento de la norma. A este se agregan tres mecanismos de seguimiento y protección: el Centro de Memoria Histórica y Documentación de la Discriminación —organismo encargado de la custodia de archivos, registros y documentos, incluidos documentos audiovisuales, de las entidades que luchan contra la discriminación en el ámbito social, político y cultural que deben ser de libre acceso para la ciudadanía—; el Observatorio de la Discriminación y la Comisión para la Protección y la Promoción para la Igualdad de Trato y la No Discriminación. Un paralelismo entre ambos diseños normativos evidencia una sólida similitud funcional, diferenciándose en la naturaleza jurídica. Mientras el organismo estatal se concibe como una Entidad de Derecho Público, con plena independencia y autonomía funcional respecto de las administraciones públicas (art. 41.1), la institución catalana apuesta por su conexión política a un departamento (art. 33.2) y por una estrecha conexión al Parlamento, al que debe rendir cuentas y que se cuela en su organigrama al exigir que en la Comisión de seguimiento haya un representante de cada grupo parlamentario (art. 33.4 b) lo que redunda en un alejamiento de la necesaria independencia funcional que avalaría un deseable órgano que ha de velar por la no discriminación.

El cambio en la orientación política del gobierno de la Comunidad Autónoma, tras las elecciones de mayo de 2024, ha seguido una línea continuista en esta materia antidiscriminatoria[28]. La digitalización de la vía

[27] Morondo Taramundi, D. (2023). Los estereotipos como mecanismos de desigualdad y alienación: un análisis desde el derecho antidiscriminatorio. Oñati Socio-legal Series, 13 (3), p. 714.

[28] La Secretaría de Igualdad se estructura en tres Direcciones Generales (Políticas Públicas LGBTI+, Promoción y Defensa de los Derechos humanos, Migraciones, Refugio y Antirracismo) y una Oficina de Igualdad de Trato y no discriminación (art. 17.2 Decreto 134/2022, de 19 de julio, de reestructuración del Departamento de Igualdad y Feminismo, creado por el Decreto de 21/2021,

de denuncia[29] diseña un modelo que se articula como referente para otras comunidades y para el Estado[30].

El resto de comunidades autónomas han focalizado su actividad normativa en regulaciones específicas en materia de interdicción de la discriminación por razones de género (v. gr. Ley 8/2011, de 23 de marzo, de *Igualdad entre Mujeres y Hombres y contra la Violencia de Género* en Extremadura; Ley 2/2021, de 7 de junio, *Igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de géneros y características sexuales*, de Canarias; Ley 5/2022, de 6 de mayo, *de diversidad sexual y derechos LGTBI en Castilla-La Mancha*).

En el País Vasco, aunque se sigue trabajando en materia de interdicción de la desigualdad (v. gr. *Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres y Vidas Libres de Violencia Machista contra las Mujeres*. 18 de enero de 2023), el camino hacia una Ley Vasca sobre la Igualdad de Trato y no discriminación se ha encallado en un impass, pese a haber sido incorporada en la Agenda Vasca para la Diversidad, contenida en el Plan de Convivencia, Derechos Humanos y Diversidad "UDABERRI 2024". Su estatus es el de "posible y deseable futura Ley Vasca para la Igualdad de trato y No Discriminación". En su fundamentación está la Estrategia *Eraberean*. Este se define como una red impulsada por el Departamento de Empleo y Políticas Sociales que, a través de la Dirección de Política Familiar y Diversidad y en colaboración directa con distintas entidades del tercer sector —ámbito de la inmigración, promoción del pueblo gitano o colectivos LGTBI— pretende promover la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación en las políticas públicas y en la sociedad civil de la Comunidad Autónoma de Euskadi, promoviendo, tanto a nivel institucional como social, discursos y prácticas inclusivas y activando agentes y recursos para hacerlo efectivo. No obstante, hay algún cambio tras las elecciones de 21 de abril de 2024. Organizativamente la igualdad desparece de la denominación de las Consejerías (antes Consejería de Igualdad, Justicia y Políticas

---

de 25 de mayo. Por su parte el Decreto 310/2024, de 10 de septiembre, publica el nombramiento de Fernando Macías Aranda como director de dicha oficina.

[29] *https://web.gencat.cat/es/tramits/tramits-temes/22628-Denuncia-per-discriminacio*

[30] Su estructura es muy clara, parte de una descripción detallada de los hechos, de las presuntas personas infractoras, de los lugares y fechas donde se han producido los hechos, motivos de la discriminación. Posteriormente ofrece al denunciante una serie de ítems que buscan categorizar el origen o la causa de esa discriminación (nacionalidad, etnia/raza, sexo, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, lengua, ideología, religión, condición social o económica, edad, discapacidad, salud, aspecto u otras causas). Se requiere adjuntar las pruebas documentales de que se disponga, así como unas cláusulas finales en el que el denunciante declara la veracidad de los datos consignados, su compromiso para la conservación de las pruebas y la voluntad de personarse como parte interesada, legitimando a organizaciones para dicha actuación —supuesto que generó el recurso de inconstitucionalidad en el caso madrileño—. Incluso se identifica un supuesto de cierre donde no haya personas afectadas determinadas o identificadas, pero sí cabe una denuncia discriminatoria. En todo caso, la presentación de la denuncia conlleva la colaboración en las actuaciones que fueran necesarias para la investigación del caso.

Sociales) y en el nuevo Departamento de Justicia y Derechos Humanos, se inserta una Viceconsejería de Derechos Humanos, Memoria y Convivencia le corresponde el diseño e impulso de estrategias y acciones en favor de la paz y la convivencia. No obstante, Eraberean se adscribe al Departamento de Bienestar, Juventud y Reto Demográfico del Gobierno Vasco. Esta red ofrece un servicio de atención especializada, que consiste en la asistencia y asesoramiento a posibles víctimas de discriminación por razón de origen racial, étnico o nacional y de orientación o identidad sexual e identidad de género, y a personas que conozcan situaciones discriminatorias de ese tipo[31]. Con todo, el impulso a una ley integral parece haberse desinflado.

Una deriva más preocupante se ha acomodado en aquellas Comunidades Autónomas donde el extremismo conservador insuflado de populismo tiene cuotas de poder. Son los casos, por ejemplo, de la Comunidad de Madrid y de la Comunidad Valenciana. En el caso madrileño, la Ley 18/2023, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley 3/2016, de 22 de julio, de protección integral contra la LGTBfobia y la discriminación por razón de orientación e identidad sexual en la Comunidad de Madrid ha sido el epicentro de la polémica. En su nueva redacción se elimina la referencia a identidad de género, sustituyéndose por transexualidad, condición sexual e, incluso, situación. Igualmente, se elimina la obligación de otorgar una acreditación acorde a la identidad de género y se suprime la referencia a la coeducación, por la que el legislador de 2016 entendía "como la acción educativa que potencia la igualdad real de oportunidades y la eliminación de cualquier tipo de discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género". Respecto a las terapias de conversión, la reforma de la ley LGTBI de Madrid no deroga este artículo 7.2, pero sí elimina la referencia a la identidad de género, dejando solo la referencia a las terapias de conversión para modificar la orientación sexual. Desaparece el Consejo LGTB de la Comunidad de Madrid. Se suprime la obligación de que los medios de comunicación de la Comunidad dispongan de códigos deontológicos que incorporen el respeto a la igualdad y la prohibición de discriminación por motivo de orientación sexual o de identidad y expresión de género y el derecho a la privacidad, tanto en contenidos de informativos y de publicidad, como en el lenguaje empleado (antiguo art. 12). Y sin agotar esa minoración de derechos se incide en uno de los ejes más cruciales del Derecho antidiscriminatorio como es la educación, se suprimen los arts. 29, 30, 31, 32 y 34, cuyo contenido se condensaba en la erradicación de la discriminación en el

[31] En la actividad del Parlamento Vasco se ha registrado una petición de información y datos sobre los ataques LGBT+ fóbicos recogidos por la Red Eraberan en marzo de 2025, dirigida a la Consejera de Bienestar, Juventud y Reto Demográfico y al Consejero de Seguridad. (Boletín Oficial del Parlamento Vasco, de 4 de abril de 2025, p. 6328, XIII Legislatura n. 43. En la reunión de la mesa de 1 de abril.)

ámbito educativo de "causada por su orientación sexual e identidad o expresión de género". La palabra clave aparece en el nuevo preámbulo, "ideología", cuando se recurre a la igualdad de trato y a la no discriminación como una herramienta ideológica, su razón de ser se altera de tal manera que deviene en algo contraproducente. Frente a todo ese recorte material el recurso de inconstitucionalidad se focaliza en una cuestión competencial, como es la exclusión en la nueva redacción de las asociaciones, entidades y organizaciones representativas de los colectivos LGTBI y aquellas que tengan por objeto la defensa y promoción de los derechos humanos pzra que tengan la condición de interesadas en los procesos penales y en los procedimientos administrativos sancionadores, incluso si representan a una víctima o perjudicado con su permiso explícito. El resultado del juicio de inconstitucionalidad mediata concluye en la manifiesta contradicción de lo establecido en la Ley madrileña y el art 31.2 de la Ley 15/2022, concebida como una norma de procedimiento especial que es instrumental o conexa al régimen sustantivo de lucha contra la discriminación establecido en dicha Ley (STC 96/2025, de 9 de abril, FJ 4C). Dado que su fundamento se haya en la competencia exclusiva del Estado (149.1. 8ºCE) en base a la que el Estado puede establecer normas comunes de procedimiento específicas para procedimientos administrativos ratione materiae, se estaría invadiendo dicha competencia exclusiva y con ello devendría la inconstitucionalidad de la misma. Dicha inconstitucionalidad se circunscribe a ese aspecto formal, técnico o competencial, pero no a ninguno de los argumentos sustantivos a los que nos hemos referido en su análisis.

Una situación parecida ha acaecido en la Comunidad Valenciana. En este caso el marco se produce en las cuestionadas leyes de acompañamiento presupuestario donde se han incorporado unas enmiendas a la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana. Uno de los aspectos más controvertidos, en el plano sustantivo, es la enmienda que aspira a sustituir el art. 6 de dicha Ley "Artículo 6. Prohibición de las terapias de aversión. Se prohíbe la práctica de terapias de aversión, conversión o contracondicionamiento destinadas a modificar la identidad o expresión de género de las personas trans", por un texto en el que tras reconocer esa prohibición se reconoce a modo de oxímoron, que es "posible acogerse a acompañamiento siempre que se opte libre y voluntariamente". Formalmente, la principal objeción es que se use el derecho antidiscriminatorio como moneda de trueque en la negociación presupuestaria de la mano de las cuestionadas leyes de acompañamiento, *Ley de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat 2025*.

Por otro lado, la senda autonómica del derecho antidiscriminatorio ha encontrado un cauce normativo preeminente que es de la convocato-

ria de subvenciones para la realización de distintas acciones o programas que implementan los objetivos autonómicos en la materia (V. gr. Decreto 205/2018, de 18 de diciembre, por el que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a las entidades locales para el funcionamiento de las Oficinas de Igualdad y Violencia de Género, de la Junta de Extremadura)[32], que luego se concretan bajo la forma de Órdenes, para la convocatoria de cada subvención o proyectos.

La actuación regulatoria de las comunidades autónomas no se agota en los boletines oficiales, siendo necesario destacar la elaboración de Estrategias (V. gr. Estrategia Regional Andaluza para la cohesión e Inclusión social) o guías para implementar los objetivos en derecho antidiscriminatorio. En este sentido, una de las más completas es la formulada en el País Vasco, Eraberean, a la que ya hemos aludido. En ellas ha de haber, frente al silencio actual, un cauce de traslación e implementación de la Ley privilegiada. Si no se conoce no se puede aplicar.

IV. Reflexión final

Para que esta Ley loable en la totalidad de su contenido y, sobre todo, en su finalidad abandone su *status* de trampantojo o de traje para el emperador estimamos necesaria la adopción de las siguientes medidas.

En primer lugar, que *las autoridades competentes la apliquen de manera efectiva*. Para ello l*o primero que tienen que hacer es conocer dicha ley,* por lo que es preciso una reactivación de su difusión y traslación, sobre todo, a las administraciones autonómicas. Si tomamos como referente uno de los contenidos más relevantes y ambiciosos de la Ley 15/2022, de 12 de julio, el referido y analizado "derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso a la vivienda" (art. 20), coloquialmente referido al "racismo inmobiliario", cuando particulares, empresas o inmobiliarias impidan acceder al alquiler y venta de vivienda por cuestiones de discriminación racial o étnica son las "administraciones públicas en el ámbito de sus competencias" quienes tienen que garantizar este derecho. En esta materia la previsión constitucional del art. 148.3 CE ha habilitado que todas las Comunidades Autónomas hayan asumido, a través de sus estatutos de autonomía, competencias exclusivas en materia de vivienda. En consecuencia, son las Comunidades Autónomas quienes han de aplicar y garantizar este derecho. "No obstante, debido al sistema de reparto competencial configurado en el texto constitucional español, ello no ha implicado un

[32] Subvenciones. 28 de noviembre de 2024, Más de tres millones de euros a entidades. *https://www.igualdad.gob.es/comunicacion/notasprensa/el-gobierno-aprueba-la-concesion-directa-de-36-millones-de-euros-en-subvenciones-a-distintas-entidades-para-la-promocion-de-la-igualdad/*

monopolio absoluto de la materia por parte de las CCAA ya que el Estado también ha incidido en la regulación de la vivienda con apoyo en títulos competenciales estatales de carácter transversal como el establecimiento de las bases de la ordenación del crédito (art. 149.1.11 CE) o las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE)"[33], lo que se ha materializado en la *Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda* (DF7ª, 1ª). El Estado regula, pero la aplicación, la efectividad recae del lado autonómico. Concretamente en ese supuesto en materia de vivienda, la conexión del art. 20 de la Ley con su título IV, habilita una infracción administrativa, catalogada como grave (art. 47.3.a) e, incluso, muy grave, en el supuesto de constituir una discriminación múltiple (art. 4.a), traduciéndose en una multa que puede alcanzar hasta los 40.000 euros o 500.000 respectivamente (art 48.1 b y c). Para ello nos volvemos a topar con el mismo muro, "corresponderá a cada Administración Pública en el ámbito de sus respectivas competencias" (art. 52.1). Esta Ley deviene en un texto programático si las Comunidades Autónomas no se implican en su aplicación. La transversalidad estatal no puede desplazar a la competencia autonómica.

Segundo, *implementar* con una dotación de medios suficientes la *Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y No discriminación*, conforme al Tit. III de la Ley (arts 40-45). Pese a que su actuación se acote a los ámbitos competenciales del Estado (art. 40), su capacidad de iniciar investigaciones, de interesar la actuación de la Administración del Estado para sancionar, de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser constitutivos de infracción penal, convierte su existencia es una fortaleza de la que pende la credibilidad de esta Ley y un revulsivo para el avance en la protección de la igualdad.

Tercero, e*l derecho antidiscriminatorio es una cuestión de sinergias territoriales que ha de pivotar en torno a la colaboración Estado-Comunidades Autónomas*. Preguntadas las Comunidades Autónomas sobre la cuestión la respuesta fue unánime, "no se ha dispuesto de ninguna herramienta de cooperación con el Estado en relación a la aplicación de la Ley 15/2022". Esta posibilidad se boicotea especialmente cuando las Comunidades Autónomas se convierten en contrapoderes del Estado central y priorizan su vertiente ideológica a su dimensión territorial y orgánica. En esta tesitura, la alternativa radica por, primero, potenciar una colaboración transversal a nivel estatal, que sean los diferentes Ministerios quienes implementen el derecho antidiscriminatorio en sus propias políticas, que

[33] Arias Martínez, M.A., "Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional", en *REALA. Nueva Época* — N.º 11, Abril-Septiembre 2019 — ISSN: 1989-8975 — DOI: 10.24965/reala.v0i11.10602 — [Págs. 106-121] p.107.

necesariamente repercutirán en los diferentes territorios. En segundo lugar, optar por la divulgación, en una estrategia botton-up. Que sea el tercer sector, las asociaciones quienes conozcan y difundan la ley, sus ventajas y avances. A partir de ahí, territorialmente apostar por su divulgación en entidades locales, municipios y provincias, para llegar a nivel autonómico, pero sobre todo a los ciudadanos.

Cuarto, *la protección integral colaborativa frente a la discriminación ha de recaer en la educación y en la sociedad*, solo así alcanzaremos una ansiada cultura constitucional, alejada de la discriminación. En esa línea no podemos obviar que las minorías han dejado de ser un bloque monolítico[34], con ello la realidad deviene en mayor complejidad y por ello la urgente necesidad de seguir avanzando en derechos y en su garantía.

Bibliografía

Arias Martínez, M.A., "Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional", en *REALA. Nueva Época* — N.º 11, Abril-Septiembre 2019 — ISSN: 1989-8975 — DOI: 10.24965/reala.v0i11.10602 — [Págs. 106-121]

Barrère Unzueta, M. A., "Filosofías del Derecho antidiscriminatorio: ¿qué Derecho y qué discriminación?: una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio", en Anuario de filosofía del derecho, 34

Biglino Campos, P. (1997). La cláusula de supletoriedad: una cuestión de perspectiva. Revista Española de Derecho Constitucional, 17 (50), 29-59.

De Otto y Pardo, I. (1988). *Derecho Constitucional (Sistema de fuentes*). 2ª ed. Barcelona: Ariel.

Figueruelo Burrieza, A. (2022). Nuevas tendencias en materias de derechos y libertades. Navarra: Aranzadi.

García Encinas, C., "El Juego de las Minorías en Estados Unidos", en *El País*, 25 de octubre de 2024.

Jiménez Campo, J. (1989). "¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el estado autonómico". *Revista Española de Derecho Constitucional* 9 (27).

La Barbera, M. y Espinosa Fajardo, J. (2022). "La interseccionalidad en las políticas públicas". En M. Alonso Álvarez, y M. Lois González, (edit.). Género y política. Nuevas líneas de análisis ante la cuarta ola feminista. (pp. 151-168). Valencia: Tirant lo Blanch.

Lasagabaster Herrarte, I. (1999). La interpretación del principio de supletoriedad y su adecuación a los principios constitucionales rectores del estado de las autonomías. Revista Española de Derecho Constitucional, 19 (55), 43-76.

Ledesma Narváez, M., "Los caminos del Tribunal Constitucional hacia una justicia inclusiva". En C. Landa Arroyo. *La construcción de la democracia y la garantía de los derechos* (pp. 11-25). Lima: Palestra, 2021.

Mark, J. (enero 21, 2025). "Trump appoints Commissioner Andrea Lucas to oversee EEOC", en *The Washington Post.*

[34] García Encinas, C., "El Juego de las Minorías en Estados Unidos", en *El País*, 25 de octubre de 2024.

Morondo Taramundi, D. (2023). Los estereotipos como mecanismos de desigualdad y alienación: un análisis desde el derecho antidiscriminatorio. Oñati Socio-legal Series, 13 (3), 710-729.

Nuevo López, P., "Interpretación constitucional y derecho antidiscriminatorio. A propósito del caso Bostock y el futuro del originalismo", en *Anuario Iberoamericano De Justicia Constitucional,* 24(2), 2020, pp. 449-464. *https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.14*

Rey Martínez, F., Derecho antidiscriminatorio, Pamplona, Aranzadi, 2023. Rey Martínez, F., "Manual de instrucciones para utilizar el concepto de igualdad a fin de que las minorías étnicas no la alcancen. (Sentencia del Tribunal Supremo Federal norteamericano SFA, Inc. v. President and fellows of Harvard College y University of North Carolina, de 29 de junio de 2023)", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* 129, 2023, 267-303. doi: *https://doi.org/10.18042/cepc/redc.129.09*

Seijas Villadangos, E. "La necesaria dimensión autonómica de la ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación", en *IgualdadES,* n.º 9, 2023, pp. 45-77 doi: *https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.9.02*

Seijas Villadangos, E. "La colaboración estatal y autonómica para la efectiva aplicación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y l ano discriminación, un nuevo traje para el emperador, en Martín Guardado, S. (dir.), *Mujeres, esfera pública e interseccionalidad,* A coruña, Colex, 2024, pp. 169-192.

Documentos

(2022) CEDRE. *Informe emitido el 12 de julio de 2022 por el consejo para la eliminación de la discriminación racial o étnica (Cedre) respecto al marco estratégico de ciudadanía e inclusión contra la xenofobia y el racismo 2021/2027.* Madrid, Consejo para la eliminación de la discriminación Racial o Étnica, 2022.

(2024) CEDRE. *Memoria anual de resultados del servicio de Asistencia y Orientación a víctimas de discriminación 2023.* Madrid, Consejo para la eliminación de la discriminación Racial o Étnica, 2024.

(2024) OBERAXE. Memoria Oberaxe 2023. *Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia.*

(2024) *Informe del Observatorio de las Discriminaciones del 2023 de la Ciudad de Barcelona*. Barcelona. Dirección de Servicios de Derechos Humanos, Justicia Global y Cooperación Internacional; Área de Derechos Sociales, Salud, Cooperación y Comunidad. Septiembre de 2024.

(2024) *Les discriminacions a Catalunya.* Oficina d'Igualtat de Tracte i no discriminació Departament d'Igualtat i Feminismes. Julio de 2024.

(2025) *El impacto del racismo en España. Estudio sobre la percepción de la discriminación por origen racial o étnico en España, por parte de las potenciales víctimas en 2024*. Madrid. Ministerio de Igualdad. Febrero de 2025.

(2025) CEDRE, *Recomendación del CEDRE sobre medidas para prevenir y erradicar la discriminación étnico-racial en el acceso al derecho humano a la vivienda.* Madrid, Consejo para la eliminación de la discriminación Racial o Étnica, 2025.

(2025) PROVIVIENDA, *¿Se alquila? (2) Racismo y segregación en el alquiler de vivienda*. Madrid, Provivienda, 25 de marzo de 2025.

Del universalismo particularista al representativo: claves para la construcción de un sujeto político verosímil*

Laura Nuño Gómez
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

Sumario: I. La conceptualización como antesala de la juridificación. II. De la ficción de la igualdad natural del estado de naturaleza a la antinomia de un universalismo particularista. III. Del particularismo al asimilacionismo: la igualdad formal como identidad de trato. IV. El par norma-defecto: heterodesignación, estereotipia y reificación. V. Alcance de las estrategias compensadoras del universalismo asimilacionista. VI. Conclusiones: hacia un horizonte ético-normativo garante de la igualdad. Bibliografía citada.

I. La conceptualización como antesala de la juridificación

Como señalara, hace más de dos décadas, la filósofa Celia Amorós la conceptualización de un fenómeno delimita el sentido y alcance de su politización y, por ello, su definición como problema público determina su posterior juridificación. Teorizar conlleva problematizar, contextualizar, categorizar y disponer de las herramientas analíticas necesarias para conocer, analizar, explicar o interpretar la realidad. No en vano, como revela el propio significado etimológico del vocablo *theoría* ("hacer ver") la teorización ilumina y visibiliza lo que todavía permanece oculto en las sombras del prejuicio. De este modo, como hiciera la feminista liberal estadounidense Betty Friedan, permite identificar un problema, poner nombre a lo que antes de la teorización carecía del mismo.

Por ello, una de las principales estrategias cuando se pretende despolitizar un fenómeno es inscribirlo en el ámbito de la particularidad, convertir la categoría en anécdota, lo estructural en coyuntural. Como así ha ocurrido, por ejemplo, con la violencia contra las mujeres considerada, durante siglos, un incidente pasional aislado o una corrección puntual en el marco de las relaciones afectivas o maritales. La conceptualización, por

* Trabajo realizado en el marco de las actividades del Grupo de Investigación de Alto Rendimiento en Género y Feminismo de la Universidad Rey Juan Carlos (GIAR FEMGEN V326-00008/082).

el contrario, produce la operación inversa. La generalización conceptual permite pasar de la anécdota a la categoría política, de lo difuso a lo inteligible o, parafraseando a Kate Millet, de lo personal a lo político; y, como tal, susceptible de ser interpelado, irracionalizado, deslegitimado y, en su caso, reformulado política o jurídicamente.

María Luisa Balaguer en *Derecho, Sexo y Filosofía*, uno de sus ensayos más recientes, analizaba muy oportunamente la relación causal entre la filosofía y el derecho, señalando las relaciones de predeterminación entre la conceptualización filosófica y su posterior juridificación. En este sentido, la conceptualización de la igualdad, entendida como el reconocimiento de una igual dignidad de todos los seres humanos, así como su posterior juridificación han sufrido una notabilísima evolución a lo largo de la historia que afecta, no sólo a la consideración o alcance de la dignidad, sino a la propia noción de justicia. Por ejemplo, Platón concebirá la igualdad en términos teleológicos o de armonía funcional y, por tanto, cada persona debía desempeñar la tarea que le corresponde según su naturaleza dentro de la estructura jerárquica de la polis. Aristóteles, por el contrario, desarrolla una concepción incluso más esencialista según la cual lo justo es la igualdad entre seres ontológicamente iguales. Pero ¿quién atribuye dicha titularidad?, ¿qué atributos construyen una alteridad significativa política y normativamente y cuáles no? ¿Quiénes deben ser iguales en dignidad y derechos y quienes no?

Como es sabido, históricamente, los ordenamientos jurídicos han operado mediante la separación y clasificación de las diferentes identidades valorando positivamente la hegemónica en demérito de las consideradas como subalternas. Y entre éstas últimas cobraron especial relevancia el sexo, el origen, la raza/etnia, la religión y el patrimonio[1]. Por ello, hasta la juridificación de la dignidad como atributo inherente a "la familia humana"[2] y de la igualdad como expresión de la misma, entendida como la común titularidad de unos derechos fundamentales o universales, la legitimidad de su reconocimiento no ha estado exenta de polémica[3].

Por fortuna en la actualidad su salvaguarda es el eje que debe guiar la producción y la interpretación normativa de los derechos y representa una expresión del libre desarrollo de la personalidad y/o de las capacidades, según tematización de Amartya Sen[4]. En todo caso, la asunción de su

---

[1] Última diferencia que pervive todavía como desigualdad jurídica, considerándose, como señala Ferrajoli (2013), derechos singulares y un *ius excludendi omnes alios.*

[2] Según reza el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

[3] Para un análisis sobre la conceptualización y juridificación de la dignidad se puede consultar los acertados análisis de María Luisa Balaguer en trabajos previos. Entre otros, el capítulo primero y segundo de *Hij@s del mercado*. María Luisa Balaguer, *Hij@s del mercado: La maternidad subrogada en un Estado social* (Valencia: Cátedra, 2017).

[4] El enfoque de las capacidades fundamentales demanda una noción de la libertad que garantice la autonomía personal y al libre desarrollo de la personalidad para que cada persona se

alcance universal, su sentido ontológico y su juridificación como tal ha sido una auténtica innovación ética y normativa[5] que permitió superar la conceptualización previa que reconocía la misma en función de criterios axiológicos, meritocráticos o incluso conductuales.

La clasificación que ofrece Ferrajoli[6] en lo relativo a la evolución del tratamiento o consideración legal de la diferencia permite distinguir cuatro modelos históricos. El primero, que sitúa en la sociedad premoderna o paleoliberal, sería aquel en el que todas las diferencias, salvo la fuerza, son jurídicamente irrelevantes. Estaríamos ante la anarquía o anomia propia del estado de naturaleza hobessiano donde prevalece la ley del más fuerte y que "en su forma extrema coincide con la ausencia de derecho más que de derechos" (Ferrajoli, 2013: 749). En el mejor de los casos sólo se reconocería el derecho a la vida frente a agresiones de terceros; violencia ilegítima habida cuenta que el objeto del pacto social es, precisamente, la renuncia al uso de la violencia individual tras el mismo y, por ello, sólo el soberano tiene el monopolio de su uso.

Un segundo modelo normativo sería el que propugna una diferenciación jurídica de la diversidad identitaria. Se trataría de aquellos ordenamientos "basados en la idea de una natural desigualdad entre los seres humanos, de la que la desigualdad jurídica sería sólo su reflejo y consagración" (Ferrajoli, 2013: 749). Tanto el nomo cultural como el legal establecen una jerarquía entre identidades y una noción de dignidad restringida de la que sólo gozaría la identidad superior que se corresponde con un varón, blanco y propietario. Por tanto, el disfrute efectivo de derechos conceptualizados como universales sólo alcanzará a esa identidad que, en lo sucesivo, será definida canon, patrón de lo humano y universal.

Del análisis de la evolución de la igualdad Ferrajoli identifica un tercer tratamiento en el que se produce una homologación explícita de las diferencias, pero manteniendo el implícito universal y la parcialidad del sujeto previo. Así, se opta por una concepción de la igualdad que proclama la inclusión de todas las identidades asimilándolas con el canon o el universal del segundo modelo. Por tanto, formalmente, la diferencia no tendrá relevancia jurídica, no serán reconocidas de derecho, pero tampoco de hecho. De forma tal que,

---

desarrollarse de acuerdo a su compleja singularidad. Para un análisis del enfoque de las capacidades con perspectiva de género se puede consultar cualquiera de las obras posteriores publicadas por Martha Nussbaum o por Ingrid Robeyns. Amartya K. Sen, *Development as Freedom* (Oxford: Oxford University Press; New York: Alfred Knopf, 1999).

[5] Tanto en su dimensión estructural, en la medida que representa la piedra angular del sistema jurídico-político, como instrumental porque su reconocimiento dota de legitimidad a la legalidad, ver Nuria Reche, *Mens Iura Fundamentalia: La neurotecnología ante la Constitución* (A Coruña: Colex, 2024).

[6] Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Volumen 1. Teoría del Derecho* (Madrid: Trotta, 2013), 749-751.

> "en el plano jurídico las diferencias no son origen de discriminaciones, sino que más bien son desconocidas, ocultadas y enmascaradas: las mujeres, por ejemplo, tienen los mismos derechos que los hombres en cuanto sean consideradas o se finja que sean (como los) hombres y a ellos se asimilen en los estilos de vida y en los patrones de comportamiento. Pero justamente por ser desconocidas de derecho, las diferencias resultan penalizadas de hecho —para los diferentes que se asimilan, como para aquellos que no lo hacen— por los anchos márgenes de inefectividad de la proclamada igualdad" (Ferrajoli, 2013: 750).

Por último, el cuarto modelo sería el futurible escenario donde se produjera una igual valoración jurídica de las diferencias, que obligaría a impugnar la falsa universalización liberal para defender una conceptualización de la igualdad que parta de la tutela efectiva de las distintas identidades en su singularidad. Una juridificación de la igualdad que supere la anomia del primer modelo y garantice los derechos fundamentales del más débil frente al posible abuso de poder del más fuerte, reconociendo la igualdad en y ante el derecho, pero también las desigualdades de hecho, la diversidad identitaria afrontarlo la construcción de un sujeto político imparcial y verosímil[7].

II. De la ficción de la igualdad natural del estado de naturaleza a la antinomia de un universalismo particularista

La primera noción que identifica Ferrajoli se corresponde con la hipótesis teórica de la igualdad predicable en el Estado de naturaleza hobbesiano en el que existe igualdad natural de todos los seres humanos, sin distinción de sexo, en lo relativo al alcance de sus facultades corporales o mentales. Una igualdad originaria que se explica porque, si bien es cierto que algunas personas pueden ser más fuertes que otras, las más débiles siempre pueden tener la capacidad de razonamiento práctico necesaria para tejer alianzas encaminadas a eliminar o doblegar al fuerte[8]. De hecho, será precisamente, esta igualdad constitutiva de capacidades la que provoque el desorden social que tanto preocupó al teórico británico autodeclarado "hijo del miedo".

---

[7] El término "sujeto verosímil" fue utilizado por primera vez por Amorós, Celia Amorós, *Tiempo de feminismo: Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad* (Madrid: Cátedra, 1997).

[8] Hobbes mantendrá que en el estado de naturaleza las madres poseen el derecho originario sobre su descendencia (en contra de las tesis de Aristóteles o Filmer, entre otros). Lejos de la consideración de la familia como una institución natural, defiende que tiene un carácter artificial donde el derecho del padre es una mera convención.

La posibilidad de cualquier ser humano de lograr alcanzar las mismas metas o logros que cualquier otro congénere en un contexto de escasez de recursos, pero de similares expectativas y capacidades provoca que, irremediablemente, surja un escenario de rivalidad y constante peligro de muerte característico de su popular distopia de la guerra de todos contra todos. Como es conocido, será la búsqueda de la salvaguarda de la vida y la huida de ese permanente conflicto lo que, en virtud de esa capacidad de razonamiento común, motivará un contrato social que transforma la igualdad natural en igualdad civil bajo el amparo del soberano. En este caso la igualdad en el estado civil hobbesiano no tendrá un alcance o contenido distributivo o político, sino que implicará un igual deber de sujeción y obediencia a un soberano que podrá establecer las desigualdades de derecho que estime oportunas, siempre que preserve la paz y la seguridad de la mayoría.

Sin embargo, la mayoría de los contractualistas propugnarán una teoría del pacto que defenderá una universalización de la igualdad particularista, restringida a aquellos previamente considerados como iguales, antinomia que será el soporte conceptual de constitucionalismo liberal. El nuevo orden, y la hipótesis condicional contrafáctica del contrato social que lo sustenta como armazón teórico, ya no fundamentará la legitimidad del poder o el deber de obediencia por la imposición de ley del más fuerte, sino por un consentimiento otorgado en virtud de un pacto social. El poder político pasará a dotarse de una supuesta legitimación racional que aparentemente desterraría "el eterno ayer" y las tinieblas que justificaban los privilegios en función de la costumbre o la tradición.

Pero, como ha sido ampliamente tematizado, la filosofía ilustrada negó a las mujeres el principio de universalización de la razón, lo que implicó su inhabilitación como parte del acuerdo. Por ello, el concepto de contrato sexual acuñado por Pateman tiene una gran capacidad explicativa porque muestra, hace ver, la trastienda del contrato social[9]. Visibiliza el ejercicio ilustrado según el cual las mujeres "fueron pactadas", según Pateman, definidas en bloque en virtud de un segundo contrato (sexual) que permitió legitimar tanto su exclusión de la ciudadanía como la violencia marital ejercida contra ellas en el derecho civil característico de la reorganización patriarcal de la Modernidad.

La noción de justicia retomará la consideración de la filosofía clásica según la cual la desigualdad ontológica o natural de los seres humanos debe consagrarse o reflejarse en el marco normativo, en las reglas del juego. La teoría del contrato de la filosofía liberal, por tanto, promovió una supuesta justificación racional de la exclusión formal de la alteridad res-

[9] Carole Pateman, *El contrato sexual* (Madrid: Anthropos, 1995).

pecto al canon de un sujeto político que, entendido este último como aquel identificado con un varón, blanco y propietario. Identidad que se autoinstituyó como legítima artífice del pacto y, por tanto, como portadora de la igual dignidad que asiste a tal condición. En consecuencia, asumiendo la filosofía aristotélica, lo justo sería que la proclama igualitaria alcanzara sólo a los previamente autodefinidos como iguales ante la ley[10]. La diversidad respecto al canon sería reconocida y heterodesignada, tanto de hecho como de derecho, como inferior y subalterna.

El pacto, como construcción política, sustituyó a la fuerza como atributo individual para justificar la obediencia. Bajo tal premisa, el poder, en tanto fruto de un consenso, se racionalizó y se civilizó, salvo en lo relativo a la jerarquía sexual. Así, el proceso de desnaturalización de poder se acompañó de una naturalización, por una parte, de la superioridad de los varones que convirtieron su fuerza en derecho, pero, a su vez, de la esencia femenina. Por tanto, la exclusión de las mujeres del universo de la ciudadanía ya no respondería a una estructura ideológica de carácter ético o político sino a un principio rector de la naturaleza, cuando no divino[11], que impediría que formaran parte del acuerdo o del contrato social. Frente a la razón como atributo universal de los varones, su capacidad para gestar hizo que su esencia fuera identificada como mera naturaleza objeto de expropiación. Negada su capacidad de uso de la razón, de verbo y de logos, serán "carne sin sello de palabra"[12] sin posible estatuto de individualidad ética o derecho asociado a tal condición.

La nueva normatividad patriarcal dejará inscritas a las mujeres en el ambiguo limbo contractualista-naturalista del contrato matrimonial en el que, a imagen y semejanza del contrato social, se reproduciría el intercambio de obediencia por protección según el cual otorgaban su consentimiento para someterse a la autoridad natural del esposo en la sociedad conyugal. Por ello, si bien es cierto que el proceso de secularización iniciado por la filosofía ilustrada iría desplazando la ley divina y separando la moral del derecho, la nueva normatividad reproduciría sin fisuras la previsión bíblica de subordinación de la mujer al varón. El mandato divino sobre Eva del "estarás bajo la potestad o mando de tu marido y él te domi-

[10] Como señala Cobreros, tal reconocimiento sería el de una igualdad ante la ley, es decir referida a su aplicación y/o interpretación, pero "no tanto al legislador, que, con respetar los mencionados caracteres estructurales (formulación general, abstracta y no coyuntural), ya cumpliría con su cometido, aunque amparase (e inclusive se apoyase en) cualquier diferencia existente en la sociedad" Edorta Cobreros, "Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta," *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 81 (2007): 99

[11] En el relato del cristianismo el orden de la creación fue tomado, literalmente, como una demostración de la voluntad divina en lo relativo a la jerarquía sexual y al orden que debía regir las relaciones entre mujeres y hombres. A su vez, el origen del pecado original, con la consecuente expulsión del Paraíso, demostraba la necesidad de disciplinar a las mujeres.

[12] Celia Amorós, *Salomón no era sabio* (Madrid: Fundamentos, 2014), 15.

nará"[13] será recogido sin ambages en el Código Civil napoleónico (1804) —referente de la nueva normatividad civil europea— por la obligación legal de obediencia al marido. Ningún cambio en lo relativo al estatuto civil de las mujeres en una narrativa que, como colofón, atribuiría el beneplácito natural de las mujeres con la jerarquía sexual y con el sometimiento al marido. En suma, un operación que se haría, como colofón, con el consentimiento de las mujeres.

Así, según el universalismo particularista, el nuevo paradigma del racionalismo ilustrado, en su traducción jurídico-política, sólo afectó, por tanto, a la deslegitimación de la jerarquía social propia de la sociedad estamental feudal, pero no a la jerarquía sexual de la sociedad patriarcal. Los privilegios en función del sexo serían considerados, no sólo naturales, sino justos y la abolición de las prebendas por razón de nacimiento alcanzaría al estatus social, no al sexual.

La contestación de las mujeres no se hizo esperar. Son conocidos los testimonios de Olimpe de Gouges y su famosa *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana* (1791) o la obra *Vindicación de los derechos de la Mujer (1792) de* Mary Wollstonecraft, que podría considerarse como el primer texto de teoría política feminista. Así, si en la etapa premoderna la conocida como *Querella de las Damas, representada* por Christine de Pizan y su pionera obra *La ciudad de las Damas* (1405) tuvo por objeto desmontar la extendida misoginia y los prejuicios sobre la condición femenina a través de la vida y obra de algunas mujeres ejemplares[14], tras la exclusión revolucionaria se pasará de la Querella o el memorial de agravios, según terminología de Amorós (1997), a un género vindicación que no sólo señalará las aportaciones de algunas mujeres excepcionales, sino que impugnará los prejuicios existentes sobre la naturaleza femenina para irracionalizar la jerarquía sexual y deslegitimar el particularismo del universal[15].

III. Del particularismo al asimilacionismo: la igualdad formal como identidad de trato

Desde mediados del siglo XIX, la persistente vindicación de los movimientos sufragistas lograría deslegitimar la exclusión naturalista y, durante el primer tercio del siglo siguiente el constitucionalismo europeo y anglosajón reconocería la igualdad formal de las mujeres con los hombres.

[13] Génesis, capítulo tercero.

[14] En el contexto español destaca el testimonio premoderno de Leonor de la Cueva y Silva (1611-1705) cuya obra La firmeza en la ausencia, que nunca fue publicada en vida, demuestra las virtudes y capacidades femeninas a través de la vida de nueve mujeres ejemplares. En su producción poética destacan los sonetos dedicados a Isabel de Borbón y María Luisa de Orleáns.

[15] Para un estudio sobre la cuestión consultar Posada, L. (2023).

En este sentido, muy brevemente, hay dos cuestiones que conviene matizar. Primero, que la igualdad fue una hija no querida del constitucionalismo liberal, como acertadamente señala Itziar Gómez[16]. De hecho, todavía en la actualidad, colisiona con un nomo cultural defensor de la teoría de la complementariedad sexual.

Por desgracia, no hace falta remitirse a los patriarcados por coerción, las resistencias también se observan en países pretendidamente democráticos. Por ejemplo, el sufragismo norteamericano, pionero en la reivindicación de la igualdad con su mítica Declaración de Seneca Falls en 1848, consiguió la constitucionalización del reconocimiento del derecho al sufragio en 1920, tras la aprobación de la Decimonovena Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos[17]. Pues bien, más de un siglo después podemos comprobar cómo, en agosto de 2025, Pete Hegseth —Secretario de Defensa de Estados Unidos y jefe del Pentágono— apoyó públicamente en sus redes sociales la derogación del derecho al sufragio de las mujeres norteamericanas [18]. En paralelo, ese mismo mes, al otro lado del Atlántico el partido político reformado (SGP) de Países Bajos, fundado en 1918 justo un año antes de la constitucionalización del derecho al sufragio femenino[19], ha descartado incorporar mujeres en sus listas electorales con el insólito y extemporáneo argumento de que según el relato bíblico "Eva fue creada después"[20], "incontrovertible hecho que, según parece, otorga prioridad a los varones para la representación política.

En segundo lugar, la apertura fundacional al universo de los "iguales" se gestionó condonando la inhabilitación naturalista previa (asociada al sexo, al estatus o al criterio de exclusión originario), ignorando la alteridad social, racial o sexual, respetando, por lo general, este orden o secuencia histórica o cronológica. La juridificación de la igualdad entre la fratria fundacional y aquellas identidades expulsadas de tal consideración se concibió como igualdad ante la ley e interdicción de la discriminación, es decir, como equiparación de trato y, por tanto, de identidades. Como si no se fuera mujer, negro, etc. invisibilizando o ignorando la marca objeto de la exclusión previa, pero manteniendo en el implícito el sesgo del arquetipo contractual originario.

---

[16] Itziar Gómez Fernández, *Una constituyente feminista: ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?* (Madrid: Marcial Pons, 2017), 30 y ss.

[17] Aunque el modelo federal estadounidense permitió antecedentes previos como en el estado de Nueva Jersey o Wyoming.

[18] Propuesta liderad por una iglesia evangelista, conocida como Comunión de Iglesias Evangélicas Reformadas, de la que Hegseth se declara orgulloso miembro. Fuente: Redacción Huffingtonpost de 11 de agosto de 2025. Disponible en: *https://www.huffingtonpost.es/global/el-jefe-pentagono-divulga-video-aboga-dejar-mujeres-derecho-voto.html*. Consultado el 12 de agosto de 2025.

[19] Aunque las neerlandesas pudieron votar en 1917, el derecho al sufragio pleno no se obtendría hasta 1919.

[20] Fuente: El País, 20 de agosto de 2025. Disponible en: h*ttps://elpais.com/internacional/2025-08-20/eva-fue-creada-despues-el-partido-calvinista-de-paises-bajos-desafia-la-constitucion-al-rechazar-a-las-mujeres-en-sus-listas.html*.

Se evoluciona, pues, desde un universalismo particularista a uno asimilacionista donde el mecanismo para incorporar los nuevos sujetos políticos no fue modificar el canon o el parámetro de lo humano, sino propugnar la igualdad formal en el derecho ignorando la desigualdad de hecho. La bienvenida juridificación de la igualdad fue, a la postre, una equiparación «con» los hombres como universal, lo que permitió que sólo las necesidades del varón occidental fueran universalizables y que los intereses de éstos y los de la sociedad fueran una misma cosa y, como colofón, descartó por parcial cualquier punto de vista alternativo.

Así, frente al canon objetivo, neutral, abstracto y normal la discrepancia respecto al arquetipo de sujeto fue considerada subjetividad, particularismo y anormalidad. Lo diferente se erigió, cultural, política y normativamente, como anomalía y especificidad no universalizable. La teoría jurídica moderna lejos de romper o impugnar ese sesgo originario o ese "pecado original", según denominación de Itziar Gómez [21], hicieron propio el paradigma ilustrado asumiendo el etnocentrismo androcéntrico como punto de vista único, neutral, universal y generalizable. Un mecanismo que ignoró el causal discriminatorio o la marca objeto de exclusión previa, proyectando una noción genérica, ficticia y abstracta de ciudadanía que lejos de cuestionar la supremacía de la identidad hegemónica o las señas identitarias de un sujeto político parcial, refrendó su validez. Y, por ello, las mujeres alcanzaron su estatus de ciudadanía bien a través de la equiparación con los varones, como hombres de segunda, o bien desde la diferencia respecto a lo construido como patrón universal, es decir, como ciudadanas de segunda.[22]

En el primer caso, la lógica de la indiferenciación produce un modo específico de discriminación: aquel que no se manifiesta por trato desigual sino, precisamente, por el desprecio a la alteridad identitaria y a la desigual posición de partida de los diferentes sujetos. Por la imposición de un universal sesgado, parcial y particular que ignora el derecho que debieran tener todas las personas a la igual tutela de su identidad. Un asimilacionismo que conlleva un abanico de discriminaciones indirectas en la ley y un trato indiferenciado que provoca discriminación por igualación[23]. Por ello, la ju-

---

[21] Itziar Gómez Fernández, "Qué es eso de reformar la Constitución con perspectiva de género? Mitos caídos y mitos emergentes a partir del libro *Una constituyente feminista*," *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, no. 17 (2019): 312-329, 326.

[22] Pateman, *El contrato sexual*.

[23] Como ha insistido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde hace más de dos décadas en reiteradas ocasiones, En concreto en el año 2000 reconoció, en el caso Thlimmenos contra Grecia, la discriminación por indiferenciación (ST 6 de abril de 2000) en un supuesto donde el demandante vio negado su acceso a la función pública por tener antecedentes penales por negarse a llevar uniforme militar. Thlimmenos justificó su negativa por motivos confesionales. El tribunal sostuvo la no existencia de justificación objetiva y razonable para no tratar al demandante de modo "distinto y diferenciado" ya que ello implicaría violación de la libertad religiosa prevista en el Convenio de Roma. A su vez, en diciembre de 2009, tras nueve años de litigios, dicho tribunal con-

ridificación de la igualdad si bien ha permitido la investidura de las mujeres como ciudadanas no ha implicado que el *investio* (según su raíz etimológica) se hiciera a su imagen y semejanza. El patriarcado, en tanto sastre o matriz civilizatoria, sigue imponiendo a las identidades discrepantes un uniforme con medidas y parámetros, que instituye como neutros y normales, que sólo se adaptan al canon.

En el segundo supuesto, si la diferencia se reconoce, será considerada como particularismo y especificidad no universalizable. En suma, como derechos "con apellido", en el caso que nos ocupa "de la mujer". Por lo que reciben un tratamiento subsidiario o subalterno respecto al marco interpretativo general y, a su vez, suelen promover visiones esencialistas estereotipadas que actúan como mecanismos que estabilizan su identidad de forma unívoca, indiscernible y homogénea, ignorando las diferencias intragrupo, como si fueran un bloque compacto, indiferenciado[24]. Una inmanencia infringida —según terminología de Beauvoir— que está "bastante cerca del no ser".[25]

IV. El par norma-defecto: heterodesignación, estereotipia y reificación

Todavía en la actualidad las identidades no hegemónicas han de asumir la condición de "marca", es decir, de anormalidad, singularidad o desviación frente a la supuesta neutralidad del universal. Como apunta María Luisa Femenías,

> "El par norma/defecto" en la ordenación profunda de la sociedad tiene como consecuencia que quienes ocupan posiciones hegemónicas se autoinstituyen como norma, para desde ahí señalar como "no-norma" todo lo que no responde a sus señas identitarias. Un tratamiento que opera como si la identidad hegemónica no tuviera "algún color de piel, de cabello, una cierta estructura física, etc. o *como si* sus 'marcas' fueran simplemente de superioridad y pureza *per se*; es decir, naturales y no el producto de una construcción ideológica". [26]

La diferencia sigue convirtiéndose así en jerarquía, opresión, exclusión y discriminación y su grado e intensidad viene determinado por la distancia

---

cedió a María Luisa Muñoz Díaz (conocida con el sobrenombre de "**La Nena") el** derecho a percibir la prestación por viudedad (solicitud previamente denegada por el Estado español al considerar que el matrimonio por el rito gitano no tiene validez civil y, por tanto, no genera tal derecho). El TEDH se apoyó en el artículo 14 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos para estimar que la resolución del Estado español constituía discriminación por igualación de una minoría nacional.

[24] Para un análisis sobre los relatos culturales que históricamente han sustentado la estereotipia sexual se puede consultar el trabajo previo Laura Nuño Gómez, "El mito de la jerarquía sexual: hechos, relatos y contrarrelatos," Historia y comunicación social, no. 29-2 (2024): 499-509.

[25] Celia Amorós, *Feminismo e imaginarios de la globalización*, eds. Rosa Cobo y Luisa Posada (Granada: Comares, 2025), 125.

[26] María Luisa Femenías, "Voces y cuerpos de mujeres marcados en la era de la globalización: Identidad, transformación y vulnerabilidad," en *Diversidad cultural, género y derecho*, eds. Patricia Laurenzo y Rafael Durán (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 314.

existente entre el canon y la marca. Con la finalidad de atender dicha complejidad, durante la década de los años ochenta la teoría política feminista incorporó la noción de doble discriminación[27] que se ampliaría, con posterioridad, con el enfoque de la interseccionalidad cuando convergen dos o más "marcas" o factores de discriminación[28]. Último supuesto en el que se produce un sumatorio de pluses de alteridad o de especificidad que no sólo sofistican la opresión, sino que tienden a invisibilizarse tanto en la orientación general de las políticas públicas como en las específicas de igualdad.

En todo caso, tanto si converge con otra discriminación o no, la diferencia sexual se construyó como una alteridad totalizante, ontologizante y absoluta. La heterodesignación patriarcal construyó una imagen estereotipada por oposición al varón y, por lo tanto, al canon al canon del sujeto político una operación que, a la postre, actuaría de soporte simbólico y material para su reificación y deshumanización. En este sentido, conviene advertir que los estereotipos no son casuales, nada lo es en el nomo político o cultural, representa un relato oportunamente administrado con objeto de mantener la legitimidad de la subalternidad de una identidad y de un orden político o social determinado[29]. No en vano, la estereotipia tiene la función de proyectar una imagen hiperbólica, negativa e indiferenciada de la alteridad que no viene mediada ni por la realidad ni por la voluntad de cada individuo. Como como recuerda Fernando Rey, los estereotipos

> "No facilitan el cambio y, sobre todo, no tienen en cuenta las diferencias entre individuos del mismo grupo. Los rasgos de pertenencia de estos grupos son, comúnmente, inmodificables por el miembro individual y no dependen de la libre elección del sujeto, de su mérito y trayectoria individual, y suelen ser, además, transparentes, de suerte que, normalmente, se produce una cierta estigmatización social por el hecho de la simple pertenencia a un grupo que uno no ha elegido, del que normalmente no se puede salir y cuya pertenencia no se puede ocultar".[30]

De forma tal que, incluso si las personas que comparten una singular identidad no permiten validar el estereotipo, se interpreta como una excepcionalidad que no invalida la regla de la estereotipia ni de una he-

---

[27] Tematizado, entre otras, por Patricia Hill Collins y bell hooks.

[28] Según conceptualización Kimberlé W. Crenshaw. Kimberlé Williams Crenshaw, "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color," en *The Feminist Philosophy Reader*, eds. Alison Bailey y Chris Cuomo (New York: McGraw-Hill, 2008), 279-309.

[29] De hecho, la consideración de las diferentes "marcas" no es estática, se revela significativa sólo respecto a la alteridad relevante para el mantenimiento del orden político o social, incluido el de género, en cada momento histórico. Por ello, la democratización de las sociedades ha provocado que algunas diferencias rebajen la carga del estigma o incluso que la marca sea casi irrelevante (como el origen familiar, la casta, la confesión religiosa, etc.) mientras otras mantienen la carga de la estereotipia porque siguen siendo política y culturalmente significativas.

[30] Fernando Rey, "La (jurídica) igualdad de trato (de origen norteamericano) y la (política) igualdad de oportunidades (de origen europeo): conexiones, confusiones y malentendidos," *IgualdadES*, no. 9 (2023): 22.

terodesignación que suele tener un carácter instrumental. Por tanto, la estereotipia no sólo otorga un tratamiento subalterno a la alteridad como colectivo, sino que niega la posibilidad de individuación de cada componente. Un aspecto esencial en la medida que en la diferencia identitaria reside la capacidad de trascendencia del ser humano, su singularidad o especificidad. En el caso de las mujeres, como oportunamente tematizó Celia Amorós, serán las indiscernibles frente a la individuación de los iguales [31], las "arrojadas al batiburrillo de las idénticas" [32], "un genérico que no ha accedido al estatuto de individualidad" [33]. Un bloque ontológico indiscernible, un colectivo sin diferencias intragrupo.

El *batiburrillo* que denuncia Amorós tiene serias implicaciones en términos de políticas públicas, porque la consideración de las mujeres como colectivo —o incluso como minoría— favorece las resistencias existentes para la implementación de una transversalización del enfoque de género que elimine el sesgo originario, o a la implantación de acciones positivas. Políticas que, en la medida que tan solo afectan a un "colectivo" se perciben como un trato de favor. Como alerta Soledad Murillo el frecuente tratamiento o consideración de las mujeres como minoría es una estrategia "tan falsa como eficaz" para el patriarcado. Según señala "cada vez que se pretende aumentar la participación de mujeres en espacios de poder, su falsa definición de colectivo actúa como una barrera. De esta manera un derecho se convierte en un trato de favor y se acepta su presencia bajo el criterio de una admisión benevolente"[34].

Así, la identificación entre la igualdad formal e identidad de trato, provoca que medidas encaminadas a remover los obstáculos que las identidades no hegemónicas encuentran, por el sesgo existente en la configuración política y normativa apuntada con anterioridad, sean vistas con recelo. Si bien es cierto que, el modelo de estado social que se implantó en Europa, fundamentalmente tras la segunda Guerra Mundial, ha permitido que, en dicho contexto territorial, se asocien a la salvaguarda de la dignidad y se perciban con mayor legitimidad, como interdicción de trato desigual, como en el contexto estadounidense de corte liberal, la mala reputación que las acompaña es bastante más frecuente[35].

---

[31] Celia Amorós, "Espacio de los Iguales, espacio de las idénticas. Nota sobre poder y principio de individuación," *Arbor* 128 (1987): 113-127.

[32] Amorós, Feminismo e imaginarios de la globalización, 101.

[33] Amorós, *Feminismo e imaginarios de la globalización*, 121

[34] Soledad Murillo, *Supervivencia de las políticas de igualdad: Entre la Función Pública y los partidos políticos*, Colección Redes Feministas (Granada: Comares, 2024), 33.

[35] Así, como apunta Fernando Rey, de las tres dimensiones de la igualdad (liberal, democrática y social) el modelo norteamericano sólo atendería a la primera, ignorando la igualdad de oportunidades y su dimensión social, propia de los estados de bienestar, así un alcance democrático que garantice la participación o la equifonía de toda la ciudadanía. Rey, "La (jurídica) igualdad de trato y la (política) igualdad de oportunidades,".

V. Alcance de las estrategias compensadoras del universalismo asimilacionista

Pese al bienvenido reconocimiento de la igualdad formal o incluso de la ampliación de su alcance con un contenido material sigue operando un dispositivo de asimilación normativa que identifica a las mujeres con los varones y que no ha impugnado la verosimilitud ni la validez del universal y del androcentrismo como neutralidad. Un tratamiento que excluye, no sólo a las mujeres, sino a todas las identidades históricamente subordinadas por omisión.

Por ello, la discriminación por indiferenciación constituye un sesgo que comparten todas las sociedades pretendidamente democráticas. Todavía en la actualidad la norma, en tanto arquetipo y matriz simbólica de reconocimiento, delimita los cuerpos, las identidades y las experiencias que se instituyen como generalidad y aquellas especificidades o marcas que quedan fuera del canon de lo universal. Como respuesta a las limitaciones del asimilacionismo identitario y con objeto de corregir el sesgo androcéntrico del universalismo homogeneizante en el ámbito de las políticas públicas se ha implementado una estrategia de alcance transversal y otra de carácter sectorial: la incorporación de la perspectiva de género como método de sesgo androcéntrico y la aprobación de derechos específicos para las identidades no hegemónicas.

En relación con la primera estrategia, la necesidad de incorporar la perspectiva de género o no androcéntrica que permita corregir el sesgo originario se acordó hace tres décadas en la mítica Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing de la IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas (1995), asumiendo el compromiso de aplicarla en todas las etapas y ámbitos de las políticas públicas; incluida la acción judicial o jurisdiccional[36]. En el contexto español, además de la obligación de incorporar la misma en virtud de los acuerdos internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por España (art. 10. 2 CE) se deriva también de la propia Constitución (arts. 9.2 y 14 CE,) y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH). Última norma que establece en su artículo 4 que "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas"; configurándose como un "criterio hermenéutico" de obligado cumplimiento en la interpretación de las normas jurídicas"[37].

---

[36] La Transversalidad de la perspectiva de género sería posteriormente asumida en el ámbito de la Unión Europea, en el Tratado de Ámsterdam (1997), la Agenda Social Europea (Lisboa, 2001) o la Agenda Social Renovada 2008-2011.

[37] Como así lo apreció la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el FJ4 de la STS 576/2022, de 23 de junio de 2022.

Pese a ello, es una práctica habitual que en la implementación de las políticas públicas dicha perspectiva esté ausente y que los operadores judiciales no encuentren parcialidad en el canon del sujeto jurídico. En la medida que el androcentrismo se interioriza como neutralidad, tampoco es infrecuente que sea precisamente la perspectiva de género lo que se interprete como un enfoque de parte[38]. En este contexto, los derechos de las mujeres pueden protegerse desde una perspectiva genérica, que, en la medida que en su aplicación o interpretación no incorpora la perspectiva de género representa una mirada androcéntrica, o como derechos diferenciados que reconocen una experiencia jurídica alternativa al modelo dominante.

A falta de un sujeto verosímil y con objeto de atender las lagunas que se producen por la parcialidad en su configuración han proliferado derechos específicos o particulares. Nos encontramos así con todo un abanico de normas subsidiarias adaptadas a las diferentes "marcas" que intentan subsanar el desajuste entre la diversidad existente y un universalismo que ignora la misma. Sin embargo, lo más habitual es que partan de un enfoque que ofrece una respuesta específica a la situación de vulnerabilidad que provoca el sesgo de la norma general, pero sin señalar su origen ni afrontar la necesaria revisión dogmática de la falsa neutralidad del derecho. A lo que se suma que la consideración de los mismos como derechos "con apellido" —en este caso, de la mujer— termina implicando un tratamiento secundario, subsidiario o periférico respecto al marco interpretativo general, que puede abonar el paternalismo o, incluso, interpretarse como una prebenda, una ventaja o un privilegio que afecte a la propia legitimidad de tales derechos.

A su vez, como ocurría con la neutralidad genérica del patrón único, los derechos específicos también parten de un diseño identitario homogéneo que ignora la diversidad intragrupo. Poco tienen en común el grado o tipo de discriminación que, por ejemplo, sufren las mujeres en función de variables como la clase social, la ruralidad, la edad, la discapacidad, el nivel de estudios, la etnicidad, el *estatus* migratorio, la orientación sexual, la salud, etc.

---

[38] La resistencia para incorporar la perspectiva de género en la acción judicial provocó que, veinte años después del compromiso asumido en Beijing, el Comité CEDAW aprobara, en agosto de 2015, la Recomendación General núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia (CEDAW/C/GC/33) donde el Comité conmina a los Estados a que mejoren "la sensibilidad del sistema de justicia a las cuestiones del género", aseguren que los operadores judiciales "tramiten los casos teniendo en cuenta las cuestiones de género" y "revisen las normas sobre carga de la prueba para asegurar la igualdad entre las partes, en todos los campos en que las relaciones de poder priven a las mujeres de la oportunidad de un tratamiento equitativo de su caso por la judicatura" (Párrafo 15, RG 33 CEDAW). Disponible en: *https://www.refworld.org/es/leg/coment/cedaw/2015/es/133599*. Para el caso español resulta particularmente ilustrativo el Voto particular concurrente STC 48/2024, de 8 de abril de 2024 de la Magistrada Mª Luisa Balaguer sobre el Recurso de amparo núm. 2975-2020 por delito de lesiones psicológicas en delito continuado de abuso sexual. BOE núm. 118, 15/05/2024, pp. 55630-55636.

Como mecanismo corrector de tales prácticas, el enfoque de la interseccionalidad permite enriquecer la mirada unívoca del universalismo homogeneizante y atender el contexto de vulnerabilidad específico que se produce cuando interseccionan varios factores discriminatorios en una persona. Sin embargo, al igual que ocurría con la perspectiva de género, aunque la discriminación múltiple se contempla, desde hace décadas, en diversos instrumentos internacionales[39] y comunitarios[40] la interseccionalidad tiene todavía una presencia muy residual en el diseño e implementación de las políticas públicas.

No obstante, la incidencia que pueda una lectura interseccional de la discriminación no depende sólo de su trasposición concreta en las diferentes legislaciones estatales, del sistema de garantías, de su implementación real en las políticas públicas o de la voluntad de los operadores públicos, sino también de la posibilidad de incorporarla como un criterio hermenéutico en la interpretación de las normas o de la acción judicial. En este sentido, resulta interesante destacar que la jurisprudencia norteamericana lleva décadas aplicando el denominado "sex-plus"; según el cual la pertenencia al sexo femenino representa un factor añadido a la raza, la etnia o cualquier otro factor discriminatorio. Si bien es cierto que puede representar una mayor protección frente a la discriminación por razón de sexo, la cuestión es que su aplicación se encuentra estrechamente vinculada a la flexibilidad del propio sistema procesal (que en ocasiones sólo admite demanda por discriminación si atiende a un solo factor como la raza o el sexo) y a las resistencias frente a lo que pudiera implicar una súper-garantía en demandas por discriminación doble o múltiple.

Además de estas consideraciones de carácter procesal, el problema de fondo en el tratamiento de la discriminación múltiple reside en la amplitud del enfoque y el compromiso político con el que se pretende abordar tal realidad. Por ejemplo, para el caso español, si se ha de operar con un nuevo criterio de interpretación jurídica del artículo 14 de la Constitución Española (CE) como una lista abierta e interseccional de los factores contemplados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos o Convenciones Internacionales o si, además, está previsto activar políticas de igualdad específicas destinadas a lo que se pudiera entender como grupos o contextos diana, como representa, por ejemplo, la intersección entre la violencia de género y factores como la ruralidad, la discapacidad o la situación administrativa.

---

[39] Como se recoge en el párrafo 32 Declaración de Beijing (IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas), que remite a las "múltiples barreras" existentes para garantizar la igualdad, o en los artículos 2, 69 y 70 de la Declaración de Durban, Sudáfrica, suscrito tras la Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas conexas de intolerancia.

[40] Ver Considerando 14 Directiva 2000/43/CE sobre igualdad racial.

Como respuesta a la falta de eficacia de ambas estrategias, transversalidad y especificidad, durante las últimas décadas se está produciendo un fortalecimiento de los discursos que abanderan las políticas culturales e identitarias. Un giro que no sólo responde a la necesidad de reparar desigualdades históricas, sino también a la exigencia de redefinir los parámetros del principio de igualdad en contextos marcados por la diversidad[41]. Como plantea Fernando Rey, recogiendo las tesis de Erhard Denninger[42], el constitucionalismo contemporáneo está incorporando al propio derecho a la igualdad el derecho a la diversidad, entendida como "un derecho igual a la desigualdad" [43].

No obstante, como ocurría con la inoperancia de la transversalidad o con el estigma de la desviación de los derechos específicos, las políticas cultuales y las reivindicaciones identitarias también pueden conllevar efectos no deseados. Con la pretensión de impugnar la validez del universalismo asimilacionista las políticas de reconocimiento cuestionan el canon o patrón del sujeto político y centran su atención en la valorización de la diferencia cultural. Pero si bien ésta es una tarea necesaria, en la medida que parten de un estándar identitario concreto, operan también mecanismos ficticios de igualación intragrupo y, por tanto, existe el riesgo de alimentar esencialismos y reproducir la homogeneización intragrupo que se pretende erradicar.

Entre otras cuestiones, porque la identidad grupal se construye sobre un rasgo, asumido como esencial y políticamente relevante, que nuclea al grupo en una relación dialéctica con otras identidades con las que se definen claras fronteras. En aras de ofrecer coherencia y cohesión en la construcción de una identidad colectiva se tiende a encubrir fracturas o divergencias internas, ignorando que la identidad individual se construye en un proceso complejo y subjetivo donde operan un conjunto variable de rasgos e interrelaciones.

El primer problema es que no puede ignorarse que las diferentes identidades no son estructuras homogéneas, isomorfas, puras, rígidas o estáticas. Por ello, una dimensión estrictamente cultural que no tenga en cuenta la movilidad o las diferencias intragrupo terminará limitando la capacidad de autodefinición individual y la diversidad colectiva existen-

---

41 No será objeto de este análisis y dejo para otra ocasión el debate sobre el sujeto político, la propia consideración del sujeto mujer o la emergencia de las identidades fluidas. Me remito en este caso a los clarificadores trabajos de Balaguer, M.L. 2021, Gómez, Y., 2021, Sendón, V. 2022 y Posada, L. 2023.

42 Erhard Denninger, "Derecho y procedimiento jurídico como engranaje en una sociedad multicultural," en *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, eds. Erhard Denninger y Dieter Grimm (Madrid: Trotta, 2007), 27.

43 Fernando Rey, "La igualdad jurídica: viejos problemas, nuevas soluciones," *Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, no. 32 (2024): 27 disponible en: *https://www.avd-zea.com/descargas/articulos/470.pdf*.

te. En todo caso, no parece una buena solución sustituir la ceguera del universalismo homogeneizante por la de un particularismo que, a su vez, ignore que las identidades son construcciones colectivas que aterrizan en cada persona de forma múltiple y combinada, que ninguna persona tiene una sola identidad; entre otras cuestiones porque la diferencia sexual o el contexto socioeconómico fractura cualquier intento de homogeneización.

Pero las políticas identitarias no sólo tienen efectos perversos en este sentido. En ocasiones, la dimensión cultural se inscribe en un relativismo posmoderno que renuncia a la posibilidad de consensuar un marco ético emancipador y un sistema de valores de validez universal. De hecho, no es infrecuente que algunas cosmovisiones culturales proyecten una sobrecarga identitaria sobre las mujeres que refuerzan visiones esencializadas en torno a la complementariedad y la jerarquía sexual. Y ello puede tener como consecuencia que a las discriminaciones externas se sumen distintas formas de opresión internas que se asumen como reivindicaciones propias de reconocimiento del grupo de pertenencia. En suma, que la defensa de la diversidad cultural termine significando que las mujeres pertenecientes al grupo sumen un plus de discriminación intragrupo, específica a la discriminación por indiferenciación del sistema en general[44].

VI. Conclusiones: hacia un horizonte ético-normativo garante de la igualdad

Desde la Grecia clásica, hasta el universalismo particularista de las democracias liberales o las fórmulas redistributivas propias de los estados sociales, la desigualdad forma parte del ADN de la historia de la humanidad. Así, la diferencia fue inicialmente gestionada desde la lógica de la separación, la subordinación y la subalternidad, negada con posterioridad por un asimilacionismo que exigió la renuncia a la especificidad como requisito para el reconocimiento formal de una igual dignidad y derechos y encapsulada como anomalía o particularismo.

La evolución acumulativa de la igualdad ha permitido promover la igualdad de oportunidades como expresión del estado social, así como reconocer derechos específicos que atiendan algunas consecuencias del asimilacionismo, pero sin nombrar la enfermedad, sin atajar la subjetividad jurídica en la construcción de las normas. De forma tal que el constitucionalismo contemporáneo descansa en una ficción de neutralidad que, bajo la retórica de la igualdad, ha instaurado el paradigma de un universal

[44] Como ocurre con las identidades reactivas inscritas en los monoteísmos religiosos que promueven enquistaciones identitarias de carácter regresivo que sacralizan la jerarquía sexual, refuerzan el mandato punitivo-moralizador sobre las mujeres y llegan a interpretar el concepto ilustrado de los derechos humanos o de la igualdad como una imposición cultural del imperialismo occidental.

falso e inverosímil, invisibilizando en su consideración jurídica la diversidad existente y estigmatizando la diferencia en su tratamiento cultural. En concreto, las mujeres, construidas como alteridad absoluta respecto al sujeto, serán heterodesignadas desde una estereotipia esencializadora y legitimadora de su privatización y reificación.

Pero la eficacia de un nomo legal no sólo depende del acierto que se tenga en la acertada conceptualización y juridificación de la igualdad o de sujeto titular de la misma, sino también en la capacidad de resiliencia o de evolución del nomo cultural[45]. Y, en el caso del tratamiento de la diferencia sexual, nos encontramos con numantinas y coléricas resistencias al cambio. Paradójicamente, la perspectiva de género, cuyo objeto es compensar un sesgo androcéntrico que, como señala Sendón de León [46], actúa y se reproduce como un fractal en todos los ámbitos de la sociedad, se sigue despreciando o incluso se percibe como posición de parte. Particular percepción que explica que, en contra de la legalidad vigente, todavía no se ha incorporado como un criterio hermenéutico estandarizado en la interpretación y elaboración de las normas jurídicas.

Por ello, incluso en sociedades pretendidamente democráticas, las mujeres todavía han de enfrentarse a unas reglas del juego que son formalmente antidiscriminatorias pero cuyo asimilacionismo, tanto en la configuración del sujeto político al que se dirigen las normas como en la propia aplicación e interpretación de las mismas, provoca discriminación indirecta y/o por indiferenciación.

A su vez, la triada planteada por Fraser en lo relativo a las dimensiones de las políticas de igualdad, las que atienden a la redistribución, al reconocimiento y a la participación, aunque estas últimas, habida cuenta que la presencia no siempre implica representación y de las limitaciones que tienen las políticas de paridad, quizás debieran orientarse más a la" Por "la conocida triada propuesta por Fraser en lo relativo a las dimensiones de las políticas de igualdad, las que atienden a la redistribución, al reconocimiento o la participación o representación[47], durante las últimas décadas hemos

---

[45] Para un análisis de la pugna entre el nomos legal y cultural ver Laura Nuño, "La pugna entre la legalidad democrática y la legitimidad genealógica: un desafío para la igualdad de mujeres y hombres," en *Estudios sobre Derecho Constitucional Español, Comparado y Europeo. "Liber Amicorum" Yolanda Gómez Sánchez*, dir. Francisco Balaguer, Carlos Vidal y Cristina Elías (Madrid: BOE y CEPC, 2025), 727-746, disponible en: *https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2025-355*.

[46] Victoria Sendón de León, *Ser mujer: un rescate necesario* (Sevilla: Labrys, 2022).

[47] Última dimensión que quizás sería más acertada denominar de representación habida cuenta que la mera presencia no garantiza la representación y de las limitaciones que pudiera tener la paridad. Para un reciente examen sobre la cuestión consultar la obra *Democracia paritaria y redistribución del poder: Presencia, representación y reconocimiento*, dirigida por Iraia Hernández (Madrid: Dykinson, 2025). Y, en particular, los trabajos de Alicia Cárdenas, Itziar Gómez; Iraia Hernández, Mercedes Iglesias, Ainhoa Lasa, Magdalena Lorenzo, María Macías, Lara Martínez de Aragón, Octavio Salazar y Nieves Saldaña.

asistido a un desplazamiento de las primeras en favor de las segundas. Pero esta bienvenida sensibilidad hacia las políticas culturales tendrá los pies de barro y será pura performatividad si, por una parte, deja incólume la falacia del canon, de lo universalizable y generalizable[48] o si transita hacia un nominalismo que niega los universales y declara muerto un sujeto que es, precisamente, el único posible titular de derechos humanos o fundamentales. Por ello, si bien es cierto que es preciso interpelar la ficción del universal incorporando una dimensión cultural que reconozca la diversidad identitaria existente, no lo es menos que sin políticas redistributivas que aseguren la eficacia de los derechos y libertades de toda la ciudadanía se verá comprometida la propia salvaguarda de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de aquellas identidades históricamente subordinadas.

Por ello, el desplazamiento de las políticas distributivas, propias de un estado social, hacia las culturales es especialmente preocupante, incluso sospechoso, en un contexto donde una nueva economía globalizada, que cabría denominar postwestfalista, ha favorecido que tanto el capital como muchos bienes y servicios gocen de una libertad de movimiento sin precedentes. Mercados deslocalizados a escala planetaria y derechos localizados en el ámbito del estado-nación permiten dinámicas, más propias del estado de naturaleza hobbesiano que de sistemas pretendidamente democráticos, que, como veremos, limitan la capacidad del derecho para actuar como la ley del más débil.

Así, el paulatino deslizamiento del poder y del proceso de toma de decisiones desde lo local-regulado a lo global-desregulado o desde instituciones estatales hacia corporaciones internacionales de incierta titularidad, ha tenido como consecuencia una pérdida de fuerza normativa de las constituciones en la protección de los derechos y libertades. Un proceso que, como apunta Francisco Balaguer[49], está transformando la propia noción del constitucionalismo del sujeto y su relación con el derecho, amenazando con una "deconstitucionalización" de los estados europeos, según terminología ferrajoliana[50].

No en vano, el conflicto capital-trabajo, que operaba en la institucionalización estatal como expresión de una contradicción sistémica del modo de producción capitalista, se está trasladando a la relación entre el capital-consumo en nuevo neoliberalismo. Así, como alerta Balaguer, los derechos tradicionalmente vinculados a la producción se pretenden residenciar ahora en el consumo, por lo que se corre el riesgo de convertir al sujeto de

---

[48] A su vez, algunas voces alertan sobre el peligro que pudiera suponer que una "inflación" de los derechos humanos pusiera en riesgo su credibilidad, restándoles fuerza y eficacia". Para un riguroso análisis sobre la cuestión ver Reche, *Mens Iura Fundamentalia*, 164-167.

[49] Francisco Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo* (Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2022)

[50] Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional* (Madrid: Trotta, 2011).

derechos en un cliente o un usuario, trasladando la lógica de los derechos "de lo estatal al ámbito global y de lo público al ámbito privado"[51].

Así las cosas, la identificación entre lo público y lo político y el desplazamiento hacia el espacio de lo privado contribuye, por una parte, a su despolitización, pero, a su vez, a la imputación de la responsabilidad de acción a un mercado anónimo sin responsabilidad ni titularidad conocida. No en vano, hace más de una década Alain Supiot[52] diagnosticó cómo la transformación del derecho laboral por los procesos de precarización que acompañan a la globalización de los mercados —como la u*berización, las nuevas plataformas digitales o el New Deal*— había provocado una pérdida del rol intermediador de la legislación entre el trabajador/a y las grandes corporaciones o entre trabajadores/as, empleadores/as, entre el fuerte y el débil. Esta transformación, alertaba, está promoviendo la emergencia de una dinámica feudal donde el acuerdo se dirime en el ámbito de lo privado y el consentimiento entre partes que aventura un retroceso en la evolución acumulativa de la igualdad.

Por desgracia, la igualdad no puede entenderse como un hecho, nunca lo ha sido y nunca lo será. El análisis no puede partir, por tanto, de una lectura binaria que tenga en cuenta sólo si se reconoce o no como derecho en el plano formal o material y el sistema de garantías, por muy importante que éste sea. La igualdad es también una expectativa, un valor, un principio en el que debe operar un mandato de maximización o de optimización[53] que exige afrontar cuánta desigualdad material es asumible o tolerable en sociedades pretendidamente democráticas y/o a escala mundial. Su conceptualización ha de partir de una noción de justicia y de dignidad que permita redefinir la titularidad real de los derechos universales o fundamentales desde un tratamiento de la diferencia que no implique jerarquía y exclusión.

Resulta obvio que la factibilidad de la lucha contra la desigualdad depende de la agenda pública y política, de la correlación de fuerzas parlamentarias, de los grupos de presión (incluyendo a los mercados), de la propia coyuntura económica y/o internacional, pero también, y esto es casi más importante, de la propia conceptualización de previa o de partida de la dignidad, la justicia y la igualdad y su consecuente juridificación. Ello obliga a que la genealogía crítica de la desigualdad sexual en el Estado constitucional cuestione la legitimidad del asimilacionismo normativo en la propia configuración de la noción de igualdad pero, también, el poder de unos mercados que, con la colaboración de circuitos semi-institucionalizados[54], rentabilizan la vulnera-

---

51 Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo*, 120.

52 Alain Supiot, *El trabajo ya no es lo que fue* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2022).

53 Según el cual el mandato de optimización obliga a alcanzar el grado de cumplimiento más alto que permitan las circunstancias fácticas y jurídicas Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 [1986]).

54 Según terminología de Rosa Cobo. Rosa Cobo, *La prostitución en el corazón del capitalismo* (Madrid: Catarata, 2017).

bilidad, la feminización de la pobreza, la jerarquía sexual, la esencialización y la reificación de las mujeres que permite su consideración como seres subalternos y el papel del estado y del derecho en todo ello.

En conclusión, la bienvenida evolución acumulativa en la conceptualización y juridificación de la igualdad, tanto en lo relativo a su extensión, a las personas sobre las que se predican los mismos derechos, como respecto a su intensidad y cobertura[55] debe asumir una reconceptualización que interpele el par norma/defecto como estructura de inteligibilidad jurídica. De forma tal que se logre desestabilizar o irracionalizar la noción de identidad liberal entronizada en un hegemonismo esencialista promotor de una estereotipia estigmatizante que genera exclusión y discriminación. La diversidad debe reconocerse como un hecho y la igualdad como un reto. Pero ello requiere una transformación epistemológica, normativa e institucional imposible de abordar sin incorporar la riqueza conceptual de la filosofía feminista, la perspectiva de género, es decir, la no androcéntrica, como metodología y la amplitud de miras de un enfoque interseccional[56] que interpele la ficción del universalismo particularista. Un reto que, como postula Ferrajoli, obliga a reconfigurar la juridificación de la igualdad, tanto en sentido normativo como prescriptivo, de forma tal que garantice el "igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor atribuido a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo distinto a todos los demás y de cada individuo una persona como todas las demás"[57].

Bibliografía citada

Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 [1986].

Amorós, Celia. *Feminismo e imaginarios de la globalización*. Edited by Rosa Cobo and Luisa Posada. Colección Redes Feministas. Granada: Comares, 2025.

— *Salomón no era sabio*. Madrid: Fundamentos, 2014.

— "Conceptualizar es politizar." En *Actas de las Jornadas sin equívocos: violencia de género y otras formas de violencia en el seno de las familias*. Madrid: UNAF, 2005.

— *Tiempo de feminismo: Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*. Madrid: Cátedra, 1997.

— "Espacio de los Iguales, espacio de las idénticas. Nota sobre poder y principio de individuación." *Arbor* 128 (1987): 113-127.

Balaguer, María Luisa. *Derecho, sexo y filosofía: Transmodernidad y normatividad*. Colección Redes Feministas. Granada: Comares, 2023.

[55] Ferrajoli, *Principia iuris. Volumen 1*,

[56] La constitucionalización de la interseccionalidad está siendo liderado por el constitucionalismo latinoamericano, introduciendo, no sólo una lista de causales, sino la previsión frente al sumatorio de estos. Ver Laura Nuño Gómez y Lara Martínez de Aragón López, "Disposiciones constitucionales en materia de igualdad de mujeres y hombres: análisis comparado en América Latina y España," *Revista de Derecho Político*, no. 120 (2024): 263-288.

[57] Ibid., 752.

— "La seguridad jurídica en los textos legales. Una legislación sobre los derechos de las personas trans en un estado social." En *El sexo en disputa. De la necesaria recuperación jurídica de un concepto*, editado por Rosa María Rodríguez Magda, 221-250. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021.

— Hij@s *del mercado: La maternidad subrogada en un Estado social*. Valencia: Cátedra, 2017.

Balaguer Callejón, Francisco. *La constitución del algoritmo*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2022.

Cárdenas, Alicia "Ellas estaban ahí: la infrarrepresentación de magistradas en el Tribunal Constitucional español". En *Democracia paritaria y redistribución del poder: Presencia, representación y reconocimiento*, dirigido por Iraia Hernández. Madrid: Dykinson, 2025.

Cobo, Rosa. *La prostitución en el corazón del capitalismo*. Madrid: Catarata, 2017.

Cobreros, Edorta. "Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta." *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 81 (2007): 102-108.

Crenshaw, Kimberlé Williams. "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color." En *The Feminist Philosophy Reader*, editado por Alison Bailey y Chris Cuomo, 279-309. New York: McGraw-Hill, 2008

Denninger, Erhard. "Derecho y procedimiento jurídico como engranaje en una sociedad multicultural." En *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, editado por Erhard Denninger y Dieter Grimm, 27-50. Madrid: Trotta, 2007.

Femenías, María Luisa. "Voces y cuerpos de mujeres marcados en la era de la globalización: Identidad, transformación y vulnerabilidad." In *Diversidad cultural, género y derecho*, edited by Patricia Laurenzo and Rafael Durán. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Volumen 1. Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, 2013.

— *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, 2011.

— *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

Fraser, Nancy. *Fortunas del feminismo*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2015.

Gómez Sánchez, Yolanda. "Regulación jurídica de la transexualidad: requisitos y procedimiento." En *El sexo en disputa. De la necesaria recuperación jurídica de un concepto*, editado por Rosa María Rodríguez Magda, 251-278. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021.

Gómez Fernández, Itziar. "El debate entre equidad y paridad en el estado social". En *Democracia paritaria y redistribución del poder: Presencia, representación y reconocimiento*, dirigido por Iraia Hernández. Madrid: Dykinson, 2025.

— "Qué es eso de reformar la Constitución con perspectiva de género? Mitos caídos y mitos emergentes a partir del libro *Una constituyente feminista*." *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, no. 17 (2019): 312-329.

— *Una constituyente feminista: ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?* Madrid: Marcial Pons, 2017.

Hernández, Iraia "Una Democracia para todas: Paridad como camino y horizonte". En *Democracia paritaria y redistribución del poder: Presencia, representación y reconocimiento*, dirigido por Iraia Hernández. Madrid: Dykinson, 2025.

Iglesias, Mercedes "Liderazgo político disruptivo, agenda consciente de igualdad de género y lucha contra el acoso y la violencia políticos en el sistema interamericano". En *Democracia paritaria y redistribución del poder: Presencia, representación y reconocimiento*, dirigido por Iraia Hernández. Madrid: Dykinson, 2025.

Lasa, Ainhoa "The dialectic of feminism and market constitutionalism. In relation to the unfinished telos of the abolition of gender inequality". En *Democracia paritaria y redistribución del poder: Presencia, representación y reconocimiento*, dirigido por Iraia Hernández. Madrid: Dykinson, 2025.

Lorenzo, Magdalena "Coeducación versus Educación diferenciada por sexos: idas y venidas legislativas y en su interpretación jurisprudencial". En *Democracia paritaria y redistribución del poder: Presencia, representación y reconocimiento*, dirigido por Iraia Hernández. Madrid: Dykinson, 2025.

Macías, María "La visibilidad invisible: de la presencia al poder". En *Democracia paritaria y redistribución del poder: Presencia, representación y reconocimiento*, dirigido por Iraia Hernández. Madrid: Dykinson, 2025.

Martínez de Aragón López, Lara. "De las cuotas a la parificación: evolución de la hermenéutica constitucional en la presencia y representación de las mujeres." En Democracia paritaria y redistribución del poder: Presencia, representación y reconocimiento, dirigido por Iraia Hernández. Madrid: Dykinson, 2025.

— (2023) *La igualdad de mujeres y hombres en el constitucionalismo contemporáneo: Análisis comparado en el ámbito regional de América Latina.* Granada: Comares. Disponible en: *https://accesoabiertocomares.com*.

Murillo, Soledad. *Supervivencia de las políticas de igualdad: Entre la Función Pública y los partidos políticos*. Colección Redes Feministas. Granada: Comares, 2024.

Nuño, Laura. "La pugna entre la legalidad democrática y la legitimidad genealógica: un desafío para la igualdad de mujeres y hombres." En *Estudios sobre Derecho Constitucional Español, Comparado y Europeo. "Liber Amicorum" Yolanda Gómez Sánchez*, dirigido por Francisco Balaguer, Carlos Vidal y Carlos Elías, 727-746. Madrid: BOE y CEPC. 2025. Disponible en: *https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2025-355*.

— y Lara Martínez de Aragón López. "Disposiciones constitucionales en materia de igualdad de mujeres y hombres: análisis comparado en América Latina y España." *Revista de Derecho Político*, no. 120 (2024): 263-288.

— "El mito de la jerarquía sexual: hechos, relatos y contrarrelatos." *Historia y comunicación social*, no. 29-2 (2024): 499-509.

Pateman, Carole. *El contrato sexual*. Madrid: Anthropos, 1995.

Posada, Luisa. *Feminismo: Lugares y Ecos*. Granada: Comares, 2023.

Reche, Nuria. *Mens Iura Fundamentalia: La neurotecnología ante la Constitución*. A Coruña: Colex, 2024.

Rey, Fernando. "La igualdad jurídica: viejos problemas, nuevas soluciones." *Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, no. 32 (2024): 17-48. Disponible en: *https://www.avdzea.com/descargas/articulos/470.pdf*.

— "La (jurídica) igualdad de trato (de origen norteamericano) y la (política) igualdad de oportunidades (de origen europeo): conexiones, confusiones y malentendidos." *IgualdadES*, no. 9 (2023): 13-43.

Salazar, Octavio "Igualdad compleja y sujetos diferentes: hacia una "Ilustración de la interdependencia". En *Democracia paritaria y redistribución del poder: Presencia, representación y reconocimiento*, dirigido por Iraia Hernández. Madrid: Dykinson, 2025.

Saldaña, Nieves "40 años de promoción de la democracia paritaria y la participación equilibrada de mujeres y hombres en la Unión Europea". En *Democracia paritaria y redistribución del poder: Presencia, representación y reconocimiento*, dirigido por Iraia Hernández. Madrid: Dykinson, 2025.

Sen, Amartya K. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press; New York: Alfred Knopf, 1999.

Sendón de León, Victoria. *Ser mujer: un rescate necesario*. Sevilla: Labrys, 2022.

Supiot, Alain. *El trabajo ya no es lo que fue*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2022.

La igualdad sustantiva en la era del *backlash*: neoliberalismo, globalización y giros iliberales*

Lara Martínez de Aragón López
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

Sumario: Introducción. I. Del colapso del liberalismo clásico al *backlash* contemporáneo. II. Mutaciones del pacto democrático: del estado social al neoliberal. III. El giro reaccionario: nuevas derechas y desmantelamiento de consensos. IV. La paradoja democrática. V. Resistencias y horizontes posneoliberales frente al *backlash*. VI. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

La igualdad sustantiva ha constituido, desde mediados del siglo XX, uno de los pilares esenciales del constitucionalismo europeo. Frente a las insuficiencias del modelo liberal clásico —incapaz de afrontar las profundas desigualdades sociales y económicas que alimentaron los conflictos y totalitarismos del siglo pasado—, el Estado Social y democrático de derecho se concibió como un marco constitucional orientado a garantizar no solo las libertades formales, sino también las condiciones materiales necesarias para su ejercicio real y efectivo.

Durante la denominada "edad de oro del capitalismo" —especialmente entre las décadas de 1950 y 1970— el Estado de bienestar[1] se consolidó

* Este trabajo forma parte de la actividad del Grupo de Investigación de Alto Rendimiento en Género y Feminismo de la URJC (GIAR FEMGEN V326- 00008/082) del que la autora forma parte.

[1] Aunque en el lenguaje común se emplean a menudo como sinónimos, los conceptos de Estado Social y Estado de bienestar no son idénticos. El Estado Social es una categoría jurídico-constitucional que designa un modelo de Estado en el que la igualdad material, la justicia social y la intervención pública para garantizar derechos económicos, sociales y culturales se erigen en principios estructurantes del ordenamiento. Se vincula estrechamente con la noción de Estado Social y democrático de derecho consagrada en numerosas constituciones europeas tras la Segunda Guerra Mundial. Por su parte, el Estado de bienestar (Welfare State) describe un modelo histórico-político y económico, característico de las democracias occidentales de posguerra, basado en la provisión universal de una cartera variable de servicios públicos y la asunción de políticas redistributivas y sistemas de seguridad social, sin que necesariamente se tenga que ver reflejado en la Constitución. Así, mientras el Estado Social implica un compromiso normativo y vinculante de rango constitucional, el Estado de bienestar remite a un acuerdo institucional que puede tener un carácter contingente, sujeto a coyunturas políticas y económicas y, por tanto, potencialmente reversible. Para un análisis en profundidad, véase Remedio Sánchez Férriz, Introducción al Estado Constitucional, 1.ª ed. (Barcelona: Ariel, 1993), 143.

como modelo dominante en Europa con el objetivo de proporcionar un marco estable de protección social, derechos laborales sólidos y políticas redistributivas eficaces. No obstante, y a pesar de sus avances en la reducción de la pobreza y la ampliación de derechos sociales, mantuvo intactas muchas de las estructuras de poder económico, de sexo y clase, dejando sin resolver desigualdades estructurales.

A partir de la década de 1970, el tránsito hacia el neoliberalismo supuso una redefinición ideológica que erosionó la legitimidad del principio de igualdad sustantiva en el pacto democrático. La igualdad dejó de concebirse como un objetivo estructural del orden constitucional y pasó a ser sustituida por criterios asociados a la reducción del gasto público, la contracción de las competencias estatales, la privatización de sectores estratégicos y la subordinación de los derechos a la lógica del mercado.

Durante las últimas décadas del siglo XX y las primeras del XXI, la consolidación de este modelo ha generado un terreno propicio para el fortalecimiento de las desigualdades, debilitando las bases institucionales del constitucionalismo social y vaciando de contenido los compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Como consecuencia, los sistemas multilaterales de protección construidos en el periodo de posguerra —incluidos aquellos vinculados a Naciones Unidas y a los tratados internacionales de derechos— se han visto progresivamente erosionados.

La crisis financiera de 2008 y, más recientemente, la pandemia de COVID-19, aceleraron e intensificaron las tendencias de debilitamiento del Estado Social, poniendo de relieve la fragilidad de unas estructuras de protección cada vez más residuales. Un escenario de vulnerabilidad que ha favorecido la irrupción y consolidación de fuerzas políticas reaccionarias, iliberales y autoritarias, que han capitalizado el malestar social derivado de las promesas incumplidas de la socialdemocracia y de la creciente precarización de las condiciones de vida[2]. Liderazgos como los de Donald Trump, Jair Bolsonaro, Viktor Orbán, Giorgia Meloni o Javier Milei no solo cuestionan los avances democráticos en materia de igualdad, sino que promueven políticas dirigidas a su progresivo desmantelamiento, tanto en el ámbito estatal como en el internacional.

Frente a esta amenaza, el presente capítulo examina la evolución histórica del principio de igualdad sustantiva, desde su consolidación en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho hasta su actual cuestionamiento en el contexto del giro reaccionario contemporáneo anteriormente apuntado. El análisis aborda, por un lado, los procesos internos de erosión democrática y, por otro, el debilitamiento deliberado del sistema interna-

[2] Cas Mudde y Cristóbal Rovira Kaltwasser, Populism: A Very Short Introduction (Oxford: Oxford University Press, 2017).

cional de protección de los derechos humanos, situando ambos fenómenos en un marco histórico y estructural que permite comprender sus interrelaciones. Asimismo, se explora el papel de los movimientos sociales —con especial atención al feminismo transnacional— y de los procesos constitucionales recientes que, en distintas latitudes, han buscado reinstalar la igualdad sustantiva como núcleo normativo del pacto democrático.

Examen que se realiza a la luz del concepto de *backlash*, formulado por Susan Faludi[3], para describir las ofensivas políticas, culturales y mediáticas destinadas a revertir los avances logrados por los movimientos feministas y de derechos civiles. Estas reacciones, lejos de plantear una restauración abierta del pasado, operan mediante estrategias más sutiles pero igualmente efectivas: la deslegitimación simbólica, el vaciamiento normativo y la distorsión del sentido original de las conquistas igualitarias. De este modo, el *backlash* erosiona simultáneamente la eficacia jurídica y la legitimidad social de dichos avances, poniendo en cuestión los cimientos mismos del constitucionalismo democrático contemporáneo.

I. Del colapso del liberalismo clásico al *backlash* contemporáneo

La profunda crisis del modelo liberal clásico, incapaz de ofrecer respuestas efectivas frente a las desigualdades estructurales y los crecientes conflictos socioeconómicos, marcó de manera decisiva el siglo XX. Las transformaciones derivadas del proceso de industrialización, la creciente concentración del capital y la conformación de una clase obrera urbana generaron nuevas dinámicas de desigualdad y de tensión social. Este escenario de agitación y cambio cuestionó de forma radical tanto el papel del Estado como la propia noción de ciudadanía, al poner de manifiesto las limitaciones estructurales de un modelo de intervención estatal abstencionista que confiaba en la supuesta autorregulación armónica de los mercados. Se hacía visible, de este modo, la fragilidad de una teoría política construida sobre la ilusión de neutralidad del orden económico y jurídico, incapaz de contener los efectos devastadores de la desigualdad estructural y de los conflictos sociales emergentes.[4]

A medida que las desigualdades económicas y sociales se acentuaron, el abstencionismo estatal en la vida económica, propio del modelo liberal, se tornó insostenible poniendo en riesgo la propia supervivencia de las democracias liberales. El modelo económico que promovía la mínima

[3] Susan Faludi, *Backlash: The Undeclared War Against American Women* (New York: Crown Publishers, 1991).

[4] Lara Martínez de Aragón López y Laura Nuño Gómez, *Metamorfosis del Estado y retos del constitucionalismo contemporáneo* (Madrid: Dykinson, 2024).

intervención del Estado, piedra angular del liberalismo clásico, se mostró claramente inoperante. La Gran Depresión, con su devastador impacto en la economía global, subrayó las limitaciones del *laissez-faire* y la necesidad de una radical transformación de la gestión económica, política y social. En este contexto, emergieron como alternativas a las democracias liberales dos modelos de organización estatal que, aunque ideológicamente opuestos —el fascismo y el comunismo—, compartieron un rasgo común: la centralidad del Estado como agente de planificación y control. Ambos sistemas adoptaron fórmulas de intervencionismo estatal y promovieron políticas públicas en sectores estratégicos como la educación, la salud y la cultura. Sin embargo, lejos de fortalecer la democracia, estos regímenes derivaron en sistemas totalitarios que suprimieron las libertades individuales y desarticularon por completo los fundamentos jurídicos del Estado de derecho heredado del liberalismo decimonónico.[5]

Las potencias occidentales comprendieron que evitar una nueva catástrofe política y social exigía superar el paradigma liberal sin caer en un autoritarismo de signo opuesto. Tras la debacle de la II Guerra Mundial el Estado Social y Democrático de Derecho emergerá como una respuesta histórica a la necesidad de reconciliar, capitalismo y justicia social, y como mecanismo para garantizar la estabilidad democrática en un mundo marcado por la desigualdad, la precariedad económica y la amenaza del autoritarismo.

Una transformación que implicó, no solo la reconfiguración del papel del Estado, sino también una nueva concepción del derecho constitucional. A partir de entonces hubo un extendido consenso sobre que el ordenamiento jurídico debía dotarse de un marco regulador que, más allá de su función organizativa, estableciera principios rectores capaces de orientar la acción estatal, limitar el poder y constituir fines esenciales de la sociedad y el Estado. En consecuencia, el constitucionalismo europeo del siglo XX se consolidó en torno a valores como la igualdad sustantiva, la dignidad humana, la redistribución de la riqueza y la prevalencia del interés general[6]. Principios que no solo ordenaron el funcionamiento institucional, sino que sentaron las bases de un nuevo pacto social destinado a garantizar la cohesión política y a expandir los derechos en clave universalista y redistributiva. [7]

---

[5] Remedio Sánchez Férriz, *Introducción al Estado Constitucional*, 1.ª ed. (Barcelona: Ariel, 1993), 74.

[6] Catherine Yuliet Córdoba Chamorro, «Estado social de derecho como parámetro hermenéutico», *Ratio Juris* (UNAULA) 18, no. 36 (2023): 128, *https://doi.org/10.24142/raju.v18n36a7*.

[7] La teoría política feminista ha puesto en evidencia cómo el pacto fundacional del Estado moderno —y, con él, su arquitectura constitucional— está construido sobre una lógica androcéntrica, etnocéntrica y supremacista que excluye sistemáticamente a quienes no encarnan el modelo de sujeto varón, blanco, propietario y autónomo que el liberalismo erige como referente universal. Esta configuración sesgada del sujeto político tiene consecuencias ineludibles para el reconocimiento efectivo de derechos y la legitimidad del orden constitucional en su conjunto. Para un análisis en profundidad de estas tensiones estructurales entre ciudadanía, división sexual del trabajo y universalismo homogeneizante, puede consultarse el trabajo de Laura Nuño Gómez, "El mito de la

Por tanto, la constitucionalización del Estado Social, característica del constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, asumió —con diferentes intensidades— el objetivo de dotar de contenido material a la igualdad formal. Y, en este sentido, conviene advertir que tuvo implicaciones ineludibles en la relación entre los poderes públicos y la ciudadanía[8] (estableciendo deberes positivos de actuación de los primeros encaminados a garantizar el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales a través de lo que se conocerán como derechos prestacionales) pero, también, respecto a su relación con los poderes privados, regulando aspectos asociados con la legislación laboral y la libertad de empresa. De forma tal, que la igualdad sustantiva se consolidó como piedra angular de la democracia en un Estado Social. Por tanto, no como un ideal abstracto, sino como una exigencia concreta orientada a garantizar la participación plena en la vida social, económica, política y cultural de todos los individuos y colectivos.

Así, los Estados europeos, en mayor o menor medida reconocieron derechos sociales, económicos y culturales, derechos prestacionales y la provisión de servicios públicos en áreas clave como la salud, la educación y el empleo. El constitucionalismo de mediados del siglo impulsó el contenido social en la concepción del pacto constituyente buscando un precario equilibrio o compensación en el conocido tándem capital-trabajo o con lo que Thomas Humphrey Marshall denominó la sociedad del guion o el acuerdo capitalismo-bienestar. [9]

De este modo, el tránsito del Estado Liberal, de marcado carácter abstencionista, hacía un Estado Social, vino motivado por la asunción de la insuficiencia del contenido formal del derecho a la igualdad. Por ello, el contenido material de la igualdad se instauró, al menos desde un punto de vista teórico, como principio rector de la actuación de unos poderes públicos que serían, en lo sucesivo, garantes de la consecución de la igualdad real y efectiva, de la igualdad de oportunidades y de la ausencia de discriminación. Una evolución conceptual que trasciende el mero reconocimiento formal de los derechos otorgados, encaminándose hacia su efectiva implementación y ejercicio así como hacia la construcción de una ciudadanía sustantiva, más amplia e inclusiva, donde el disfrute y ejercicio real de los derechos fundamentales estuviera garantizado.

---

jerarquía sexual: hechos, relatos y contrarrelatos," *Historia y comunicación social*, no. 29-2 (2024): 499-509, *https://doi.org/10.5209/hics.98682*.

[8] La evolución histórica del derecho a la igualdad, desde las primeras Constituciones hasta la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho, supuso una extensión de su contenido material y una progresiva inclusión como titulares de la soberanía de sujetos inicialmente no previstos en el pacto constituyente.

[9] T. H. Marshall, *The Right to Welfare*, en *The Right to Welfare and Other Essays* (Londres: Heinemann, 1981 [1965]), 83-94.

No obstante, este horizonte igualitario comenzó a erosionarse en las últimas décadas del siglo XX, hasta desembocar en un fenómeno que Susan Faludi (1991) conceptualizó como *backlash*: una reacción sistemática contra los avances en materia de igualdad, especialmente de género. Según Faludi, este fenómeno no se presenta como un retorno abierto al pasado, sino como una ofensiva cultural, política y mediática que reconfigura las desigualdades en formas más sutiles, valiéndose incluso de lenguajes de emancipación para legitimar retrocesos. El *backlash* no es, por tanto, mera resistencia conservadora, sino un proyecto de recomposición del orden social que opera a través de la cooptación del discurso de la libertad, la erosión de políticas públicas y la reactivación de jerarquías históricas bajo ropajes modernos.[10]

Este patrón, inicialmente observado por Faludi en el contexto estadounidense de los años ochenta, adquiere en el siglo XXI una proyección global y multidimensional, en la que el ataque al principio de igualdad sustantiva se profundiza por el giro neoliberal, el debilitamiento del multilateralismo y el auge de fuerzas políticas iliberales[11]. El resultado es una regresión estructural que desafía la vigencia de los consensos democráticos forjados tras el colapso del liberalismo clásico.

II. Mutaciones del pacto democrático: del estado social al neoliberal

El modelo de Estado Social, consolidado en Europa occidental[12], configuró un orden institucional orientado a garantizar no solo los derechos civiles y políticos, sino también los derechos económicos, sociales y culturales. Tras la guerra —especialmente entre los años 1950 y mediados de los 70— se desplegó un pacto político y económico basado en la expansión del empleo, la intervención estatal en la economía, la redistribución fiscal y la universalización de servicios públicos considerados básicos.

Este modelo, con sus variantes nacionales, institucionalizó un marco de ciudadanía social que, en palabras de Marshall, buscaba completar la tríada de derechos que estructuran el ideal democrático —civiles, políticos y sociales—, entendidos estos últimos como la garantía de un nivel básico de bienestar y seguridad económica para todos los miembros de la comunidad, condición indispensable para el ejercicio real de las libertades formales[13].

---

[10] Susan Faludi, *Backlash: The Undeclared War Against American Women* (New York: Crown Publishers, 1991).

[11] Fareed Zakaria, *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad* (Nueva York: W.W. Norton, 2003).

[12] La Ley Fundamental de Bonn de 1949 (*Grundgesetz*) introdujo por primera vez la noción de *Estado Social* (*Sozialstaat*) como principio constitucional expreso. Su inclusión en los artículos 20 y 28 no fue meramente declarativa, sino que configuró un mandato dirigido a los poderes públicos para garantizar la justicia social y la dignidad humana como fundamento del orden político.

[13] T. H. Marshall, *Ciudadanía y clase social*, Madrid: Alianza Editorial, 1998 [1950]), 101.

Serán, precisamente, estos nuevos derechos los que permitirán garantizar el pleno ejercicio de los derechos políticos y civiles.

Sin embargo, este equilibrio empezó a erosionarse con el agotamiento del ciclo de acumulación fordista[14] y la crisis del petróleo de 1973. Las crecientes presiones inflacionarias, el estancamiento económico y el aumento del gasto público erosionaron la legitimidad del Estado de bienestar. A ello se sumó una ofensiva ideológica impulsada por sectores empresariales y think tanks[15] conservadores que, desde finales de los años setenta, articularon un potente alegato contra la supuesta "ineficiencia" del Estado, contra la "rigidez" del mercado laboral y al supuesto "exceso" de derechos o beneficios sociales.

El ascenso de nuevos liderazgos políticos —como Margaret Thatcher en el Reino Unido (1979) y Ronald Reagan en los Estados Unidos (1981)— inauguraron un giro doctrinal y normativo profundo: el tránsito hacia el neoliberalismo. A diferencia del liberalismo clásico, que defendía la abstención estatal por razones filosófico-políticas, el neoliberalismo propone una racionalidad económica que redefine el papel del Estado no como garante de derechos, sino como garante del mercado. Se pasa así de un Estado redistributivo a un Estado regulador, promotor de la competitividad, la eficiencia y la libre empresa, aún a costa de la igualdad y la cohesión social. [16]

Desde este nuevo paradigma se defendería el desmantelamiento progresivo de las bases institucionales del Estado Social: la privatización de

---

[14] Eric Hobsbawm señala que el modelo de acumulación fordista-keynesiano comenzó a evidenciar su agotamiento en la década de 1970, cuando el crecimiento industrial y las políticas redistributivas dejaron de sostener el equilibrio entre capital y trabajo. La crisis del petróleo de 1973 y la estanflación pusieron en entredicho la eficacia del consenso keynesiano. Véase Eric Hobsbawm, Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914-1991 (London: Abacus, 1995), 401-405.

David Harvey conecta este agotamiento con el giro neoliberal, mostrando cómo la crisis del fordismo abrió paso a un nuevo régimen de acumulación basado en la liberalización de los mercados, la desregulación y la globalización financiera. Véase David Harvey, A Brief History of Neoliberalism (New York: Oxford University Press, 2007), 12-19.

[15] En el ámbito anglosajón, la Heritage Foundation, fundada en 1973 en Washington D. C., se consolidó como uno de los principales laboratorios de ideas de la nueva derecha estadounidense. A través de sus influyentes informes —como Mandate for Leadership (1981), que sirvió de hoja de ruta para la administración Reagan—, promovió políticas de privatización, desregulación y reducción del gasto público, combinadas con una agenda conservadora en materia de familia, educación y moral sexual, que ha servido de sustento ideológico a las ofensivas contra los derechos reproductivos y la igualdad de género.

En paralelo, en el Reino Unido, el Institute of Economic Affairs (IEA), creado en 1955, desempeñó un papel crucial en la gestación del giro neoliberal que desembocó en el thatcherismo. Su influencia fue determinante en la elaboración de políticas de liberalización económica, recortes fiscales y debilitamiento de los sindicatos. Al igual que la Heritage Foundation, el IEA ha articulado una narrativa que presenta la intervención estatal en materia social y de igualdad como una amenaza a la libertad económica, posicionándose en contra de políticas de acción positiva, regulaciones laborales protectoras y compromisos internacionales vinculantes en derechos humanos.

[16] Para un análisis en profundidad: Thomas Piketty, *Capital e ideología* (Barcelona: Deusto Ediciones, 2019); Thomas Piketty, *El capital en el siglo XXI* (México: Fondo de Cultura Económica, 2014); y Thomas Piketty, *La crisis del capital en el siglo XXI: Crónicas de los años en que el capitalismo se volvió loco* (México: Siglo XXI Editores, 2015).

empresas públicas, la desregulación de sectores estratégicos —especialmente el financiero—, la flexibilización laboral y la reducción del gasto público en políticas sociales. Se consolidaría una política fiscal regresiva, centrada en la reducción de impuestos a las rentas altas y a las corporaciones, lo que debilitaría la capacidad redistributiva del Estado. En el ámbito internacional, la liberalización del comercio y de los flujos de capital impuso una lógica de competencia global que redujo el margen de maniobra de los Estados nacionales, debilitando aún más su función social. [17]

Desde una perspectiva constitucional, este tránsito significó un vaciamiento progresivo del contenido material del principio de igualdad. La igualdad formal subsiste como principio declarativo, pero pierde operatividad práctica ante la erosión de las políticas públicas que hacían posible su realización sustantiva. El debilitamiento de los mecanismos de protección social, la mercantilización de derechos básicos y el aumento de la desigualdad en el acceso a bienes fundamentales como la vivienda, la educación o la salud, pondrán en entredicho la promesa democrática de una ciudadanía igual en dignidad y derechos.

El giro neoliberal no solo transformó la arquitectura institucional de los Estados, sino que alteró profundamente el horizonte normativo del constitucionalismo democrático. La lógica de los derechos, fundada en la idea de universalidad y garantía estatal, fue sustituida por la lógica del mercado y de la libre competencia. El sujeto de derechos se transformaría en consumidor de servicios; el vínculo político, en contrato económico; y la justicia social y los servicios públicos en servicios externalizados de carácter privado. La igualdad dejó de concebirse como un objetivo político sustantivo para transformarse en una mera ilusión estadística, admitida en la medida en que no altere los parámetros de eficiencia del sistema. En este marco, la desigualdad no solo se tolera, sino que se erige en condición estructural de funcionamiento del mercado, incluso en un presupuesto necesario para su expansión y legitimación. [18]

En este marco, el *backlash* descrito por Faludi encuentra terreno fértil: las políticas neoliberales no solo erosionan las bases materiales de la igualdad sustantiva, sino que también despliegan narrativas que presentan las políticas de igualdad como privilegios arbitrarios o cargas para el desarrollo económico. La reacción se manifiesta en dos planos: material, a través del desmantelamiento de programas y derechos prestacionales, y simbólico, mediante la estigmatización de movimientos feministas, sindicales o antirracistas como amenazas a la libertad o a la identidad nacional.

---

[17] Jaime. Cárdenas García, *Del Estado Absoluto al Estado Neoliberal* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2017).

[18] Estela Grassi, "Neoliberalismo, desigualdad y cuestiones de legitimidad," *Escenarios*, no. 30 (2020), *https://revistas.unlp.edu.ar/escenarios/article/view/10026*.

Esta mutación del pacto democrático ha generado un sujeto político distinto: ya no una ciudadanía titular de derechos garantizados por el Estado, sino un consumidor responsable de su propio bienestar en un mercado precarizado. Se produce, así, lo que Fraser identifica como una privatización de la ciudadanía, donde la igualdad se redefine como igualdad de acceso a la competencia, y no como igualdad de condiciones para la vida digna[19]. Este desplazamiento ideológico e institucional prepara el terreno para la fase siguiente: la convergencia entre neoliberalismo e la convergencia entre neoliberalismo e iliberalismo en el actual giro reaccionario.

III. El giro reaccionario: nuevas derechas y desmantelamiento de consensos

Experimentos como el de Pinochet en Chile y la posterior llegada al poder de Margaret Thatcher en el Reino Unido y de Ronald Reagan en Estados Unidos marcaron un punto de inflexión hacia la hegemonía neoliberal impulsando reformas orientadas a reducir drásticamente el gasto social, privatizar servicios públicos estratégicos y a una desregulación selectiva de mercados, de flujos de capital internacionales y del mercado laboral, produciéndose una precarización del mismo y relegando al Estado a una función residual o subsidiaria.[20]

Aunque el neoliberalismo no avanzó homogéneamente —su implementación varió según países y contextos[21]— la década de 1980 representó una ruptura decisiva con el modelo del Estado Social, ya debilitado tras la crisis del petróleo y las tensiones monetarias internacionales de la década anterior. La sustitución progresiva de las políticas fiscales redistributivas por programas de contención del gasto público anunciaba la imposibilidad de sostener el pacto capital-trabajo que había sustentado la estabilidad de la posguerra.

En Europa, este viraje coincidió con la aceleración del proceso de integración comunitaria y con el impulso de la globalización financiera. Los órganos de la entonces Comunidad Europea promovieron activamente la liberalización de sectores estratégicos, hasta entonces bajo monopolio estatal, institucionalizando una racionalidad económica que subordinó lo social al mercado. La estrategia de acumulación se tradujo en la centralidad de la unión monetaria y de políticas económicas disciplinantes, que

[19] Nancy Fraser, Cannibal Capitalism: How Our System Is Devouring Democracy, Care, and the Planet-and What We Can Do About It (Londres: Verso Books, 2022).

[20] David Harvey, A Brief History of Neoliberalism (Nueva York: Oxford University Press, 2007).

[21] América Latina vivió la "terapia de choque" del FMI y el Banco Mundial; Europa osciló entre privatizaciones y preservación parcial del Estado de bienestar; y en África y Asia se impusieron reformas bajo programas de ajuste estructural. El resultado fue un mapa desigual, pero con un patrón común: incremento de desigualdades sociales y concentración de riqueza.

pasaron a legitimar las nuevas políticas públicas. El modelo de la Unión Económica y Monetaria, consolidado en Maastricht, confirmó esta ruptura al limitar la capacidad de los Estados para dirigir sus orientaciones económicas generales. El resultado fue un proceso de construcción europea caracterizado por la neutralización progresiva de cualquier límite social al mercado: el derecho de la competencia, la libertad económica y la estabilidad monetaria adquirieron primacía absoluta, mientras que las demandas de justicia social quedaron relegadas al terreno político, sin fuerza normativa efectiva frente a los principios de integración económica.[22]

Pese a este fuerte giro neoliberal, muchos Estados europeos lograron preservar, aunque parcialmente debilitados, sus sistemas de bienestar social durante las siguientes tres décadas. Así durante los años ochenta y noventa se produjo un equilibrio inestable: si bien se adoptaron medidas de privatización, desregulación financiera y flexibilización laboral, los sistemas sociales europeos conservaron niveles significativos de protección social en áreas como la salud, la educación y las pensiones. Una etapa que se ha denominado "neoliberalismo moderado", "tercera vía" o "Estado Social activo", que implicaba cierto compromiso entre la lógica del mercado y el compromiso por la cohesión social.[23]

No obstante, a partir de los años noventa, y con especial fuerza en los primeros años del siglo XXI, se intensificaron las tendencias de erosión gradual del Estado Social. La creciente globalización financiera, la competencia internacional por atraer inversiones, la expansión del libre comercio y el fortalecimiento de organismos multilaterales promotores de la liberalización económica, como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización Mundial del Comercio (OMC), generaron un marco global que limitó la capacidad de intervención de los Estados en la economía y reduciría su margen de maniobra para mantener la solidez de las políticas redistributivas.

Y en este proceso el culmen fueron las políticas adoptadas tras la crisis financiera global de 2008. El impacto de esta crisis reveló no solo la fragilidad del modelo neoliberal, sino también el debilitamiento estructural del Estado Social. Las políticas de austeridad profundizaron aún más las desigualdades sociales, erosionaron la legitimidad democrática e impulsaron un descontento social generalizado. Este contexto de crisis económica, institucional y de representación política allanó el camino para la emergencia de movimientos políticos reaccionarios que, con discursos

[22] Ainhoa Lasa López, "La Constitución 'social' supranacional como ficción: Lecciones de Weimar a propósito de las diferencias entre la falta y la imposibilidad metafísica de cumplimiento constitucional," *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, no. 43 (diciembre 2020): 353–75, *https://doi.org/10.7203/CEFD.43.16562*

[23] Anthony Giddens, *The Third Way: The Renewal of Social Democracy* (Cambridge: Polity Press, 1998).

nacionalistas, autoritarios y antiderechos, capitalizaron el malestar popular para cuestionar frontalmente los pilares de la igualdad sustantiva sobre los que se había sostenido el pacto democrático desde la posguerra.

De esta forma, el escenario político actual está experimentando una reconfiguración preocupante, marcada por el ascenso de fuerzas políticas de carácter iliberal, ultraconservador y ultraliberal[24]. Este fenómeno, observable en distintas latitudes, supuso un ataque frontal a los pilares normativos que sostuvieron el constitucionalismo democrático de posguerra: el principio de igualdad sustantiva, la universalidad de los derechos y el papel activo del Estado como garante del bienestar colectivo.

En este contexto, figuras como Donald Trump en Estados Unidos, Jair Bolsonaro en Brasil, Viktor Orbán en Hungría, Giorgia Meloni en Italia o Javier Milei en Argentina encarnan proyectos de poder que, aunque diversos en sus formas, comparten una serie de rasgos estructurales comunes. Entre ellos, el autoritarismo en el estilo de liderazgo, la deslegitimación de las instituciones multilaterales, la exaltación de la soberanía nacional en clave excluyente y una concepción minimalista o selectiva de los derechos humanos, subordinados a una noción regresiva de orden, identidad o eficiencia.[25]

En el plano discursivo, estas nuevas derechas impulsan una retórica abiertamente antiderechos y antifeminista. La igualdad de género, los derechos de las personas LGTBIQ+, el multiculturalismo y las políticas redistributivas son caricaturizadas como imposiciones ideológicas —frecuentemente catalogadas como "ideología de género", "marxismo cultural" o políticas "woke"— que supuestamente amenazan los valores tradicionales, la familia y la nación. Una estrategia discursiva que no solo pretende deslegitimar décadas de avances normativos en materia de derechos humanos, sino también activar emocionalmente a segmentos sociales que se perciben amenazados por la ampliación del campo de los derechos.

En el ámbito institucional, estos liderazgos promueven una contrarreforma estructural orientada a desmantelar los dispositivos legales e institucionales que garantizaban la vigencia de la igualdad sustantiva. La desfinanciación de políticas de igualdad, la supresión de organismos públicos dedicados a los derechos humanos, la reversión de leyes contra la violencia de género o la eliminación de ministerios especializados en políticas de igualdad, forman parte de la deliberada y orquestada regresión. El principio de no discriminación se relega a un plano retórico, mientras

[24] Fareed Zakaria fue uno de los primeros en advertir sobre el auge de lo que denominó «democracias iliberales», regímenes que mantienen las formas electorales pero vacían de contenido principios constitucionales consensuados. Fareed Zakaria, *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad* (Nueva York: W.W. Norton, 2003).

[25] Enzo Traverso, "El fascismo como concepto transhistórico," en *Retóricas de la derecha radical*, ed. Mary Luz Estupiñán y Raúl Rodríguez Freire (Santiago de Chile: Ediciones Mímesis, 2023), 15–36.

que en la práctica se refuerzan jerarquías sociales, económicas y culturales que afectan de manera desproporcionada a mujeres, minorías étnicas, migrantes y colectivos históricamente vulnerables.

Uno de los elementos más alarmantes de este giro reaccionario es su apelación a una supuesta "libertad" como valor absoluto, instrumentalizado para desactivar las políticas públicas orientadas a la equidad. En nombre de la libertad de mercado, la libertad de expresión o la libertad parental, se atacan las acciones afirmativas, los contenidos escolares igualitarios o los marcos regulatorios que protegen derechos fundamentales. Esta libertad, entendida en clave negativa e individualista o de no intervención, sirve como antídoto ideológico frente a toda política que pretenda corregir desigualdades estructurales. Como han advertido autoras como Nancy Fraser, se trata de una apropiación neoliberal de los lenguajes de emancipación, que subvierte su sentido histórico para legitimar nuevas formas de dominación[26].

Por último, pero no menos alarmante, este giro también implica una batalla cultural de largo alcance. Se reactivan imaginarios autoritarios basados en el nacionalismo excluyente y el orden patriarcal como dogma moral, que encuentran eco tanto en medios de comunicación como en plataformas digitales y espacios religiosos[27]. Esta disputa simbólica es parte esencial del desmantelamiento del consenso democrático sobre la igualdad como valor constitucional y sobre el Estado como garante de derechos. Lejos de constituir una simple alternancia política, nos enfrentamos a un proceso de reversión sistémica cuyas consecuencias afectan a la propia legitimidad del pacto democrático.

IV. La paradoja democrática

Una de las características más preocupantes del giro reaccionario actual es su desarrollo en contextos formalmente democráticos. La denominada "paradoja democrática" se refiere precisamente a esta contradicción: líderes electos de partidos políticos democráticos que, utilizando las herramientas propias del Estado de Derecho, avanzan hacia una erosión progresiva y sistemática de los mecanismos institucionales y normativos que garantizan la igualdad sustantiva y la protección de derechos humanos. Un proceso gradual, caracterizado por modificaciones legales aparentemente menores que, en conjunto, minan las bases del orden democrático y debilitan los contrapesos institucionales de los sistemas estatales.

[26] Nancy Fraser, Cannibal Capitalism: How Our System Is Devouring Democracy, Care, and the Planet–and What We Can Do About It (Londres: Verso Books, 2022).

[27] Elizabeth Corredor, "Unpacking 'Gender Ideology' and the Global Right's Antigender Countermovement," *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 44, no. 3 (2019): 613–38, *https://doi.org/10.1086/701171*.

Hasta el Poder Judicial, tradicionalmente garante de la igualdad ante la ley, es sometido en diversos contextos a presiones políticas y cambios legislativos que comprometen su independencia y capacidad garantista[28]. Paralelamente, las instituciones públicas encargadas de velar por los derechos humanos son objeto de recortes presupuestarios, externalización del servicio o incluso eliminación del mismo, lo que deteriora considerablemente la eficacia de los mecanismos internos de protección[29]. Un contexto que empuja a la ciudadanía a depender del mercado para acceder a servicios esenciales que antes eran provistos por el Estado, generando una dinámica de re-mercantilización de ámbitos previamente desmercantilizados bajo la lógica del Estado de bienestar.

No obstante, este intencionado deterioro no se limita únicamente al ámbito estatal, sino que afecta también al sistema internacional de derechos humanos construido tras la Segunda Guerra Mundial. Organismos clave como Naciones Unidas, la Corte Penal Internacional o los mecanismos de supervisión derivados de tratados, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) o la Convención Americana sobre Derechos Humanos enfrentan ataques directos de gobiernos que cuestionan su legitimidad, bloquean su financiación o se retiran abiertamente de los acuerdos internacionales previamente suscritos.

La administración Trump en Estados Unidos representa un claro ejemplo paradigmático de esta estrategia. Su retirada del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2018 y la suspensión de los fondos destinados a sufragar el funcionamiento de organismos internacionales como la Organización Mundial de la Salud (OMS) o de las agencias vinculadas a derechos reproductivos evidencian una voluntad clara de socavar el orden internacional. Brasil bajo el gobierno de Bolsonaro y Hungría bajo Orbán adoptaron estrategias similares, limitando o directamente cancelando la colaboración con organismos internacionales de derechos humanos, especialmente en materia de igualdad de género y protección de minorías.

De este modo, el escenario contemporáneo se configura como un doble movimiento regresivo. En el plano estatal, se asiste a un vaciamiento progresivo de los derechos fundamentales mediante estrategias que, desde el interior del propio entramado democrático, socavan su efectividad material. En el plano internacional, se despliega una ofensiva orientada a erosionar la legitimidad y la capacidad operativa del sistema multilateral de protección de los derechos humanos, debilitando los consensos nor-

[28] Luigi Melica, "Isotopía y distinciones entre lo viejo y lo nuevo: constitucionalismo democrático liberal y 'constitucionalismo' autoritario," Revista de Derecho Político, no. 119 (2024): 99-133, *https://doi.org/10.5944/rdp.119.2024.40412*.

[29] Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, How Democracies Die (Nueva York: Crown Publishing Group, 2018).

mativos forjados tras la guerra. La confluencia de ambas dinámicas mina de forma alarmante el armazón institucional de la igualdad sustantiva y coloca a la ciudadanía en una situación de creciente vulnerabilidad frente al avance del autoritarismo, la profundización de las desigualdades estructurales y la re-mercantilización de muchas prestaciones.

El resultado es una paradoja inquietante: la arquitectura institucional de la democracia formal permanece, en apariencia, incólume, mientras su contenido sustantivo se erosiona de manera sostenida. Lo que pone de relieve las vulnerabilidades de un modelo constitucional democrático desprovisto de salvaguardas eficaces frente a liderazgos o movimientos que, operando desde el interior del sistema, socavan gradualmente los fundamentos normativos del pacto social y del orden internacional de los derechos humanos.

V. Resistencias y horizontes posneoliberales[30] frente al *backlash*

Frente al actual escenario de retrocesos democráticos y de erosión del Estado Social y de derecho, han emergido respuestas desde movimientos sociales —particularmente el feminismo transnacional— y desde innovaciones constitucionales que apuntan hacia un horizonte democrático alternativo y posneoliberal. Estas iniciativas no solo buscan combatir la ofensiva reaccionaria, sino que proponen reconstruir y profundizar la igualdad sustantiva como núcleo de legitimidad democrática.

Durante el último siglo, el feminismo se ha consolidado como uno de los movimientos globales más activos y articulados frente al avance neoliberal y autoritario. Las movilizaciones por los derechos reproductivos en Polonia y Estados Unidos, la lucha contra los feminicidios y la violencia de género en América Latina —visibilizada en consignas como *Ni Una Menos*— o las huelgas feministas que desde 2016 se extienden en múltiples regiones del mundo[31], son expresiones de una praxis política que trasciende la reivindicación de derechos específicos y formula una crítica estructural al modelo neoliberal. Como destacan Graff y Korolczuk[32] el

[30] El término *posneoliberal* resulta útil para describir proyectos políticos, sociales y constitucionales que buscan superar el paradigma neoliberal, incorporando principios como la justicia social, la igualdad sustantiva, los derechos colectivos y la sostenibilidad ambiental. Su uso es frecuente en el análisis de experiencias latinoamericanas —por ejemplo, las reformas constitucionales de Ecuador (2008) y Bolivia (2009)—, donde existió un intento explícito de ruptura con el modelo neoliberal. Sin embargo, debe manejarse con cautela: no designa un periodo histórico consolidado, sino un horizonte político en disputa, cuya materialización es desigual y aún incipiente. En consecuencia, en este capítulo se emplea *posneoliberal* no para describir el presente en su conjunto, sino para referirse a las propuestas emergentes que, desde el feminismo y otros movimientos sociales, buscan articular un nuevo pacto democrático y constitucional orientado a la igualdad sustantiva y la justicia social.

[31] Verónica Gago, *La potencia feminista: O el deseo de cambiarlo todo* (Buenos Aires: Tinta Limón, 2021), 35.

[32] Agnieszka Graff y Elżbieta Korolczuk, *Anti-Gender Politics in the Populist Moment* (Londres: Routledge, 2022).

feminismo denuncia no solo la financiarización y mercantilización de la vida, sino también la forma en que las políticas reaccionarias han instrumentalizado los discursos antigénero para debilitar instituciones democráticas y revertir avances normativos. El resurgir de un *backlash* —en el sentido formulado por Susan Faludi (1991)—: una contraofensiva cultural y política organizada que reacciona ante los avances en igualdad de género, buscando revertirlos y reimponer jerarquías tradicionales. El *backlash* contemporáneo, como señalaba Faludi, se nutre tanto de narrativas victimistas —que presentan a los varones blancos propietarios como "perjudicados" por la igualdad— como de la explotación política de inseguridades socioeconómicas derivadas de la globalización y el neoliberalismo.

Este repertorio discursivo ha sido capitalizado por partidos de extrema derecha que han experimentado un ascenso electoral sin precedentes: en Europa, *Fidesz* de Viktor Orbán mantiene el poder en Hungría desde 2010; en Italia, *Fratelli d'Italia* liderado por Giorgia Meloni alcanzó un 26 % de los votos en 2022; en Francia, *Rassemblement National* de Marine Le Pen logró un histórico 41,5 % en la segunda vuelta de las presidenciales de 2022; y en España, *Vox* pasó del 0,2 % en 2014 a más del 15 % en las elecciones generales de 2019. En América, Donald Trump consolidó un movimiento iliberal que aún domina al Partido Republicano, Jair Bolsonaro obtuvo más de 58 millones de votos en 2018, y Javier Milei alcanzó la presidencia argentina en 2023 con un discurso abiertamente antifeminista y en contra del intervencionismo estatal. Datos que reflejan la consolidación de un frente común contra las políticas de igualdad sustantiva y contra los derechos de las mujeres, de las personas LGTBIQ+ y de las minorías migrantes[33].

No obstante, el siglo XXI también es testigo de procesos constitucionales que, frente al debilitamiento neoliberal del Estado y las amenazas autoritarias, plantean la posibilidad de pensar un nuevo constitucionalismo igualitario, sustentado sobre principios como la justicia social, la interseccionalidad y el reconocimiento pleno de la diversidad. Este constitucionalismo posneoliberal no solo implica una crítica al modelo neoliberal y reaccionario, sino que además reafirma la obligación positiva del Estado de garantizar condiciones materiales equitativas para el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.[34]

En este contexto se han producido reformas constitucionales que marcan un viraje hacia un horizonte democrático posneoliberal. En América Latina, las reformas constitucionales en Colombia y el fallido —aunque

[33] Roman Kuhar y David Paternotte, eds., *Anti-Gender Campaigns in Europe: Mobilizing against Equality* (Londres: Rowman & Littlefield, 2017).

[34] Lara Martínez de Aragón López, *La igualdad de mujeres y hombres en el constitucionalismo contemporáneo* (Granada: Comares, 2023) y Laura Nuño Gómez y Lara Martínez de Aragón López, "Disposiciones constitucionales en materia de igualdad de mujeres y hombres: análisis comparado en América Latina y España," *Revista de Derecho Político*, no. 120 (2024): 263-288.

paradigmático— proceso constituyente chileno de 2022[35] han situado la igualdad sustantiva y la paridad como principios estructurantes del orden constitucional[36], reconociendo además obligaciones estatales positivas para garantizar la efectividad de derechos. En Europa, la reforma constitucional francesa de 2024, que eleva el derecho al aborto a la categoría de libertad fundamental, constituye un hito normativo en la protección de la autonomía reproductiva y una respuesta directa a las corrientes reaccionarias que buscan revertir conquistas históricas.

La igualdad sustantiva, en este contexto, deja de ser un mero valor retórico para afirmarse como un imperativo constitucional y democrático. Su defensa y ampliación requieren no solo reformas normativas, sino también un fortalecimiento de las garantías institucionales, una recuperación del compromiso estatal con las políticas de redistribución, reconocimiento y representación y una cooperación internacional capaz de frenar las derivas autoritarias. Como advierte Faludi, la historia del feminismo es también la historia de su contestación; sin embargo, la persistencia y fortaleza de las resistencias demuestran que el *backlash* no es inexorable.

En suma, la coyuntura actual plantea un doble desafío: resistir los retrocesos impulsados por el *backlash* y, al mismo tiempo, articular una agenda transformadora que retome la igualdad sustantiva como eje del pacto democrático. La posibilidad de una contraofensiva emancipadora depende de que los movimientos sociales y las fuerzas democráticas sean capaces de transformar la resistencia en proyecto político, dotando al constitucionalismo contemporáneo de un sentido renovado como herramienta para la emancipación social, política y económica. En definitiva, frente a la crisis actual, las resistencias y las propuestas posneoliberales abren la posibilidad de reconstruir un pacto democrático que no solo restituya derechos erosionados, sino que además profundice y reestructure el contenido de la igualdad.

VI. Conclusiones

La evolución histórica del constitucionalismo democrático hasta la crisis neoliberal actual, evidencia no solo el avance y retroceso de los derechos, sino también la insuficiencia estructural del modelo del Estado Social para asumir sus objetivos de justicia social e igualdad sustantiva con plenitud. Si bien el Estado Social representó un avance crucial frente al liberalismo

[35] Para un interesante análisis se recomienda la consulta de: Nuria Reche Tello, "Democracia paritaria y debates sobre la paridad en el proceso constitucional chileno: desafíos para el futuro," IgualdadES, no. 7 (2022): 475-510, *https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.7.05*.

[36] Para un análisis en profundidad: Pablo Ruiz-Tagle y Verónica Undurraga, "Paridad de género y constitucionalismo democrático en América Latina: la experiencia chilena en perspectiva comparada," *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 26 (2022): 15-38.

clásico, su incapacidad para resolver contradicciones profundas, la desigualdad económica persistente y la subordinación estructural de amplios sectores sociales, ha generado un profundo desencanto democrático que ha sido aprovechado por la ofensiva neoliberal, y posteriormente, por los movimientos reaccionarios, que instrumentalizan el descontento ciudadano.

Frente a ello no se han llegado a ofrecer respuestas convincentes ante el avance de políticas económicas regresivas, la precariedad laboral, ni ante la erosión de derechos fundamentales. La debilidad del Estado frente a la presión de los mercados y su falta de audacia política en la búsqueda de un modelo económico propio han terminado por socavar la credibilidad misma del proyecto igualitario que afirmaba defender[37].

Actualmente, enfrentamos un escenario crítico, en el que la promesa democrática de igualdad real y efectiva se ve amenazada tanto desde el interior de los sistemas políticos nacionales como desde el debilitamiento deliberado del orden internacional de protección de derechos humanos. Líderes y movimientos autoritarios, valiéndose estratégicamente de los propios mecanismos de la democracia, han socavado de manera progresiva los consensos igualitarios construidos en la posguerra. Este proceso no solo ha cuestionado la legitimidad de instituciones multilaterales, sino que también ha debilitado simultáneamente el papel de los Estados y de los organismos internacionales como garantes activos de los derechos fundamentales, abriendo un escenario de vulnerabilidad frente a retrocesos normativos e institucionales en materia de igualdad y justicia social.

Sin embargo, la constatación de estas insuficiencias no debe conducir al abandono de la igualdad como ideal regulativo, sino a una reconsideración radical de sus fundamentos y estrategias. Frente a la actual crisis democrática, la igualdad sustantiva emerge con más fuerza como una herramienta verdaderamente transformadora. Su realización efectiva exige apostar por una democracia paritaria, feminista e interseccional que confronte las causas estructurales de la desigualdad, incluyendo las desigualdades económicas y de género, el racismo estructural y las dinámicas globales de explotación y exclusión. En suma, refundar la propia noción de igualdad para eliminar los sesgos originarios en la construcción del sujeto político.

Los movimientos feministas transnacionales y las iniciativas constitucionales recientes revelan precisamente esta potencialidad transformadora. No reclaman sólo el reconocimiento de derechos acumulativos, sino transformaciones profundas del modelo democrático actual. La igualdad

[37] Para un análisis en profundidad de la crisis del consenso socialdemócrata: Juan Antonio Cruz Parcero, "Reflexiones sobre 'Derechos sociales y desigualdad'," en *Entre la libertad y la igualdad: Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, coord. Pablo Larrañaga Monjaraz, Jorge Cerdio Herrán y Pedro Salazar Ugarte, vol. 2 (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017), 337–356

sustantiva ya no es solo un objetivo normativo abstracto, sino una exigencia política concreta que orienta nuevas prácticas institucionales y sociales y ofrece una alternativa realista y emancipadora frente a la amenaza del autoritarismo neoliberal.

Solo así será posible renovar la legitimidad democrática, reconstruir la solidaridad social y enfrentar, desde la raíz, los retrocesos reaccionarios que hoy amenazan la convivencia democrática y el respeto a la dignidad humana.

Para ello, en primer lugar, es fundamental repensar el papel del Estado como actor económico activo y no solo como garante de derechos mínimos. Esto requiere revertir el debilitamiento fiscal provocado por las políticas neoliberales mediante una política tributaria profundamente redistributiva, que permita no solo sostener, sino también ampliar significativamente las capacidades del Estado para invertir en educación, salud, vivienda y otros bienes públicos esenciales. Un Estado fortalecido en sus recursos fiscales puede transformar el principio de igualdad sustantiva en políticas concretas de redistribución económica, generación de empleo digno y erradicación efectiva de la pobreza.

En segundo lugar, superar las limitaciones de la socialdemocracia implica adoptar un enfoque explícitamente feminista interseccional en la formulación y aplicación de políticas públicas. Las desigualdades sociales no pueden enfrentarse solo desde una perspectiva económica universal abstracta —monismo económico— deben incorporar otras causas específicas como el sexo, la raza, la clase y otras dimensiones de opresión que interactúan para generar desigualdades complejas. Ello implica políticas de igualdad sustantiva específicas, como la paridad obligatoria en órganos de representación política y económica, la garantía efectiva de derechos reproductivos, la universalización del cuidado como derecho público fundamental[38] y el combate decidido contra la violencia de género y la discriminación estructural.

En tercer lugar, es necesario fortalecer la democracia participativa como complemento indispensable de la representativa. Esto requiere abrir espacios institucionales reales y efectivos para la participación ciudadana directa en la formulación, monitoreo y evaluación de políticas públicas. Presupuestos participativos, consultas populares vinculantes y asambleas ciudadanas permanentes que puedan constituir herramientas institucionales clave para empoderar a la ciudadanía, reconstruir la confianza democrática y garantizar que las políticas igualitarias respondan genuinamente a las necesidades y demandas sociales.

Por último, para superar las limitaciones históricas del Estado-Nación se debe reforzar significativamente el sistema internacional y regional de

[38] Para un análisis en profundidad: Laura Nuño Gómez, "Hacia la constitucionalización del deber y el derecho al cuidado en el estado social," en *El reconocimiento de los derechos del cuidado*, dir. Ana I. Marrades Puig (Valencia: Tirant lo Blanch, 2023).

protección de derechos humanos. Esto implica no solo resistir los intentos reaccionarios de debilitamiento institucional, sino profundizar la coordinación y cooperación global para hacer frente a problemas estructurales como la evasión fiscal internacional, la explotación transnacional, la crisis ambiental global y la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual y reproductiva, cuyas consecuencias recaen desproporcionadamente sobre los sectores sociales más vulnerables.

En suma, avanzar hacia un constitucionalismo posneoliberal genuinamente igualitario requiere asumir una perspectiva activa que coloque la igualdad sustantiva en el núcleo del pacto democrático, incorporando un enfoque feminista interseccional capaz de reconocer y enfrentar las múltiples dimensiones de la desigualdad. Solo así la igualdad podrá pasar de ser un ideal normativo a convertirse en un principio estructurante y transformador, con la potencia de reconfigurar las instituciones políticas, los modelos económicos y la organización social, devolviendo a la democracia su sentido emancipador y su promesa de justicia.

Referencias bibliográficas

Blyth, Mark. *Austerity: The History of a Dangerous Idea*. Nueva York: Oxford University Press, 2013.

Cárdenas, Jaime. *Del Estado Absoluto al Estado Neoliberal*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2017.

Córdoba Chamorro, Catherine Yuliet. "Estado social de derecho como parámetro hermenéutico." *Ratio Juris (UNAULA)* 18, no. 36 (2023): 127-146. *https://doi.org/10.24142/raju.v18n36a7*.

Corredor, Elizabeth. "Unpacking 'Gender Ideology' and the Global Right's Antigender Countermovement." *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 44, no. 3 (2019): 613-638. *https://doi.org/10.1086/701171*.

Cruz Parcero, Juan Antonio. "Reflexiones sobre 'Derechos sociales y desigualdad'." En *Entre la libertad y la igualdad: Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, coordinado por Pablo Larrañaga Monjaraz, Jorge Cerdio Herrán y Pedro Salazar Ugarte, vol. 2, 337-356. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

Faludi, Susan. *Backlash: The Undeclared War Against American Women*. Nueva York: Crown Publishers, 1991.

Fraser, Nancy. *Cannibal Capitalism: How Our System Is Devouring Democracy, Care, and the Planet-and What We Can Do About It*. Londres: Verso Books, 2022.

Gago, Verónica. *La potencia feminista: O el deseo de cambiarlo todo*. Buenos Aires: Tinta Limón, 2021.

Giddens, Anthony. *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*. Cambridge: Polity Press, 1998.

Graff, Agnieszka, y Elżbieta Korolczuk. *Anti-Gender Politics in the Populist Moment*. Londres: Routledge, 2022.

Grassi, Estela. "Neoliberalismo, desigualdad y cuestiones de legitimidad." *Escenarios*, no. 30 (2020). *https://revistas.unlp.edu.ar/escenarios/article/view/10026*.

Harvey, David. *A Brief History of Neoliberalism*. Nueva York: Oxford University Press, 2007.

Hobsbawm, Eric. *Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914-1991*. London: Abacus, 1995.

Kuhar, Roman, y David Paternotte, eds. *Anti-Gender Campaigns in Europe: Mobilizing against Equality*. Londres: Rowman & Littlefield, 2017.

Lasa López, Ainhoa. "La Constitución "social" Supranacional Como ficción: Lecciones De Weimar a propósito De Las Diferencias Entre La Falta Y La Imposibilidad metafísica De Cumplimiento Constitucional". *Cuadernos Electrónicos De Filosofía Del Derecho*, n.º 43 (2020): 353-75. *https://doi.org/10.7203/CEFD.43.16562*.

Levitsky, Steven, y Daniel Ziblatt. *How Democracies Die*. Nueva York: Crown Publishing Group, 2018.

Marshall, Thomas Humphrey. *The Right to Welfare*. En *The Right to Welfare and Other Essays*. Londres: Heinemann, 1981 [1965].

Marshall, Thomas Humphrey. *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza Editorial, 1998 [1965].

Martínez de Aragón López, Lara. *La igualdad de mujeres y hombres en el constitucionalismo contemporáneo*. Granada: Comares, 2023.

Martínez de Aragón López, Lara, y Laura Nuño Gómez. *Metamorfosis del Estado y retos del constitucionalismo contemporáneo*. Madrid: Dykinson, 2024.

Melica, Luigi. "Isotopía y distinciones entre lo viejo y lo nuevo: constitucionalismo democrático liberal y 'constitucionalismo' autoritario." *Revista De Derecho Político*, no. 119 (2024): 99-133. *https://doi.org/10.5944/rdp.119.2024.40412*.

Mudde, Cas, y Cristóbal Rovira Kaltwasser. *Populism: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

Nuño Gómez, Laura "El mito de la jerarquía sexual: hechos, relatos y contrarrelatos," *Historia y comunicación social*, no. 29-2 (2024): 499-509. *https://doi.org/10.5209/hics.98682*.

Nuño Gómez, Laura. "Hacia la constitucionalización del deber y el derecho al cuidado en el estado social." En *El reconocimiento de los derechos del cuidado*, dirigido por Ana I. Marrades Puig, 50-67. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

Nuño Gómez, Laura, y Lara Martínez de Aragón López. "Disposiciones constitucionales en materia de igualdad de mujeres y hombres: análisis comparado en América Latina y España." *Revista de Derecho Político*, no. 120 (2024): 263-288.

Piketty, Thomas. *Capital e ideología*. Barcelona: Deusto Ediciones, 2019.

Piketty, Thomas. *La crisis del capital en el siglo XXI: Crónicas de los años en que el capitalismo se volvió loco*. México: Siglo XXI Editores, 2015.

Piketty, Thomas. *El capital en el siglo XXI*. México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

Reche Tello, Nuria. "Democracia paritaria y debates sobre la paridad en el proceso constitucional chileno: desafíos para el futuro." IgualdadES, no. 7 (2022): 475-510. *https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.7.05*.

Ruiz-Tagle, Pablo, y Verónica Undurraga. "Paridad de género y constitucionalismo democrático en América Latina: la experiencia chilena en perspectiva comparada." *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 26 (2022): 15-38.

Sánchez Férriz, Remedio. *Introducción al Estado Constitucional*. 1.ª ed. Barcelona: Ariel, 1993.

Traverso, Enzo. "El fascismo como concepto transhistórico." En *Retóricas de la derecha radical*, editado por Mary Luz Estupiñán y Raúl Rodríguez Freire, 15-36. Santiago de Chile: Ediciones Mímesis, 2023.

Zakaria, Fareed. The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad. Nueva York: W.W. Norton, 2003.

La discriminación por omisión

Santiago García Campá
Profesor Permanente Laboral.
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Jaume I.
gcampa@uji.es

Sumario: I. Introducción. II. Qué es la discriminación por omisión. III. Antecedentes de la discriminación por omisión. *1. Antecedentes legislativos. 2. Antecedentes jurisprudenciales. 3. Antecedentes doctrinales.* IV. Elementos de la discriminación por omisión. *1. El elemento objetivo: la omisión de una conducta o comportamiento. 2. El elemento subjetivo: el sujeto de la obligación, la función o el deber y su intencionalidad. 3. El elemento material: el incumplimiento de una obligación, deber o función. 4. El elemento teleológico o finalista: la finalidad tuitiva o garantista de la dimensión objetiva o derivada del derecho a la igualdad y no discriminación.* V. Ejemplos de discriminación por omisión. VI. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Si la ley no se cumple, o no existen garantías para exigir su cumplimiento, ¿para qué sirve la ley? Esta pregunta clásica, propia de la teoría o de la filosofía del Derecho[1], también está muy presente en la reflexión sobre los derechos fundamentales y, en particular, sobre el derecho a la igualdad y no discriminación. Trabajos clásicos y contemporáneos sobre este tema han subrayado la importancia de que las leyes de igualdad y contra la discriminación se cumplan y sus normas sean eficaces. T. Pérez del Río advirtió hace cuarenta años que "tanto el principio de eficacia como el de control de cumplimiento se encuentran íntimamente ligados al de legitimidad del Estado", con especial intensidad en el caso del Estado social[2]. A. Álvarez del Cuvillo también ha sostenido en fechas recientes, a propósito de la efectividad —cumplimiento de la norma— y la eficacia —cumplimiento del fin perseguido por la norma— de las normas dirigidas a garantizar la prohibición de discriminación, que "el establecimiento de obligaciones de llevar a cabo determinadas conductas activas (…) puede terminar integrándose en el concepto de discrimina-

[1] Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más fuerte* (Trotta, 2002).
[2] Pérez del Río, Teresa, *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo* (Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984), 51.

ción, generando imputaciones de comportamientos discriminatorios por omisión"[3].

Cuando estas consideraciones se aplican al valor nuclear del Estado Social, la igualdad, y su progresiva decantación en un principio constitucional (art. 9.2 CE) y un derecho fundamental (art. 14 CE), la cuestión de las garantías resulta imprescindible, pero crece su complejidad. Mientras que el derecho a la igualdad de trato y no discriminación cuenta con un sobresaliente aparato jurídico para facilitar su ejercicio y recabar su tutela, que nace en el mismo instante de su reconocimiento constitucional, no sucede lo mismo cuando se trata de su dimensión objetiva o derivada, propia de la igualdad de oportunidades. Junto con la necesidad de la intervención legislativa para perfeccionar su exigibilidad en términos positivos, su eficacia depende en buena medida del cumplimiento de las obligaciones establecidas para garantizarla. Si estas obligaciones no se cumplen, la eficacia de la dimensión objetiva o derivada del derecho de igualdad y no discriminación queda gravemente comprometida, de modo que, volviendo a la pregunta inicial, ¿de qué sirve contar con obligaciones, deberes o funciones establecidos legalmente para que la libertad e igualdad de los individuos y los grupos sea real y efectiva (art. 9.2 CE) —de modo que la discriminación no prevalezca (art. 14 CE)— si no se cumplen ni puede reclamarse su cumplimiento, por lo que resultan inefectivas e ineficaces finalmente?

Este trabajo se sitúa de lleno en este plano de la reflexión sobre el derecho a la igualdad y no discriminación —también en su dimensión objetiva o derivada, propia de la igualdad de oportunidades— y las disposiciones legales más recientes aprobadas para garantizar su efectividad y su eficacia[4]. La aportación propone la existencia de un nuevo tipo o clase de discriminación, que, basándonos en la teoría del Derecho anti(subor)discriminatorio de M. Barrère Unzueta, hemos denominado "discriminación por omisión". En este nuevo tipo pueden clasificarse los cuatro supuestos finales enunciados en el art. 4.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En los cuatro casos se prohíbe el trato discriminatorio consistente en el incumplimiento de obligaciones, funciones o deberes, o en la inacción ante estas tres infracciones. En los cuatro supuestos se trata de una omisión o un trato omisivo, lo que justifica los términos empleados para su denominación. Y, finalmen-

[3] Álvarez del Cuvillo, Antonio, *El concepto de discriminación grupal y su eficacia real en el ámbito de las relaciones laborales* (Tirant lo Blanch, 2024), 82-83.

[4] En este sentido, la contribución también responde a la necesidad de edificar "una malla de doctrina académica densa" sobre los nuevos conceptos asumidos por la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, manejados hasta hace poco tiempo solo a nivel teórico, pero sin ninguna consolidación en la justicia interna, ordinaria y constitucional, ni tampoco en la europea o internacional: Cabeza Pereiro, Jaime, "Nada es igual después de la Ley 15/2022, tampoco en el marco jurídico de las relaciones laborales", *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género* 8(2) (2023): 4-7, *https://doi.org/10.20318/femeris.2023.7782*.

te, en todos ellos se evita cumplir con obligaciones, deberes o funciones de las que depende que el derecho a la igualdad y no discriminación sea efectivo, también en su dimensión objetiva o derivada, en sentido contrario a los arts. 9.2 y 14 CE.

En este trabajo se analizará si se trata de un nuevo tipo discriminatorio que refuerza las garantías en el cumplimiento del derecho fundamental, amplía los márgenes de su protección también a la igualdad de oportunidades y contribuye decididamente a la legitimidad del Estado social. Con este objetivo, el apartado segundo examina qué es la discriminación por omisión y cómo su formulación se asienta en el análisis del art. 4.1 *in fine* de la Ley 15/2022. En el apartado tercero se estudian los escasos antecedentes legales, jurisprudenciales y doctrinales disponibles sobre la discriminación por omisión. En el apartado cuarto se identifican los cuatro elementos que deben concurrir en una omisión para que constituya un trato discriminatorio prohibido legalmente. En el apartado quinto se proporcionan cinco ejemplos de discriminación por omisión que pretenden ayudar en su comprensión, dada su novedad y relativa complejidad. Finalmente, en el apartado sexto se presentan las principales conclusiones que pueden formularse tras reflexionar sobre los resultados obtenidos con el análisis desplegado en el resto de los apartados de este trabajo.

II. Qué es la disciminación por omisión

La discriminación por omisión es un nuevo tipo discriminatorio que se formula como resultado del análisis de los cuatro últimos supuestos de discriminación que enuncia el art. 4.1 *in fine* de la Ley 15/2022.

El art. 4.1 de la Ley 15/2022 se ubica dentro del Capítulo I, dedicado a las disposiciones generales, del Título I, que trata el derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Su contenido establece que el reconocimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación "implica la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2". Estas causas son las siguientes:

> nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, 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.

Este trabajo no se adentra en el examen de este elemento causal de la discriminación, común a todos los tratos discriminatorios[5], pues su ob-

[5] Rodríguez Piñero, Miguel, Fernández López, Fernanda, *Igualdad y discriminación* (Tecnos, 1986), 177 ss.; Grau Pineda, Carmen, "La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad

jeto de estudio se concentra en el segundo párrafo del art. 4.1 de la Ley 15/2022.

Como, desde el punto de vista subjetivo, nadie puede ser discriminado por estas causas (art. 2.1 de la Ley 15/2022), y, desde el punto de vista objetivo, esto implica que la discriminación por tales causas no debe existir (art. 4.1 de la Ley 15/2022), el primer contenido del derecho a la igualdad de trato y no discriminación es la prohibición de "toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad"[6], en directa conexión con el inciso segundo del art. 14 CE. De acuerdo con los trabajos de M. Barrère Unzueta, esta fenomenología variada de comportamientos constituye en todos los casos "tratos" discriminatorios, porque todos ellos son tratos o "conductas agentes" que dan lugar a la situación de discriminación[7].

Sin solución de continuidad, el artículo 4.1 de la Ley 15/2022 pasa de prohibir los tratos discriminatorios en su párrafo primero a realizar la siguiente enumeración en el segundo:

> Se consideran vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes.

Si esta enumeración se analiza con cierto cuidado, puede apreciarse que aglutina tanto ciertos tipos discriminatorios, como, en su inciso final, cuatro supuestos particulares que también vulneran el derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Veámoslo con más detalle.

Los tipos discriminatorios que enuncia el art. 4.1 de la Ley 15/2022 son:

- La discriminación directa o indirecta
- La discriminación por asociación
- La discriminación por error

---

de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación", *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género* 8(2) (2023): 32-51, *https://doi.org/10.20318/femeris.2023.7784*.

[6] A. Álvarez del Cuvillo ha advertido acertadamente que la definición de la discriminación contenida en el art. 4 de la Ley 15/2022 es circular. En efecto, si la igualdad es la ausencia de toda discriminación, y ésta, a su vez, implica la prohibición de disposiciones, criterios o prácticas que se oponen al principio de igualdad, el concepto que se define (la igualdad como ausencia de discriminación) termina formando parte de su significado (la prohibición de tratos que se oponen al principio de igualdad): Álvarez del Cuvillo, Antonio, *El concepto de discriminación grupal...* (2024), 326. La definición incurre en un círculo vicioso semántico en el que el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación terminan por dar lugar a una tautología.

[7] Barrère Unzueta, Maggy, "El principio de igualdad de trato vinculado a la discriminación directa o indirecta", en *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la LO 3/2007*, dir. Santiago García Campá y Asunción Ventura Franch (Aranzadi, 2018), 133-134.

- La discriminación múltiple o interseccional
- La denegación de ajustes razonables
- El acoso
- La inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia
- Las represalias como consecuencia de denunciar un trato discriminatorio

Se afirma que en la primera parte de la enumeración se enuncian los principales tipos de discriminación porque así han sido catalogados por la literatura especializada disponible. F. Rey Martínez diferencia entre tres tipos discriminatorios básicos (discriminaciones directas, indirectas y positivas —con reservas—), que integran el contenido del derecho fundamental a no sufrir discriminación por las causas recogidas en el art. 14 CE, y otras categorías de discriminación que también pueden ser, a su vez, directas y/o indirectas: discriminaciones erróneas, ocultas y por asociación; discriminaciones institucionales y sistémicas; y discriminaciones múltiples o interseccionales[8]. M. Barrère Unzueta y A. Irigoyen Domínguez, en su análisis del art. 4 de la Ley 15/2022, proponen la existencia de diez tipos de discriminación: directa, indirecta, por asociación, por error, por inducción, por acoso, por represalia, múltiple, interseccional y por denegación de ajuste razonables. Junto con estos tipos, consideran una novedad los cuatro últimos supuestos que enuncia el art. 4.1 de la Ley 15/2022[9]. Fuera de nuestras fronteras, la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Méjico concibe la discriminación por omisión una forma de discriminación, junto a las discriminaciones directa, indirecta, de hecho, de derecho y sistémica[10].

Los supuestos particulares que, en nuestra opinión, no son tipos discriminatorios en sentido estricto, como los anteriores, sino conductas, prácticas o, en definitiva, "tratos" que están comprendidos en la discriminación por omisión, son los cuatro siguientes (art. 4.1 Ley 15/2022):

- el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales
- la inacción
- la dejación de funciones
- el incumplimiento de deberes

Como puede apreciarse, el art 4.1 de la Ley 15/2022 proporciona al mismo tiempo una tipología de la discriminación, pormenorizada en la

[8] Rey Martínez, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio* (Aranzadi, 2019), 106-123.

[9] Barrère Unzueta, Maggy, Irigoyen Domínguez, Alazne, "La discriminación por razón de sexo: concepto y tipología", en *Manual legal de igualdad en la empresa*, dir. Santiago García Campá (Aranzadi, 2024), 83-110.

[10] Comisión Nacional de Derechos Humanos de Méjico, *El derecho a la no discriminación* (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018), 12.

primera parte de la enumeración, y una serie de cuatro supuestos que también constituyen discriminación[11]. La discriminación, o el trato discriminatorio, puede ser de distinto tipo y, además, producirse en ciertos supuestos que también implican una conducta o práctica contra la igualdad. Puede ser de distinto tipo porque se enuncian ciertos tipos de discriminación (directa, indirecta, múltiple, interseccional, etc.). Junto con estos tipos de discriminación se añade algún suptipo, como la denegación de ajustes razonables, que constituye una discriminación directa (art. 6.1.a) Ley 15/2022). Pero también concurre un trato discriminatorio en los cuatro supuestos expresados al final del art. 4.1 de la Ley 15/2022.

Nuestra atención debe centrarse en estos últimos cuatro tratos. Con carácter inicial, cuentan con una diferencia apreciable en relación con los tipos expresados en el art. 4.1 de la Ley 15/2022: mientras que los diez primeros tipos implican acciones, los cuatro últimos implican omisiones.

En efecto, sobre todo si acudimos a otros textos legales que también definen la discriminación directa o indirecta, las represalias por denunciar la discriminación, el acoso o las órdenes de discriminar, como todavía más si acudimos a las resoluciones judiciales que han reconocido algunos de estos tipos discriminatorios (p.ej., la STJUE de 17 de julio de 2008, C-303/06 (asunto Coleman), con respecto a la discriminación por asociación, y la STSJGAL (social) de 13 de abril de 2021 (rec. sup. 160/2020), en el caso de la discriminación por error), los diez primeros tipos discriminatorios son conductas, actos, criterios o prácticas. Incluso la denegación de ajustes razonables implica un acto de rechazo, desestimación o denegación. Es decir, son acciones.

En cambio, la característica que diferencia los cuatro últimos comportamientos es que no son acciones, sino omisiones. Si analizamos su literalidad, podemos apreciar que:

- En el primer caso, se incumplen medidas de acción positiva establecidas en normas legales o convencionales, es decir, se trata de una conducta omisiva porque se evita cumplir con ellas, porque no se aplican.

[11] La explicación más probable de que el art. 4.2 de la Ley 15/2022 aglutine tipos discriminatorios y cuatro tratos (omisivos) en su parte final se encuentra en que la Proposición de ley presentada al Congreso por el Grupo Parlamentario Socialista solo hacía referencia al final del art. 4.1, segundo párrafo, al incumplimiento de las medidas de acción positiva previstas legal o convencionalmente, pero no a los tres supuestos restantes (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie B — Proposiciones de ley, n.º 146-1, 29 de enero de 2021, p. 9). La enmienda n.º 366, del Grupo Parlamentario Popular, fue la que añadió los tres últimos supuestos (dejación de funciones, inacción e incumplimiento de deberes) (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B, n.º 146-4, 27 de mayo de 2021, pp. 239-240), que se incorporarán al texto aprobado por la Comisión de igualdad del Congreso, pues actuó con competencia legislativa plena (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B, n.º 146-4, 18 de mayo de 2022, p. 9), y permanecerán inalterados durante el resto de su tramitación.

- En el segundo caso, mucho más indefinido que los otros tres, el sujeto no actúa, no lleva a cabo cierto comportamiento, conducta, acto, criterio o práctica, permanece inactivo ante la comisión de un trato discriminatorio, de tal modo que esta inacción también resulta discriminatoria.
- En el tercer caso, el sujeto obligado por el texto legal incumple sus funciones, hace dejación de ellas, no realiza la conducta o el trato a que está obligado por las normas aplicables.
- Finalmente, en el cuarto enunciado, el sujeto que discrimina incumple con sus deberes u obligaciones, sin especificarse en este caso su procedencia legal o convencional.

III. Antecedentes de la discriminación por omisión

1. Antecedentes legislativos

A pesar de la trayectoria que ha seguido el Derecho antidiscriminatorio en España durante casi medio siglo, desde la aprobación de la Constitución Española de 1978, no encontramos ninguna referencia directa, más o menos expresa, ni a la discriminación por omisión ni a los cuatro supuestos clasificados en este nuevo tipo hasta el art. 4.1 *in fine* de la Ley 15/2022. Ningún rastro se encuentra en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (arts. 3 a 13), ni tampoco en las leyes autonómicas sobre esta misma materia[12]. El mismo silencio sobre esta figura acompaña a Ley 19/2020, de 30 de diciembre, de igualdad de trato y no discriminación de Cataluña (art. 4). Y lo mismo sucede con la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las perso-

[12] Art. 2 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (Castilla y León), art. 2 de la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres (Comunidad Valenciana), art. 3 de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género (Murcia), art. 3 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género (Andalucía), Anexo de la Ley 1/2010, de 26 de febrero, de igualdad entre mujeres y hombres (Islas Canarias), arts. 5 a 12 de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres (Castilla-La Mancha), arts. 2 a 7 de la Ley 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género (Asturias), art. 4 de la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género (Extremadura), art. 2 de la Ley 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (Cataluña), arts. 4 a 11 de la Ley 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres (Islas Baleares), art. 4 de la Ley 7/2018, de 28 de junio, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (Aragón), arts. 15 a 20 de la Ley 2/2019, de 7 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (Cantabria), art. 3 de la Ley Foral 17/2019, de 4 de abril, de igualdad entre Mujeres y Hombres (Navarra), art. 3 del Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres y Vidas Libres de Violencia Machista contra las Mujeres (País Vasco), y arts. 4 a 19 de la Ley 7/2023, de 30 de noviembre, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Galicia).

nas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (art. 3) y la legislación autonómica sobre esta materia[13].

El precedente legislativo más próximo a los tratos comprendidos en la discriminación por omisión se encuentra en el Título II del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. El art. 63 de su Título II, dedicado al derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación, considera que "el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas" vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad[14]. El art. 66.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, por su parte, enuncia que pueden considerarse medidas contra la discriminación la "prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables".

Se observa claramente que el contenido del derecho a no sufrir discriminación tiene dos facetas en el Real Decreto Legislativo 1/2013: la prohibición de conductas discriminatorias y de acoso (obligación de no hacer), y, al mismo tiempo, las exigencias de accesibilidad, eliminación de obstáculos, ajustes razonables y, como hemos apreciado en el art. 63, medidas de acción positiva legalmente establecidas (obligaciones de hacer). Si en el primer caso se trata de una prohibición de hacer (no llevar a cabo un trato

---

[13] Arts. 3 a 5 de la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales (Galicia), art. 4 de la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia (Cataluña), art. 4 de la Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género (Extremadura), art. 4 de la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género (Murcia), art. 4 de la Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia (Islas Baleares), art. 3 de la Ley 3/2016, de 22 de julio, de protección, igualdad efectiva y no discriminación de las personas LGTBI (Comunidad de Madrid), art. 5 de la Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+ (Navarra), art. 4 de la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares (Andalucía), art. 4 de la Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI (Comunidad Valenciana), art. 4 de la Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma (Aragón), art. 3 de la Ley 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género (Cantabria), art. 4 de la Ley 5/2022, de 6 de mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI (Castilla-La Mancha), y art. 3 de la Ley 4/2024, de 15 de febrero, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas trans (País Vasco).

[14] Los sujetos destinatarios de las medidas de acción positiva que deben adoptar los poderes públicos se regulan en el art. 67 —"las personas con discapacidad susceptibles de ser objeto de un mayor grado de discriminación, incluida la discriminación múltiple, o de un menor grado de igualdad de oportunidades, como son las mujeres, los niños y las niñas", entre otros grupos— y el contenido de las acciones positivas se enuncia en el art. 68 —"podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables"— del mismo texto legal.

discriminatorio), en el segundo se trata de una prohibición de no hacer o, lo que es lo mismo, de una obligación de hacer (cumplir con los requisitos que marcan los principios de accesibilidad universal y diseño para todas las personas; eliminar obstáculos; realizar ajustes razonables; y adoptar las medidas de acción positiva establecidas legalmente). Las dos facetas son prescriptivas, pues su incumplimiento está tipificado en su catálogo de infracciones. En efecto, el art. 80 del Real Decreto Legislativo 1/2013 considera infracciones "las acciones y omisiones" que vulneren el derecho a la igualdad de oportunidades, entre las que enuncia expresamente el "incumplimiento de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas, especialmente cuando se deriven beneficios económicos para la persona infractora".

La revisión de estos antecedentes legislativos permite considerar que los cuatro supuestos enunciados en la parte final del art. 4.1 de la Ley 15/2022 aportan una mejora con respecto a las leyes específicas de igualdad vigentes, lo que confirma, al menos en esta cuestión, su necesidad y plausibilidad[15]. Si se tiene en cuenta el carácter subsidiario de la Ley 15/2022 en caso de concurrencia con disposiciones antidiscriminatorias específicas (art. 3.2 de la Ley 15/2022), y su carácter supletorio en las Comunidades Autónomas con competencias propias en la materia que hayan legislado sobre la misma (DA Octava.14 de la Ley 15/2022), el art. 4.1 *in fine* resulta de aplicación ante el incumplimiento de las medidas de acción positiva previstas legal o convencionalmente, la dejación de funciones y el incumplimiento de los deberes impuestos a los sujetos públicos y privados, así como ante la inacción frente a estas infracciones, en los respectivos textos legales contra la discriminación, tanto cuando son de carácter general y su ámbito de aplicación es autonómico, como cuando son de carácter especial y su ámbito de aplicación es estatal o autonómico.

2. *Antecedentes jurisprudenciales*[16]

La búsqueda del término exacto "discriminación por omisión" en el buscador de sentencias del Tribunal Constitucional solo proporciona como resultado la STC 317/1994, de 28 de noviembre. Se trata de un recurso de amparo en el que el trabajador recurrente alegó que la Ordenanza Laboral aplicable a su profesión, fechada en 1970, incurría en una "discriminación por omisión" porque solo reconocía a las trabajadoras el derecho a obtener una indemnización tras contraer matrimonio y resolver su contrato de

[15] López Cumbre, Lourdes, "Una ley integral para la igualdad de trato y una ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres. ¿Concurrencia o necesidad?", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 64 (2023): 57.

[16] Las búsquedas efectuadas para elaborar este apartado se han realizado en junio de 2025.

trabajo, excluyendo a los trabajadores varones del derecho a esta indemnización. La STC 317/1994 considera la alegación efectuada sobre la discriminación por omisión errónea y rechaza de plazo el amparo solicitado (FJ 4). Uno de los motivos que justifican la desestimación es que "no existe ningún mandato constitucional que obligue a proporcionar incentivos para finalizar el contrato por razón del matrimonio" (FJ 4), apuntando ya a la concurrencia de una obligación insatisfecha —en este caso de rango constitucional— para poder hablar de la existencia de una discriminación por omisión.

Aunque la noción de discriminación por omisión no fue empleada en el recurso de amparo, ni se tomó en consideración a la hora de enjuiciar el supuesto de hecho sometido a examen, F. Lousada Arochena ha considerado que se cometió en el caso resuelto por la STC 198/1996, de 3 de diciembre[17]. El trato desfavorable contra el que una trabajadora recurrió en amparo fue la ausencia de información sobre la exigencia de fuerza física en ciertas plazas de auxiliar administrativo, dedicadas el pesado en básculas, ofertadas en un concurso de empleo público. Como consecuencia de la falta de información, la trabajadora solicitó una de estas plazas, pero no superó el periodo de prueba debido a la fuerza física que exigían las tareas del puesto y perdió su trabajo. El autor apunta la existencia de una discriminación por omisión porque, si la empleada hubiera conocido las exigencias de fuerza física de la plaza en cuestión, no la habría solicitado y, en consecuencia, no habría perdido su empleo. Es decir, la discriminación se produjo porque la Administración incumplió su deber de informar sobre la exigencia de fuerza física del puesto de trabajo, puesto que era imprescindible para realizarlo, y tal incumplimiento produjo un perjuicio para la trabajadora. De nuevo, nos encontramos ante un supuesto en el que el incumplimiento de un deber da lugar a un trato desfavorable, en este caso por razón de sexo.

Si efectuamos la misma búsqueda exacta de la locución "discriminación por omisión" en el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial, se obtienen trece sentencias, en su práctica totalidad dictadas en la jurisdicción contencioso-administrativa. A pesar de su reducido número, las resoluciones se extienden a lo largo de un amplio lapso temporal que va desde 1985 hasta 2024. Todas las resoluciones, excepto la reciente SJS de Badajoz 373/2024, de 9 de noviembre, se refieren a la discriminación por omisión como consecuencia de su alegación en la demanda o el recurso correspondiente, sin aplicarla posteriormente como parámetro para calificar el trato que se postula discriminatorio.

Solo en dos sentencias se estima la pretensión: la STSJCAT 689/2012, de 7 de junio —ratificada por la STS de 10 de julio de 2013 (rec. casación

[17] Lousada Arochena, Fernando, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (Tirant lo Blanch, 2014), 230.

3443/2012)— y la SJS de Badajoz citada. En el resto de los casos enjuiciados, la alegación de la comisión de una discriminación por omisión, en la mayoría de las ocasiones imputada a una Administración Pública, no prospera. Sin poder examinar con detalle los textos judiciales por la extensión a que debe sujetarse este trabajo, la discriminación por omisión se aplica a supuestos donde lo que realmente se reclama es la existencia de una discriminación por indiferenciación (p.ej., STS (contencioso) de 15 de marzo de 1987 (rec. apelación 2.448/1998), FJ 1; STSJCAT (contencioso) de 16 de mayo de 2010, FJ 12; STS (contencioso) de 7 de febrero de 2023 (rec. casación 109/2021), FJ 4) o de una inconstitucionalidad por omisión (p.ej., STS (contencioso), de 28 de febrero de 1995 (rec. casación 6.844/1993), FJ 6). Ambos reproches son desestimados en la totalidad de las ocasiones porque los supuestos de hecho o los términos de las situaciones que se comparan no son iguales, de modo que no se incurre en una indiferenciación discriminatoria (p.ej., STSJCAT 1089/2001, de 16 de octubre, FJ 2; SAN (contencioso) de 28 de abril de 2004, FJ 12; STSJCV (contencioso) 1275/2017, de 19 de julio, FJ 1).

Si se analizan las dos resoluciones judiciales en las que prospera la alegación de discriminación por omisión, puede observarse lo siguiente:

- En la STSJCAT (contencioso) 689/2012 se declara discriminatoria la base de una convocatoria en aplicación de la doctrina contenida en la STS (contencioso) de 11 de octubre de 2010 (rec. casación 3731/2007). La base impugnada no otorgaba ninguna puntuación a ciertos especialistas a pesar de que sus títulos tenían el mismo valor legal que el resto de especialidades, sin que las bases ofrecieran motivación o justificación alguna de las razones por las que se excluían de la baremación su especialidad. Es decir, la STS que se emplea para resolver el recurso no considera que exista una discriminación de tipo omisivo, sino un trato desigual sin ninguna base normativa y contrario al principio de igualdad (FJ 7).
- En la SJS de Badajoz 373/2024 es el órgano judicial el que califica como una discriminación por omisión el silencio denegatorio mantenido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social a las sucesivas solicitudes del complemento de maternidad efectuadas por un pensionista varón, sin revisar de oficio su expediente a pesar de la imperatividad de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18). Esta calificación jurídica también comprende la pasividad del mismo organismo ante su solicitud de una indemnización como consecuencia de la STS 977/2023, de 15 de noviembre.

La situación justamente contraria la encontramos en la STSJCV (contencioso) 134/2021, de 24 de febrero. Cuando esta sentencia examina si las bases de una convocatoria de subvenciones a la investigación incurren en

trato discriminatorio, concluye que, como la Administración autonómica no ha adoptado las medidas de acción positiva en favor de las investigadoras a las que estaba obligada, comete una discriminación indirecta contra las solicitantes de las ayudas. Aunque la sentencia es anterior a la Ley 15/2022 y no puede acudir a su art. 4.1, sí aborda el primero de los supuestos enunciados en su parte final —el incumplimiento por la Administración de las medidas de acción positiva previstas legalmente— y lo califica como una discriminación indirecta. Pero, como en un trabajo previo se ha analizado con más detenimiento[18], es la propia redacción de la base cuestionada, y no tanto la imprevisión de acciones positivas en su contenido, la que produce una discriminación indirecta por razón de sexo en este caso, pues realiza un trato formalmente neutro que, sin embargo, produce un impacto discriminatorio en perjuicio de las investigadoras. Si esta sentencia anticipa la calificación como trato discriminatorio de la omisión de acciones positivas cuando resulta obligatoria su adopción con anterioridad a la aparición del art. 4.1 de la Ley 15/2022, lo hace en un supuesto donde lo que acontecía verdaderamente era una discriminación indirecta y sin llegar a tipificar en ningún momento la ausencia de acciones positivas como una discriminación por omisión.

Si hacemos balance de los resultados obtenidos con el análisis de las sentencias revisadas, la discriminación por omisión se invoca para calificar tratos discriminatorios por indiferenciación o regulaciones legales que se consideran inconstitucionales por omisión. La discriminación por omisión no puede confundirse con la discriminación por indiferenciación porque tienen significados completamente distintos a pesar de la similitud en su léxico[19]. Además, en ninguno de los casos su invocación prospera, demostrando que la jurisprudencia ordinaria es tan refractaria a la discriminación por indiferenciación como lo ha sido la jurisprudencia constitucional[20].

La fundamentación jurídica de la STSJCAT (contencioso) 689/2012 no necesita acudir a la discriminación por omisión para declarar discriminatoria la resolución administrativa impugnada. La STSCV 134/2021 confunde la discriminación indirecta con la omisión de medidas de acción positiva, sin progresar en la conceptuación de la discriminación por omisión. En cambio, la SJS de Badajoz 373/2024 sí emplea la discriminación por omisión para calificar la pasividad contumaz de la Administración a la hora de reconocer una prestación cuya concesión

[18] García Campá, Santiago, "La discriminación por omisión de acciones positivas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 134/2021, de 24 de febrero", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* 459 (2021): 255-262, *https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2420*.

[19] Barrère Unzueta, Maggy, "El principio de igualdad de trato…" (2018), 134.

[20] Cobreros Mendoza, Edorta, "Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta", *Revista Española de Derecho Constitucional* 81 (2007): 73-74.

debía haber revisado de oficio, aunque de modo apodíctico y sin acudir al art. 4.1 *in fine* de la Ley 15/2022.

Finalmente, ninguna de las sentencias estudiadas ha tenido que enfrentase al examen de la existencia de discriminación tras la aprobación de los cuatro supuestos enunciados en la parte final del art. 4.1 de la Ley 15/2022.

3. Antecedentes doctrinales

Si en este trabajo se propone que los cuatro supuestos enunciados en la parte final del art. 4.1 de la Ley 15/2022 son discriminaciones de tipo omisivo es como consecuencia de la contribución teórica efectuada por M. Barrère Unzueta[21]. Antes de la aprobación de la Ley 15/2022, sus trabajos sobre el derecho anti(subor)discriminatorio ya sostenían que la discriminación, entendida fundamentalmente como "trato" discriminatorio, podía ser tanto activa como pasiva, podía consistir en acciones y omisiones, de tal modo que podía presumirse que "en tanto no se actúa contra la discriminación, se contribuye a su reproducción o, lo que es igual, se discrimina por omisión"[22]. Según su teoría del Derecho anti(subor)discriminatorio, el Estado y la cultura jurídica tienen el deber de detectar y eliminar la discriminación intergrupal, de manera que "si no existe una actuación por parte del Estado, éste, en su inactividad, a través de su conducta pasiva, estará discriminando por omisión"[23]. Sus trabajos más recientes junto a A. Irigoyen Domínguez han respaldado la clasificación de los supuestos enunciados en el art. 4.1 de la Ley 15/2022 —salvo el incumplimiento de medidas de acción positiva previstas legal o convencionalmente— como manifestaciones de la discriminación por omisión, tal y como mantuvimos en una contribución aparecida hace algún tiempo[24]. Su análisis del art. 4.1 aprecia la novedad de prohibir la inacción, la dejación de funciones o el incumplimiento de deberes, una nueva regulación que, en su opinión, permite conceptualizar "la (subor)discriminación por omisión o inacción de los poderes públicos ante el mandante constitucional del art. 9.2 CE" y "abrir la puerta a una revolución interpretativa del art. 9.2 CE"[25]. En el caso de los poderes públicos, la discriminación por omisión sucede en

---

[21] Barrère Unzueta, Maggy, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres* (Tecnos, 1997); "El principio de igualdad de trato…" (2018); *Feminismo y Derecho. Fragmentos para un Derecho anti(subor)discriminatorio* (Olejnik, 2019); Barrère Unzueta, Maggy, Irigoyen Domínguez, Alazne, "La discriminación por razón de sexo…" (2024), 83-110.

[22] Barrère Unzueta, Maggy, "El principio de igualdad de trato…" (2018), 134.

[23] Barrère Unzueta, Maggy, *Feminismo y Derecho…* (2019), 138.

[24] García Campá, Santiago, Ventura Franch, Asunción, "¿Se puede discriminar sin hacer nada? La discriminación de las mujeres por omisión", Valedora do Pobo de Galicia, 22 de noviembre de 2022, *https://www.valedordopobo.gal/es/sobre-feminismo/se-puede-discriminar-sin-hacer-nada-la-discriminacion-de-las-mujeres-por-omision/*.

[25] Barrère Unzueta, Maggy, Irigoyen Domínguez, Alazne, "La discriminación por razón de sexo…" (2024), 95.

tanto no actúen en favor de la igualdad real, pues están contribuyendo a la manifestación de tratos discriminatorios y, en esa medida, puede hablarse de "(subor)discriminación por omisión o (subor)discriminación político-institucional". "Si el Estado no quiere ser acusado de (subor)discriminación por omisión o inacción, debe arbitrar garantías para el cumplimiento del art. 9.2 CE"[26].

Sin embargo, como veremos en el apartado dedicado a los elementos de la discriminación por omisión, la interpretación de los cuatro supuestos regulados por el art. 4.1 de la Ley 15/2022, que, según nuestra propuesta, integran el tipo de la discriminación por omisión, no es completamente coincidente con el significado de la "(subor)discriminación por omisión o inacción" empleada por M. Barrère Unzueta, a pesar de que nos apoyemos en su teoría del derecho anti(subor)discriminatorio para emplear esta nomenclatura, proponer este nuevo tipo discriminatorio y efectuar la exégesis de varios de sus elementos constitutivos.

A. Álvarez del Cuvillo, en su esfuerzo por acotar el significado de la discriminación a través de un concepto analítico y global radicado en la discriminación grupal, ha sostenido, basándose en buena medida en la misma teoría del derecho anti(subor)discriminatorio, que el incumplimiento de ciertas obligaciones impuestas en la protección del derecho a la no discriminación da lugar a una responsabilidad por omisión[27]. Como la discriminación también se refiere a conductas omisivas que dan lugar a tratos peyorativos y permiten imputar responsabilidades concretas a sujetos determinados[28], en el caso de la discriminación por omisión se trata del incumplimiento de obligaciones jurídicamente exigibles cuya desatención debe acarrear responsabilidades por omisión en sede judicial o administrativa[29]. Los ejemplos que proporciona son el incumplimiento de los deberes de prevención en materia de acoso sexual, acoso sexista y delitos contra la libertad sexual; la obligación de realizar ajustes razonables para el empleo de las personas con discapacidad; y, esta vez de modo totalmente coincidente con la propuesta efectuada hace varios años[30], los cuatro supuestos enunciados en el art. 4.1 de la Ley 15/2022[31].

F. Lousada Arochena también ha reconocido expresamente que la discriminación comprende tratos omisivos[32], ha suministrado algún ejemplo

---

[26] Barrère Unzueta, Maggy, Irigoyen Domínguez, Alazne, "La discriminación por razón de sexo…" (2024), 96.

[27] Álvarez del Cuvillo, Antonio, *El concepto de discriminación grupal…* (2024), 97-98 y 353.

[28] Álvarez del Cuvillo, Antonio, *El concepto de discriminación grupal…* (2024), 101.

[29] Álvarez del Cuvillo, Antonio, *El concepto de discriminación grupal…* (2024), 153-154.

[30] García Campá, Santiago, Ventura Franch, Asunción, "¿Se puede discriminar…?" (2022).

[31] Álvarez del Cuvillo, Antonio, *El concepto de discriminación grupal…* (2024), 97-98.

[32] Lousada Arochena, Fernando, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva…* (2014), 162-164; Lousada Arochena, Fernando (dir.), *Curso de igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, 2.ª ed., (Tirant lo Blanch, 2023), 75-77.

concreto de discriminación por omisión "impropia" —el incumplimiento por las empresas de su deber de prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo[33]— y ha planteado la existencia de discriminación por omisión en dos supuestos concretos, que conecta con el art. 4.1 de la Ley 15/2022. En primer lugar, la omisión de instrucciones para evitar los sesgos de género en el diseño de los algoritmos que hacen funcionar la inteligencia artificial generativa[34]. Y, en segundo lugar, reforzando la propuesta efectuada en otro trabajo[35], el incumplimiento de la obligación de medios impuesta a las sociedades cotizadas para que su consejo de administración tenga una presencia equilibrada de mujeres y hombres, según la nueva redacción dada al art. 529 bis del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el art. 9.1 de la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres[36]. No obstante, la calificación de estos ejemplos como omisiones discriminatorias suscita varias cautelas, entre las que destacan tres: primero, la necesidad de acrisolar mucho más la categoría de la discriminación por omisión en la doctrina y en la jurisprudencia[37]; segundo, la duda de si su aplicación requiere "una intervención legislativa para establecer una responsabilidad concreta" o bastaría deducirla de la prohibición constitucional de discriminación[38]; y, tercero, las excepciones que pueden admitirse para que el incumplimiento de la obligación o el deber evite su calificación como trato discriminatorio por omisión[39].

IV. Elementos de la discriminación por omisión

Si se analizan los cuatro supuestos del art. 4.1 de la Ley 15/2022 que han permitido inferir el reconocimiento de un nuevo tipo discriminatorio, que hemos denominado discriminación por omisión, pueden identificarse cuatro elementos que deben concurrir para que una conducta o trato pueda ser clasificado en esta categoría: a) la omisión de una conducta o

---

33 Lousada Arochena, Fernando, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva…* (2014), 163.

34 Lousada Arochena, Fernando, "Inteligencia artificial y sesgos discriminatorios: ¿es necesario un nuevo concepto de discriminación algorítmica?", *IgualdadES* 11 (2024): 109, *https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.11.04*.

35 García Campá, Santiago, "La aplicación del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación al proceso de selección del consejo de administración de las sociedades cotizadas cuando no tienen equilibrio de género. Un análisis crítico de las críticas sobre su necesidad, obligatoriedad y constitucionalidad", *IgualdadES* 11 (2024): 287-318, *https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.11.10*.

36 Lousada Arochena, Fernando, "La ley española de paridad. Ideas básicas y puntos críticos", *FEMERIS: Revista Multidisciplinar De Estudios De Género* 10(1) (2025): 80, *https://doi.org/10.20318/femeris.2025.9172*.

37 Lousada Arochena, Fernando, "La ley española de paridad…" (2025): 80.

38 Lousada Arochena, Fernando, "Inteligencia artificial…" (2024): 109.

39 Lousada Arochena, Fernando, "Inteligencia artificial…" (2024): 109.

comportamiento, b) por el sujeto que debe llevarla a cabo, c) cuando implica el incumplimiento de una obligación, deber o función de naturaleza imperativa u obligatoria, y d) cuya finalidad es garantizar o tutelar el derecho a la igualdad y no discriminación, también en su dimensión objetiva o derivada, de acuerdo con los arts. 9.2 y 14 CE.

Como se ha advertido, el elemento causal de la discriminación no se aborda en este estudio, pues se regula en el art. 2.1 de la Ley 15/2022 y es común a todos los tratos discriminatorios.

Veamos estos cuatro elementos presentes en cada uno de los tratos discriminatorios proporcionados por el art. 4.1 Ley 15/2022.

1. El elemento objetivo: la omisión de una conducta o comportamiento

En los cuatro supuestos el trato discriminatorio consiste en un comportamiento pasivo u omisivo, que da lugar al incumplimiento de obligaciones de distinta clase: derivadas de medidas de acción positiva impuestas legal o convencionalmente, radicadas en las funciones que se tienen asumidas o procedentes de deberes. Mucho más indeterminado es el origen y el objeto de la inacción (a secas) que también se incluye entre estos supuestos, que se intentará concretar al final de este apartado.

Este elemento objetivo, una conducta pasiva u omisiva, está presente en los cuatro casos a pesar de que pasa completamente inadvertido en la regulación que efectúa el art. 4.1 Ley 15/2022.

En primer lugar, el art. 4.1 no incluye las omisiones en el listado de tratos discriminatorios que prohíbe su párrafo primero —"queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad"—.

En segundo lugar, la discriminación por omisión tampoco aparece reconocida junto a los tipos discriminatorios enunciados en la primera parte del párrafo segundo del art. 4.1 de la Ley 15/2022, como ya se ha apreciado. Es decir, no constituye un tipo de discriminación como sí lo son la discriminación directa, indirecta, por asociación, por error, por acoso, etc. Tampoco en la descripción de los cuatro supuestos se señala expresamente la ausencia de un comportamiento, la comisión de una conducta pasiva u omisiva, sino que su tratamiento está mucho más atenta al elemento material de este tipo: el incumplimiento de una obligación, deber o función, como se ha apreciado en el apartado anterior.

Pero es que, además, ninguno de los cuatro supuestos se define en el art. 6 de la Ley 15/2022. En efecto, en el art. 6 se define la discriminación directa —en la que se inscribe la denegación de ajustes razonables a personas con discapacidad—, la discriminación indirecta, la discriminación por asociación, la discriminación por error, la discriminación múltiple,

la discriminación interseccional, el acoso discriminatorio, la inducción, orden o instrucción de discriminar, y, por último, las represalias por denunciar la discriminación. Pero no se define ni la discriminación por inacción ni los otros tres supuestos, como tampoco se proporciona un nuevo concepto que los aglutine, a pesar de que en todos ellos concurre un trato omisivo sin el que la discriminación no se produciría.

La irrelevancia que el tratamiento legal concede al trato omisivo no impide apreciar que constituye el elemento objetivo de este nuevo tipo discriminatorio, porque, si el trato se produjera, la obligación, el deber o la función se llevarían a cabo y la discriminación no existiría. Es la ausencia de este trato, su omisión, la que da lugar al incumplimiento de la obligación, deber o función y provoca que resulte discriminatorio.

La ausencia de cualquier referencia al comportamiento pasivo u omisivo en los tratos discriminatorios (art. 4.1), en los tipos discriminatorios (art. 4.1) y en sus definiciones (art. 6), confirma la apreciación contenida en el trabajo de M. Barrère Unzueta[40], quien ha llamado la atención sobre el desconocimiento de la discriminación por omisión en el Derecho antidiscriminatorio. A pesar de lo anterior, la literatura jurídica especializada sostiene que el trato discriminatorio puede ser tanto activo como omisivo[41].

Como se ha advertido, el supuesto de la inacción se formula de manera mucho más indeterminada que los otros tres tratos omisivos. ¿Qué acción se omite? ¿De qué clase es? ¿Qué incumplimiento implica? Sin superar completamente estas objeciones, y a pesar de su situación intermedia en la enumeración de estos cuatro supuestos, puede interpretarse la inacción como una especie de cláusula de protección reforzada contra los tratos que incurren en discriminación por omisión, de tal manera que la pasividad ante el incumplimiento de cualquiera de los otros tres supuestos (incumplimiento de medidas de acción positiva obligatorias, la dejación de funciones y el incumplimiento de deberes) incurrirá en discriminación por omisión y deberá merecer el mismo reproche.

2. El elemento subjetivo: el sujeto de la obligación, la función o el deber y su intencionalidad

El segundo elemento de la discriminación por omisión es el sujeto que lleva a cabo este tipo de trato discriminatorio. Este sujeto es aquel que no cumple con las medidas de acción positiva que debe adoptar según

---

[40] Barrère Unzueta, Maggy, "El principio de igualdad de trato…" (2018), 134.

[41] Álvarez del Cuvillo, Antonio, *El concepto de discriminación grupal…* (2024), 348-349; Barèrre Unzueta, Maggy, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio…* (1997), 34; Barrère Unzueta, Maggy, *Feminismo y Derecho…* (2019), 336; Comisión Nacional de Derechos Humanos de Méjico, *El derecho a…* (2018), 5; Lousada Arochena, Fernando, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva…* (2014), 162-164; Lousada Arochena, Fernando, *Curso de igualdad y diversidad…* (2023), 75-77.

las obligaciones normativas o convencionales que le resultan de aplicación; aquel que hace dejación de las funciones que le han sido atribuidas; o aquel que no cumple con el deber del que es titular. En el caso de la inacción, según la interpretación que se ha propuesto, el sujeto que incurre en ella es aquel que, siendo responsable de garantizar, controlar, vigilar o supervisar que se cumple con las actuaciones enunciadas en los tres supuestos señalados, no emprende ninguna actuación ante su incumplimiento. Como ha afirmado A. Álvarez del Cuvillo, se trata de una "responsabilidad por omisión"[42].

Conforme al art. 1.2 de la Ley 15/2022, puede tratarse de personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, a las que se imponen obligaciones o se les hace responsables de "medidas destinadas a prevenir, eliminar, y corregir toda forma de discriminación, directa o indirecta, en los sectores público y privado", tal y como sucede en los cuatro supuestos señalados.

El art. 2.4 de la Ley 15/2022 se detiene en los sujetos titulares de las obligaciones establecidas en el propio texto legislativo y contribuye a perfilar mejor la dimensión subjetiva de la discriminación por omisión. El precepto establece que las "obligaciones establecidas en la presente ley serán de aplicación al sector público", que está integrado por las siguientes entidades: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las entidades que integran la Administración Local, la Administración de Justicia, el sector público institucional —en los términos establecidos en el artículo 2.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas—, y las asociaciones y fundaciones constituidas por las Administraciones, entes, organismos y entidades que integran el sector público. Pero también reconoce expresamente que las personas físicas o jurídicas de carácter privado —que residan, se encuentren o actúen en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia— están sujetas y, en consecuencia, son titulares de las obligaciones sancionadas por la Ley 15/2022, estando sujetas al cumplimiento de estas obligaciones "en los términos y con el alcance que se contemplan en su texto legal, así como en el resto del ordenamiento jurídico".

Como puede apreciarse, el art. 2.4 de la Ley 15/2022 se detiene específicamente en la dimensión subjetiva de las obligaciones que sus preceptos establecen. En su ámbito de aplicación están comprendidas expresamente las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas. La descripción de los sujetos se realiza en términos amplios:

- En el caso de las personas jurídicas públicas, todo el sector público en todos los ámbitos territoriales (estatal, autonómico y lo-

[42] Álvarez del Cuvillo, Antonio, *El concepto de discriminación grupal...* (2024), 353.

cal), incluido el sector público institucional y la Administración de Justicia; en el caso las personas jurídicas privadas, tanto las físicas como las jurídicas, tanto si residen como si actúan en territorio español, y al margen de su nacionalidad, domicilio o residencia. En el caso de los poderes públicos, la relevancia de este sujeto encuentra una justificación inmediata en el mandato que realiza el art. 9.2 CE y su conexión directa con el contenido objetivo de la prohibición de discriminación que proporciona el art. 14 CE.

- En el caso de las personas jurídicas privadas, no solo se refiere a las obligaciones que les impone la propia Ley 15/2022, sino también a las que están establecidas en el resto del ordenamiento jurídico, que deberán cumplirse en los términos y con el alcance legalmente establecidos. La incursión en una discriminación por omisión será evidente en el caso de las personas físicas o jurídicas privadas cuando existe un reconocimiento expreso del incumplimiento de la obligación o cuando no existe ninguna controversia acerca del alcance o de los términos en que está establecido el cumplimiento de la obligación. En el caso de las personas jurídicas privadas, su sujeción encuentra su justificación inmediata en los arts. 9.1 y 14 CE.

Una de las dificultades que pueden surgir para entender la discriminación por omisión es que su estudio vira la atención hacia el sujeto activo de la discriminación. En efecto, en las definiciones de la discriminación directa, indirecta, por asociación, por error, múltiple, interseccional, por acoso o por represalia, la atención se enfoca en el sujeto pasivo del trato discriminatorio (p.ej., las personas o grupos que se tratan de manera menos favorable, las personas con discapacidad, las personas a quienes se ocasiona una desventaja particular, el atentado contra la dignidad de una persona…) (art. 6 Ley 15/2022). También la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa[43] prestan una atención especial a las personas destinatarias de la protección prevista en el Derecho antidiscriminatorio de la Unión. Esta aproximación es lógica si se tiene en cuenta que se protege a los titulares del derecho a la igualdad de trato y no discriminación (art. 1.1 Ley 15/2022), a quienes se defiende de los tratos discriminatorios en su contra (art. 2.1 Ley 15/2022). En cambio, en la discriminación por omisión, como pone el foco en garantizar el cumplimiento de las obligaciones, deberes o funciones que se establecen para garantizar el derecho a la no discriminación, resulta especialmente relevante el sujeto cuya ausencia de trato produce una discriminación en la medida que tiene la obligación de llevar a cabo cierto comportamiento antidiscriminatorio —bajo la for-

[43] Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Manual de legislación europea contra la discriminación* (Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019), 28–30.

ma de acción positiva sancionada legal o convencionalmente, realización de funciones o cumplimiento de deberes—, cuya finalidad es, precisamente, impedir que la discriminación prevalezca. Es decir, en este caso discrimina quien, mediante su inacción según los cuatro supuestos reconocidos, no evita, impide o anula la discriminación contra los titulares del derecho a la igualdad de trato y no discriminación.

Si la ausencia del elemento intencional o volitivo para calificar un trato como discriminatorio —piénsese, por ejemplo, en la discriminación indirecta o por error— ya ha alcanzado un grado de aceptación lo suficientemente amplio[44], su extensión a la discriminación por omisión no parece menos justificada. El sujeto titular de una obligación, deber o función puede tener una motivación discriminatoria o no, puede contar con intencionalidad o sin ella, su incumplimiento puede ser deliberado o inconsciente, pero lo más relevante es la constatación del elemento material que se verá en el próximo apartado: el incumplimiento de una obligación, deber o función. Las razones o motivos por los que se incumple la obligación, el deber o la función correspondiente, destinada a tutelar el derecho a la igualdad de trato y no discriminación por cualquiera de las causas previstas en el art. 14 CE y el art. 2.1 de la Ley 15/2022, tienen menos relevancia que el hecho material de su incumplimiento.

No obstante, la consideración de todas estas variables en el comportamiento del sujeto y su calificación como omisión discriminatoria también dependerá de los términos y el alcance de la regulación de las obligaciones, deberes y funciones correspondientes según la Ley 15/2022 y el resto del ordenamiento jurídico, de acuerdo con su art. 2.4.

3. El elemento material: el incumplimiento de una obligación, deber o función

En los cuatros supuestos se vulnera el derecho a la igualdad de trato y no discriminación a causa del incumplimiento de una obligación, un deber, una función o una acción —como hemos señalado, esta última enunciada de modo mucho más difuso que los otros tres supuestos—. Como consecuencia de la inhibición de una conducta o un comportamiento determinados, se incumple una obligación, un deber, una función o una acción que debe llevarse a cabo para garantizar el derecho antes referido.

Por ejemplo, como ha sostenido F. Lousada Arochena, este sería el caso cuando se comete una omisión "impropia", tal y como sucede en los supuestos en que un sujeto ostenta un deber de garante respecto a otro/a y no

[44] Ballester Pastor, Amparo, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral* (Tirant lo Blanch, 1994), 226-227; Barrère Unzueta, Maggy, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio...* (1997), 43 y 76; Rey Martínez, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio* (2019), 56-86; Sáez Lara, Carmen, *Mujeres y mercado de trabajo: las discriminaciones directas e indirectas* (Comité Económico y Social, 1994), 66-67.

impide que un tercero lo discrimine (p.ej., el incumplimiento por las empresas de su deber de prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo, que constituyen tratos discriminatorios según el art. 7 de la Ley 3/2007)[45].

El análisis del enunciado empleado en los cuatro supuestos permite apreciar claramente que el elemento material de la discriminación por omisión está formado por obligaciones, funciones o deberes impuestos, es decir, cuya naturaleza es imperativa o prescriptiva. No se trata del incumplimiento de principios, directrices o normas de carácter dispositivo, sino de auténticas obligaciones, deberes, funciones de tipo imperativo. También, según nuestra interpretación, aquellas que integran la dimensión objetiva o derivada del derecho a la igualdad y no discriminación —como se profundizará en el próximo apartado—. Salvo en el caso de la inacción, en los otros tres la regulación se refiere a: medidas de acción positiva derivadas de obligaciones de cumplimiento ineludible; funciones que el sujeto no puede dejar de llegar a cabo; y deberes que debe cumplir. La obligación, el deber y la función —como también la acción— debe estar reconocida en una norma de carácter imperativo o prescriptivo, no dispositivo.

En cuanto a la naturaleza de las normas imperativas cuya infracción se produce por omisión, las medidas de acción positiva deben derivarse de obligaciones previstas en normas tanto legales como convencionales —una naturaleza, la convencional, que no se prevé en el art. 63 del Real Decreto Legislativo 1/2023 en el caso de las personas con discapacidad—. En los otros tres supuestos, no se determina la naturaleza de las disposiciones que pueden establecer las funciones, los deberes o las acciones. Desde luego, pueden imponerse mediante normas con rango de ley, como es la propia Ley 15/2022, teniendo en cuenta que, cuando se trata de obligaciones, es una materia en la que existe una reserva de ley desde un punto de vista constitucional (p.ej., arts. 30.2, 31.3 y 35.2 CE). Así lo hace expresamente el art. 2.4 de la propia Ley 15/2022 cuando incluye al sector público en el ámbito de aplicación de las obligaciones que su texto establece. Aunque en los tres supuestos finales la admisión de normas de carácter convencional no aparece expresamente, nada impediría que, en la medida que su contenido procede de la libertad negociadora de las partes legitimadas para su adopción (art. 82 y 85 ET), puedan libremente acordar ciertos deberes, funciones o acciones a los que las empresas quedan sujetos para garantizar el derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Debe tenerse en cuenta que el art. 2.4 de la Ley 15/2022 amplía los términos y el alcance de las obligaciones a las que estás sujetas las personas físicas o jurídicas privadas al resto del ordenamiento jurídico, lo que ayuda a sostener esta argumentación (arts. 37.1 CE y arts. 3.1.b) y 82 ET).

[45] Lousada Arochena, Fernando, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva…* (2014), 163.

Una vez ha sido satisfecha la reserva de ley, nada impide que su desarrollo reglamentario sea el que concrete el alcance y el contenido de la correspondiente obligación, deber, función o acción concernidos. P.ej., así sucede en los Decretos que desarrollan la organización y las funciones de los departamentos ministeriales, en el caso del sector público (p.ej., art. 5.1.j) del Real Decreto 246/2024, de 8 de marzo, y art. 3.1.g) del Real Decreto 209/2024, de 27 de febrero), o en las normas reglamentarias que desarrollan algunas herramientas para garantizar la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el trabajo, como los planes de igualdad o las auditorías retributivas de las empresas, en el caso de las personas jurídicas privadas (p.ej., RD 901/2020 y RD 902/2020, de 13 de octubre).

El elemento material de la discriminación por omisión torna todavía más relevante el elemento objetivo de este tipo discriminatorio, la inhibición del trato que debe llevarse a cabo, en detrimento del mayor o menor grado de intencionalidad que concurre en su comisión. En la discriminación por omisión, la omisión no ha de ser intencionadamente discriminatoria, sino que su disvalor radica fundamentalmente en la consecuencia material que produce el comportamiento pasivo: dejar sin efecto una obligación, un deber o una función, lo que implica un trato menos favorable con respecto de todos aquellos que sí ven satisfechas las obligaciones que les conciernen y, al mismo tiempo, un perjuicio a quienes quedan desprotegidos de las medidas, funciones y deberes arbitrados para que no prevalezca ninguna discriminación en su contra (art. 14 CE).

Una de las dificultades para apreciar las razones por las que la discriminación por omisión vulnera el derecho fundamental a la no discriminación puede proceder de la siguiente paradoja, que es solo aparente: si el contenido del derecho a la igualdad de trato y no discriminación prohíbe la discriminación (art. 14 CE, arts. 2.1 y 4.1 Ley 15/2022), y la prohibición es con carácter general una obligación de no hacer, ¿cómo puede ser discriminatoria la pasividad, que consiste precisamente en un *no hacer*? La paradoja es solo aparente porque, frente al concepto clásico de igualdad o frente a las leyes clásicas de igualdad, debe tenerse en cuenta que estamos ante un nuevo Derecho antidiscriminatorio[46] o ante leyes de igualdad modernas[47], según las cuales el derecho a la no discriminación tiene un contenido complejo, formado tanto por una obligación de no hacer, como por una obligación de hacer. Si se considera que el contenido del derecho a la no discriminación también implica obligaciones de hacer, contempladas en las leyes antidiscriminatorias, resulta mucho más sencillo comprender por qué incumplir estas obligaciones, omitir su cumplimiento, implica

[46] Rey Martínez, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio* (2019), 21 ss.
[47] Lousada Arochena, Fernando, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva…* (2014), 76-79.

una discriminación. La discriminación por omisión solo puede entenderse si se asume que la prohibición de discriminación del art. 14 CE tiene como contenido tanto una *prohibición de hacer* [obligación de no hacer (no tratar de modo desigual o no producir un trato desigual)], como también una *prohibición de no hacer* [obligación de hacer (tratar las discriminaciones y reducir sus efectos)]. Son dos facetas de la misma interdicción de la discriminación, porque es tan discriminatoria la acción como la inacción, el trato activo como omisivo, pues el primero pone en *acción* la desigualdad[48], pero el segundo deja que la desigualdad *actúe*[49].

4. *El elemento teleológico o finalista: la finalidad tuitiva o garantista de la dimensión objetiva o derivada del derecho a la igualdad y no discriminación*

La previsión de este nuevo tipo discriminatorio, a través de los cuatro supuestos analizados, es una consecuencia directa de una de las finalidades de la Ley 15/2022: ser una ley de garantías. Tal y como se recoge en su Preámbulo, el texto legislativo "no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen", pues "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".

La novedad que aportan los cuatro tratos omisivos prohibidos es que, a pesar de que el art. 4.1 de la Ley 15/2022 los considere vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y la no discriminación, extienden su protección a la dimensión objetiva[50] o derivada[51] del derecho fundamental a la no discriminación[52]. Su regulación no crea ningún derecho nuevo, sino que protege los reconocidos legislativa o convencionalmente en la medida que no sean satisfechos porque el sujeto que tiene la obligación de hacerlo la incumple. El derecho a la igualdad de trato y la no discriminación también se vulnera cuando las obligaciones impuestas para hacerlo efectivo no se satisfacen, incluso en su faceta objetiva o derivada, propia de la igualdad de oportunidades. De tal modo que, si no se cumple con los derechos subjetivos derivados de las correspondientes obligaciones establecidas legal o convencionalmente, como sucede en los cuatro supuestos señalados, los incumplimientos que hacen inefectivos tales derechos derivados también son considerados discriminatorios.

---

48 Barrère Unzueta, Maggy, *Feminismo y Derecho...* (2019), 152.

49 García Campá, Santiago, Ventura Franch, Asunción, "¿Se puede discriminar...?" (2022).

50 Rey Martínez, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio* (2019), 63-64.

51 Lousada Arochena, Fernando, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva...* (2014), 130-133.

52 La confusión entre la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades en la Ley 15/2022 ha sido puesta de manifiesto por Rey Martínez, Fernando, "La (jurídica) igualdad de trato (de origen norteamericano) y la (política) igualdad de oportunidades (de origen europeo): conexiones, confusiones y malentendidos", *IgualdadES* 9 (2023): 13-43, *https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.9.01*.

Según la interpretación que se realiza de este elemento finalista, la discriminación por omisión vulnera el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación del art. 14 CE por partida doble. Por un lado, vulnera el derecho a la igualdad de trato en la medida que, en estos casos, existe una desigualdad en el trato consistente en la inhibición del trato exigible legalmente en perjuicio de los sujetos protegidos por este derecho fundamental, lo que produce una situación en la que existe un trato dispar en comparación con el cumplimiento de otras obligaciones, deberes o funciones, de forma que tales sujetos son tratados de manera menos favorable. Al mismo tiempo, vulnera el derecho a la no discriminación en la medida que anula su dimensión objetiva —plasmada en las obligaciones, deberes y funciones establecidos conforme a la "libre configuración legislativa"[53]— o, lo que es lo mismo, su dimensión derivada o relativa —formada por derechos reconocidos tras la intermediación del legislador ordinario y los agentes sociales[54]—, propia de la igualdad de oportunidades.

Esta dimensión objetiva o derivada, si bien no se fundamentan constitucionalmente en un derecho subjetivo judicialmente exigible, sí materializa legalmente el principio constitucional de optimización que comprende tal dimensión, de modo que configura un derecho exigible judicialmente siempre y cuando la obligación, deber o función de las que trae causa se incumplan. Si, como señalan M. Rodríguez Piñero y M. Fernández López, "la promoción de la igualdad real es una obligación que se impone a los poderes públicos de una forma básicamente progresiva: que vincula la actuación de estos, pero que deja en buena parte a su elección la oportunidad y la naturaleza de las medidas a tomar"[55], la Constitución no sanciona expresamente la discriminación por omisión ni obliga al poder legislativo a hacerlo, pero, en la medida que el poder legislativo, en su tutela progresiva contra la discriminación, ha sancionado expresamente cuatro supuestos de discriminación por omisión en el art. 4.1 de la Ley 15/2022, este nuevo tipo discriminatorio adquiere carta legal de naturaleza y extiende los límites de la protección del derecho a la igualdad de oportunidades.

Abundando en esta última apreciación, el reconocimiento de estos cuatro supuestos finales del art. 4.1 de la Ley 15/2022, que dan lugar al tipo que hemos denominado "discriminación por omisión", supone un peldaño más en el modelo de los tres escalones o niveles en el contenido del art. 14 CE formulado por F. Rey Martínez[56]. Según este modelo, el

---

[53] Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo* (McGraw-Hill, 1995), 63-64.

[54] Lousada Arochena, Fernando, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva…* (2014), 132.

[55] Rodríguez Piñero, Miguel, Fernández López, Fernanda, *Igualdad y discriminación…* (1984), 335.

[56] Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental…* (1995), 7 y 67.

derecho fundamental a la no discriminación implica la prohibición de la discriminación directa, también la prohibición de la discriminación indirecta, y, además, la necesidad de adoptar medidas de acción positiva. Si, como hemos razonado en otra contribución[57], la progresión en cada uno de estos tres niveles está justificada porque la discriminación persiste tras cada uno de ellos a pesar de su progresiva activación, la discriminación por omisión supondría un nuevo escalón o nivel en el contenido del derecho fundamental a la no discriminación, pues la inhibición de todos aquellos tratos imperativos dirigidos a garantizar el derecho fundamental también supondría su vulneración. Bajo la discriminación por omisión, no solo se sanciona a quien lleva a cabo el trato discriminatorio (de modo directo o indirecto), sino también a quien no lleva a cabo la conducta o el comportamiento que impide o anula dicho trato discriminatorio. Desde este prisma, discrimina tanto quien hace lo que no debe hacer (discriminar), como quien no hace lo que debe hacer (evitar la discriminación). Un ejemplo claro de la progresión que proporciona este nuevo nivel o escalón es el siguiente: la garantía de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones legales o convencionales, situadas en el tercer escalón o nivel del modelo, se refuerza porque su incumplimiento da lugar a un trato omisivo que merece la calificación jurídica de discriminación.

En suma, el incumplimiento de las medidas de acción positiva obligatorias, la dejación de las funciones que deben acometerse, el incumplimiento de los deberes o la inacción frente a estas tres infracciones, producen como resultado que "prevalezca" la discriminación, puesto que incumplir con su dimensión objetiva o derivada también es discriminatorio. Se trata de tratos omisivos que no agotan su disvalor en la infracción de la norma legislativa o convencional donde se impone su realización, sino que también vulneran el art. 14 CE porque lo que prevalece con esta pasividad es en definitiva la discriminación.

Como consecuencia de esta vulneración, la tutela frente a la discriminación por omisión participa de los mecanismos reforzados previstos constitucionalmente (art. 53 CE) y comprende las mismas consecuencias jurídicas que en el resto de los tipos discriminatorios, en particular las previstas en los Títulos II y IV de la Ley 15/2022 o en las disposiciones equivalentes de las leyes específicas de igualdad y no discriminación estatales o autonómicas.

[57] García Campá, Santiago, Ventura Franch, Asunción, "El nuevo concepto de igualdad efectiva de mujeres y hombres en el ordenamiento jurídico español. Su aplicación en el ámbito laboral a través de las acciones positivas y la corresponsabilidad", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* 9(2) (2021): 150.

V. Ejemplos de discriminación por omisión

M. Barèrre Unzueta ha advertido que, a pesar de que resulta difícil identificar los tratos discriminatorios por omisión, no se trata de una tarea imposible[58]. Teniendo en cuenta esta dificultad y la relativa novedad que implica la discriminación por omisión como nueva categoría en la clasificación de los tratos discriminatorios, se proporcionan a continuación cinco ejemplos que pueden ayudar en la comprensión de esta nueva categoría y de los elementos que la caracterizan.

Ejemplo 1. Incumplimiento de las medidas de acción positiva contempladas en el plan de igualdad de una universidad pública.

El plan de igualdad de una Universidad tiene una medida dedicada a reducir la brecha de género en el cuerpo docente de catedráticas/os que prevé la priorización de las promociones de las profesoras acreditadas a catedrática en las áreas en las que están especialmente infrarrepresentadas. Durante la vigencia del plan, elabora una disposición interna que, como resultado, impide a cuatro profesoras acreditadas a catedrática de universidad promocionar a este cuerpo docente en áreas donde están infrarrepresentadas, sin renegociar el plan de igualdad ni aportar ninguna justificación sobre las razones que justifican el incumplimiento de aquella medida.

La Universidad es la responsable de aplicar las medidas previstas en el plan de igualdad negociado colectivamente para reducir la brecha de género en sus cátedras (DA 7.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre). Con la aprobación de la nueva normativa que ha impedido a cuatro mujeres acreditadas a catedrática promocionar a este cuerpo docente, ha incurrido en una discriminación por omisión porque está incumpliendo su plan de igualdad cuando, no solo no adopta medidas para reducir la brecha de género en las cátedras de universidad, sino que además aprueba una normativa que impide cumplir las acciones positivas previstas convencionalmente, sin justificar en ningún momento las circunstancias que motivan no solo el incumplimiento de las medidas de acción positiva, sino la adopción de una nueva normativa que las hace ineficaces.

Ejemplo 2. Dejación de funciones ante el acoso discriminatorio contra una mujer trans.

Una mujer transexual recibe insultos y vejaciones ininterrumpidas en un aeropuerto, hasta el punto de provocar un entorno degradante, humillante y ofensivo, sin ninguna intervención de los vigilantes de seguridad que presencian los hechos a pesar de los requerimientos efectuados por ella.

La empresa que suministra el servicio de seguridad privada ha incurrido en una discriminación por omisión porque sus agentes han he-

[58] Barrère Unzueta, Maggy, *Feminismo y Derecho...* (2019), 336.

cho dejación de sus funciones (art. 32.1.c) de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de seguridad privada y art. 47 de la Ley 15/2022) y han permitido un acoso discriminatorio contra la mujer transexual (art. 3.d) Ley 4/2023).

Ejemplo 3. Incumplimiento del deber de prevenir los riesgos laborales de las trabajadoras.

Como consecuencia del uso de un Equipo de Protección Individual (EPI), diseñado con medidas adecuadas para los trabajadores varones de una industria, la trabajadora de una empresa sufre un accidente de trabajo porque el talle era excesivamente ancho y provocó un enganche con una máquina.

La empresa tiene un deber de seguridad con las personas trabajadoras (arts. 19 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatutos de los Trabajadores (en adelante, ET) y art. 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, Ley 31/1995), que incumple cuando no suministra un equipo de protección individual (EPI) con un talle adecuado para la trabajadora (art. 17.2 de la Ley 31/1995) y produce como resultado tanto un accidente de trabajo como un trato discriminatorio por omisión por razón de sexo (art. 6 Ley 3/2007).

Ejemplo 4. Incumplimiento del principio de presencia equilibrada en el consejo de administración de las sociedades cotizadas e incumplimiento de las medidas de acción positiva previstas legalmente.

Una empresa cotizada del IBEX 35 no cumple con el principio de presencia equilibrada y, más tarde del 30 de junio de 2026, tampoco ajusta sus procesos de selección de las personas candidatas a miembros del consejo de administración según las prescripciones del nuevo art. 529.bis de la Ley de Sociedades de Capital, de tal manera que en un proceso posterior a esa fecha no se elige a una candidata que se ha presentado al proceso de selección y cuenta con igual capacitación que el candidato seleccionado desde un punto de vista de competencia, prestaciones profesionales y aptitud.

La empresa ha discriminado a la candidata porque no ha cumplido con la obligación de ajustar su proceso de selección a criterios que garanticen la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres, tal y como le impone el art. 529.bis de la Ley de Sociedades de Capital en la nueva redacción dada por la LO 2/2024, de 1 de agosto, de manera que incurre en un trato discriminatorio contra la candidata a causa del incumplimiento de dicho deber y, además, la inaplicación de las medidas de acción positiva previstas en la misma legislación.

Ejemplo 5. Incumplimiento de la obligación de negociar la adaptación de jornada solicitada por una persona trabajadora para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

Tras la solicitud de una persona trabajadora de la adaptación de su jornada de trabajo con base en el art. 34.8 ET, la empresa la rechaza directamente sin abrir el proceso de negociación al que le obliga este artículo.

La empresa está discriminando a la persona trabajadora porque incumple con la obligación que le impone el art. 34.8 ET, según la cual, en ausencia de otra previsión en el convenio colectivo de aplicación, debe negociar con la persona solicitante los términos de la adaptación de jornada solicitada, teniendo especialmente en cuenta que la justificación de la adaptación de jornada radica en "hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral"; que este derecho cuenta con una indudable dimensión constitucional, "tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa" (STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 6) ; y que el art. 4.2.c) ET considera discriminatorio "el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral", tal y como sucede en el ejemplo proporcionado.

VI. Conclusiones

Con este trabajo se han aportado razones para sostener que el art. 4.1 *in fine* de la Ley 15/2022 ha configurado un nuevo tipo de discriminación, que hemos denominado "discriminación por omisión", formado por cuatro conductas que vulneran el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación (art. 14 CE): el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la dejación de funciones y el incumplimiento de deberes, así como la inacción ante cualquiera de estos tres incumplimientos por el sujeto responsable de controlar su realización.

La discriminación por omisión es completamente nueva en nuestro ordenamiento jurídico, pues no encontramos ningún rastro sobre ella, ni sobre los cuatro supuestos que dan lugar a esta nueva categoría, en legislación estatal y autonómica en materia de igualdad efectiva de mujeres y hombres, como tampoco en las leyes de igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Lo mismo sucede con la Ley catalana de igualdad de trato y no discriminación. Solo el Real Decreto Legislativo 1/2013 proporciona un antecedente, parcial e incompleto, cuando establece que el incumplimiento de las medidas de acción positiva previstas legalmente vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad. Los supuestos que integran la discriminación por omisión según la interpretación que hemos efectuado del art. 4.1 de la Ley 15/2022 me-

joran, en consecuencia, la regulación efectuada por las leyes de igualdad específicas, estatales o autonómicas, a las que se aplica subsidiariamente, y las disposiciones de las leyes autonómicas sobre igualdad de trato y no discriminación, a las que se aplica con carácter supletorio.

La jurisprudencia y la doctrina judicial tampoco proporcionan precedentes válidos acerca de la discriminación por omisión. Las demandas o los recursos enjuiciados confunden la discriminación por omisión con la discriminación por indiferenciación y con la inconstitucionalidad por omisión, cuando son conceptos completamente distintos. Las sentencias no emplean esta categoría en su fundamentación jurídica y, en algún caso, consideran su utilización errónea. Y en ninguna de las resoluciones judiciales se estima la comisión de una discriminación por omisión. Únicamente la SJS de Badajoz 373/2024, de 9 de noviembre, califica la pasividad contumaz de la Seguridad Social a reconocer una prestación que debía haber concedido de oficio como una discriminación por omisión, pero de modo apodíctico y sin acudir al art. 4.1 de la Ley 15/2022.

Solo la literatura jurídica que se ha apoyado en la teoría del derecho anti(subor)disciriminatorio, formulada por M. Barrère Unzueta, ha relacionado con claridad los cuatro supuestos particulares enunciados al final del art. 4.1 de la Ley 15/2022 con la discriminación por omisión. La propia M. Barrère Unzueta, junto a A. Irigoyen Domínguez, así como F. Lousada Arochena y A. Álvarez del Cuvillo, aplican la noción de discriminación por omisión a la mayoría o la totalidad de estos cuatro supuestos. Sin embargo, las consecuencias jurídicas que estos trabajos derivan de su previsión legal no son coincidentes: mientras las primeras consideran que su reconocimiento puede implicar una revolución interpretativa del art. 9.2 CE, los segundos limitan sus efectos al plano legal y establecen muchas cautelas a la hora de utilizarla para calificar un trato como discriminatorio.

Ni el silencio del art. 4.1 de la Ley 15/2022 a la hora de prohibir conductas pasivas u omisivas cuando son contrarias al derecho a la igualdad de trato y no discriminación; ni la inclusión de estos cuatro supuestos al final de la enumeración de los tipos de discriminación que el mismo precepto prohíbe; ni, finalmente, su ausencia entre las definiciones efectuadas en el art. 6 del mismo texto legal; pues bien, ninguna de estas tres circunstancias impiden apreciar que la incursión en una conducta o comportamiento omisivo es la característica que diferencia estos cuatro tratos y permite clasificarlos en esta nueva clase, forma o tipo de discriminación que hemos acuñado "discriminación por omisión".

La dificultad de la discriminación por omisión —especialmente en el caso de la inacción, por su elevada indeterminación— se ha intentado despejar definiendo por primera vez los elementos que la integran. Dejando a un lado el elemento causal, común a cualquiera de los tipos discrimi-

natorios, en la discriminación por omisión concurren cuatro elementos: la omisión de una conducta o comportamiento (elemento objetivo); por la persona física o jurídica, pública o privada, responsable de llevarla a cabo (elemento subjetivo); cuando implica el incumplimiento de una obligación, deber o función de naturaleza imperativa u obligatoria, prevista de forma específica legal o convencionalmente (elemento material); cuya finalidad es garantizar o tutelar el derecho a la igualdad y no discriminación, también en la dimensión objetiva o derivada propia de la igualdad de oportunidades —a pesar de la confusión que implica su reconocimiento en una ley de igualdad de trato— (elemento teleológico o finalista). También se han formulado cinco ejemplos originales que muestran el concurso de estos cuatro elementos en otros tantos supuestos de hecho.

El reconocimiento como nuevo "tipo" discriminatorio de la discriminación por omisión, en la que se inscriben los cuatros supuestos contemplados en el art. 4.1 *in fine* de la Ley 15/2022, supone un salto cualitativo en las garantías del derecho a la igualdad y no discriminación. También añade un nuevo nivel o escalón al modelo de los tres niveles en el contenido del art. 14 CE formulado por F. Rey Martínez. Si antes de la Ley 15/2022 las definiciones de la discriminación incluían la disposición, conducta, acto, criterio o práctica, ahora también comprenden la omisión cuando supone el incumplimiento de medidas de acción positiva, acciones, funciones o deberes contra la discriminación establecidos con carácter imperativo en disposiciones legales o convencionales. De esta forma, discrimina tanto el sujeto que lleva a cabo un trato discriminatorio, como aquel que, estando sujeto a una obligación, función o deber, legal o convencional —también los relacionados directamente con la dimensión objetiva o derivada propia de la igualdad de oportunidades— los incumple. Esto supone admitir que la discriminación por omisión ha desbordado el plano teórico y ha cristalizado definitivamente en el plano legal para extender a la igualdad de oportunidades los límites de la protección del derecho a la no discriminación.

Si las conclusiones anteriores son acertadas, solo razones de tipo extrajurídico pueden explicar que no se reconozca a los cuatro últimos supuestos del art. 4.1 de la Ley 15/2022 la validez que se predica no solo del resto de los artículos de esta Ley, sino también del resto de las disposiciones legales vigentes. Despejada su validez en el plano legal, como todavía ningún operador jurídico ha aplicado la discriminación por omisión, todavía no se ha dudado sobre su validez en el plano constitucional, es decir, sobre su constitucionalidad. Con este trabajo espera haberse aportado razones suficientes para justificar su plena conformidad con los arts. 9.2 y 14 CE, a cuya progresión en la dimensión objetiva o derivada, propia de la igualdad de oportunidades, debe contribuir de modo decidido.

Bibliografía

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Manual de legislación europea contra la discriminación* (Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019).

Álvarez del Cuvillo, Antonio, *El concepto de discriminación grupal y su eficacia real en el ámbito de las relaciones laborales* (Tirant lo Blanch, 2024).

Ballester Pastor, Amparo, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral* (Tirant lo Blanch, 1994).

Barrère Unzueta, Maggy, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres* (Tecnos, 1997).

— "El principio de igualdad de trato vinculado a la discriminación directa o indirecta", en *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la LO 3/2007*, dir. Santiago García Campá y Asunción Ventura Franch (Aranzadi, 2018).

— *Feminismo y Derecho. Fragmentos para un Derecho anti(subor)discriminatorio* (Olejnik, 2019).

— e Irigoyen Domínguez, Alazne, "La discriminación por razón de sexo: concepto y tipología", en *Manual legal de igualdad en la empresa*, dir. Santiago García Campá (Aranzadi, 2024), 83-110.

Cabeza Pereiro, Jaime, "Nada es igual después de la Ley 15/2022, tampoco en el marco jurídico de las relaciones laborales", *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género* 8(2) (2023): 4-7, *https://doi.org/10.20318/femeris.2023.7782*.

Cobreros Mendoza, Edorta, "Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta", *Revista Española de Derecho Constitucional* 81 (2007): 71-114, *https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/26209redc81003.pdf*.

Comisión Nacional de Derechos Humanos de Méjico, *El derecho a la no discriminación* (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018), *https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/21-Discriminacion-DH.pdf*.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más fuerte* (Trotta, 2002)

García Campá, Santiago, "La discriminación por omisión de acciones positivas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 134/2021, de 24 de febrero", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* 459 (2021): 255-262, *https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2420*.

— "La aplicación del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación al proceso de selección del consejo de administración de las sociedades cotizadas cuando no tienen equilibrio de género. Un análisis crítico de las críticas sobre su necesidad, obligatoriedad y constitucionalidad", *IgualdadES* 11 (2024): 287-318, *https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.11.10*.

García Campá, Santiago, Ventura Franch, Asunción, "El nuevo concepto de igualdad efectiva de mujeres y hombres en el ordenamiento jurídico español. Su aplicación en el ámbito laboral a través de las acciones positivas y la corresponsabilidad", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* 9(2) (2021): 141-178, *https://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/977*.

— "¿Se puede discriminar sin hacer nada? La discriminación de las mujeres por omisión", Valedora do Pobo de Galicia, 22 de noviembre de 2022, *https://www.valedordopobo.gal/es/sobre-feminismo/se-puede-discriminar-sin-hacer-nada-la-discriminacion-de-las-mujeres-por-omision/*.

Grau Pineda, Carmen, "La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discri-

minación", *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género* 8(2) (2023): 32-51, *https://doi.org/10.20318/femeris.2023.7784*.

López Cumbre, Lourdes, "Una ley integral para la igualdad de trato y una ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres. ¿Concurrencia o necesidad?", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 64 (2023): 14-57.

Lousada Arochena, Fernando, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (Tirant lo Blanch, 2014).

— (dir.), *Curso de igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, 2.ª ed., (Tirant lo Blanch, 2023).

— "Inteligencia artificial y sesgos discriminatorios: ¿es necesario un nuevo concepto de discriminación algorítmica?", *IgualdadES* 11 (2024): 97-123, *https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.11.04*.

— "La ley española de paridad. Ideas básicas y puntos críticos", *FEMERIS: Revista Multidisciplinar De Estudios De Género* 10(1) (2025): 62-90, *https://doi.org/10.20318/femeris.2025.9172*.

Pérez del Río, Teresa, *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo* (Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984).

Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo* (McGraw-Hill, 1995).

— *Derecho antidiscriminatorio* (Aranzadi, 2019).

— "La (jurídica) igualdad de trato (de origen norteamericano) y la (política) igualdad de oportunidades (de origen europeo): conexiones, confusiones y malentendidos", *IgualdadES* 9 (2023): 13-43, *https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.9.01*.

Rodríguez Piñero, Miguel, Fernández López, Fernanda, *Igualdad y discriminación* (Tecnos, 1986).

Sáez Lara, Carmen, *Mujeres y mercado de trabajo: las discriminaciones directas e indirectas* (Comité Económico y Social, 1994).

El fenómeno de la discriminación múltiple en el artículo 314 del Código Penal

Francisco Almenar Pineda

Profesor Ayudante Doctor. Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia. Grupo de investigación IUSPEN GIUV2023-576.

Sumario: I. Introducción y antecedentes. 1. Introducción. 2. Antecedentes. II. Tratamiento de la discriminación múltiple en el empleo en el Código Penal. III. Consecuencias del régimen actual. V. Conclusión. Bibliografía.

I. Introducción y antecedentes

1. Introducción

La discriminación en el empleo plantea una de las problemáticas más persistentes y complejas en las sociedades modernas, comprendiendo desde las causas raciales[1], a los motivos de género, como algunas de las principales razones de discriminación laboral junto a la nacionalidad, especialmente en materia de calidad del puesto o salarios[2]. Esos motivos de exclusión están ampliamente rechazados en los ordenamientos modernos como objeto de negociación o concesión entre las partes de la relación de trabajo[3].

Siguiendo esta línea, en la legislación española están previstas sanciones para quienes cometan actos discriminatorios en el ámbito laboral, que constituye un sector en el que la igualdad de oportunidades y el respeto a los derechos fundamentales deben estar garantizados. Sin embar-

[1] Gachet, I. 2013. "Lucha contra el racismo y la discriminación racial en Europa". *Crónica ONU, Naciones Unidas*, 27 de junio de 2013. Consultado marzo 13, 2025. *https://www.un.org/es/chronicle/article/lucha-contra-el-racismo-y-la-discriminacion-racialen-europa*

[2] Mahía Casado, R., y Medina Moral, E. 2024. "Análisis del impacto económico de la discriminación y la desigualdad entre la población autóctona y la extranjera residente en España". *Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia* (2024): pp. 35-38. Consultado marzo 13, 2025. *https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/ACCESIBLE_OB15_Anlisis-del-impacto-econmico-de-la-desigualdad.pdf*

[3] Carbonell, M. 2007. "Igualdad y Constitución". *Discriminación, igualdad y diferencia política, ed. Investigación y análisis*: p. 29. México DF.

go, la situación se complica en los casos que se produce la combinación de esas formas de discriminación[4]. Surge así el concepto de la discriminación múltiple en un contexto social y cultural cada vez más diverso, un fenómeno que agrava las consecuencias de esas prácticas excluyentes al combinar diferentes factores. Ese estado surge cuando una persona sufre discriminación basada en dos o más características protegidas, como el género, la raza, la orientación sexual, la discapacidad, la edad, o la religión, lo que genera situaciones de vulnerabilidad más profundas y difíciles de abordar.

Estas conductas tienen un impacto especialmente negativo en el ámbito del trabajo, dado que el empleo constituye una de las principales vías para el desarrollo personal, económico y social[5]. Las personas que sufren múltiples formas de discriminación a menudo se encuentran en una posición de desventaja estructural que afecta su acceso a un cargo, las condiciones de contratación, las oportunidades de promoción y el trato diario en el entorno laboral[6]. Así, una mujer inmigrante con discapacidad puede experimentar discriminación simultáneamente por su género, su origen étnico y su condición física, lo que multiplica las barreras que enfrenta y dificulta la identificación y reparación del daño causado.

Por tanto, el reconocimiento y abordaje de la discriminación múltiple en el ámbito penal plantea numerosos desafíos jurídicos, sociales y prácticos. Desde un punto de vista legal, se requiere un análisis detallado para identificar cómo interactúan los diferentes factores de exclusión y cómo estas interacciones agravan el daño causado al sujeto pasivo y sus derechos laborales. En el plano social, es crucial promover una mayor sensibilización y formación sobre este fenómeno, tanto en las empresas como en las instituciones públicas. Y, desde una perspectiva práctica, los operadores jurídicos deben estar capacitados para identificar estas situaciones y garantizar que se adopten medidas adecuadas para prevenir este fenómeno y proteger a las víctimas.

En este contexto, el artículo 314 del Código Penal español, aunque limitado en su alcance, representa una herramienta clave para combatir la discriminación múltiple en el ámbito laboral. Sin embargo, su efectividad práctica depende de la interpretación judicial y de la capacidad del sistema jurídico para adaptarse a las realidades cambiantes de una sociedad global.

---

[4] Frías, M. 2022. *La interseccionalidad de la discriminación por razones de raza, etnia y género*. Madrid: ed. Cyan Proyectos editoriales: p. 12. Consultado marzo 13, 2025. *https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/I_Interseccionalidad_ES.pdf*

[5] Organización Internacional del Trabajo. 2012. "La importancia del empleo y los medios de vida en la agenda para el desarrollo con posterioridad a 2015". *OIT*, 16 de noviembre de 2012. Consultado marzo 13, 2025. *https://www.ilo.org/es/resource/la-importancia-del-empleo-y-los-medios-de-vida-en-la-agenda-para-el*

[6] Ferrando García, F. M. 2018. "La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral". *CEF*, nº 428, noviembre 2018: p. 42.

Así pues, este trabajo trae causa de la sucesiva ampliación de las causas de discriminación en ese precepto, ubicado entre los delitos contra los derechos de los trabajadores, que constituye una materia novedosa incorporada en el texto de 1995, y que pueden concurrir simultáneamente en un mismo sujeto. En concreto, el tratamiento de esas exclusiones provocadas sobre la misma persona por más de uno de esos motivos, que ha permanecido sin una previsión específica en ese precepto durante treinta años, a pesar de sus reformas y las referencias extrapenales a esta materia.

Con este breve análisis se trata de examinar algunos de los desafíos y oportunidades asociados con la aplicación de este artículo a los casos de discriminación múltiple, destacando la necesidad de la creación de un marco penal que posibilite un enfoque integral y multidisciplinario a fin de garantizar la igualdad y el respeto a los derechos fundamentales en el empleo.

2. Antecedentes

El origen de la discriminación múltiple suele ubicarse en el mundo anglosajón, donde fue expuesta la coexistencia de diversas cargas en un mismo sujeto como un fenómeno complejo[7]. Era arquetípico el caso de las mujeres negras que sufrían esas conductas por causa de raza y de sexo en los años 50, 60 y 70, que aisladamente podrían no considerarse discriminatorias (si otra mujer ha ascendido en un mismo empleo, ya no existiría ese perjuicio por razón de sexo; y si otra persona de color, hombre, también ha ascendido, tampoco concurriría aisladamente el trato desfavorable por razón de raza), pero que en conjunto lo eran, motivando los denominados *black movements* como respuesta a esas injustas situaciones sociales[8]; o, más recientemente, en el caso de las mujeres de etnia gitana, en comparación con los hombres gitanos y las mujeres no gitanas, no pudiendo ser consideradas discriminadas por la simple circunstancia de la etnia, respecto a los primeros, ni por el sexo con las segundas, pero sí de forma interseccional, por razón del género y la etnia unidos[9].

En Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debatió por primera vez la cuestión de la discriminación multifactorial en su Sentencia de fecha 24 de julio de 2012, destacando que el análisis de los hechos toman-

---

[7] Crenshaw K. 1989. "Demarginalizing the intesection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics". *University of Chicago Legal Forum*, Issue 1, Article 8, 1989: p. 140. Consultado marzo 13, 2025. *https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf*.

[8] Hull, G. T., y Smith, B. 1982. "The politics of black women's studies". *All the women are with, all the blacks are men, but some of us are brave. Black women's studies*: p. XXI.

[9] Sordo Ruz, T. 2017. *Guía sobre discriminación interseccional*. Madrid: Fundación Secretariado Gitano, Serie de Materiales de Trabajo: p. 5. Consultado marzo 13, 2025. *https://www.gitanos.org/upload/18/56/GUIA_DISCRIMINACION_INTERSECCIONAL_FSG.pdf*

do solamente uno de los parámetros puede ser aproximado y no reflejar la realidad de la situación, siendo deseable la existencia de un texto vinculante que contemple ese tratamiento desfavorable por causas múltiples[10].

Por su parte, en España, el Tribunal Constitucional hizo referencia a esas circunstancias en el año 2018, para manifestar que las situaciones de discriminación pueden afectar de manera simultánea a más de un derecho humano, lo que se conoce como "discriminación múltiple"[11]. De forma más específica en el ámbito del empleo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña la aludía en el año 2017, reiterando la falta de un desarrollo normativo adecuado en esta materia[12]; y, un año después, el Voto Particular de una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias reconocía el perjuicio multifactorial por la concurrencia de género (mujer limpiadora) y edad (61 años), al mismo tiempo, en la imposición de una sanción disciplinaria[13].

En el ámbito normativo internacional, desde las Naciones Unidas, la Declaración y Programa de Acción de Durban de 2002 incluía ese término al instar a los Estados a proteger la identidad "*nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías en sus respectivos territorios y a que adopten las medidas legislativas y de otra índole apropiadas para fomentar condiciones que permitan promover dicha identidad, a fin de protegerlas de cualquier tipo de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia. En este contexto, deben tenerse plenamente en cuenta las formas de discriminación múltiples*"[14], y

---

[10] Fundamento 65 de la Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 24 de julio de 2012, asunto B.S. contra España. Si bien esta resolución se refiere a la actitud discriminatoria de unos agentes de Policía con una prostituta, por su profesión, por su color de su piel y por ser mujer.

[11] STC 3/2018, de 22 de enero de 2018, Pte. Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho. En este caso, el FJ 5.f declaraba que "*Los supuestos más frecuentes se refieren al sexo y al origen étnico, y/o a la condición de inmigrante de los afectados, pero desde luego no cabe descartar otras combinaciones posibles*", si bien en el hecho enjuiciado se discutía sobre la circunstancia de discapacidad, la edad y el acceso a servicios sociales.

[12] El FJ 5º de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 2 de mayo de 2017, Pte. Ilma. Sra. Dª María Macarena Martínez Miranda, declaraba que "*Por lo que respecta a la regulación de la discriminación múltiple, resulta aludida en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (de directa aplicación al objeto de la litis, al haber sido estimada la discriminaciónla por razón de sexo), al citar la "doble discriminación ", así como en sus artículos 20.c) y 14.6, si bien no ha sido objeto de ulterior desarrollo normativo".*

[13] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, de 4 de junio de 2018. Esta resolución analiza la sanción impuesta por la asignación de una carga de trabajo que se realiza mayoritariamente por mujeres (género), y la edad que no se tuvo en cuenta al establecer esa carga de trabajo (61 años), considerando en su Voto Particular, emitido por la Ilma. Sra. Dª Gloria Poyatos Matas su nulidad porque "*junto a la discriminación indirecta por razón de sexo, se añade otra desventaja particular que viene dada por razón de la edad de la trabajadora (discriminación múltiple), pues en la asignación de la carga de trabajo no se ha tenido en cuenta la edad de la trabajadora y habiéndose alegado por la trabajadora sobrecarga, nunca la empresa antes de imponerle las sanciones llevó a cabo proceso de evaluación alguno de factores psicosociales de su puesto de trabajo*".

[14] Texto aprobado en la Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, celebrada en Durban (Sudáfrica), del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001, apartado 172.

posteriormente en el Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del año 2006, donde se hacía referencia a la preocupación "*por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación*"[15].

La Unión Europea también se ha referido puntualmente en su normativa a la discriminación múltiple con ocasión de la Directiva 2000/43, al proclamar que "*En la aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, la Comunidad, en virtud del apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples*"[16], proclamación que posteriormente se reitera de forma más generalizada en la Directiva 2000/78: "*En la aplicación del principio de igualdad de trato, la Comunidad, en virtud del apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples*"[17].

En la legislación interna, de forma accidental se ha utilizado el término en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[18], o en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social[19]. Y entre la normativa administrativa autonómica se ha llegado a sancionar la discriminación múltiple. Así, en la Ley 11/2004 catalana, si bien referido a orientación sexual o género en el ámbito de sus competencias regionales, define ese fenómeno como "*situación en la que una persona lesbiana, gay, bisexual, transgénero o intersexual, por el hecho de pertenecer a otros grupos que también son objeto de discriminación, sufre formas agravadas y específicas de discriminación*", siendo considerada motivo para incrementar "*en un grado, respecto a cada una de las causas que concurren, el tipo de infracción establecido por la*

---

[15] Apartado p del Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

[16] Considerando 14 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

[17] Considerando 3 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

[18] Así, en su artículo 20, si bien referido a la igualdad de mujeres y hombres, se establece la obligación de los poderes públicos de "*Diseñar e introducir los indicadores y mecanismos necesarios que permitan el conocimiento de la incidencia de otras variables cuya concurrencia resulta generadora de situaciones de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención*".

[19] Su artículo 7.4 establece que "*las administraciones públicas protegerán de manera singularmente intensa a aquellas personas o grupo de personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple como las niñas, niños y mujeres con discapacidad, mayores con discapacidad, mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género, personas con pluridiscapacidad u otras personas con discapacidad integrantes de minorías*".

presente ley" [20]; o en el artículo 3.1 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, del País Vasco, para la Igualdad de Mujeres y Hombres y vidas libres de violencia machista contra las mujeres, donde se ha previsto que "*Los poderes públicos vascos combatirán la discriminación múltiple y garantizarán el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de aquellas mujeres o grupos de mujeres en quienes concurran otros factores que puedan dar lugar a situaciones de discriminación*", realizando una formulación de causas de discriminación abierta e instando a los poderes públicos a "*promover un enfoque interseccional, lo que, a los efectos de esta ley, supone tener en cuenta cómo el sexo y/o género se interrelacionan e interaccionan con el resto de los referidos factores en múltiples y, a menudo, simultáneos niveles, cómo se generan identidades solapadas e intersecadas, así como diferentes e interrelacionadas situaciones y ejes de poder y opresión*".

También la doctrina se ha referido a que la distinción entre personas es posible que se produzca por más de un supuesto, provocando ese fenómeno[21]. De tal manera que, si la discriminación implica que una persona recibe un trato perjudicial en comparación con otra en su misma situación, también cabe que esa segregación se base en diferentes pretextos a la vez[22]. Atendiendo a su génesis, Cea D'Ancona lo asocia a la combinación específica de género y el origen racial o la condición de inmigrante de una persona, más allá de otros factores o motivos que puedan concurrir en una determinada situación discriminatoria[23]. Precisamente, en una de las primeras definiciones, Beal se refería a la adición discriminatoria que suponía para las mujeres la raza negra, a modo de suma sobre el género femenino[24].

No obstante, el término no es completamente nítido, basta observar la distinción que realiza Timo Makkonen entre múltiple, compuesta e interseccional. Este autor reserva el término múltiple para los casos en que una persona sufre la discriminación por varias causas, pero de una manera que se produce una acumulación por un motivo en un tiempo, a modo de referencia matemática (p.ej. género + etnia + edad), se trataría de una especie de suma de experiencias discriminatorias separadas y no simultáneas; mientras que la compuesta tiene lugar cuando las causas se añaden una a otra para generar una situación adicional en un momento concreto;

---

[20] Artículos 4.e) y 34.6, respectivamente, de la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia.

[21] En este sentido, Fredman, S. 2005. "Double trouble: multiple discrimination and EU law". *European Anti-discrimination Law*, nº 2, October 2005. Consultado marzo 13, 2025. *https://www.migpolgroup.com/_old/public/docs/32.EuropeanAnti-discriminationLawReview_Issue2_EN_10.05.pdf*

[22] De Lama Aymà, A. 2013. "Discriminación múltiple". *Anuario de Derecho Civil*, nº 1: p. 273.

[23] Cea D'Ancona, M. A. 2017. "¿Qué es la discriminación 'múltiple'?". En *Discriminación múltiple: materiales teóricos, metodológicos y empíricos*, p. 20. Madrid: ed. Dextra.

[24] Beal, F. 1970. "Double jeopardy: to be black and female". En *The Black Woman. An anthology*: p. 116. Nueva York: Washington Square Press.

y la interseccional se caracteriza porque los motivos interactúan de forma simultánea al mismo tiempo[25]. Algunas de esas distinciones han sido criticadas, defendiendo Holguín Cuádraz y Uttal que la discriminación compuesta supone tratar este tipo de experiencias como independientes, no transmitiendo plenamente la discriminación, ni tampoco refleja las diferentes dimensiones, dependiendo de la significación de las mismas, según las condiciones o situaciones particulares[26].

Por otro lado, Crenshaw entiende que la discriminación interseccional está producida por la intersección de las causas de racismo y sexismo en las mujeres negras, de tal forma que no pueden verse mirando solamente a la raza o género de forma separada[27].

En consecuencia, al no estar pacíficamente delimitadas por la doctrina las diferencias entre múltiple, compuesta o interseccional, y no siendo este el lugar para profundizar en ese debate, en el presente trabajo se prefiere hacer uso del primero de ellos, utilizado por la citada normativa y jurisprudencia, al ser también la más empleada doctrinalmente en las discriminaciones donde intervienen a la vez dos o más causas al mismo tiempo[28].

II. Tratamiento de la discriminación múltiple en el empleo en el Código Penal

La regulación de esta materia en nuestro ordenamiento interno, como delito contra los derechos de los trabajadores[29], se encuentra en el citado artículo 314 del Código Penal, que cumple (i) con las exigencias supranacionales en materia de lucha contra la discriminación[30], posibilitando las

---

[25] Timo Makkonen, LL. M. 2002. "Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experience of the most marginalized to the fore". *Institute for Human Rights*, 2002: pp. 9-12.

[26] Holguín Cuádraz, G., y Uttal, L. 1999. "Intersectionality and in-depth interviews: methodological strategies for analyzing race, class, and gender". *Race, Gender & Class*, vol. 6, nº 3: p. 174.

[27] Crenshaw, K. 1991. "Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color". *Stanford Law Review*, Vol. 43, nº 6, julio 1991: p. 1243. Consultado marzo 13, 2025. *https://www.jstor.org/stable/pdf/1229039.pdf?refreqid=fastly-default%3A2b65a-623d702c521287de83d57a8259f&ab_segments=&initiator=&acceptTC=1*

[28] Rey Martínez, F. 2008. "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84: p. 12.

[29] También denominado "delito por discriminación" por Orejón Sánchez De Las Heras. En Orejón Sánchez De Las Heras, N. 2021. "Los sujetos pasivos en los delitos por discriminación". *Revista General de Derecho Penal*, nº 35: p. 39.

[30] Así, en los distintos instrumentos internacionales se han ido ampliando los motivos de discriminación, obligando a los Estados miembros a ampliar la lista en su Derecho interno. En este sentido, entre otra normativa supranacional, destaca la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, artículo 7 ("*Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*") y 23 ("*1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a*

denuncias por varios motivos, en la medida en que pueden darse casos donde no se limite a uno solo de ellos, o donde su consideración aislada no muestre la existencia de un trato discriminatorio; y (ii) con los artículos 1, 14 y 35 de la Constitución Española.

Además, el precepto complementa al Estatuto de los Trabajadores, donde se reconoce el derecho a la no discriminación (artículos 23.2, 28.1), y al 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, habiendo demostrado el tiempo que la normativa laboral no ha sido lo suficientemente disuasoria para su protección.

---

igual salario por trabajo igual"); el Convenio 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de fecha 4 de diciembre de 1968, que en su artículo 1 define discriminación como "*cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*"); la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, 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; la Convención de Nueva York, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de fecha 18 de diciembre de 1979; en la Conclusión 7.a.3 del Consejo Europeo de Copenhague, de 21 y 22 de junio de 1993 ("*La adhesión requiere que el país candidato haya alcanzado una estabilidad de instituciones que garantice la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y el respeto y protección de las minorías*"); el artículo 6 del Tratado de Ámsterdam de 10 de noviembre de 1997 ("*el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*"); la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Considerando 9: "*La discriminación basada en el origen racial o étnico puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular la consecución de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad, y también puede hipotecar el objetivo de desarrollar la Unión Europea como un espacio de libertad, seguridad y justicia*"); Considerando 5 de la Decisión del Consejo 2000/750/CE, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006) ("*Las distintas formas de discriminación no pueden clasificarse por orden de importancia y son todas ellas igualmente intolerables. El programa está encaminado tanto al intercambio de prácticas correctas ya vigentes en los Estados miembros como al fomento de la elaboración de nuevas prácticas y políticas en la lucha contra la discriminación, incluida la múltiple. La presente Decisión puede contribuir a establecer una estrategia global para luchar contra toda discriminación basada en distintos motivos, que de ahora en adelante debería desarrollarse de forma paralela*"); Considerando 3 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación ("*debe proponerse la eliminación de las desigualdades y el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples*"), Considerando 4 (se "prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación"), Considerando 6 ("combatir la discriminación respecto de grupos como las personas con discapacidad (...) necesidad de prestar especial atención al apoyo concedido a los trabajadores de más edad"); artículo 21 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000 ("*Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual*"); Decisión nº 1672/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006, por la que se establece un programa comunitario para el empleo y la solidaridad social — Progreso ("*La sección 4 apoyará la aplicación efectiva del principio de no discriminación*").

Así pues, según la Exposición de Motivos del Código Penal, "*se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos*". De esta forma, siguiendo el criterio doctrinal, podemos decir que con este delito se trata de tutelar el derecho individual del trabajador a dejar de sufrir los efectos de conductas atentatorias contra sus libertades y a ser repuesto en su derecho a la igualdad[31], contrarrestando las prácticas discriminatorias más graves en el ámbito laboral[32]. Por ello, ese artículo 314 castiga, en la versión de 25 de junio de 2021, a quienes 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 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 español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado.

Si se compara el texto con la redacción original de 1995, puede observarse que tan solo se ha cambiado el término minusvalía por discapacidad (consecuencia de la LO 1/2015, de 30 de marzo), y se han añadido los motivos de origen nacional, edad, identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social (por la LO 8/2021, de 4 de junio).

La discriminación, dice el precepto, debe ser grave para poder ser relevante penalmente[33], y para su concreción se puede atender en principio, pero no exclusivamente, a la normativa sobre infracciones en el orden social[34], debiéndose añadir a la acción la posterior omisión de no restablecer

---

[31] De Vicente Martínez, R. 2010. "Título XV. De los delitos contra los derechos de los trabajadores". En *Comentarios al Código Penal*, p. 1223. Valladolid: Ed. Lex Nova.

[32] Lascuraín Sánchez, J. A. 2015. "Delitos contra los derechos de los trabajadores". En *Memento práctico Penal*, p. 1414. Madrid: ed. Francis Lefebvre.

[33] Por grave podemos entender, siguiendo a Aguado López, manifiesta, patente o palmaria. En Aguado López, S. 2017. "Delitos contra los derechos de los trabajadores". En *Diccionario de Derecho Penal Económico*: p. 403. Madrid: ed. Iustel. En este sentido, la Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Vizcaya, de 28 de septiembre de 2012, Pte. Ilmo. Sr. D. Manuel Ayo Fernández, declara en su FJ 4º que "*se trata de reservar el castigo penal sólo para los casos contumaces, en los que, a pesar de haberse detectado el trato desigual, se hace caso omiso a las intimaciones administrativas".*

[34] Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, artículo 8.12 "*Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de*

la situación de igualdad ante la ley[35]. Además, la condición discriminatoria no se convierte en válida por el solo hecho de haberse establecido en condiciones de aparente voluntariedad[36].

III. Consecuencias del régimen actual

Según se ha expuesto, la citada lista de motivos del delito de discriminación laboral resulta ser cerrada, no configurándose como la enumeración *numerus apertus* del artículo 14 de la Constitución Española, o del citado artículo 3.1 de la Ley 4/2005 del País Vasco, lo cual supone que no es posible incluir otras causas distintas a las previstas en aquel precepto.

En sus sucesivas reformas, el artículo 314 del Código Penal tan solo ha ampliado los supuestos tipificados, dejando fuera del precepto casos como el nivel cultural, la higiene, la pericia o experiencia del empleado, por citar solo algunos ejemplos.

Por otra parte, nada dice el legislador sobre qué sucede cuando sean varios de esos motivos los que concurran sobre un mismo trabajador al mismo tiempo. Pensemos en el caso de que en un proceso de promoción para un puesto de trabajo se exigieran una serie de requisitos como la nacionalidad, la edad, y la experiencia en un determinado país, sin estar debidamente justificado, que implicase que un inmigrante con experiencia en otro país pudiera ser discriminado por varias causas al mismo tiempo; o que el ascenso dentro de una empresa fuera solo para hombres sin discapacidad, excluyendo a las mujeres discapacitadas[37]. Aunque des-

---

trato y no discriminación"; artículo 16.1.c) "*Solicitar datos de carácter personal en cualquier proceso de intermediación o colocación o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*"; y artículo 16.1.c) (sic) "*Solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado*".

[35] Según defienden Villacampa Estiarte y Salat Paisal, la exigencia de tal condición omisiva está llevando a la práctica inaplicación del precepto, resultando difícil imaginar que pueda producirse requerimiento o sanción administrativa cuando el acto discriminatorio se realice para evitar que la persona acceda al puesto de trabajo. En Villacampa Estiarte, C., y Salat Paisal, M. 2016. "Libro II: Título XV (Art. 314)". En *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*: p. 1179. Navarra: ed. Aranzadi.

[36] Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en relación con la discriminación prevista en el Estatuto de los Trabajadores, manifestando en el FJ 3º de su Sentencia 241/1988, de 19 de diciembre de 1988, Pte. Excma. Sra. Dª Gloria Begué Cantón, que "*una condición que, de venir establecida por norma reglamentaria sería discriminatoria, resulte válida por el solo hecho de haber sido establecida en términos de aparente libertad o voluntariedad*".

[37] En el último estudio publicado por el INE en fecha 20 de diciembre de 2023, puede observarse que el 35,3% de las personas con discapacidad oficialmente reconocidas eran activas, un 42,7% inferior a la de la población sin discapacidad. Considerando el género, también se observan

de la Unión Europea se ha destacado la mayor gravedad que implica la discriminación multifactorial respecto a la basada en un solo motivo, por cuanto tiene un mayor impacto y produce una profunda vulnerabilidad en quien lo padece[38], como en el caso de que a la discriminación por razón de género que puedan sufrir las mujeres se le añada otra razón, como la discapacidad[39], la pena prevista en la citada disposición sigue siendo la misma que si al sujeto se le discrimina por tan solo una de esas causas, es decir, la consecuencia no varía en el supuesto múltiple.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre casos similares, concluyendo que el tratamiento de la multiplicidad en su conjunto arroja luz sobre la discriminación efectivamente acaecida, precisamente por su mayor gravedad[40]. Y también algún autor ha denunciado este vacío normativo por invisibilizar a los colectivos que se encuentran en esa intersección, lo que resulta contrario a la idea de justicia[41].

Por último, el precepto en cuestión no solo no aporta una solución diferente para la multiplicidad de causas discriminatorias, sino que tampoco menciona el uso de las nuevas tecnologías como medio de generar ese trato desfavorable, siendo que en este caso los efectos van a ser todavía más graves, al producirse de forma pública, permanente o por un largo periodo de tiempo. Por ejemplo, en el caso anteriormente citado, que el anuncio para una promoción de ascenso dentro de una empresa se realice a través de su página web, en la que se especifique que sea solo para hombres sin discapacidad, excluyendo a las mujeres discapacitadas, que esa compañía sea requerida administrativamente para su retirada y desobedezca la orden, incurriendo en el delito ahora comentado. Es decir, el artículo 314 también omite los medios, habiendo sido inmune a las sucesivas reformas

---

grandes diferencias, por cuanto de las personas con discapacidad empleadas en el año 2022, el 52,7% eran hombres y 47,3% eran mujeres. Dicho en otras palabras, las personas discapacitadas empleadas son menos que las no discapacitadas y, si son mujeres, el número es todavía menor. INE. 2022. "El empleo de las personas con discapacidad". *INE*, 2022: p. 1. Consultado marzo 13, 2025. *https://www.ine.es/prensa/epd_2022.pdf*.

[38] European Comission. 2007. *Tackling multiple discrimination: Practices, policies and laws*: p. 17. Luxemburgo: Office for Official Publications of the European Communities. Consultado marzo 13, 2025. *https://migrant-integration.ec.europa.eu/sites/default/files/2009-04/docl_8256_617026509.pdf*

[39] En este sentido, Blázquez Agudo, E.M. 2018. "Discriminación múltiple en el mercado laboral: ¿qué opciones tiene una mujer discapacitada de encontrar un puesto de trabajo?". *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 3, nº 1: p. 7.

[40] Así, el Fundamento 65 de la Sentencia Sección Tercera TEDH, asunto Beauty Salomon contra España, nº 47159/08, de 24 de julio de 2012, se declara que "*La European Social Research Unit (ESRH) del Grupo de Investigación sobre la exclusión y control social (GRECS) de la Universidad de Barcelona hace referencia a los estudios que se realizan en el ámbito de la discriminación multifactorial, a saber, la que está basada en varios parámetros tales como la raza, el sexo o el origen social. Estos estudios demuestran que un análisis de los hechos, tomando solamente uno solo de estos parámetros, sería aproximado y no reflejaría la realidad de la situación*".

[41] Ríos Perez, A. 2022. "La discriminación múltiple en el derecho al acceso al empleo de la mujer: un análisis desde el enfoque de la justicia relacional y el feminismo". *Revista Jurídica de Investigacion e Innovación Educativa*, nº 26: p. 108.

del Código Penal en materia de nuevas tecnologías, manteniendo prácticamente el mismo tipo durante treinta años, salvo por la ampliación de los supuestos de discriminación. Esta falta de previsión supone que, si la conducta se llevase a cabo en el ciberespacio, con la potencialidad lesiva que ello implica, sirviendo además de modelo para futuros abusos contra los derechos de los trabajadores, podría plantear también la existencia de un delito contra la integridad moral de su artículo 173 o contra el honor del artículo 208[42], con los consiguientes problemas concursales que pudiese plantear, o la utilización masiva contra los intereses de los trabajadores[43], en un modelo de criminalidad sistemática empresarial.

Por tanto, aunque la discriminación múltiple puede llegar a castigarse conforme al artículo 314, recibe el mismo trato y sanción que una modalidad simple, originada por una sola causa, siendo igualmente indiferente si se realiza en un ámbito privado o si se emplea un medio de difusión de alcance global en su ejecución.

Todos estos límites y trato igual para quienes no se encuentran en la misma situación discriminatoria, carece de justificación alguna y supone no adaptar el precepto a la realidad social. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo que el legislador decide qué situaciones, por ser diferentes, no deben tratarse igualmente. Pero ese juicio de valor no es absoluto, pues no puede hacerlo contra los principios, derechos y libertades que reconoce la propia Constitución. Entre ellos, el principio de igualdad, por el que ese tratamiento igual de situaciones desiguales no puede ser irrazonable[44].

Siguiendo esta doctrina, no existe motivo para que en el Código Penal se siga sometiendo al mismo régimen la discriminación múltiple, come-

---

[42] Precisamente, las nuevas modalidades delictivas, que están apareciendo al compás del desarrollo tecnológico acelerado, han motivado que en el reciente texto del Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, de fecha 4 de junio de 2024, se hayan incluido las ultrafalsificaciones, pretendiendo dar cobertura a conductas pluriofensivas por el uso de las esos instrumentos y que van más allá de los tradicionales atentados contra el honor o integridad moral, que pueden encontrarse sin castigo al no estar expresamente previstas en el actual Código Penal. Texto disponible en *https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/ANTEPROYECTO%20DE%20LEY%20ORGÁNICA%20PARA%20LA%20PROTECCIÓN%20DE%20LAS%20PERSONAS%20MENORES%20DE%20EDAD%20EN%20LOS%20ENTORNOS%20DIGITALES.pdf*.

[43] En este sentido, Abadías Selma, A. 2023. "La protección penal de los trabajadores frente a la Inteligencia Artificial en el ámbito del delito de discriminación laboral". *Revista General de Derecho Penal*, nº 39: p. 51.

[44] STC 34/1981, de 10 de noviembre, rec. 48/1981, Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Gómez-Ferrer Morant, FD 3º: "*La apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador. Pero tal valoración tiene unos límites, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.2) ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (art. 9.1 y 3, relativos a la sujeción a la Constitución de todos los poderes públicos y a la interdicción de la arbitrariedad); ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y, por ello, haya de calificarse de discriminatoria*".

tida a través de cualquier medio, con la simple, y esto puede interpretarse como una respuesta irrazonable a realidades distintas que, en definitiva, atentaría contra ese principio de igualdad.

En consecuencia, el reconocimiento y abordaje de la discriminación múltiple desde el punto de vista penal plantea numerosos desafíos jurídicos, sociales y prácticos:

i. Desde un punto de vista legislativo, el Código Penal considera los motivos de discriminación aisladamente, y no conjuntamente, omitiendo cómo pueden interactuar esas causas y agraviar a las personas que sufren la discriminación múltiple, sujetas a dinámicas más complejas que profundizan en la discriminación[45]. Por tanto, se requiere un tratamiento diferenciado de estos supuestos más graves, que constituyen esas formas de exclusión. De hecho, ya existen normas extrapenales que reconocen esas conductas como modalidad agravada de discriminación. Es el caso del citado Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del año 2006, equiparando a las "*víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación*"[46], o de la Ley 11/2004 catalana, que la define como "*formas agravadas y específicas de discriminación*", siendo considerada motivo para incrementar "*en un grado, respecto a cada una de las causas que concurren, el tipo de infracción establecido por la presente ley*"[47]. Con la previsión específica de este fenómeno como delito, se estaría facilitando también el desarrollo de las políticas de prevención y sanciones penales efectivas que se proponen en la Directiva 2000/43, la Directiva 2000/78, la LO 3/2007, de 22 de marzo, o en el Real Decreto Legislativo 1/2013, citados anteriormente en el apartado 1.2 de este trabajo.

ii. Desde una perspectiva social y práctica, el Derecho penal tiene un papel crucial en la protección de las víctimas de estas discriminaciones y la sanción de los agresores, por cuanto, siguiendo a Bentham, la pena impone un padecimiento al individuo que la ha merecido, siendo un mal de primer orden y, al mismo tiempo, un bien porque intimida a los sujetos peligrosos, tranquiliza a los inocentes y constituye un instrumento esencial en la salvaguardia de la sociedad[48]. Por ello, la tipificación de la discriminación múltiple

---

[45] Cavalcante Carvalho, A.M. 2018. "Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad". *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, marzo 2018: p. 16. Consultado marzo 13, 2025. *https://revistas.uam.es/revIUEM/article/view/10385/10502*

[46] Vid., nota 15.

[47] Vid., nota 20.

[48] Bentham, J. 1826. *Teoría de las penas y de las recompensas*: pp. 12–13. Paris: Casa de Masson e Hijo, 12–13. Consultado marzo 13, 2025. *https://bvpb.mcu.es/es/consulta/registro.do?id=403992*

supondría dotar de visibilización penal a este tipo de víctimas. Si las historias silenciadas se hacen visibles, será creíble lo invisible[49]. Sin embargo, no resulta tarea sencilla detectarla[50], por lo que precisa de una respuesta más sensible y adaptada a las circunstancias de cada caso por su complejidad[51]. A la efectividad de una nueva regulación puede ayudar la creación de programas ofreciendo servicios legales gratuitos, traductores e intérpretes especializados y el fomento de entornos culturalmente competentes, según se ha venido proponiendo también en el ámbito de la atención médica[52]. Con ello, se puede lograr una mayor sensibilización social hacia estos colectivos, evitando también la revictimización mediante una adecuada formación de los operadores jurídicos, entendida como uno de los problemas más graves dentro del panorama de la justicia penal y la atención a las víctimas[53].

Esta solución puede facilitar el acceso al sistema judicial de grupos históricamente excluidos por barreras económicas o de desigualdad de poder en relación con el agresor, culturales o lingüísticas, que pudieran limitar el entendimiento con las autoridades y funcionarios[54] a la hora de denunciar los hechos, como parte de un pleno ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

En definitiva, el régimen actual plantea el desafío y la oportunidad de incorporar este tipo de discriminaciones en el ordenamiento penal, facilitando la creación de un enfoque integral y multidisciplinario para garantizar la igualdad, la justicia y el respeto a los derechos fundamentales de las personas en el empleo.

---

[49] Aguirre Sánchez-Beato, E., y Ranea Triviño, B. 2020. *Investigación Mujer y empleo de hogar: situación actual, retos y propuestas*: p. 166. Madrid: Dirección General de Inclusión y Atención Humanitaria y el Fondo Social Europeo, 166. *https://fmujeresprogresistas.org/wp-content/uploads/2020/12/Estudio-Mujer-inmigrante-y-empleo-de-hogar-FMP-2020.pdf*

[50] En este sentido se pronuncia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de fecha 24 de julio de 2012, asunto B.S. contra España, cit., nota 10.

[51] Jiménez Lara, A. 2017. "Personas con discapacidad y discriminación múltiple en España: situación y propuestas". *Observatorio Estatal de la Discapacidad*, 2017: p. 15.

[52] Merino Orozco, A., Di Guisto Valle, C., Guijo Blanco, V., Puente Alcaraz, J., Pérez de Albéniz Garrote, M.G., Gutiérrez González, S., Sáez Velasco, S., Calvo Ruiz, M., Medína Gómez, B., Gutiérrez García, A., y Cámara Azúa, S. 2024. *Guía para combatir la violencia contra las mujeres migrantes. Una recopilación y análisis transnacional de las mejores prácticas e indicaciones para profesionales y operadores*: pp. 101-102. Burgos: Proyecto 360 REWIN. Consultado marzo 13, 2025. *https://360rewin.eu/wp-content/uploads/2025/01/R3-360-Rewin-Guidelines-Producto-final_ESP-1.pdf*

[53] Pascal, V. 2025. "La importancia de la formación en victimología para evitar la revictimización". *LISA News*, 7 de enero de 2025. Consultado marzo 13, 2025. *https://www.lisanews.org/criminologia/importancia-formacion-victimologia-evitar-revictimizacion/*

[54] García Martínez, J., y Martínez Salguero, D. 2024. *INFRA-D: Más allá de la denuncia. Estudio cualitativo con personas migrantes de origen magrebí sobre la infradenuncia del racismo*: p. 120. Madrid: Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030. *https://www.accem.es/wp-content/uploads/2024/12/INFRA-D-mas-alla-denuncia.pdf*

V. Conclusión

Con este trabajo se trata de poner el acento en los supuestos de discriminación múltiple en el ámbito laboral que, a pesar de su mayor complejidad e intensidad respecto a la modalidad simple contemplada en el artículo 314 del Código Penal, sigue sin una previsión específica en ese u otro de sus artículos.

Esta carencia puede motivar que en la aplicación del precepto no se refleje claramente la realidad del hecho concreto, al estar centrado ese tipo en alguna de las razones que por sí solas pueden no ser discriminatorias, o que, incluso si se aprecian varias de ellas, aunque concurra mayor gravedad de la acción y la posterior omisión, la pena sea la misma. Por ello, la jurisprudencia ya desde el año 2012 venía solicitando una expresa previsión legislativa de la discriminación multifactorial, en la medida que esta situación puede resultar injusta para las personas que se encuentran sufriendo ese trato desfavorable.

También es destacable que siga sin incluirse, tanto en situaciones con uno, como con varios motivos de trato desfavorable, su realización a través de Internet, medio que va a incrementar la potencial lesividad del bien jurídico protegido, por su permanencia y publicidad, y va a posibilitar la concurrencia de otros delitos como el de atentado contra la integridad moral, con los consiguientes problemas concursales. Al no estar previsto el medio de comisión, la respuesta penal a la discriminación múltiple en el ciberespacio no va a ser diferente a la producida en un ámbito privado o reservado entre empleador y trabajador. Tal vez una solución para evitar estas consecuencias pasaría por la incorporación de un subtipo agravado por razón del medio empleado o, de forma más ambiciosa, de una norma, título o capítulo propio para los cada vez más frecuentes delitos cometidos por medios informáticos, que incorpore unas definiciones, tipos básicos y sus modalidades, dotándolos de un tratamiento sistemático, como se encuentra en los ordenamientos de otros países[55]. No debemos olvidar que la actual revolución tecnológica y el nuevo mundo digital hacen que los instrumentos para atentar contra los bienes jurídicos tradicionales evolucionen con mayor celeridad que la actividad legislativa, realidad que hace previsible que tarde o temprano sea necesaria una reforma sobre los delitos donde el empleo de medios informáticos pueda incrementar la lesión al bien jurídico protegido, entre los que se encuentran los casos de discriminación múltiple en el ámbito laboral.

[55] Así, países como Chipre, con la Ley que ratifica la Convención del Consejo de Europa contra la delincuencia a través de Internet, de fecha 30 de abril de 2004; Portugal, con la Lei n.º 109/2009, de 15 de septiembre, de transposición de la DM 2005/222/JAI y el Convenio Europeo sobre Cibercriminalidad; o Reino Unido, con la Ley de abusos informáticos de 29 de junio de 1990, cuentan con una Ley especial.

En resumen, se plantea como desafío principal la creación de un marco jurídico penal que aborde la complejidad de la discriminación múltiple, garantizando una tutela efectiva para todas las personas en el empleo, sin reproducir las mismas dinámicas de exclusión y prejuicio que busca combatir. Esto implica reformular el artículo 314 del Código Penal, sensibilizar a los operadores jurídicos y fomentar una justicia más inclusiva y transformadora.

Bibliografía

Abadías Selma, A. 2023. "La protección penal de los trabajadores frente a la Inteligencia Artificial en el ámbito del delito de discriminación laboral". *Revista General de Derecho Penal*, nº 39: p. 51.

Aguado López, S. 2017. "Delitos contra los derechos de los trabajadores". En *Diccionario de Derecho Penal Económico*: p. 403. Madrid: ed. Iustel.

Aguirre Sánchez-Beato, E., y Ranea Triviño, B. 2020. *Investigación Mujer y empleo de hogar: situación actual, retos y propuestas*: p. 166. Madrid: Dirección General de Inclusión y Atención Humanitaria y el Fondo Social Europeo. Consultado marzo 13, 2025. *https://fmujeresprogresistas.org/wp-content/uploads/2020/12/Estudio-Mujer-inmigrante-y-empleo-de-hogar-FMP-2020.pdf*

Beal, F. 1970. "Double jeopardy: to be black and female". En *The Black Woman. An anthology*: p. 116. Nueva York: Washington Square Press.

Bentham, J. 1826. *Teoría de las penas y de las recompensas*: pp. 12-13. Paris: Casa de Masson e Hijo, 12-13. Consultado marzo 13, 2025. *https://bvpb.mcu.es/es/consulta/registro.do?id=403992*

Blázquez Agudo, E.M. 2018. "Discriminación múltiple en el mercado laboral: ¿qué opciones tiene una mujer discapacitada de encontrar un puesto de trabajo?". *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género,* vol. 3, nº 1: p. 7.

Boix Reig, J. (Dir.), Lloria García, P. (Coord.) y VVAA. *Diccionario Penal Económico*. Madrid: Iustel.

Carbonell, M. 2007. "Igualdad y Constitución". *Discriminación, igualdad y diferencia política, ed. Investigación y análisis*: p. 29. México DF.

Cavalcante Carvalho, A.M. 2018. "Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad". *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, marzo 2018: p. 16. Consultado marzo 13, 2025. *https://revistas.uam.es/revIUEM/article/view/10385/10502*

Cea D'Ancona, M. A. 2017. "¿Qué es la discriminación 'múltiple'?". En *Discriminación múltiple: materiales teóricos, metodológicos y empíricos*, p. 20. Madrid: ed. Dextra.

Crenshaw K. 1989. "Demarginalizing the intesection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics". *University of Chicago Legal Forum*, Issue 1, Article 8, 1989: p. 140. Consultado marzo 13, 2025. *https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf*

Crenshaw, K. 1991. "Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color". *Stanford Law Review*, Vol. 43, nº 6, julio 1991: p. 1243. Consultado marzo 13, 2025. *https://www.jstor.org/stable/pdf/1229039.pdf?refreqid=fastly-default%3A2b65a623d702c521287de83d57a8259f&ab_segments=&initiator=&acceptTC=1*

De Lama Aymà, A. 2013. "Discriminación múltiple". *Anuario de Derecho Civil*, nº 1: p. 273.

De Vicente Martínez, R. 2010. "Título XV. De los delitos contra los derechos de los trabajadores". En *Comentarios al Código Penal*, p. 1223. Valladolid: Ed. Lex Nova.

European Comission. 2007. *Tackling multiple discrimination: Practices, policies and laws*: p. 17. Luxemburgo: Office for Official Publications of the European Communities. Consultado marzo 13, 2025. *https://migrant-integration.ec.europa.eu/sites/default/files/2009-04/docl_8256_617026509.pdf*

Ferrando García, F. M. 2018. "La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral". *CEF*, nº 428, noviembre 2018: p. 42.

Fredman, S. 2005. "Double trouble: multiple discrimination and EU law". *European Anti-discrimination Law*, nº 2, October 2005. Consultado marzo 13, 2025. *https://www.migpolgroup.com/_old/public/docs/32.EuropeanAnti-discriminationLawReview_Issue2_EN_10.05.pdf*

Frías, M. 2022. *La interseccionalidad de la discriminación por razones de raza, etnia y género*. Madrid: ed. Cyan Proyectos editoriales: p. 12. Consultado marzo 13, 2025. *https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/I_Interseccionalidad_ES.pdf*

Gachet, I. 2013. "Lucha contra el racismo y la discriminación racial en Europa". *Crónica ONU, Naciones Unidas*, 27 de junio de 2013. Consultado marzo 13, 2025. *https://www.un.org/es/chronicle/article/lucha-contra-el-racismo-y-la-discriminacion-racialen-europa*

García Martínez, J., y Martínez Salguero, D. 2024. *INFRA-D: Más allá de la denuncia. Estudio cualitativo con personas migrantes de origen magrebí sobre la infradenuncia del racismo*: p. 120. Madrid: Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030. Consultado marzo 13, 2025. *https://www.accem.es/wp-content/uploads/2024/12/INFRA-D-mas-alla-denuncia.pdf*

Holguín Cuádraz, G., y Uttal, L. 1999. "Intersectionality and in-depth interviews: methodological strategies for analyzing race, class, and gender". *Race, Gender & Class*, vol. 6, nº 3: p. 174.

Hull, G. T., y Smith, B. 1982. "The politics of black women's studies". *All the women are with, all the blacks are men, but some of us are brave. Black women's studies*: p. XXI.

INE. 2022. "El empleo de las personas con discapacidad". *INE*, 2022: p. 1. Consultado marzo 13, 2025. *https://www.ine.es/prensa/epd_2022.pdf*

Jiménez Lara, A. 2017. "Personas con discapacidad y discriminación múltiple en España: situación y propuestas". *Observatorio Estatal de la Discapacidad*, 2017: p. 15.

Lascuraín Sánchez, J. A. 2015. "Delitos contra los derechos de los trabajadores". En *Memento práctico Penal*, p. 1414. Madrid: ed. Francis Lefebvre.

Mahía Casado, R., y Medina Moral, E. 2024. "Análisis del impacto económico de la discriminación y la desigualdad entre la población autóctona y la extranjera residente en España". *Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia* (2024): pp. 35-38. Consultado marzo 13, 2025. *https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/ACCESIBLE_OB15_Anlisis-del-impacto-econmico-de-la-desigualdad.pdf*

Merino Orozco, A., Di Guisto Valle, C., Guijo Blanco, V., Puente Alcaraz, J., Pérez de Albéniz Garrote, M.G., Gutiérrez González, S., Sáez Velasco, S., Calvo Ruiz, M., Medína Gómez, B., Gutiérrez García, A., y Cámara Azúa, S. 2024. *Guía para combatir la violencia contra las mujeres migrantes. Una recopilación y análisis transnacional de las mejores prácticas e indicaciones para profesionales y operadores*: pp. 101-102. Burgos: Proyecto 360 REWIN. Consultado marzo 13, 2025. *https://360rewin.eu/wp-content/uploads/2025/01/R3-360-Rewin-Guidelines-Producto-final_ESP-1.pdf*

Orejón Sánchez De Las Heras, N. 2021. "Los sujetos pasivos en los delitos por discriminación". *Revista General de Derecho Penal*, nº 35: p. 39.

Organización Internacional del Trabajo. 2012. "La importancia del empleo y los medios de vida en la agenda para el desarrollo con posterioridad a 2015". *OIT*, 16 de noviembre de 2012. Consultado marzo 13, 2025. *https://www.ilo.org/es/resource/la-importancia-del-empleo-y-los-medios-de-vida-en-la-agenda-para-el*

Pascal, V. 2025. "La importancia de la formación en victimología para evitar la revictimización". *LISA News*, 7 de enero de 2025. Consultado marzo 13, 2025. *https://www.lisanews.org/criminologia/importancia-formacion-victimologia-evitar-revictimizacion/*

Rey Martínez, F. 2008. "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84: p. 12.

Ríos Perez, A. 2022. "La discriminación múltiple en el derecho al acceso al empleo de la mujer: un análisis desde el enfoque de la justicia relacional y el feminismo". *Revista Jurídica de Investigacion e Innovación Educativ*a, nº 26: p. 108.

Sordo Ruz, T. 2017. *Guía sobre discriminación interseccional*. Madrid: Fundación Secretariado Gitano, Serie de Materiales de Trabajo: p. 5. Consultado marzo 13, 2025. *https://www.gitanos.org/upload/18/56/GUIA_DISCRIMINACION_INTERSECCIONAL_FSG.pdf*

Timo Makkonen, LL. M. 2002. "Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experience of the most marginalized to the fore". *Institute for Human Rights*, 2002: pp. 9-12.

Villacampa Estiarte, C., y Salat Paisal, M. 2016. "Libro II: Título XV (Art. 314)". En *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*: p. 1179. Navarra: ed. Aranzadi.

Los *emojis* como nueva forma de discriminación digital

Cristina Ortega Giménez
Profesora Ayudante-Doctora del Área de Derecho Constitucional
Universidad Miguel Hernández de Elche
c.ortega@umh.es

Sumario: I. Punto de partida: un nuevo *blind spot* de la era digital. II. Los *emojis*: del inofensivo :-) a los signos que identifican el peligroso universo *incel*. III. La arquitectura simbólica de la discriminación: poder, lenguaje y violencia. IV. El derecho frente a la discriminación y la violencia subrepticias: una lectura desde la igualdad constitucional. V. Trascendencia jurídica del *emoji:* análisis de la jurisprudencia española. VI. Conclusiones. Bibliografía.

Los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo.
Ludwig Wittgenstein

I. Punto de partida: un nuevo *blind spot* de la era digital

En su célebre novela *Los desorientados*, Amin Maalouf (2012[1]) señala, a través de uno de sus personajes que trabaja como futurólogo en Estados Unidos: "Todas las épocas tienen sus *blind spots* [puntos ciegos], y la nuestra no es una excepción. Hay aspectos de la realidad que no somos capaces de ver, y es inevitable que dentro de unos años nos digamos todos y cada uno: Pero, ¿cómo no pude ver eso?".

La nuestra, aparentemente tan interconectada y global, no escapa a esta lógica. Como sostiene Becker (2020[2]), vivimos en "la era de los puntos ciegos". La paradoja es evidente: la digitalización ha democratizado el acceso a la información y ha abierto novedosas vías de participación para la ciudadanía. Sin embargo, también ha generado dinámicas opacas, normalizadas o inadvertidas. Es en este terreno fértil donde el entorno digital no solo ha facilitado la aparición de nuevas formas de exclusión, sino que

[1] Maalouf, Amin. *Los desorientados*. Madrid: Alianza Editorial, 2012, p. 159.
[2] Becker, Becky K. "Performing 'Digital Citizenship' in the Era of the Blind Spot". *Theatre Symposium*, 28 (2020): 56–67. *https://dx.doi.org/10.1353/tsy.2020.0004*

ha exacerbado y vuelto más virulentas las discriminaciones ya existentes (Noble, 2018[3]).

Mientras que el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales en el ciberespacio ha sido objeto de creciente atención doctrinal (Balaguer Callejón, 2022[4]; Cotino Hueso, 2025[5]), no ha ocurrido lo mismo con los elementos simbólicos que pueden servir como caldo de cultivo para el florecimiento de prácticas discriminatorias. Esas formas sutiles, casi invisibles, de perpetuar la desigualdad constituyen, sin duda, algunos de los puntos ciegos más inquietantes de nuestro tiempo.

En este contexto se enmarca el objeto de este trabajo: el uso expansivo de los *emojis* en la comunicación digital, con particular interés en su potencial para vehicular discursos discriminatorios. Más allá del debate existente en torno a si estos signos constituyen un verdadero lenguaje universal (Taléns Visconti, 2021[6]), una *lingua franca* (Sampietro, 2016[7]) o un sistema de códigos (Evans, 2017[8]), lo cierto es que, de manera progresiva, han abandonado sus funciones originales de clarificación y contextualización para convertirse en instrumentos de reproducción de estereotipos y discriminación (Barrera Márquez y Rodríguez Alfano, 2021[9]; Barinaga, 2024[10]).

La Real Academia Española (2025) define "discriminar" como una acción basada en "dar un trato de inferioridad a una persona o a un colectivo"[11]. Desde una perspectiva más estructural, Barrère Unzueta y Morondo Taramundi (2011[12]) se alejan del concepto clásico para sostener que la discriminación no parte de diferencias biológicas o culturales, sino de los sistemas de opresión —normas, estereotipos y roles— construidos sobre ellas. De cualquier modo,

---

3 Noble, Safiya Umoja. *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism.* New York: New York University Press, 2018.

4 Balaguer Callejón, Francisco. *La Constitución del algoritmo*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, 2022.

5 Cotino Hueso, Lorenzo. "Cómo abordar jurídicamente el impacto de la inteligencia artificial en los derechos fundamentales". En *Derecho y Tecnologías,* dirigido por en M. E. Casas, 123-176. Madrid: Fundación Ramón Areces, 2025.

6 Taléns Visconti, Eduardo E. "El valor jurídico de los emojis y su eventual incidencia en las relaciones laborales". *Revista de Jurisprudencia* (7 de diciembre de 2020). *https://elderecho.com/el-valor-juridico-de-los-emojis-y-su-eventual-incidencia-en-las-relaciones-laborales*.

7 Sampietro, Agnese. *Emoticonos y emojis: análisis de su historia, difusión y uso en la comunicación digital actual*. Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2016.

8 Evans, Vyvyan. *The emoji code. How smiley faces, love hearts and thumbs up are changing the way we communicate.* Londres: Michael O'Mara Books Limited, 2017.

9 Barrera Márquez, Fabio, y Lidia Rodríguez Alfano. "Estrategias discriminatorias y de ataque en redes sociales". En *Las Humanidades en la Sociedad Superinteligente: Alternativas para el futuro (III Congreso Internacional)*. Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León, 2021.

10 Barinaga, Borja. "Los emojis como sistema de signos global más allá de la tecnología y la ideología". En *Educación y expresión en sociedades inclusivas. El camino hacia la diversidad*, coordinado por R. Grana y M. González Almada, 51-72. Madrid: Dykinson, 2024.

11 Definición completa en: *https://dle.rae.es/discriminar*.

12 Barrère Unzueta, M.ª Ángeles, y Dolores Morondo Taramundi. "Subordinación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* 45 (2011): 15-42. *https://doi.org/10.30827/acfs.v45i0.523*, p. 40.

la no discriminación constituye un principio jurídico fundamental, reconocido en instrumentos internacionales clave como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, art. 7), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950, art. 14), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, art. 26); y en el ámbito europeo, cabe mencionar el Tratado de Maastricht (1992, art. 2), el Tratado de Lisboa (2007, art. 2), o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000, art. 21).

Sobre la base de estos textos se ha ido conformando un auténtico Derecho antidiscriminatorio, entendido como una rama específica del ordenamiento jurídico centrada en prevenir, combatir y erradicar cualquier forma de discriminación; y en garantizar la igualdad real y efectiva de todas las personas, especialmente de ciertos grupos sociales sobre los que recaen hondos y arraigados prejuicios (Rey Martínez, 2023[13]). En esta línea, Barrère Unzueta y Morondo Taramundi (2011[14]) puntualizan que el verdadero propósito de este Derecho ha de ser "la intervención contra la opresión" que sufren algunos ciudadanos, que reclaman el reconocimiento de su igualdad a través del reconocimiento de su diversidad.

Uno de los mayores desafíos que enfrenta este campo jurídico son las llamadas discriminaciones indirectas (Bamforth, 2008[15]). A diferencia de las discriminaciones directas, que se producen cuando una persona es tratada de manera menos favorable que otra en una situación análoga, las indirectas aluden a aquellas prácticas aparentemente neutras que generan desventajas específicas para determinados grupos protegidos (art. 2 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000). La distinción capital entre ambas es que en las primeras existe una diferencia de trato, mientras que en las indirectas la diferencia radica en los efectos producidos, de ahí que a estas últimas se les denomine también "discriminaciones de impacto" (Rey Martínez, 2023[16]). El carácter subrepticio que poseen las hace difícilmente identificables, precisamente porque suelen operar a través de canales simbólicos, culturalmente aceptados o naturalizados. Uno de esos canales —y por ello uno de los puntos ciegos a los que se enfrenta el Derecho en su conjunto— son los *emojis*.

Las discriminaciones indirectas constituyen, a su vez, manifestaciones de la denominada "violencia simbólica". Un concepto acuñado por Bourdieu (1999[17]), a partir de la vinculación entre poder, conocimiento y

---

[13] Rey Martínez, Fernando. *Derecho antidiscriminatorio*. 2.ª ed., Navarra: Editorial Aranzadi, 2023, p. 22.

[14] Barrère Unzueta y Morondo Taramundi… "Subordinación y discriminación…", p. 39.

[15] Bamforth, Nicholas, Maleiha Malik and Colm O'Cinneide. *Discrimination law: theory and context: text and materials*. 1st ed., London: Sweet & Maxwell, 2008.

[16] Rey Martínez… *Derecho antidiscriminatorio*, p. 104.

[17] Bourdieu, Pierre. *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*. 2.ª ed., Barcelona: Editorial Anagrama, 1999.

lenguaje, que comprende aquellas relaciones sociales asimétricas donde el "dominador" ejerce violencia indirecta sobre los "dominados". Estos la asumen como legítima, participando como cómplices de la opresión a la que están sometidos. La violencia simbólica se vuelve más eficaz cuanto más inadvertida resulta, por ejemplo, reproduciéndose mediante normas sociales internalizadas que parecen inofensivas, como los citados *emojis*.

Como se verá más adelante, para combatir esta violencia sutil la disciplina jurídica ha comenzado a identificar y combatir los estereotipos y sesgos estructurales, lo que ha generado importantes avances normativos. No obstante, su enfoque en el ciberespacio sigue siendo limitado. Como apunta Pinto (2017[18]), para que el Derecho logre su eficacia, debe nombrar explícitamente la realidad que pretende regular. *Emojis* y otros símbolos digitales representan un ejemplo claro de las nuevas dimensiones simbólicas de la desigualdad que demandan el desarrollo de herramientas jurídicas específicas.

Con base a todo lo expuesto, este trabajo se articula en cuatro grandes bloques: en primer lugar, se aborda la evolución del *emoji* como icono digital que representaba emociones, ideas y situaciones hasta su progresiva transformación en instrumento de reproducción de desigualdades. En segundo lugar, se analiza su categorización como expresiones de discriminaciones indirectas y, en consecuencia, de violencia simbólica. En tercer lugar, se examina la respuesta del Derecho ante estos fenómenos sistémicos, incluyendo los avances normativos más relevantes en el ámbito de la igualdad y la no discriminación.

Por último, se indaga en la trascendencia jurídica de los *emojis* a partir de su tratamiento en la jurisprudencia española. Su llegada a los tribunales ha planteado importantes desafíos interpretativos, especialmente en lo relativo a su valor como elemento probatorio y a la carga simbólica que contienen (Rodríguez Álvarez, 2019[19]). El estudio del *emoji* en sede judicial permitirá observar hasta qué punto los órganos judiciales están preparados para entender las dimensiones implícitas de estos signos en contextos de discriminación; y servirá como base para proponer algunas claves que puedan contrarrestar su potencial excluyente. Esta investigación persigue, en última instancia, visibilizar este punto ciego digital y evitar que se convierta en el temido *elephant in the room*[20].

---

[18] Pinto, Mónica. "Discriminación y violencia. Un comentario sobre los derechos de las mujeres en el marco del derecho internacional de los derechos humanos". *Revista Pensamiento Penal* (2017): 49-72. *https://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/9/discriminacion-y-violencia.pdf*

[19] Rodríguez Álvarez, Ana. "¿Sobran las palabras? Los emojis como prueba en el proceso judicial". *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 69(275-2), (2019): 675-698. *https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2019.275-2.71117*

[20] Expresión metafórica que alude a un tema espinoso (o a una verdad evidente) que todos conocen pero no se atreven a abordar, por lo que guardan silencio y fingen que no existe. Como si en la sala hubiese un elefante enorme y los presentes disimulasen ignorando su presencia.

II. Los *emojis*: del inofensivo :-) a los signos que identifican el peligroso universo *incel*

"Propongo que la siguiente secuencia de caracteres se utilice para indicar una broma: :-)". Este es el mensaje que envió Scott Fahlman, investigador de la universidad estadounidense Carnegie Mellon, al tablón de anuncios digital de su laboratorio de informática. Fue el 19 de septiembre de 1982. Había nacido el primer emoticono, el 'smiley' o "cara feliz"[21].

Los emoticonos se definen como combinaciones de signos o letras del teclado con los que se representa una expresión facial que simboliza un estado de ánimo (Real Academia Española, 2025[22]). Se les considera los antecesores de los actuales *emojis* (Barinaga, 2024[23]) que aluden a pequeñas imágenes o iconos digitales que representan una emoción, un objeto o simplemente una idea (RAE, 2025[24]). Este conjunto de símbolos gráficos suele incluirse en todos los sistemas operativos y plataformas digitales como las redes sociales.

La palabra "emoji" proviene del japonés 絵文字, un término compuesto de *-e* (imagen) y *-moji* (carácter). Hasta hace unos años se creía que su ideador había sido Shigetaka Kurita, empleado de la empresa japonesa 'NTT DoCoMo', que añadió 176 pictogramas en el modelo de teléfonos móviles i-mode, puesto a la venta en 1999. Sin embargo, hallazgos posteriores identificaron que el de Kurita fue simplemente la primera agrupación de *emojis* en color (Barinaga, 2024[25]; Sampietro, 2025[26]).

Son tres los componentes principales que caracterizan a los *emojis*: 1) el dibujo, 2) el significado léxico —o significado básico proporcionado por el dibujo—; y 3) la función comunicativa. Los dos primeros no se pueden modificar, es decir, los usuarios están condicionados por las posibilidades que ofrezca la plataforma que utilicen (WhatsApp, Telegram, etc.). La función comunicativa, sin embargo, se actualiza en el discurso de los hablantes (Padilla-García, 2024[27]).

---

[21] La idea surgió después de comprobar que ciertas expresiones ocasionaban problemas de interpretación en el foro de la institución. En el siguiente enlace se puede visualizar el mensaje original enviado por Fahlman en el que también proponía el uso de los signos :-(para marcar afirmaciones que no debían entenderse de manera chistosa o irónica: *https://www.cs.cmu.edu/~sef/Orig-Smiley.htm*

[22] Definición extraída de:
https://www.rae.es/duda-linguistica/es-lo-mismo-un-emoji-que-un-emoticono

[23] Barinaga… "Los emojis como sistema de signos…", op. cit.

[24] op. cit.

[25] Barinaga… "Los emojis como sistema de signos…", op. cit.

[26] Sampietro, Agnese. "Una mirada lingüística a los emojis de la serie 'Adolescencia'". *The Conversation* (7 de abril de 2025).
https://theconversation.com/una-mirada-linguistica-a-los-emojis-de-la-serie-adolescencia-253399

[27] Padilla-García, Xose A. "Los emojis en WhatsApp: funciones pragmático-discursivas y multimodalidad". *Oralia: Análisis Del Discurso Oral*, 27(1), (2024): 49-72. *https://doi.org/10.25115/oralia.v27i1.8630*, p. 52.

En su origen, el objetivo que perseguía la implementación tanto de los emoticonos como de los *emojis* era contribuir a que la interacción digital se comprendiese mejor, logrando que el destinatario captase claramente qué deseaba expresar su interlocutor (Sampietro, 2025[28]). Se convirtieron, entonces, en "expresiones de cortesía positiva" (Kirschbaum y Ramírez Gelbes, 2022[29]) que permitían establecer relaciones sociales horizontales al fomentar canales cómodos de comunicación abierta. Esta "estrategia de cero distancia", como la denominan los mismos autores, anulaba la imposición de un "poder vertical" entre los participantes.

Las funciones originales de clarificación y contextualización (Rodríguez Álvarez, 2019[30]) fueron evolucionando hasta convertir a los *emojis* en un lenguaje emergente universal (Barinaga, 2024)[31]. Padilla-García, 2024[32]) sostiene que, hoy en día, desempeñan alguna de estas tres funciones: 1) asociación: pueden aparecer solos o junto a palabras (y/o stickers, vídeos, etc.; 2) intensificación: los *emojis* son capaces de modificar/calificar el enunciado o su fuerza ilocutiva mediante el refuerzo o la atenuación; 3) dialógico: en formas discursivas (como WhatsApp), estos pictogramas pueden ser analizados en dos ámbitos: el dialógico (en la sucesión de dos intervenciones) y monológico (en el seno de una única intervención).

En esta línea, Alarcón *et al.*, (2023[33]) examinan las atribuciones que tienen en el ámbito de la discriminación digital: A) comunicar la intensidad con la que se siente una emoción (añadiendo el emoticono de enfado 😡 a una expresión que denote rabia. B) Contradecir el contenido explícito de un enunciado escrito mediante el humor, cuando estos recursos se utilizan para indicar que la intención subyacente es bromear sobre alguna cuestión (por ejemplo, añadiendo el *emoji* 😂[34]). C) Contradecir el contenido explícito de un enunciado mediante ironía (por ejemplo, mediante la inclusión del

---

28 Sampietro… "Una mirada lingüística…", op. cit.

29 Kirschbaum, Ivan, y Ramírez Gelbes, Silvia. "Diálogo 2.0: emojis y cortesía en WhatsApp". *Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*, 9(18), (2022): 136-161. *https://doi.org/10.24137/raeic.9.18.7*, pp. 143 y 153.

30 Rodríguez Álvarez… "Sobran las palabras…", op. cit.

31 Existe un creciente debate académico sobre la consideración de los *emojis* como lenguaje universal, dada su dependencia contextual y la influencia de factores como el género, la edad o la cultura en su interpretación. Para profundizar en la materia, se remite a Sampietro, Agnese. *Emoticonos y emojis: análisis de su historia, difusión y uso en la comunicación digital actual*. Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2016. Igualmente, se recomienda consultar la citada obra de Barinaga… "Los emojis como sistema de signos…", op. cit.

32 Padilla-García… "Los emojis…", p. 53.

33 Alarcón Hernández, Paola, Mabel Urrutia Martínez, Carolina Venegas Carrasco 4 y Claudio Díaz Larenas. "Funciones de los emojis en las representaciones de personas LGBTIQ+: Análisis de comentarios de Facebook". *Literatura y Lingüística*, 48 (2023): 425-446. *http://dx.doi.org/10.29344/0717621x.48.3312*, p. 432.

34 Resulta de interés comentar que el signo *face with tears of joy* (😂) fue elegido por el *Oxford Dictionary* como Palabra del Año en 2015; y se convirtió en el pictograma más utilizado en todas las plataformas digitales de 2011 a 2021. Más información en: *https://blog.emojipedia.org/tears-of-joy-just-about-returns-as-twitters-top-emoji/*

icono del vómito para revelar que al usuario, en realidad, le produce asco lo que ha dicho anteriormente).

La interpretación de estos pictogramas ha adquirido matices ambiguos y connotaciones distintas según la cultura en la que se utilicen (Danesi, 2016[35]). Actualmente, el repositorio de *emojis* está conformado por 3790 imágenes (Emojipedia, 2024[36]) pero detrás de su selección se encuentra Unicode[37], un organismo privado encargado de crearlos y codificarlos con base a múltiples criterios, tales como el uso esperado, las peticiones frecuentes de los usuarios, la probabilidad de distinguir claramente la imagen o la diversidad con respecto a otros iconos existentes (Sampietro, 2016[38]).

Teniendo en cuenta el poder que implica controlar un corpus de imágenes presente en gran parte del mundo, Barinaga (2024[39]) afirma que estos iconos se han transformado en un "arma ideológica muy disputada", pues su presencia o ausencia en la comunicación digital contribuye a la visibilidad o la exclusión de ciertos colectivos (Sanchís, 2021[40]). A modo de ejemplo, se ha de recordar la decisión de Unicode, en 2015, de añadir códigos de modificación para diversificar el tono de piel de los *emojis* de personas (que hasta entonces aparecían con el mismo tono amarillo genérico). Si bien la introducción de cinco tonos de piel, desde "blanco pálido" hasta "marrón oscuro", respondía a la creciente demanda social de mayor diversidad racial entre los *emojis*, se generó la siguiente paradoja: Unicode facilitó a quienes deseaban discriminar una nueva herramienta para hacerlo de manera más precisa y visible. Es decir, al ofrecer más opciones para representar la diversidad, estos *emojis* también se emplearon como un instrumento directo y visual para la burla, la estereotipación y la discriminación dirigida a colectivos específicos según su tono de piel (McGill, 2016[41]).

Numerosas investigaciones demuestran que, con asiduidad, estos pictogramas comunican y amplifican diferentes formas de discriminación y odio (entre otras, Barrera Márquez y Rodríguez Alfano, 2021[42]; Alarcón

---

35 Danesi, Marcel. *The Semiotics of Emoji: The Rise of Visual Language in the Age of the Internet*. London: Bloomsbury Publishing Plc, 2016.

36 La Emojipedia es una enciclopedia digital especializada que documenta el significado, uso y diseño de los *emojis* a nivel global. Más información en: *https://emojipedia.org/*

37 Entre sus miembros de pleno derecho se encuentran grandes empresas tecnológicas como Meta, Google, Apple o Microsoft. Debido a su influencia en la comunicación digital global, así como a la opacidad que caracteriza los procesos de aprobación y rechazo de nuevos *emojis*, al consorcio se le apoda popularmente como *shadowy emoji overlords* (los señores oscuros del emoji). Más información en: *https://home.unicode.org/about-unicode/*

38 Sampietro… "Emoticonos y emojis…", op. cit.

39 Barinaga… "Los emojis…", p. 53.

40 Sanchís, Albert. "La mayoría del racismo online se manifiesta en forma de emoji y a las plataformas se les está escapando". *Xataka* (14 de septiembre de 2021). *https://www.xataka.com/magnet/mayoria-racismo-online-se-manifiesta-forma-emoji-a-plataformas-se-les-esta-escapando*

41 McGill, Andrew. "Why White People Don't Use White Emoji". *The Atlantic* (9 de mayo de 2016). *https://www.theatlantic.com/politics/archive/2016/05/white-people-dont-use-white-emoji/481695/*

42 Barrera Márquez y Rodríguez Alfano. "Estrategias discriminatorias…", op. cit.

Hernández *et al.*, 2023[43]; Lazareva, 2023[44]), a menudo indetectables por parte de los algoritmos de moderación de contenidos[45]. Tras un análisis exhaustivo de la literatura científica[46], a continuación se presenta una tabla que identifica y categoriza los principales *emojis* empleados con fines discriminatorios. Sin perjuicio de que a lo largo de la investigación se ofrezcan otros ejemplos, el objetivo de esta recopilación es ofrecer una panorámica de cómo dichos símbolos, aparentemente inocentes, vehiculizan discursos discriminatorios en el entorno digital.

Tabla 1.
Principales *emojis* empleados con fines discriminatorios

Emoji(s)	Uso discriminatorio común	Referencia bibliográfica
🐵 / 🐒 / 🍌	Insultos dirigidos a personas por razón de su etnia, nacionalidad o color de piel	Mubarak *et al,.* (2019); Morales *et al.*, (2025)
👦/ 💣 / 🔪	Islamofobia o estigmatización de personas musulmanas como terroristas	Mubarak *et al,.* (2019); Al-Rawi (2022), Lazareva (2023)
🌈 / 🚫 / ❌ / 🔥	Rechazo en función de la orientación o identidad sexual. De forma específica, se utilizan en contra del colectivo LGBTIQ+	Morales *et al.*, (2025), Alarcón *et al.*, (2023), Lazareva (2023)
👎 / 😂 / 😆 / 👍	Burla o apoyo a discursos de odio	Al-Rawi (2022), Morales *et al.*, (2025); Lazareva (2023); Alarcón *et al.*, (2023),
👘 / 🐷 / 🍔	Insultos dirigidos al aspecto físico (gordofobia) y a ciertos colectivos por razón de etnia, nacionalidad y religión	Danesi (2016), Al-Rawi (2022)
💯 / 🍆 / 💥	Insultos dirigidos hacia las mujeres y, en particular, hacia el colectivo feminista	García-Mingo y Díaz-Fernández (2023); Fundación 'For working parents' (2025)

Fuente: elaboración propia

[43] Alarcón Hernández, *et al.*, "Funciones de los emojis…", op. cit.

[44] Lazareva, Sofiia. "Emojis as Graphical Hate Speech Markers". *Journal of Language Works - Sprogvidenskabeligt Studentertidsskrift*, 8, nº 1 (2023): 29–44. *https://tidsskrift.dk/lwo/article/view/138019*

[45] Cabe destacar los hechos acaecidos tras la derrota de Inglaterra ante Italia en la final de la Eurocopa de fútbol masculino en 2021, cuando los perfiles de redes sociales de varios jugadores negros de la selección inglesa se llenaron de mensajes racistas conformados únicamente por *emojis*. En concreto, se utilizaron los pictogramas del plátano y el mono, símbolos ofensivos y deshumanizantes históricamente asociados con insultos racistas. La Asociación de Futbolistas Profesionales del Reino Unido (PFA) manifestó que "el impacto fue tan profundo y significativo como si se tratase de plátanos reales". Declaraciones extraídas de Sanchís, Albert. "La mayoría del racismo online se manifiesta en forma de emoji y a las plataformas se les está escapando". *Xataka* (14 de septiembre de 2021). *https://www.xataka.com/magnet/mayoria-racismo-online-se-manifiesta-forma-emoji-a-plataformas-se-les-esta-escapando*

[46] También se han incluido varios *emojis* de una tabla elaborada por la Fundación 'For working parents' que recopila numerosos símbolos que los adolescentes emplean para ocultar sus mensajes. La tabla completa se puede consultar en: *https://www.instagram.com/p/DHdDgK20sxf/?hl=es*

La expansión de los *emojis* como nueva forma de discriminación o violencia (Luque, 2025[47]) ha trascendido el ámbito académico para visibilizarse en el debate público. Un claro ejemplo de esta creciente conciencia social se observa en series de gran impacto global, como *Adolescencia,* el título británico de Netflix que se ha convertido en uno de los más vistos de la historia de la plataforma[48]. Su repercusión se debe a que ha revelado el uso críptico de los *emojis* en la cultura digital adolescente, especialmente como símbolos de la "manosfera": conjunto de subculturas digitales que promueve una masculinidad tóxica, violenta y machista, donde el hombre toma el poder y somete a la mujer[49]. Observemos algunos ejemplos recogidos en la Tabla 1: el *emoji* de la judía identifica en redes sociales a los 'incels' (acrónimo del inglés *involuntary celibates*), célibes involuntarios que responsabilizan a las mujeres por su falta de interacciones sexo-afectivas[50]. Por su parte, el número 💯 alude a la teoría de que el 80 % de las mujeres siente atracción por el 20 % de los hombres, lo que dejaría al otro 80% sin ninguna posibilidad de relacionarse con la inmensa mayoría de las mujeres. La pastilla roja (💊) representa abrir los ojos ante la realidad de que el feminismo ha hecho despertar a las mujeres y les ha concedido demasiado poder de acuerdo con la citada manosfera. Por último, la dinamita 💥 significa que el joven que la utilice ha estallado y va a promover actos de violencia extrema.

Como se ha observado a lo largo de este epígrafe, cuarenta años después del nacimiento del inofensivo signo :-), los *emojis* han evolucionado hasta convertirse en iconos con un potentísimo valor semiótico, capaces de codificar mensajes complejos que van más allá de enriquecer, de forma

---

47 Luque, Javier. "Emojis con doble filo". *Diari de Tarragona* (24 de abril de 2025). *https://www.diaridetarragona.com/opinion/la-mirada/228411/emojis-con-doble-filo-do23782450.html*

48 La serie plantea un crudo relato inspirado en hechos reales: un adolescente de 13 años asesina brutalmente a una compañera de instituto. A principios de junio, la miniserie acumulaba 141,2 millones de reproducciones desde su estreno el 13 de marzo de 2025. Este dato la convertía en la segunda serie en inglés más vista de Netflix.

Más información en: *https://www.espinof.com/netflix/adolescencia-pulveriza-record-stranger-things-potente-drama-britanico-segunda-serie-hablada-ingles-vista-historia-netflix*

49 También denominada androesfera o machosfera para aludir a todos los foros, plataformas y canales que surgieron como ámbitos de relación virtual masculina y se han transformado en lugares violentos de ataque a las mujeres en general y a las feministas en particular. Varela Menéndez, Nuria. "Ciberfeminismo, ciberactivismo y manosfera". En *La violencia contra las mujeres en el siglo XXI: derechos, cultura e inteligencia artificial*, dirigido por L. Nuño Gómez y L. Fernández Montes, 19-34. Granada: Editorial Comares, 2024, p. 29.

50 El movimiento 'incel' se refiere a una subcultura cuyo origen se encuentra en los años 90 cuando una joven canadiense creó un foro en Internet para hablar de la soledad sexual sin estigmas, en un tono empático e inclusivo. Con el paso del tiempo, sin embargo, esos espacios fueron ocupados mayoritariamente por hombres heterosexuales que comenzaron a alimentar discursos de odio hacia las mujeres, a quienes culpaban de su frustración sexual y social. Cidón, Mireya. "El movimiento incel: la peligrosa radicalización digital que fomenta el odio hacia las mujeres". *Amnistía Internacional España* (9 de abril de 2025). *https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/el-movimiento-incel-la-peligrosa-radicalizacion-digital-que-fomenta-el-odio-hacia-las-mujeres/*

creativa, la comunicación personal (Danesi, 2016[51]). Por un lado, representan una alarmante brecha generacional entre adolescentes y adultos, estos últimos a menudo ajenos al significado de este lenguaje oculto. Por otro lado, su uso evoca el argot criminal o las lenguas secretas que desarrollan los grupos para excluir deliberadamente a colectivos específicos (Sampietro, 2025). Estas prácticas lingüísticas no solo amplifican la discriminación, sino que contribuyen a reproducir relaciones sociales de dominación y desigualdad, con un impacto tan profundo como si se produjesen en el mundo físico.

III. La arquitectura simbólica de la discriminación: poder, lenguaje y violencia

Para comprender cómo los *emojis* se han convertido en instrumentos de discriminación subrepticia, con un impacto real sobre nuestros derechos fundamentales, es necesario situarlos en el marco simbólico en el que adquieren pleno sentido. En esta arquitectura, poder, lenguaje y violencia se entrelazan configurando una lógica de representación que permite entender cómo formas de comunicación aparentemente neutras perpetúan desigualdades estructurales.

Desde esta perspectiva, destaca la concepción del poder que planteó Foucault (1976[52]), que superaba las viejas dicotomías entre soberano y súbdito. Para el filósofo francés el poder no constituía una prerrogativa exclusiva de ciertas instituciones o individuos situados en la cúspide de la escala social, sino una herramienta sutil presente en toda interacción social, que se ejercía a través de discursos y saberes que, articulados en prácticas y normas, son los que realmente configuraban las reglas sociales y moldeaban los comportamientos de la ciudadanía[53]. En este entramado, el lenguaje desempeña un papel central, pues actúa como el vehículo principal a través del cual se construyen dichos discursos y saberes. El poder del lenguaje determina qué se considera saber (la *episteme* de cada época concreta) o qué se acepta como verdadero, que en otros términos significa que no existe un conocimiento aséptico o inocente (Villamor, 2025[54]). Igualmente, las palabras que escogemos, las narrativas que construimos y las verdades que hacemos nuestras no son neutrales, sino que están

---

51 Danesi… *The Semiotics of Emoji, passim.*

52 Foucault, Michel. *Defender la sociedad: Curso en el Collège de France*. España: Fondo de Cultura Económica, 1976.

53 Foucault (1979) afirmaba: "El discurso es instrumento y efecto del poder. "Poder y saber se articulan en el discurso. Los discursos son elementos tácticos en el campo de relaciones de fuerza (…) En toda sociedad la producción del discurso es a la vez controlada, seleccionada, organizada y redistribuida". Foucault, Michel. *El orden del discurso.* Barcelona, Tusquets, 1979, p. 1l.

54 Villamor, Alejandro. "Cinco claves para entender a Foucault". *Ethic* (26 de mayo de 2025). *https://ethic.es/cinco-claves-entender-foucault*

imbuidas de relaciones de poder (Rojas Osorio, 1984[55]). En definitiva, es a través del lenguaje cómo se definen y normalizan ciertas conductas, se clasifican a los individuos y se establecen los límites de lo que se puede pensar o decir, configurando así la realidad social y los modos en que nos relacionamos con ella y con los demás.

Conectado con lo anterior, surge precisamente el concepto de "Regímenes de verdad" (Focault, 1976[56]) que alude a las visiones hegemónicas del mundo o verdades que se entienden como legítimas; y que se construyen a partir de la relación intrínseca entre poder, conocimiento y lenguaje. Los *emojis*, como elementos clave de la comunicación digital global, operan dentro de los regímenes de verdad que configuran el marco simbólico en el que se interpretan, naturalizando ciertos usos y significados mientras otros son invisibilizados o rechazados de la esfera común de pensamiento. Todo esto se traduce en imposiciones sutiles y aceptadas de normas culturales que pueden legitimar discriminaciones indirectas. A título ilustrativo, puede mencionarse la utilización de los símbolos propios de la citada manosfera (la judía, la pastilla roja o la dinamita) que, *a priori*, constituirían un acto inocuo carente de fuerza física para provocar vulneraciones significativas; pero al normalizarse como instrumento de burla y estigmatización contribuyen a la discriminación de las mujeres. De idéntica forma, el empleo de los símbolos del mono o los plátanos para humillar a las personas negras recuerda a un tipo de racismo "líquido" (Rey Martínez, 2015[57]) basado en sobreentendidos, suposiciones y afirmaciones implícitas. Son estrategias comunicativas con construcciones lingüísticas que se apoyan en términos "sutiles", "suaves" o "de bajísima intensidad" (Martínez Soos *et al.*, 2018[58]), que las convierten en casi invisibles. Estas discriminaciones indirectas provocan que, en ocasiones, las personas que las sufren no perciban que dichos mecanismos atentan contra sus derechos fundamentales más básicos.

Las ideas planteadas enlazan con el concepto de "violencia simbólica" (Bourdieu, 1999[59]) que sugiere "una forma de violencia que arranca sumisiones que ni siquiera se perciben como tales, apoyándose en unas expectativas colectivas, en unas creencias socialmente inculcadas". Se trata de un modo de dominación que no se ejerce mediante la coacción directa, sino a través de mecanismos culturales y simbólicos (normas, categorías,

---

55 Rojas Osorio, Carlos. "M. Foucault: el discurso del poder y el poder del discurso". *Universitas Philosophica,* 3, (1984): 45-56.

56 Foucault…*Defender la sociedad,* op. cit.

57 Rey Martínez, Fernando. "Racismo líquido". *Público* (5 de febrero de 2015). *https://blogs.publico.es/otrasmiradas/3829/racismo-liquido/*

58 Martínez Soos, Paula, Julia Rodríguez Meneses, Isabel Rodríguez Téllez y Ana Belén Serrano García. "La invisibilidad de los microracismos". *Revista E-innova* (2018): 1-13. *https://webs.ucm.es/BUCM/revcul/e-learning-innova/228/art3438.pdf*, p. 6.

59 Bourdieu… *Razones prácticas…*, p. 173.

representaciones y, por supuesto, *emojis*...) que son fruto del consenso social. Los sujetos sobre los que se impone este modo de violencia no advierten que están siendo discriminados, porque han sido socializados en un sistema que presenta esta dominación como si formase parte del orden natural de las cosas. Por ello, afirma Bourdieu (1999[60]) que esta violencia invisible se ejecuta con el consentimiento inconsciente de sus víctimas.

En este sentido, la relación entre la discriminación indirecta (o de impacto) y la violencia simbólica se fundamenta en dos elementos clave: la primera se caracteriza por aplicar una norma o práctica aparentemente neutral que, sin embargo, genera un efecto desfavorable para un grupo particular (por ejemplo, establecer como requisito laboral "disponibilidad total", lo que suele perjudicar a mujeres con responsabilidades familiares, según Hernández Prados y Lara Guillén, 2015[61]). No existe una prohibición explícita de discriminar, pero se termina generando una discriminación indirecta. Por su parte, la violencia simbólica también se apoya en una apariencia de legitimidad, es decir, la dominación se ejerce a través de sistemas de significados y categorías de pensamiento que no son percibidos como coercitivos, sino como "lo normal" o "lo que viene dado" (por ejemplo, la idea de que las mujeres están "naturalmente" orientadas al cuidado, de acuerdo con Antonín Martín *et al.*, 2003[62]). Por lo que tanto la discriminación indirecta como la violencia simbólica operan bajo un velo de normalidad o neutralidad, ocultando la desventaja o la opresión que se construye sobre ellas (Barrère Unzueta y Morondo Taramundi, 2011[63]).

El segundo componente que define a ambos fenómenos es su naturaleza oculta y transversal, lo que los hace extremadamente difíciles de detectar. Esta invisibilidad compartida produce efectos simultáneos para las víctimas que, a menudo, no son conscientes de la desventaja o el daño que sufren; y para las plataformas digitales, pues ese mismo carácter críptico imposibilita que los algoritmos de moderación de contenidos identifiquen ciertas prácticas como ciberacoso. Un ejemplo claro es la combinación de la bandera arcoíris con el símbolo de prohibición (🏳️‍🌈🚫), que expresa un rechazo directo a la comunidad LGTBIQ+ (véase Tabla 1). Esta violencia simbólica, debido a su naturaleza oculta, pasa desapercibida tanto para las víctimas como para los sistemas de moderación, que no están programados para reconocer esta combinación como discriminación.

---

60 Bourdieu... *Razones prácticas...*, op. cit.

61 Hernández Prados, María de los Ángeles y Begoña María Lara Guillén. "Responsabilidad familiar. ¿Una cuestión de género?". *RES, Revista de Educación Social*, 21 (2015): 28-44. *https://eduso.net/res/wp-content/uploads/2020/06/responfa_res_21.pdf*

62 Antonín Martín, Monserrat, Pilar Flor Pérez y Joaquín Tomás-Sábado. "Mujer y cuidados: ¿historia de una relación natural?". *Cultura de los Cuidados, Revista de Enfermería y Humanidades*, 13 (2003): 36-39. *https://rua.ua.es/server/api/core/bitstreams/e0bef570-f115-4571-8516-ecb21efe83ca/content*

63 Barrère Unzueta y Morondo Taramundi... "Subordinación y discriminación...", op. cit.

Los dos componentes clave de la discriminación indirecta y la violencia simbólica —su apariencia de normalidad (legitimidad) y su naturaleza oculta— también se observan en el campo del lenguaje. En este ámbito, la violencia simbólica se ejerce mediante la censura que regula el acceso a la expresión y al modo de expresión (Fernández Fernández, 2005[64]). La exclusión que impone dicha censura resulta eficaz (e invisible) cuando los sujetos no dicen más que aquello que están objetivamente autorizados a decir o cuando se excluyen a determinados colectivos de los grupos o lugares donde se ejerce la comunicación o se habla con autoridad (Fernández Fernández, 2005[65]). Esta misma lógica se traslada a los *emojis*, donde se refuerzan jerarquías y estigmas al despreciar a ciertos grupos en los discursos normativos. A través de ellos, se ejerce una forma de violencia simbólica que perpetúa de manera sutil discursos discriminatorios. Veamos los siguientes ejemplos:

— El *emoji* de la bolsa de dinero 💰 se suele utilizar para vincular a las personas judías con la codicia (Sanchís, 2021[66]), perpetuando estereotipos antisemitas[67].

— El símbolo de la mano que expresa un "OK" 👌 es empleado por grupos de extrema derecha, como *The Proud Boys*, para expresar la supremacía blanca (Mouriquand, 2024[68]).

— El pictograma de la "bailaora" 💃 se usaba para aludir al colectivo gitano, debido a la fuerte conexión del flamenco con la cultura gitana en el imaginario colectivo, lo que alimentaba estereotipos basados en prejuicios y exotización cultural. Por ello, Unicode decidió modificar las palabras clave para su búsqueda, variando el sustantivo "gitana" por términos más generales como "Woman Dancing" o "Mujer Bailando".

Todas estas muestras evidencian cómo los *emojis* se insertan en complejas dinámicas de poder que configuran y reproducen los regímenes de

---

64 Fernández Fernández, José Manuel. "La noción de violencia simbólica en la obra de Pierre Bourdieu: una aproximación crítica". *Cuadernos de Trabajo Social*, 18 (2005): 7-31. *https://revistas.ucm.es/index.php/CUTS/article/view/CUTS0505110007A*

65 Fernández Fernández... "La noción de violencia simbólica...", p. 18.

66 Sanchís... "La mayoría del racismo...", op. cit.

67 La asociación entre el pueblo judío y el dinero es uno de los tropos antisemitas más antiguos y persistentes de la historia occidental. Se originó en la Edad Media cuando las leyes europeas limitaban su acceso a la mayoría de los oficios, obligando a los judíos a ejercer actividades económicas marginales como el préstamo de dinero. Esta circunstancia histórica fue distorsionada y explotada por la propaganda antisemita para representar a los judíos como codiciosos, avaros y con una influencia desmedida sobre las finanzas globales. La perpetuación del estereotipo del "judío financiero" ha servido, a lo largo del tiempo, como justificación fundamental para legitimar y movilizar la violencia contra este colectivo. Arendt, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. España: Alianza Editorial, 1951 (edición consultada de 2006).

68 Mouriquand, David. "Un estudio revela cuáles son los emojis que corren mayor riesgo de quedar en desuso en Europa". *EuroNews* (3 de agosto de 2024). *https://es.euronews.com/cultura/2024/08/03/un-estudio-revela-cuales-son-los-emojis-que-corren-mayor-riesgo-de-quedar-en-desuso-en-eur*

verdad de nuestra época. A través de su uso cotidiano, se refuerzan estereotipos y se consolidan discriminaciones indirectas que actúan como formas de violencia normalizada. El uso discriminatorio de los *emojis* es, a fin de cuentas, una forma de ejercer simbólicamente la violencia. Su repercusión en la dignidad de las personas afectadas es trascendental, pues erosiona sus derechos fundamentales sin necesidad de recurrir a la coacción. De ahí que resulte imprescindible interrogarse por la capacidad —y responsabilidad— del Derecho para responder ante estas nuevas manifestaciones, más insidiosas que visibles, pero no por ello menos lesivas.

IV. El derecho frente a la discriminación y la violencia subrepticias: una lectura desde la igualdad constitucional

El Derecho, como sistema normativo que regula la convivencia social, también es un lenguaje, "un código comunicativo a través del cual el poder público se relaciona con la ciudadanía" (De Miguel Bárcena, 2023[69]). Para Ezequiel Fusco (2019[70]), lengua y derecho son sistemas interconectados dentro de un contexto histórico social del que se nutren y sobre el que construyen una coherencia interna que se proyecta al exterior. En particular, el lenguaje jurídico se define como un lenguaje técnico que otorga a muchas de las palabras de uso común un valor propio dentro del sistema y, además, crea sus propios términos (Ezequiel Fusco, 2019[71]). Por ello, se entiende que los ordenamientos jurídicos poseen la capacidad de orientar —o desorientar— los comportamientos de la ciudadanía, solucionar sus conflictos o agravarlos; y, por ende, legitimar o prohibir cualquier forma de poder, discriminación y violencia con argumentos tan válidos como ficticios (Ortega Giménez, C., 2024[72]).

La discriminación y la violencia ejercidas a través de los *emojis* representa un desafío crucial para el Derecho. Su naturaleza subrepticia y su capacidad para eludir los mecanismos de detección habituales obligan a cuestionar la idoneidad de los marcos clásicos de protección de los derechos fundamentales.

Precisamente, los derechos han estado siempre vinculados "a los procesos de reacción contra las desigualdades" (Seco Martínez, 2017[73]), sir-

---

[69] De Miguel Bárcena, Josu. "Lenguaje y Constitución". *Claves de Razón Práctica*, 287 (2023): 20-30, p. 22.

[70] Fusco, Ezequiel. "El problema semántico de los emoticones. Una perspectiva legal". *Bridging Cultures,* 4, (2019): 46-54.

[71] Fusco. "El problema semántico…", p. 47.

[72] Ortega Giménez, Cristina. *El lenguaje de los derechos de las personas migrantes: entre la libertad y la discriminación*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2024.

[73] Seco Martínez, José María. "De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar". *Derechos y Libertades*, 36, Época II, (2017): 55-89, p. 87.

viendo como defensa frente a cualquier opresión y/o dominación. En este sentido, los fenómenos de la discriminación y la violencia digital colisionan directamente con el valor constitucional de igualdad, convirtiéndolo en el derecho fundamental más significativamente afectado en el ámbito digital (Ministerio de Igualdad de España, 2020[74]). Es por esto que la respuesta jurídica a estas nuevas manifestaciones debe partir, inexcusablemente, de la igualdad como pilar que apuntala el Estado de Derecho.

1. Concepto constitucional de igualdad

La igualdad no es un ideal abstracto, sino una vieja aspiración del ser humano, "un elemento definidor de la noción de ciudadanía" (STC 12/2008, de 29 de enero). En nuestra Constitución Española, se concreta en una triple dimensión real y efectiva: como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1), como principio, cuya realidad y efectividad corresponde promover a los poderes públicos (art. 9.2 CE); y como derecho fundamental que conlleva un mandato de no discriminación (art. 14 CE). De aquí se derivan, a su vez, tres manifestaciones que explicita Rey Martínez (2011[75]): una liberal donde la idea de igualdad conlleva la prohibición de arbitrio, tanto en el momento de creación de la norma que introduce la diferencia, como en el de su aplicación. Así, la igualdad se entiende como "una técnica de control del poder". Desde la perspectiva del principio democrático, la igualdad excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja, como los migrantes, puedan quedarse "aislados y sin voz". Y desde el punto de vista social, la idea de igualdad legitima un derecho desigual a fin de garantizar a estos colectivos en desventaja una igualdad de oportunidades. Todas estas vertientes derivan del reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social, que requiere la *igual dignidad social* de toda la ciudadanía. Esto implica el rechazo efectivo de toda creación o aplicación del Derecho que trate a algunos miembros de la comunidad como "parte de una casta dependiente o como un no-participante" (*Zobel v. Williams*, 457 U.S. 55, 1982), en definitiva: "como ciudadanos de segunda clase" (Rey Martínez, 2011[76]).

Tradicionalmente se viene distinguiendo entre dos tipos de igualdad "sin que se hallen en contradicción" (Rey Martínez, 2011[77]): la igualdad "formal" del art. 14 CE: reconocimiento de la identidad del estatuto ju-

---

[74] Ministerio de Igualdad de España. *Mujeres y digitalización: de las brechas a los algoritmos*. España: Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades (Ministerio de Igualdad de España), 2020. *https://www.inmujeres.gob.es/diseno/novedades/M_MUJERES_Y_DIGITALIZACION_DE_LAS_BRECHAS_A_LOS_ALGORITMOS_o4.pdf*

[75] Rey Martínez, Fernando. "¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45 (2011): 167-181, p. 168.

[76] Rey Martínez... "¿De qué hablamos cuando hablamos...", p. 168.

[77] Rey Martínez... "¿De qué hablamos cuando hablamos...", p. 170.

rídico de todos los ciudadanos, lo que se traduce en una garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho (Carmona Cuenca, 1994[78]), al tiempo que, como derivación lógica de él, se establece un mandato específico de prohibición de discriminación al enumerar ciertas proscripciones (STC 103/1983, de 22 de noviembre).

La interpretación correcta del alcance y contenido técnico-jurídico del principio de igualdad se complementa con el reconocimiento de la igualdad material del art. 9.2 CE. La configuración del Estado como social compromete la acción de los poderes públicos, a fin de que pueda alcanzarse la igualdad sustancial entre los individuos con independencia de su situación social y, con ello, el desarrollo de la justicia social (STC 39/1986, de 31 de marzo). La igualdad material señala, entonces, un horizonte para la acción de las autoridades (González-Trevijano Sánchez, 2020[79]), basado en atender las desigualdades reales y estructurales, como todas aquellas que se llevan a cabo a través de medios aparentemente neutrales como los *emojis*. Seco Martínez (2017[80]) apunta, acertadamente, que la dimensión material responde a esa necesidad histórica de que "los seres humanos" puedan "existir", con "condiciones materiales de posibilidad", es decir, para que puedan seguir haciéndolo. Es, justamente, esa idea de igualdad la que ha marcado el sentido de las luchas sociales por los derechos humanos (entendiendo a estos no solo como derechos, sino como medios/modos de vida[81]). Aquí es donde se enmarca la función del Derecho antidiscriminatorio: prevenir, combatir y erradicar cualquier forma de discriminación para lograr una igualdad que democratice la sociedad y mejore la vida de las personas. Y ello demanda la adopción de medidas que nivelen las situaciones de desequilibrio. Este es, pues, el fundamento de las denominadas medidas de derecho antidiscriminatorio que se traducen en una reparación de lo desigual para reequilibrar (Ridaura Martínez, 2020[82]).

---

78 Carmona Cuenca, Encarnación. "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Revista de estudios políticos*, 84 (1994): 265-286, p. 265.

79 González-Trevijano Sánchez, Pedro. *El principio de igualdad y no discriminación. Una perspectiva de derecho comparado*. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2020. *https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659297/EPRS_STU(2020)659297_ES.pdf*

80 Seco Martínez... "De la igualdad formal...", p. 87.

81 Seco Martínez... "De la igualdad formal...", op. cit.

82 Las más características son las acciones positivas: todas aquellas medidas de impulso o de favorecimiento a un colectivo que se encuentra en desventaja desde el punto de partida (plus económico para guardería para las madres que trabajan); y la discriminación inversa: comparte el mismo objeto que la acción positiva, es decir, la eliminación de las desigualdades, pero la discriminación positiva es una modalidad más "incisiva", que adopta diversas modalidades. Entre ellas, cabe mencionar el sistema de cuotas (reserva rígida de un número o porcentaje mínimo garantizado de plazas) y los tratos preferentes (atribución de puntos o calificaciones especiales a los grupos a los que se quiere favorecer). A diferencia de las acciones positivas, la discriminación inversa sí que causa un beneficio para unos y un perjuicio a aquellos sujetos que quedan excluidos. Ridaura Martínez, M.ª Josefa. "La contribución del tribunal constitucional español a la deconstrucción de la discriminación por razón de sexo". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24(2), (2020): 335-364. *https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.10*

2. *Desarrollo normativo de la igualdad y no discriminación*

El desarrollo legislativo de la igualdad y no discriminación es extenso y disperso, ya que este principio ha de proyectarse sobre todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, tanto privado como público (González-Trevijano Sánchez, 2020[83]). Este trabajo no busca ofrecer un análisis exhaustivo de dicho entramado, sino centrarse únicamente en la normativa específica que reconoce y combate (en cierta manera) aquellas formas de discriminación que se proyectan a través del uso de los *emojis*, en tanto constituyen discriminaciones indirectas y/o expresiones de violencia simbólica en el entorno digital.

Antes de profundizar en el ámbito español, resulta pertinente revisar brevemente el marco normativo europeo en esta materia. La legislación aborda la discriminación indirecta y la violencia simbólica a través de una estructura amplia y compleja, aunque no siempre utilice estos términos de forma explícita. Como ya se ha visto con anterioridad, la discriminación indirecta se define y prohíbe en el art. 2 de la Directiva marco 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, que dispone: *existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas.*

La alusión a la desventaja que generan estas discriminaciones se recogía igualmente en la directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; y en la posterior 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Los tres textos, al reconocer la discriminación indirecta, establecen un precedente crucial para la comprensión de diferentes tipos de desventaja que no siempre son ostensibles.

No se han de confundir las discriminaciones indirectas con las "ocultas" (Rey Martínez, 2011[84]). Estas últimas son formas de desigualdad que permanecen en la sombra. Por ejemplo: la negativa a alquilar una vivienda a un gitano que se intenta justificar en que ya ha sido previamente alquilada —sin ser verdad—; o el despido a una mujer porque está embarazada alegando —falsamente— que su rendimiento ha bajado considerablemente. Ambas son discriminaciones ocultas pero directas. Las indirectas, como hemos visto, parten de una acción neutra cuyo efecto es desigual

[83] González-Trevijano Sánchez… *El principio de igualdad y no discriminación*, op. cit.
[84] Rey Martínez… ¿De qué hablamos cuando hablamos…", p. 176.

para el destinatario (establecer cierto requisito para acceder a un puesto laboral cuando ello puede perjudicar a un grupo determinado).

Con relación a nuestro objeto de estudio, el uso de *emojis* en la comunicación digital puede vehiculizar tanto discriminaciones indirectas como ocultas, siendo estas muy difíciles de diferenciar. Obsérvese, a modo de ejemplo, el *emoji* de una persona mayor (👵 o 👴): no es un insulto ni un símbolo de odio inherente; pero cuando se utiliza en el contexto de una discusión o como respuesta a un comentario para descalificar a una persona o su aportación aludiendo peyorativamente a la edad, su empleo activa y refuerza el estereotipo del edadismo (modo de discriminación social por cuestión de edad). Este fenómeno puede ser interpretado tanto como una discriminación indirecta (el símbolo es aparentemente neutro pero su práctica adquiere matices discriminatorios) como una oculta (se instrumentaliza su significado para difundir rechazo a un colectivo de manera discreta). Este poder que poseen los *emojis* de actuar en ambas dimensiones es, precisamente, lo que hace que la discriminación digital sea tan capciosa como complicada de contrarrestar.

En cuanto a la violencia simbólica, no hallamos una definición propia en la legislación europea, pero algunas de sus manifestaciones sí han sido abordadas mediante instrumentos como la Recomendación CM/Rec(2019)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros para prevenir y combatir el sexismo, que ofrece un marco crucial al comprender el sexismo de manera lo suficientemente amplia como para incluir las representaciones visuales y digitales que perpetúan estereotipos (emoticonos y/o *emojis*), elementos clave, a su vez, en la estructura de la violencia simbólica (Fernández Fernández, 2005[85]). Además, la Recomendación CM/Rec(2022)16 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la lucha contra el discurso de odio, no emplea vocablos precisos pero sí conceptualiza la discriminación y la violencia de manera conjunta en sus esfuerzos por erradicarlas. Esto confirma nuestra idea de que el uso discriminatorio de los *emojis* es, en esencia, una forma de ejercer simbólicamente la violencia.

Más adelante, el Reglamento 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales (*Digital Services Act* o DSA) acomete el desafío que supone el actual ecosistema digital y trata de transformarlo en un espacio seguro y garante de los derechos fundamentales, convirtiéndose en el exponente europeo de una digitalización centrada en la persona[86]. En virtud de lo cual, establece

[85] Fernández Fernández... "La noción de violencia simbólica...", op. cit.

[86] Hemos analizado, exhaustivamente, el nuevo Reglamento en otros trabajos como en Ortega Giménez, Cristina. "Libertad de expresión vs. censura: una mirada crítica a la moderación de contenidos en las redes sociales". En *Alfabetización mediática glocal. Desinformación, ciberseguri-*

numerosas obligaciones (de vigilancia, de control, de retirada de contenido, etc) para las plataformas digitales con el propósito de proteger a los usuarios especialmente vulnerables del riesgo de ser víctimas de discursos de odio, acoso sexual u otras conductas discriminatorias. De este modo, el Reglamento incorpora también un concepto de "contenido ilícito" donde encaja el discurso de incitación al odio y cualquier comportamiento cuyo fin último sea excluir a terceros. Si bien, no contempla expresamente discriminaciones subrepticias, como las que se cometen mediante los *emojis*, aboga por un alcance extenso del concepto de discriminación.

Igualmente, la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica penaliza la violencia digital que se transmite con representaciones. En su considerando (25), la directiva señala que *el lenguaje utilizado en la violencia digital no siempre hace alusión directa al género de la persona atacada, pero los prejuicios que la motivan pueden deducirse del contenido general o el contexto de la incitación*. Esto incluye directamente el uso de *emojis*, que, aunque no sean palabras, funcionan como representaciones visuales o elementos de contexto que pueden reflejar esos prejuicios.

Finalmente, el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial es de particular relevancia, ya que busca mitigar los sesgos en los sistemas de IA que podrían interpretar y, en consecuencia, amplificar el impacto de elementos como ciertos *emojis* discriminatorios (a modo ilustrativo, piénsese en la propagación del uso de la bolsa de dinero para referirse al colectivo judío). Su considerando (67) dispone al respecto: *los resultados de los sistemas de IA dependen de sesgos inherentes a sus datos de entrenamiento, los cuales tienden a aumentar gradualmente. Esto, a su vez, perpetúa y amplifica la discriminación ya existente, especialmente en lo que concierne a personas de colectivos vulnerables, como los raciales o étnicos*. De esta manera, la legislación europea reconoce implícitamente el potencial de la inteligencia artificial para replicar y agravar las discriminaciones, incluso aquellas expresadas mediante pictogramas.

Habiendo explorado las disposiciones más significativas de la normativa europea, dirigimos ahora nuestra atención al ámbito estatal para analizar cómo la legislación nacional responde ante la discriminación y la violencia que emergen en el ciberespacio. En España, el primer reconocimiento tácito de estas dimensiones lo hallamos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia

---

dad, democracias e IA en los nuevos ecosistemas mediáticos digitales, editado por J. L. González Esteban, 23-57. Madrid: Libros Fragua, 2025.

de Género que, si bien no contenía una referencia expresa a la violencia simbólica, marcó un primer paso al incluir una visión ciertamente estructural y cultural de la violencia. Así, en su art. 6 el legislador estableció que *las Administraciones educativas velarán para que en todos los materiales educativos se eliminen los estereotipos sexistas o discriminatorios y para que fomenten el igual valor de hombres y mujeres.*

Los estereotipos discriminatorios constituyen el sustrato sobre el que se asientan muchas de las aplicaciones discriminatorias de los *emojis*. A modo ilustrativo, el *emoji* del cerdo o de la nariz de cerdo (🐷🐽) se utiliza para referirse a personas judías o musulmanas. Este empleo se nutre directamente de los estereotipos antisemitas y antimusulmanes, que relacionan estas comunidades religiosas con lo "impuro" o lo "prohibido" para transmitir un mensaje de deshumanización y rechazo hacia estos grupos[87]. De ahí la importancia de que el marco jurídico contemple medidas preventivas centradas en la educación y en la deconstrucción de estereotipos y prejuicios que pueden desembocar en actos de violencia más graves.

Más adelante, la LO 3/2007, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, también aboga por este enfoque preventivo (art. 24: *las Administraciones educativas evitarán que, por comportamientos sexistas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan desigualdades entre mujeres y hombres*). La norma también recoge en su art. 6 una diferenciación entre las discriminaciones directas e indirectas, derivada de la citada directiva 2000/78/CE del Consejo, sobre igualdad de trato en el empleo.

Ya hemos comentado que el concepto de discriminación indirecta es trascendental para el reconocimiento del uso discriminatorio de elementos *a priori* inofensivos, como los *emojis*. De hecho, la ley asume este tipo de discriminación al comprender, en su art. 7, una definición amplia de la conducta de acoso sexual: *a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.*

Sin duda, símbolos como los *emojis* o los emoticonos pueden ser parte de un "comportamiento" o "efecto" que lesiona la dignidad de las mujeres, por ejemplo, mediante el envío deliberado del icono de la berenjena (🍆) o del melocotón (🍑) en un contexto digital para insinuar actos sexuales no deseados[88]. Aunque no existan palabras explícitas de acoso sexual, la recepción constante de estos pictogramas, con connotaciones sexuales, ge-

[87] Tanto en el judaísmo como en el islam, el cerdo es considerado un animal impuro y su consumo está estrictamente prohibido. El empleo del icono del cerdo para referirse a estas comunidades busca atacar la identidad religiosa y cultural de sus miembros, denigrándolos al calificarlos de "impuros", "animales" o, incluso, a modo de burla de sus creencias y tradiciones.

[88] Igualmente, véanse los ejemplos de la última columna de la Tabla 1 (p. 7).

nera un entorno hostil en el que se cosifica a la víctima reduciéndola a un simple objeto sexual; y limitando su capacidad de interactuar libremente en el ciberespacio. Todo ello, al atentar claramente contra su dignidad humana, cumpliría con los criterios del acoso por razón de sexo que establece la LO 3/2007.

En el ámbito autonómico, se ha de mencionar la Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha, por su relevancia en cuanto al objeto de estudio. Pese a que se trataba de una norma dirigida a la protección de las mujeres víctimas de violencia de género, el legislador recogía todas las formas de la violencia que se ejercían contra las mujeres, dando visibilidad así a aquellas conductas que a veces no se identifican, como la violencia económica, la restricción de los derechos sexuales y reproductivos mediante la violencia, la que se produce en el medio de las tecnologías de la información y la comunicación; y, específicamente, se aludía a la violencia simbólica. El art. 5 contenía la siguiente definición: se entiende como violencia simbólica *la utilización de iconos, representaciones, narrativas o imágenes que reproducen o transmiten relaciones de dominación de los hombres respecto de las mujeres, que legitiman la violencia y naturalizan la subordinación de la mujer, cualquiera que sea el formato que utilicen y el ámbito de relación al que se refieran*.

Como se explicó anteriormente, la dominación/opresión constituye un elemento intrínseco de la discriminación y la violencia (Barrère Unzueta y Morondo Taramundi, 2011[89]). La eficacia de estos mecanismos reside en su capacidad para legitimar la subordinación de la víctima, internalizando jerarquías y desigualdades hasta el punto de que la persona oprimida perciba su condición como natural o inevitable.

En la era digital, los *emojis* emergen como canales subrepticios en esta misma matriz de opresión, pues se camuflan en la cotidianidad de nuestras interacciones digitales. Su ubicuidad y aparente inocuidad los convierten en vehículos particularmente insidiosos para generar discriminación y, por ende, perpetuar la violencia simbólica. Por ello, el hecho de que una ley, aunque sea de alcance autonómico, categorice la violencia simbólica supone un paso imprescindible para desmantelar estructuras de dominación arraigadas. Adela Cortina (2017[90]) afirmaba que la historia humana consistía "en ir poniendo nombres a las cosas para incorporarlas al mundo del diálogo, la conciencia y la reflexión". Por lo que el primer paso para afrontar una realidad es, sin duda, nombrarla correctamente.

Lo cierto es que llama la atención que la Ley 4/2018, de 8 de octubre, contenga una definición detallada de la violencia simbólica (art. 5.f), de-

[89] Barrère Unzueta y Morondo Taramundi… "Subordinación y discriminación…", op. cit.

[90] Cortina, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la sociedad democrática*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2017, p. 17.

mostrando una profunda comprensión de su mecanismo de operación a través de "iconos, representaciones, narrativas o imágenes"; y las leyes estatales promulgadas con posterioridad no hayan replicado esta especificidad. Por ejemplo, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación que, en su Exposición de Motivos, aspiraba a convertirse en el *mínimo común normativo del derecho antidiscriminatorio español.* Para ello, pretendía dar cobertura *a las discriminaciones que existen y a las que están por venir, ya que los desafíos de la igualdad cambian con la sociedad y, en consecuencia, también deberán hacerlo en el futuro las respuestas debidas.*

Sin embargo, la norma solo contiene un reconocimiento tácito a todas las formas de discriminación y violencia: [Partimos] *de que los actos discriminatorios se cometen en un contexto de discriminación estructural que explica las desigualdades históricas como resultado de una situación de exclusión social y sometimiento sistemático a través de prácticas sociales, creencias, prejuicios y estereotipos.* Con base a ello, sus arts. 13 y 19 recogen mandatos dirigidos a las instituciones educativa y de justicia para que velen por la supresión de estereotipos y promuevan la ausencia de cualquier forma de discriminación.

Igualmente, en su art. 6.1 la ley define y prohíbe la discriminación indirecta: se entiende como tal *aquella situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2* (origen racial, étnico, sexo, religión, orientación o identidad sexual, etc). Esta definición, a diferencia de la normativa estatal anterior, comprende un espectro más amplio de motivos discriminatorios.

Por su parte, en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (conocida como "Ley del solo sí es sí"), también observamos algunas referencias a la discriminación indirecta y la violencia simbólica. Aunque la norma se centraba en las violencias sexuales, su enfoque de garantía integral la obligaba a abordar las condiciones que hacían posibles dichos fenómenos y los perpetuaban. Por ello, planteaba, a través de sus Títulos II y III, un marco de actuación en diversos ámbitos (educativo, sanitario, digital, publicitario, laboral), disponiendo medidas de prevención y sensibilización, desarrollando protocolos para la detección de las violencias sexuales; y estableciendo la formación necesaria para garantizar la especialización de profesionales con responsabilidad directa en la prevención y detección de la violencia, así como en la atención integral, la protección y la justicia. De esta forma, se modificarían patrones culturales y sociales manifestados mediante normas y prácticas aparentemente neutras (discriminaciones indirectas).

El análisis de las dos leyes de 2022 revela un notable vacío legal en lo que respecta a una referencia concreta a la violencia simbólica. Es evidente que dicha omisión podría dificultar una aproximación conjunta a manifestaciones cada vez más presentes y complejas, como la presencia de *emojis* en contextos de discriminación y violencia simbólica.

Por último, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos LGTBI, aborda indirectamente conceptos relacionados con la discriminación indirecta y la violencia simbólica aunque, al igual que las anteriores, no emplee términos exactos en sus definiciones clave. De esta manera, establece un marco para afrontar las estructuras y narrativas que perpetúan la discriminación en sentido amplio. Además, apuesta por medidas de prevención, sensibilización y lucha contra estereotipos y prejuicios. El marco jurídico que desarrolla esta norma es aplicable a las dinámicas comunicativas en las que los *emojis* participan. Estos pueden ser instrumentos para la diversidad y la inclusión que la ley promueve (Títulos I y II), por ejemplo, la existencia de *emojis* que representan parejas del mismo sexo (👩‍❤️‍👩), familias diversas (👪) o personas con identidades de género no binarias contribuye a la visibilidad y la normalización de todos los colectivos en sociedad. En contraposición a esto, la ausencia de representaciones adecuadas o la utilización intencionada de símbolos para perpetuar estereotipos dañinos contrapondría el espíritu no discriminatorio de la ley. A título ilustrativo, más allá de los ejemplos ofrecidos en la Tabla 1, uno de los símbolos más comunes para ridiculizar a una persona trans es el icono del payaso porque sugiere que la identidad de la persona es una "broma", una "farsa" o algo irreal. Este uso niega la identidad de la víctima, vulnerando su derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE).

Del análisis del entramado normativo en materia de igualdad y no discriminación, pueden extraerse varias conclusiones relevantes para nuestro estudio: se observan avances significativos en el reconocimiento de las distintas formas que adopta la discriminación, especialmente en lo relativo a la discriminación indirecta. Gracias al desarrollo del Derecho antidiscriminatorio, tanto en la legislación europea como en la española se ha ampliado el concepto y la protección jurídica frente a este fenómeno. En el esfuerzo por abordar las manifestaciones más sutiles, el legislador se centra particularmente en contrarrestar los estereotipos y prejuicios. Estos son considerados la génesis de las conductas discriminatorias y, por su propia naturaleza, se hallan vinculados a la raíz de las vulneraciones que puede acarrear un uso pernicioso de los *emojis*.

Por su parte, la violencia simbólica no ha recibido aún un reconocimiento específico. Una excepción destacable es la Ley 4/2018, de 8 de octu-

bre, de Castilla-La Mancha, para una Sociedad Libre de Violencia de Género, que incorpora su definición. Este avance, lamentablemente, no ha sido replicado por la legislación posterior. No obstante, puede identificarse una consideración implícita del fenómeno en el enfoque progresivamente integral que ha ido adoptando el legislador para abordar las nuevas manifestaciones de violencia. De hecho, es en la violencia ejercida mediante representaciones, símbolos o imágenes (a la que aluden las leyes más recientes) donde podría situarse la práctica discriminatoria de los *emojis*.

A pesar de su creciente protagonismo en la comunicación digital y su potencial para vulnerar derechos fundamentales, la legislación española aún no contempla, claramente, la capacidad de estos iconos para ejercer una función discriminatoria. Por ello, se puede hablar de un vacío normativo significativo en la materia. Todo ello justifica la necesidad de adoptar medidas en dos direcciones. Más allá de apostar por la educación digital como herramienta de prevención y concienciación, se han de considerar reformas legislativas que integren expresamente la violencia simbólica digital en los marcos normativos sobre igualdad y no discriminación, reconociendo los *emojis* como expresiones violentas y/o discriminatorias. Por otro, es necesaria una interpretación judicial flexible y adaptativa que permita aplicar la normativa existente a estas manifestaciones emergentes.

Utilizar iconos digitales para discriminar menoscaba la igualdad real, uno de los ejes fundamentadores de nuestro Estado social y democrático de derecho (STC 12/2008, de 29 de enero). Por tanto, el ordenamiento jurídico debe responder con la misma contundencia que frente a las muestras tradicionales de violencia y discriminación.

V. Trascendencia jurídica del *emoji*: análisis de la jurisprudencia española

La falta de reconocimiento normativo sobre los *emojis* como formas de discriminación indirecta o violencia simbólica obliga a volver la mirada hacia los órganos judiciales, encargados en última instancia de su interpretación. Como se ha comentado, estos iconos digitales son, en la actualidad, parte de la comunicación humana y generan repercusiones que han de ser analizadas y valoradas como cualquier otro elemento probatorio. En el ámbito judicial esto se traduce en que su combinación en un contexto determinado puede dar lugar a hechos jurídicos con afectación a terceros (Ezequiel Fusco, 2019[91]).

Durante los últimos años se ha apreciado un aumento exponencial del número de sentencias que analizan la trascendencia jurídica de los *emojis*

[91] Fusco. "El problema semántico...", op. cit.

(Fernández y Romero Sánchez, 2019[92]). Especialmente en la jurisdicción penal donde su presencia, según estos autores, es mayoritaria en casos de delitos de amenazas, acoso y abuso sexual; y en el orden social donde se suele examinar como manifestación de voluntad o consentimiento. Un ejemplo recurrente es el uso del icono del pulgar hacia arriba (👍) para validar un acuerdo o para confirmar la recepción y aceptación de una instrucción en el ámbito laboral o comercial.

Pese a todo ello, los tribunales no han proporcionado una definición jurisprudencial ni un criterio interpretativo uniforme sobre los mismos, solo han efectuado interpretaciones casuísticas según el contexto en el que se enmarcasen los supuestos de hecho (Fernández y Romero Sánchez, 2019[93]).

Esto puede deberse a las complejidades que los *emojis* presentan como nuevos elementos probatorios: Goldman (2018[94]) señala, en primer lugar, el tamaño reducido de algunos pictogramas y las semejanzas que comparten. Por lo que su utilización implica un riesgo de que el lector los emplee equivocadamente. En segundo lugar, como ya se explicó con anterioridad, el uso de los *emojis* depende también de la cultura en la que se utilicen. Por ello, existe una ambigüedad ínsita en algunos de ellos, o bien no siempre se conoce su verdadero significado, o bien este es susceptible de diversas interpretaciones, lo que suele dar lugar a numerosos malentendidos (Evans, 2017[95]). Ante la ausencia de regulación legal, Taléns Visconti (2021[96]) propone, como solución para proporcionar cierta seguridad jurídica, acudir a los criterios fijados por Unicode, con la finalidad de identificar el significado real para el que fue creado cada uno de los *emojis*. Ahora bien, aunque se intente estandarizar la interpretación de los significados, compartimos con el autor la idea de que el emisor puede defender que ha enviado el símbolo en un sentido distinto a cómo lo interpretó el receptor. Esto puede suceder con los que reflejan estados de ánimo cuya función puede variar dependiendo del contexto en el que se emplean. A título de ejemplo, un guiño es entendido comúnmente como una sonrisa cómplice, pero también puede modificar el significado de la frase a la que acompaña para expresar que se trataba de una broma. Aquí se hace obligatorio acudir al contexto de la conversación, como elemento clarificador de la misma (Taléns Visconti, 2021[97]).

Además, se han de recordar las diferencias de formato existentes entre los distintos operadores: los *emojis* de la compañía Apple difieren de los

---

92 Fernández, Carlos B., y Eduardo Romero Sánchez. "¿Qué significado jurídico tienen los emoticonos?". *La Ley* (9 de mayo de 2019). *https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params*

93 Fernández, Carlos B y Romero Sánchez. "¿Qué significado jurídico tienen…", *passim*.

94 Goldman…"Emojis and the Law…", *passim*.

95 Evans… *The emoji code*… op. cit.

96 Taléns… "El valor jurídico de los emojis…", op. cit.

97 Taléns… "El valor jurídico de los emojis…", op. cit.

de Samsung, que a su vez se diferencian de los de WhatsApp, Microsoft, Twitter, Facebook, Mozilla, Google, etc. Esta disparidad de formato implica, en particular, que el *emoji* que enviamos pueda ser recibido de un modo diferente a cómo lo visualizamos en pantalla (Delaney, 2016[98]). Por ejemplo, si mandamos desde un dispositivo Apple el *emoji* de la pistola de agua, la persona que lo recibe puede visualizarlo como un arma si su operador no introdujo el cambio que realizó la compañía tecnológica en 2016 con el fin de mitigar la violencia[99]. Ante esta apariencia diversa, a efectos jurídicos habría que tener en cuenta el *emoji* emitido, no el efectivamente recibido (Berels, 2017[100]; Rodríguez Álvarez, 2019[101]).

En línea con lo anterior, una de las primeras sentencias en la materia fue la STS 54/2016, de 10 de mayo[102], que no interpretaba propiamente el significado de un emoticono, pero aludía a ellos de manera significativa. Los hechos que se enjuiciaban eran unas descalificaciones que colgó un agente de la Guardia Civil en su "estado" de WhatsApp, acompañadas de varios *emojis* de "caras risueñas"[103]. El Tribunal Supremo estimó que las expresiones no podían entenderse referidas a uno de sus superiores (por lo que se anuló la sanción disciplinaria interpuesta por la comisión de una falta leve de desconsideración con sus superiores), porque la prueba practicada no resultaba ser "conforme y adecuada a la concepción del derecho esencial a la presunción de inocencia (…) y, por ende, lógica, razonable, no arbitraria y acorde con las reglas de la sana crítica". En suma, no existía prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia. Este fallo, en el que los *emojis* se tienen en cuenta pero no resultan determinantes para la decisión, ilustra una de las catego-

98 El autor explica que las diferencias en la apariencia de un *emoji* entre plataformas pueden dar lugar a diferentes respuestas emocionales, dependiendo de la plataforma desde la que se visualice. Delaney, John F. "Mixed messages: courts grapple with emoticons and emoji". *The Law and Business of Social Media* (19 de abril de 2016). *https://www.sociallyawareblog.com/topics/emoji*

99 *El País*. "Apple cambiará el emoji del revólver por una pistola de agua. La nueva versión de iOS incluirá más de 100 nuevos iconos". *El País* (2 de agosto de 2016). *https://verne.elpais.com/verne/2016/08/02/articulo/1470142344_794255.html*

100 Berels, Rebecca A. "Take Me Seriously: Emoji as Evidence". *Digital Commons at Michigan State University College of Law* (2017): 1-37. *http://digitalcommons.law.msu.edu/king/261*

101 Rodríguez Álvarez… "Sobran las palabras…", p. 695.

102 Enlace a la resolución completa en: *https://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7671233&optimize=20160516&publicinterface=true&tab=AN&calledfrom=searchresults&statsQueryId=266363850&start=5&links=guardia%20civil%2C%20emoticono*

103 Las ofensas las conformaban la expresión "inútil" y unas referencias numéricas que aludían a unas calificaciones bajas obtenidas, supuestamente, por uno de los superiores en unos exámenes de acceso para la incorporación a la Escala de Oficiales. No obstante, el Tribunal entendió que no todas las notas se correspondían con los resultados logrados por el injuriado, por lo que no se podía probar que las expresiones se dirigieran hacia él.

rías en las que podemos clasificar las resoluciones que examinan estos caracteres[104].

Siguiendo a Rodríguez Álvarez (2019[105]), por un lado se encuentran este tipo de sentencias en las que, aunque aparezcan los pictogramas, no son concluyentes para el fallo, pues únicamente cumplen su función de reforzar el contenido del mensaje escrito al que acompañan (Padilla-García, 2024[106]). Además de la citada STS 54/2016, de 10 de mayo, cabe señalar la SAP Santander 441/2025, de 17 de febrero[107], en la que se condena a un sujeto por varios delitos, entre ellos el de trato degradante (art. 173.2 CP.) Los juzgadores consideran probada la "actitud intimidatoria y de hostigamiento" del acusado hacia su pareja a la que envió varios mensajes "exigiéndole de forma imperativa que atendiera el teléfono, que se cambiara la foto que tenía visible en su perfil de WhatsApp y que regresara a casa". Todo ello acompañado de "emoticonos de enfado"[108].

Los *emojis* son elementos valorados en la sentencia pero, sin duda, la decisión del tribunal no habría cambiado si no estuviesen presentes, porque las palabras proferidas eran más que suficientes para justificar por sí sola la condena. Lo mismo sucede en la STS 48/2024, de 28 de noviembre[109], por la que se condena a un sujeto por un delito consumado de abuso de autoridad, en la modalidad de acoso (penado en el Código Penal Militar), con base al contenido de unas comunicaciones que incluían "emoticonos con caritas de risas, de fiesta, de rubor, etc.". La Sala considera probada la actitud de hostigamiento sin que los símbolos de sus conversaciones de WhatsApp revistan mayor importancia que los mensajes enviados y las visitas repetidas del condenado a los lugares donde se encontraba la víctima.

Por otro lado, encontramos un segundo bloque conformado por los procesos judiciales en los que los *emojis* centran la discusión, porque su presencia es determinante para decantar la decisión del juzgador en uno u otro sentido. Nos detendremos en dos ejemplos de interés para nuestra investigación: en primer lugar, cabe subrayar la SAP Alicante 203/2018, de 6 de abril, con relación a un delito de quebrantamiento de condena por in-

---

[104] En sus resoluciones, los tribunales emplean indistintamente los términos emoticonos y *emojis*.

[105] Rodríguez Álvarez… "Sobran las palabras…", p. 681 y ss.

[106] Padilla-García… "Los emojis…", *passim*.

[107] Se puede consultar la sentencia completa en: *https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ff856b836c40a039a0a8778d75e36f0d/20250331*

[108] También resulta de interés la SAP Sevilla 437/2017, de 22 de septiembre, relativa a un delito continuado de amenazas. A pesar de que en los mensajes se incluye el emoticono que representa la pistola, detalla el tribunal que estos por sí solos ya eran "objetivamente capaces de generar miedo y angustia en la destinataria". Sentencia completa en: *https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp*

[109] Sentencia completa en: *https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/d00bf29586f8a096a0a8778d75e36f0d/20241216*

cumplir la prohibición de comunicación: un hombre condenado por acosar a una mujer infringe dicha prohibición enviándole a través de Messenger (chat de la red social Facebook) dos mensajes: uno es un emoticono de una cara —no se especifica cuál—; el otro se corresponde con el emoticono del pulgar de un dedo. El envío de estos *emojis*, aun cuando no van acompañados de ninguna palabra, es suficiente para colmar las exigencias del tipo, razón por la cual se le condenó en primera instancia.

Otra resolución relevante es la SAP Pontevedra 19/2017, de 3 de febrero, sobre un delito leve de injurias. La condenada había colgado diversos mensajes en su estado de WhatsApp que irían dirigidos a su ex pareja con el fin de atentar contra su dignidad y propia estimación[110]. El tribunal no da por válido que el propósito de los *emojis* sea reflejar estados de ánimo (como alegó la defensa), sino lesionar el honor del denunciante. Este es fácilmente identificable debido a algunos datos que ofreció la autora de los mensajes, como el tatuaje de una rosa que representó mediante un *emoji*. Los juzgadores argumentan: "No ofrece tampoco cuestión el carácter degradante que tienen para la propia estima de la persona (...), sin que sea preciso que trascienda su conocimiento a terceras personas, para la producción de la lesión de su derecho al honor". En este sentido, los *emojis* reflejan claramente el ánimo o intención de injuriar.

Del estudio de ambos bloques[111] se desprende que el *emoji* puede ser un componente más de una conducta global (por ejemplo, discriminatoria) o incluso actuar, de forma aislada, como un elemento discriminatorio en función de cómo se utilice en la interacción digital. En este sentido, para que el *emoji* tenga trascendencia jurídica suficiente como para ser considerado como un auténtico símbolo de discriminación, deberían estar presentes, al menos, los siguientes requisitos: a) la intención de menoscabar la dignidad de la otra persona a la que se envía el signo digital (relevante para la lesión de su derecho al honor[112]). b) que se dirija

[110] Obsérvense algunas de las expresiones proferidas por la condenada: "Así acabareis comiendo los unos a los otros como manda (*emoji* de cerdo) el bobito, el retrasado casi dios, (*emoji* de cerdo) y familia (*emoji* riendo)"; "A mi me toco el gordo hace unos años haora [sic] que le toque a otrasss (*emojis* de risa y una rosa)". "Uff como se te va a poner el culo con tato deporte (*emojis*), ya te hacía falta!! Que lo tiene para la p--- del elefante".

[111] Igualmente, se ha de tener en cuenta la dualidad interpretativa que señala Berels (2017) respecto al significado de un *emoji*: una corriente de la jurisprudencia estadounidense sostiene que la inclusión de estos símbolos no altera el sentido fundamental del mensaje que complementan. No obstante, otra vertiente argumenta que los iconos digitales sí transforman la naturaleza de la declaración, pudiendo convertir, por ejemplo, un mensaje serio y potencialmente difamatorio en una simple broma. Berels... "Take Me Seriously...", op. cit.

[112] Un emisor puede utilizar un *emoji* con una intención supuestamente neutra, pero si su uso tiene un efecto desproporcionadamente negativo o humillante para un grupo o si genera un ambiente hostil para una persona, cabría plantearse si nos encontraríamos ante un supuesto de discriminación. La distinción entre la intención y el efecto es crucial para nuestro objeto de estudio: un *emoji* como 💩 enviado a una persona de color con un mensaje de odio podría constituir una evidencia de discriminación directa, ya que la intención de ofender y el acto discriminatorio son

contra un grupo de los entendidos como vulnerable por nuestro ordenamiento jurídico (por razón de etnia, raza, orientación sexual, etc). Estos suelen ser los colectivos diana de la discriminación, como consecuencia directa de su posición estructural en la sociedad y la interacción de una serie de factores sistémicos, que los empujan hacia un "vagón de cola" al que van a parar todos aquellos colectivos que no son merecedores de ser apreciados como "ciudadanos" o lo que es lo mismo: que no pertenecen a "la primera clase" (Landa Gorostiza, 2018[113]); c) el contexto: será imprescindible atender al conjunto de todos los elementos que conformen el *emoji* (emisor, receptor, canal por el que se produce la interacción, etc) para interpretar el caso de forma correcta (Goldman, 2018[114]; Rodríguez Álvarez, 2019[115]).

Para abordar estos criterios de manera sistemática y como guía en el ámbito judicial, se han de implementar modelos que ofrezcan una metodología clara. A este respecto, Berels (2017[116]) propone un proceso formado por una serie de pasos para ayudar a los tribunales a evaluar el valor probatorio del *emoji* como una forma "moderna" de comunicación. Pese a que el procedimiento está pensado para aplicarlo en el sistema judicial americano, algunos de los criterios también podrían resultar de utilidad para los tribunales españoles. Por este motivo, se subrayan los más relevantes:

1. Determinar si la declaración que acompaña al *emoji* es admisible (en el caso de que el símbolo no aparezca aislado, y teniendo en cuenta los requisitos exigidos para cada tipo penal).
2. Evaluar la relevancia del *emoji*: comprobando el valor probatorio del pictograma en relación con el hecho que se intenta probar. O, si acompaña a un mensaje escrito, considerando si el icono modifica el significado de la declaración que acompaña (Goldman, 2018[117]).
3. Comprobar si el e*moji,* por sí solo, constituye una declaración. Por ejemplo, dependiendo del contexto, el *emoji* ❤ podría transmitir la declaración de "Te quiero". Pero también podría indicar el modo en el que ha de interpretarse otra frase a la que acompaña.

---

ostensibles. Por otro lado, un *emoji* aparentemente inofensivo 😂 utilizado de manera sistemática para burlarse de un empleado con una discapacidad intelectual podría ser considerado como una discriminación indirecta. En este caso, el tribunal valoraría el efecto humillante de la conducta, independientemente de la supuesta "intención de bromear" del emisor. Como vemos, la dificultad de probar la intención discriminatoria hace que su impacto sea más insidioso y, a la vez, más complejo de resolver para los tribunales.

113 Landa Gorostiza, Jon Mirena. *Los delitos de odio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.

114 Goldman, Eric. "Emojis and the Law". *Washington Law Review*, 93 (3) (2018): 1227-1291. *https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5033&context=wlr*

115 Rodríguez Álvarez… "Sobran las palabras…", *passim*.

116 Berels… "Take Me Seriously…", p. 28 y ss.

117 Goldman… "Emojis and…", p. 1263.

4. Si es una declaración, decidir si el *emoji* cumple con la definición de *hearsay* (testimonio de oídas[118]). Si el *emoji* 🔪 se utiliza para probar que existía una amenaza real ("estaba amenazándome con un cuchillo"), el símbolo podría considerarse una declaración y, por lo tanto, encajaría en el *hearsay* si la persona que lo envió no está presente. Sin embargo, si el *emoji* se presenta no para probar la amenaza en sí misma, sino para mostrar el efecto que tuvo en el receptor ("vi el emoji 🔪 y sentí miedo y llamé a la policía"), entonces no se entiende como *hearsay*. En este caso, el *emoji* no se presenta para probar que había un cuchillo, sino para explicar la reacción del receptor.
5. Ponderar si el valor probatorio del *emoji* es superado por su efecto perjudicial. Esto significa que la prueba no debe causar más daño que beneficio en un juicio (por ejemplo, generar perjuicio injusto, confusión o engaño). Si el riesgo es demasiado alto, el *emoji* debe ser excluido.
6. Admitir el *emoji* en la plataforma digital desde la que fue enviado: para evaluar con precisión su valor, el tribunal debe visualizarlo en el sistema desde el que se envió al destinatario, especialmente cuando la intención del emisor está siendo cuestionada.
7. Considerar la necesidad de un informe pericial: el tribunal debe decidir si el testimonio de un perito es apropiado para ayudar a esclarecer el significado de un símbolo, ya que el uso de expertos puede ayudar a estandarizar la interpretación de los *emojis* (Berels, 2017[119]).

La interpretación de los *emojis* en el ámbito judicial también representa un desafío significativo debido a la ausencia de un marco normativo específico y de directrices claras al respecto. Si bien la jurisprudencia española ha comenzado a sentar precedentes, las resoluciones judiciales son en gran medida casuísticas. Ante esta complejidad, se hace evidente la necesidad de adoptar un enfoque metodológico que evalúe el valor probatorio de estos pictogramas, garantizando así la tutela judicial efectiva exigida por el art. 24 CE. De esta forma, modelos como el de Berels (2017), que propone un proceso secuencial para evaluar la relevancia de los *emojis*, ofrecen una base sólida para seguir profundizando en la materia.

En definitiva, el sistema judicial debe estandarizar el tratamiento de estos símbolos y asegurar una interpretación coherente y garantista, a fin de responder eficazmente a las nuevas formas de comunicación y a las vulneraciones de derechos que estas conllevan.

---

[118] Intento de utilizar una declaración extrajudicial, con el propósito de probar la verdad de lo que se afirma. La regla general es que no es admisible como prueba, ya que la persona que hizo la declaración original no está presente y no puede ser interrogada.

[119] Berels… "Take Me Seriously…", p. 33.

VI. Conclusiones

Esta investigación ha abordado el uso de los *emojis* en la comunicación digital como una nueva forma de discriminación. Progresivamente, estos símbolos abandonaron sus funciones originales —que permitían concebirlos como expresiones inofensivas y divertidas— para transformarse en instrumentos de reproducción de estereotipos y prejuicios. Esto los ha convertido en uno de los *blind spots* (puntos ciegos) más inquietantes de nuestra época, precisamente porque actúan como herramientas propias de la discriminación indirecta: una práctica aparentemente neutra que genera desventajas específicas para determinados grupos protegidos. Este carácter subrepticio hace que sean difíciles de identificar al operar a través de canales simbólicos y culturalmente naturalizados, como son los *emojis*. Para ilustrar este problema, se ha elaborado una tabla[120] que identifica y categoriza los principales iconos empleados, en la actualidad, con fines discriminatorios.

Mediante estas discriminaciones también se normalizan y refuerzan comportamientos hostiles, contribuyendo a lo que se conoce como "violencia simbólica" (Bourdieu, 1999[121]). Se trata de un modo de dominación que no se ejerce mediante la fuerza física, sino a través de mecanismos simbólicos y culturales; y cuya clave es que las personas que la sufren, inconscientemente, aceptan la opresión de los dominadores como algo legítimo.

Para afrontar y contrarrestar el empleo de los *emojis* como forma de discriminación indirecta o violencia simbólica, el Derecho cuenta con el principio de igualdad y su mandato de prohibición de cualquier tipo de discriminación. A pesar de que la legislación antidiscriminatoria ha ido adaptándose a la era digital, nuestro ordenamiento jurídico todavía no cuenta con disposiciones que aludan explícitamente a la discriminación perpetrada a través de *emojis*. Esto crea un punto ciego normativo que facilita su uso para discriminar, generando impunidad para los agresores e indefensión para las víctimas.

Por su parte, la llegada de estos caracteres a los tribunales ha obligado a valorarlos como nuevos elementos probatorios. El desafío reside en afrontar las complejidades intrínsecas a estos símbolos (su ambigüedad, la dependencia del contexto y los problemas de formato entre plataformas, etc). La ausencia de una conceptualización clara y de criterios jurídicos unificados en la jurisprudencia española podría transformar el problema de la discriminación a través de *emojis* en el temido *elephant in the room*.

---

120 Véase Tabla 1 (p. 7).

121 Bourdieu… *Razones prácticas...* op. cit.

A modo de propuesta, para valorar estas expresiones como auténticos símbolos discriminatorios debería exigirse la concurrencia de los siguientes requisitos: a) la intención de menoscabar la dignidad de la otra persona; b) que se dirija contra un grupo vulnerable (por razón de etnia, raza, orientación sexual, etc.); y c) que se valore, en conjunto, el contexto en el que se enmarque el *emoji*. Igualmente, el modelo secuencial formulado por Berels (2017[122]), compuesto por una serie de pasos que han de seguir en sede judicial para valorar la trascendencia jurídica de los *emojis*, constituye una valiosa aportación en esta materia.

Por último, resulta de interés recordar la afirmación de Bourdieu (2002[123]) acerca de que las revoluciones simbólicas que cambian las mentes de la ciudadanía son tan posibles como las revoluciones violentas. Las primeras son las que, para el sociólogo francés, pueden transformar nuestra manera de ser (y pensar) para convertirnos en personas conscientes y críticas. Solo desarrollando una conciencia plena podremos hacer frente a los puntos ciegos de nuestra época; y solo cultivando un espíritu crítico podremos vencer cualquier forma de discriminación y violencia.

VII. Bibliografía

Alarcón Hernández, Paola, Mabel Urrutia Martínez, Carolina Venegas Carrasco y Claudio Díaz Larenas. "Funciones de los emojis en las representaciones de personas LGBTIQ+: Análisis de comentarios de Facebook". *Literatura y Lingüística*, 48 (2023): 425-446. *http://dx.doi.org/10.29344/0717621x.48.3312*

Al-Rawi, Ahmed. "Hashtagged Trolling and Emojified Hate against Muslims on Social Media". *Religions*, 13(6), 521 (2022). *https://doi.org/10.3390/rel13060521*

Antonín Martín, Monserrat, Pilar Flor Pérez y Joaquín Tomás-Sábado. "Mujer y cuidados: ¿historia de una relación natural?". *Cultura de los Cuidados, Revista de Enfermería y Humanidades*, 13 (2003): 36-39. *https://rua.ua.es/server/api/core/bitstreams/e0bef570-f115-4571-8516-ecb21efe83ca/content*

Arendt, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. España: Alianza Editorial, 1951 (edición consultada de 2006).

Balaguer Callejón, Francisco. *La Constitución del algoritmo.* Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, 2022.

Bamforth, Nicholas, Maleiha Malik and Colm O'Cinneide. *Discrimination law: theory and context: text and materials*. 1st ed., London: Sweet & Maxwell, 2008.

Barinaga, Borja. "Los emojis como sistema de signos global más allá de la tecnología y la ideología". En *Educación y expresión en sociedades inclusivas. El camino hacia la diversidad*, coordinado por R. Grana y M. González Almada, 51-72. Madrid: Dykinson, 2024.

Barrera Márquez, Fabio, y Lidia Rodríguez Alfano. "Estrategias discriminatorias y de ataque en redes sociales". En *Las Humanidades en la Sociedad Superinteligente: Alternativas para el futuro* (III Congreso Internacional). Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León, 2021.

[122] Berels… "Take Me Seriously…", op. cit.

[123] Bourdieu, Pierre. *Las reglas del arte. Génesis y estructura del campo literario*, 3ª ed., Barcelona: Anagrama, 2002.

Barrère Unzueta, M.ª Ángeles, y Dolores Morondo Taramundi. "Subordinación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45 (2011): 15-42. *https://doi.org/10.30827/acfs.v45i0.523*

Becker, Becky K. "Performing 'Digital Citizenship' in the Era of the Blind Spot". *Theatre Symposium,* 28 (2020): 56-67. *https://dx.doi.org/10.1353/tsy.2020.0004*

Berels, Rebecca A. "Take Me Seriously: Emoji as Evidence". *Digital Commons at Michigan State University College of Law* (2017): 1-37. *http://digitalcommons.law.msu.edu/king/261*

Bourdieu, Pierre. *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*. 2.ª ed., Barcelona: Editorial Anagrama, 1999.

Bourdieu, Pierre. *Las reglas del arte. Génesis y estructura del campo literario*, 3ª ed., Barcelona: Anagrama, 2002.

Carmona Cuenca, Encarnación. "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Revista de estudios políticos*, 84 (1994): 265-286.

Cidón, Mireya. "El movimiento incel: la peligrosa radicalización digital que fomenta el odio hacia las mujeres". *Amnistía Internacional España* (9 de abril de 2025). *https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/el-movimiento-incel-la-peligrosa-radicalizacion-digital-que-fomenta-el-odio-hacia-las-mujeres/*

Cotino Hueso, Lorenzo. "Cómo abordar jurídicamente el impacto de la inteligencia artificial en los derechos fundamentales". En *Derecho y Tecnologías,* dirigido por en M. E. Casas, 123-176. Madrid: Fundación Ramón Areces, 2025.

Cortina, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la sociedad democrática*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2017.

Danesi, Marcel. *The Semiotics of Emoji: The Rise of Visual Language in the Age of the Internet*. London: Bloomsbury Publishing Plc, 2016.

Delaney, John F. "Mixed messages: courts grapple with emoticons and emoji". *The Law and Business of Social Media* (19 de abril de 2016). *https://www.sociallyawareblog.com/topics/emoji*

De Miguel Bárcena, Josu. "Lenguaje y Constitución". *Claves de Razón Práctica*, 287 (2023): 20-30.

Evans, Vyvyan. *The emoji code. How smiley faces, love hearts and thumbs up are changing the way we communicate.* Londres: Michael O'Mara Books Limited, 2017.

Fernández, Carlos B., y Eduardo Romero Sánchez. "¿Qué significado jurídico tienen los emoticonos?". *La Ley* (9 de mayo de 2019). *https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params*

Fernández Fernández, José Manuel. "La noción de violencia simbólica en la obra de Pierre Bourdieu: una aproximación crítica". *Cuadernos de Trabajo Social,* 18 (2005): 7-31. *https://revistas.ucm.es/index.php/CUTS/article/view/CUTS0505110007A*

Foucault, Michel. *Defender la sociedad: Curso en el Collège de France*. España: Fondo de Cultura Económica, 1976.

Foucault, Michel. *El orden del discurso*. Barcelona: Tusquets, 1979.

Fusco, Ezequiel. "El problema semántico de los emoticones. Una perspectiva legal". *Bridging Cultures,* 4, (2019): 46-54.

García-Mingo, Elisa y Silvia Díaz-Fernández. "Cartografía de investigación sobre misoginia online y manosfera en España. Mirando al futuro". *Masculinidades y cambio social,* 12, 3 (2023): 293-309.

Goldman, Eric. "Emojis and the Law". *Washington Law Review*, 93(3) (2018): 1227-1291. *https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5033&context=wlr*

González-Trevijano Sánchez, Pedro. *El principio de igualdad y no discriminación. Una perspectiva de derecho comparado*. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2020. *https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659297/EPRS_STU(2020)659297_ES.pdf*

Hernández Prados, María de los Ángeles y Begoña María Lara Guillén. "Responsabilidad familiar. ¿Una cuestión de género?". *RES, Revista de Educación Social*, 21 (2015): 28-44. *https://eduso.net/res/wp-content/uploads/2020/06/responfa_res_21.pdf*

Kirschbaum, Ivan, y Silvia Ramírez Gelbes. "Diálogo 2.0: emojis y cortesía en WhatsApp". *Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*, 9(18), (2022): 136-161. *https://doi.org/10.24137/raeic.9.18.7*

Landa Gorostiza, Jon Mirena. *Los delitos de odio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.

Lazareva, Sofiia. "Emojis as Graphical Hate Speech Markers". *Journal of Language Works - Sprogvidenskabeligt Studentertidsskrift*, 8, nº 1 (2023): 29-44. *https://tidsskrift.dk/lwo/article/view/138019*

Luque, Javier. "Emojis con doble filo". *Diari de Tarragona* (24 de abril de 2025). *https://www.diaridetarragona.com/opinion/la-mirada/228411/emojis-con-doble-filo-d023782450.html*

Maalouf, Amin. *Los desorientados*. Madrid: Alianza Editorial, 2012.

Martínez Soos, Paula, Julia Rodríguez Meneses, Isabel Rodríguez Téllez y Ana Belén Serrano García. "La invisibilidad de los microracismos". *Revista E-innova* (2018): 1-13. *https://webs.ucm.es/BUCM/revcul/e-learning-innova/228/art3438.pdf*

Ministerio de Igualdad de España. *Mujeres y digitalización: de las brechas a los algoritmos*. España: Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades (Ministerio de Igualdad de España), 2020. *https://www.inmujeres.gob.es/diseno/novedades/M_MUJERES_Y_DIGITALIZACION_DE_LAS_BRECHAS_A_LOS_ALGORITMOS_04.pdf*

Mouriquand, David. "Un estudio revela cuáles son los emojis que corren mayor riesgo de quedar en desuso en Europa". *EuroNews* (3 de agosto de 2024). *https://es.euronews.com/cultura/2024/08/03/un-estudio-revela-cuales-son-los-emojis-que-corren-mayor-riesgo-de-quedar-en-desuso-en-eur*

McGill, Andrew. "Why White People Don't Use White Emoji". *The Atlantic* (9 de mayo de 2016). *https://www.theatlantic.com/politics/archive/2016/05/white-people-dont-use-white-emoji/481695/*

Morales, Esteban, Jaigris Hodson, Anatoliy Gruzd and Philip Mai. "I [thumbs-up] your Hate: Emojis as Infrastructural Platform Violence on Telegram". *Proceedings of the Annual Hawaii International Conference on System Sciences* (2025): 2316-2325. *https://research.rug.nl/en/publications/i-thumbs-up-your-hate-emojis-as-infrastructural-platform-violence*

Mubarak, Hamdy, Sabit Hassan and Shammur Absar Chowdhury. "Emojis as Anchors to Detect Arabic Offensive Language and Hate Speech". *Natural Language Engineering* (2019): 1-21. *https://arxiv.org/pdf/2201.06723*

Noble, Safiya Umoja. *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism.* New York: New York University Press, 2018.

Ortega Giménez, Cristina. *El lenguaje de los derechos de las personas migrantes: entre la libertad y la discriminación*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2024.

Ortega Giménez, Cristina. "Libertad de expresión vs. censura: una mirada crítica a la moderación de contenidos en las redes sociales". En *Alfabetización mediática glocal. Desinformación, ciberseguridad, democracias e IA en los nuevos ecosistemas mediáticos digitales*, editado por J. L. González Esteban, 23-57. Madrid: Libros Fragua, 2025.

Padilla-García, Xose A. "Los emojis en WhatsApp: funciones pragmático-discursivas y multimodalidad". *Oralia: Análisis Del Discurso Oral*, 27(1), (2024): 49-72. *https://doi.org/10.25115/oralia.v27i1.8630*

Pinto, Mónica. "Discriminación y violencia. Un comentario sobre los derechos de las mujeres en el marco del derecho internacional de los derechos humanos". *Revista Pensamiento Penal* (2017): 49-72. *https://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/9/discriminacion-y-violencia.pdf*

Rey Martínez, Fernando. "¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45 (2011): 167-181.

Rey Martínez, Fernando. "Racismo líquido". *Público* (5 de febrero de 2015). *https://blogs.publico.es/otrasmiradas/3829/racismo-liquido/*

Rey Martínez, Fernando. *Derecho antidiscriminatorio*. 2.ª ed., Navarra: Editorial Aranzadi, 2023.

Ridaura Martínez, M.ª Josefa. "La contribución del tribunal constitucional español a la deconstrucción de la discriminación por razón de sexo". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24(2), (2020): 335-364. *https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.10*

Rodríguez Álvarez, Ana. "¿Sobran las palabras? Los emojis como prueba en el proceso judicial". *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 69(275-2), (2019): 675-698. *https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2019.275-2.71117*

Rojas Osorio, Carlos. "M. Foucault: el discurso del poder y el poder del discurso". *Universitas Philosophica,* 3, (1984): 45-56.

Sampietro, Agnese. *Emoticonos y emojis: análisis de su historia, difusión y uso en la comunicación digital actual*. Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2016.

Sampietro, Agnese. "Una mirada lingüística a los emojis de la serie 'Adolescencia'". *The Conversation* (7 de abril de 2025). *https://theconversation.com/una-mirada-linguistica-a-los-emojis-de-la-serie-adolescencia-253399*

Sanchís, Albert. "La mayoría del racismo online se manifiesta en forma de emoji y a las plataformas se les está escapando". *Xataka* (14 de septiembre de 2021). *https://www.xataka.com/magnet/mayoria-racismo-online-se-manifiesta-forma-emoji-a-plataformas-se-les-esta-escapando*

Seco Martínez, José María. "De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar". *Derechos y Libertades*, 36, Época II, (2017): 55-89.

Taléns Visconti, Eduardo E. "El valor jurídico de los emojis y su eventual incidencia en las relaciones laborales". *Revista de Jurisprudencia* (7 de diciembre de 2020). *https://elderecho.com/el-valor-juridico-de-los-emojis-y-su-eventual-incidencia-en-las-relaciones-laborales*

Varela Menéndez, Nuria. "Ciberfeminismo, ciberactivismo y manosfera". En *La violencia contra las mujeres en el siglo XXI: derechos, cultura e inteligencia artificial*, dirigido por L. Nuño Gómez y L. Fernández Montes, 19-34. Granada: Editorial Comares, 2024.

Villamor, Alejandro. "Cinco claves para entender a Foucault". *Ethic* (26 de mayo de 2025). *https://ethic.es/cinco-claves-entender-foucault*

Moderación de contenidos y responsabilidad empresarial: el rol jurídico de la industria farmacéutica frente al discurso de odio misógino en el ámbito de la salud digital

Itziar Artíñano Ortiz
Doctoranda Facultad de Derecho UNIZAR.
Departamento de Derecho Privado.

Sumario: I. Introducción. 1. Discurso de odio misógino en salud: un fenómeno jurídico-digital emergente. 2. De las plataformas a los laboratorios: nuevos actores con responsabilidad estructural. 3. Objetivos, alcance y límites del capítulo II. Salud digital y violencia simbólica contra las mujeres. 1. Desinformación, misoginia y estigmatización de los cuerpos feminizados. 2. Casos de medicalización excesiva: salud mental, dolor crónico y hormonas. 3. Publicidad sexista y discursos normativos sobre lo corporal femenino. 4. El silencio ante la violencia digital contra profesionales sanitarias. III. Responsabilidad empresarial en entornos digitales: fundamentos jurídicos. 1. De la ética voluntaria a la exigibilidad jurídica. 2. Deber de diligencia en información veraz y no discriminatoria. 3. La omisión como fuente de responsabilidad jurídica compartida. IV. Conclusiones y propuestas. Bibliografía.

I. Introducción

1. Discurso de odio misógino en salud: un fenómeno jurídico-digital emergente

El discurso de odio misógino en entornos digitales de salud se ha convertido en un fenómeno preocupante y complejo. Se entiende por tal las expresiones que difunden, incitan o justifican odio o violencia contra las mujeres por razón de su sexo o género[1]. Este tipo de ciberviolencia es básicamente una extensión de la violencia de género tradicional al espacio

[1] Fernand de Varennes, *Recommendations of the Forum on Minority Issues at its Thirteenth Session on "Hate Speech, Social Media and Minorities"*, UN Doc. A/HRC/46/58 (26 January 2021), report to the Human Rights Council, United Nations, *https://docs.un.org/es/A/HRC/46/58*

en línea[2]. Las redes sociales, foros y plataformas de salud digital amplifican mensajes estigmatizadores sobre cuerpos feminizados, refuerzan estereotipos y permiten formas de agresión antes impensables por su alcance global. El Parlamento Europeo subraya que la ciberviolencia de género es una prolongación de la violencia offline, y advierte que la regulación vigente en la Unión Europea aún carece de mecanismos adecuados para combatir eficazmente este fenómeno[3]. En el contexto sanitario, este problema se manifiesta en ataques misóginos contra mujeres pacientes, profesionales de la salud y divulgadoras científicas, así como en la difusión de información falsa o sesgada que perjudica específicamente a las mujeres. Nos encontramos ante un reto jurídico-digital emergente que exige respuestas novedosas desde el derecho internacional, europeo y nacional.

2. *De las plataformas a los laboratorios: nuevos actores con responsabilidad estructural*

Históricamente, el debate sobre moderación de contenidos se ha centrado en las grandes plataformas tecnológicas (redes sociales, foros, buscadores). Sin embargo, en el ámbito de la salud digital, surgen nuevos actores cuya influencia les confiere una responsabilidad estructural: entre ellos, la industria farmacéutica. Las compañías farmacéuticas, a través de sus estrategias de marketing, presencia digital, portales de información al paciente e incluso aplicaciones de salud, participan activamente en el ecosistema informativo sanitario. Su rol ya no se limita a fabricar medicamentos, sino que también modelan narrativas de salud —ya sea mediante publicidad, financiación de contenidos o iniciativas de educación sanitaria en línea. En ocasiones, laboratorios farmacéuticos patrocinan páginas web, comunidades de pacientes o campañas en redes sociales. Por ello, aunque no sean "intermediarios" tradicionales al estilo de Facebook o X, estos actores corporativos poseen un poder de influencia sobre la información y los discursos que circulan sobre temas de salud. Exploramos cómo los "laboratorios" se suman a las "plataformas" en la lista de sujetos que, por acción u omisión, pueden contribuir a la propagación del odio misógino en línea. La hipótesis central es que existe una responsabilidad invisible o poco examinada de la industria farmacéutica en este campo, dada su posición privilegiada para frenar —o inadvertidamente fomentar— narrativas misóginas y desinformación que afectan a la salud de las mujeres.

---

[2] European Parliament, *Report with recommendations to the Commission on combating gender-based violence: cyberviolence*, Doc. A-9-2021-0338 (14 December 2021), European Parliament, *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0338_EN.html*

[3] European Parliament, Report on Combating Gender-Based Violence: Cyberviolence, A-9-2021-0338 (14 December 2021), recital F.

3. Objetivos, alcance y límites del capítulo

El objetivo es analizar, con enfoque jurídico y práctico, el rol de la industria farmacéutica frente al discurso de odio misógino en la salud digital, articulando ejemplos y marcos normativos aplicables. Se busca, en el apartado segundo, describir manifestaciones concretas de violencia simbólica contra las mujeres en entornos sanitarios digitales (desinformación, misoginia y estigmas corporales); en el tercer apartado, examinar la posible responsabilidad —jurídica y ética— de las empresas farmacéuticas, tradicionalmente discretas al respecto, en cuanto a prevenir, moderar o no beneficiarse de dichos discursos de odio; en el cuarto, identificar los fundamentos normativos internacionales, europeos y nacionales que sustentarían obligaciones empresariales en entornos digitales; y por último, concluir y proponer medidas para una moderación de contenidos con perspectiva de género. El alcance temático se centra en la misoginia digital vinculada con la salud de las mujeres. En cuanto al marco normativo, se analizan las disposiciones vigentes hasta 2025 y proyectos normativos pendientes de tramitación. La metodología combina la revisión doctrinal y normativa con el estudio de casos, buscando un equilibrio en la reflexión teórico-práctica.

II. Salud digital y violencia simbólica contra las mujeres

1. Desinformación, misoginia y estigmatización de los cuerpos feminizados

En la salud digital convergen desinformación y misoginia, generando un caldo de cultivo que estigmatiza los cuerpos feminizados. La desinformación[4] de género se define como la difusión de relatos falsos o tergiversados con el fin de minar la credibilidad, reputación o derechos de las mujeres, a menudo apelando a estereotipos sexistas[5]. Estas narrativas confusas se amplifican en redes sociales para descalificar e incluso dañar la vida personal y profesional de las mujeres, sentando las bases de mensajes misóginos y heteropatriarcales que socavan la mentalidad colectiva. En el ámbito sanitario, tal desinformación puede manifestarse, por ejemplo, en mitos sobre el cuerpo femenino (menstruación, menopausia, etc.), noticias falsas sobre salud reproductiva, o teorías conspirativas con sesgo de género. Un caso ilustrativo es el de la estigmatización de las mujeres

[4] "Siete principios contra la desinformación y las noticias falsas en las redes sociales," *Noticias ONU*, 13 de noviembre de 2023, *https://news.un.org/es/story/2023/11/1525477*

[5] Silvio Sirias Duarte,"Desinformación de género: Una puerta a la misoginia," *Plataforma Regional Género y Metodologías*, 22 de octubre de 2024, *https://generoymetodologias.org/puntos-vista/desinformacion-de-genero-una-puerta-a-la-misoginia/*

con ciertos padecimientos. Históricamente, dolencias predominantemente femeninas —como la fibromialgia, la fatiga crónica o condiciones asociadas al ciclo hormonal— han sido objeto de dudas y descrédito médico, atribuyéndose a menudo a exageraciones[6] o a supuestos problemas psicológicos de las pacientes. En la esfera digital actual, tales prejuicios encuentran eco y amplificación. *Influencers* y foros machistas, por no hablar de la denominada manosfera, propagan la idea de que las quejas de salud femenina son exageradas o fruto de debilidad, trivializando problemas reales (como el síndrome premenstrual, el dolor pélvico, depresión posparto, etc.) y culpabilizando a las mujeres por sus propios padecimientos. Esta desinformación misógina no solo deslegitima las experiencias de las pacientes, sino que alimenta un clima que puede disuadirlas de buscar ayuda o de alzar la voz. Adicionalmente, la violencia simbólica se ejerce a través de la presión sobre el cuerpo femenino ideal. Muchas comunidades en línea fomentan la *fat shaming*[7] (burla al sobrepeso) u otras críticas al aspecto de las mujeres en contextos de salud. La desinformación de género opera para reforzar prejuicios sobre el cuerpo: en lugar de promover información sanitaria veraz (v.gr., sobre nutrición o diversidad corporal saludable), ciertos discursos misóginos culpabilizan y ridiculizan a las mujeres por no encajar en un molde físico, llegando a disuadirlas de participar en conversaciones de salud por miedo a recibir ataques.

Esta intersección entre desinformación y sesgos de género genera riesgos específicos: la difusión de información no científica sobre salud femenina —como noticias infundadas sobre los efectos secundarios de los tratamientos médicos, o mitos a cerca de los métodos de planificación familiar— ha proliferado en redes sociales, a menudo reforzando estereotipos y prejuicios sobre el cuerpo de la mujer. Estas narrativas encuentran un terreno propicio en comunidades donde persisten creencias desinformadas sobre salud, lo que refuerza las actitudes discriminatorias hacia las mujeres.

---

[6] Un estudio reciente evidenció que el 83,3% de las mujeres con fibromialgia perciben que los profesionales de la salud creen que ellas están fingiendo o exagerando su dolor, lo que refuerza la estigmatización al asociar automáticamente la enfermedad "invisible" con el hecho de ser mujer. Esa percepción de invalidez tiene raíces en un sesgo misógino: durante décadas, la medicina ha calificado problemas femeninos genuinos como "histeria" o se ha mostrado renuente a investigar seriamente síntomas en cuerpos feminizados. G. Vázquez-González, R. Allande-Cussó, J. Gómez-Salgado, M. Yildirim, J. Fagundo-Rivera, J. A. Climent-Rodríguez, and Y. Navarro-Abal, "Prejuicios, actitudes y estereotipos de los profesionales de la salud hacia la fibromialgia: una revisión sistemática [Prejudices, Attitudes, and Stereotypes of Healthcare Professionals towards Fibromyalgia: A Systematic Review]," *Atención Primaria* 57, no. 9 (2025): 103251, *https://doi.org/10.1016/j.aprim.2025.103251*

[7] Por ejemplo, la cantante estadounidense Bebe Rexha fue objeto de *body shaming* durante el Met Gala 2025 por parte de la rapera Azealia Banks. Rexha respondió revelando que padece síndrome de ovario poliquístico, enfrenta problemas de fertilidad y había sufrido recientemente la pérdida de un embarazo, transformando su réplica en un llamado público contra la violencia estética y la insensibilidad en redes sociales."Bebe Rexha reveals pregnancy loss as she claps back at Met Gala 2025 body shaming," *Page Six*, 6 May 2025, *https://pagesix.com/2025/05/06/parents/bebe-rexha-reveals-pregnancy-loss-claps-back-at-azealia-banks-body-shaming/*

Según la UNESCO[8], las redes sociales han acelerado y amplificado la circulación de información falsa y la incitación al odio, lo que plantea riesgos para la salud pública y la equidad. Esto resulta particularmente preocupante cuando la desinformación afecta a colectivos vulnerables —en este caso, las mujeres— menoscabando su derecho a información sanitaria veraz y su dignidad. En síntesis, la salud digital se ha convertido en un nuevo escenario de debate cultural y social: por un lado, quienes abogan por información científica rigurosa y respetuosa con la dignidad femenina, sin por ello dejar de ser puramente científica; por otro, quienes emplean la desinformación y los tropos misóginos para perpetuar la subordinación simbólica de las mujeres en el ámbito sanitario. Este panorama invita a reflexionar sobre las responsabilidades de todos los actores involucrados, incluidos los corporativos, para contribuir a frenar la circulación de datos falsos y discursos acientíficos que afectan negativamente en la salud y los derechos de las mujeres.

2. Casos de medicalización excesiva: salud mental, dolor crónico y hormonas

La medicalización excesiva de problemas de salud de las mujeres constituye otra forma de violencia simbólica en el ámbito sanitario, habitualmente ligada a sesgos de género. El término se refiere a la tendencia a encasillar experiencias vitales femeninas o síntomas que expresan las mujeres como patologías médicas que requieren fármacos, en lugar de entender su contexto o atender a causas específicas. Tres áreas paradigmáticas destacan: la salud mental femenina, el dolor crónico y los procesos hormonales o reproductivos. a. Salud mental. Diversos estudios evidencian la existencia de una brecha de género tanto en los diagnósticos como en los tratamientos. Las mujeres presentan mayores tasas de diagnóstico de depresión y ansiedad que los hombres, pero no siempre porque enfermen más, sino a menudo por sesgos diagnósticos: los profesionales tienden a atribuir síntomas físicos de las mujeres a causas psicológicas con más rapidez que cuando el paciente es hombre [9]. Este sesgo conlleva que muchas mujeres reciban psicofármacos en lugar de investigaciones médicas profundas sobre sus dolencias[10].

---

[8] UNESCO, "Desinformación en línea: la UNESCO presenta su plan de acción para regular las redes sociales," 6 de noviembre de 2023, *https://www.unesco.org/es/articles/desinformacion-en-linea-la-unesco-presenta-su-plan-de-accion-para-regular-las-redes-sociales*

[9] Xabi Martínez-Mendia, María J. Calvo, Nahia Idoiaga, Naiara Ozamiz, and Maitane Picaza, "Desigualdades de género en el consumo de ansiolíticos e hipnosedantes por parte de adolescentes en España: un estudio transversal," *Revista Española de Salud Pública* 97 (2023): e202311082, *https://www.sanidad.gob.es/biblioPublic/publicaciones/recursos_propios/resp/revista_cdrom/VOL97/ORIGINALES/RS97C_202311082.pdf*

[10] España figura entre los mayores consumidores *per cápita* de benzodiacepinas a nivel mundial, con un consumo de antidepresivos, ansiolíticos e hipnóticos entre 1,5 y 3 veces superior en mujeres que en hombres. Parte de esta diferencia se relaciona con factores sociales pero la lite-

b. Dolor crónico. En este ámbito también se aprecia una respuesta frecuentemente inadecuada hacia las mujeres. Condiciones dolorosas que afectan mayoritariamente a mujeres —migrañas, fibromialgia, síndrome de fatiga crónica, endometriosis, dolor pélvico crónico— han sido infradiagnosticadas o tardíamente reconocidas. Muchas pacientes relatan peregrinajes por consultas donde se minimiza su dolor, atribuyéndolo al estrés o a "nervios". El **estigma del dolor femenino** se manifiesta en la poca credibilidad otorgada a sus quejas: hasta fechas recientes, la investigación médica ignoró en gran medida dolencias como la endometriosis (dolor menstrual severo), considerándolo "molestias normales de mujeres". Como consecuencia, el diagnóstico promedio de la endometriosis podía demorarse años, con mujeres sufriendo en silencio. Al mismo tiempo, la solución más habitual ha consistido en recetar analgésicos, anticonceptivos hormonales o tranquilizantes para acallar los síntomas, en lugar de buscar causas o tratamientos definitivos. Dicha dinámica beneficia indirectamente a la industria farmacéutica —por el incremento en las ventas de medicamentos—, pero contribuye a perpetuar la idea de que el cuerpo femenino es inherentemente disfuncional y requiere de una corrección química constante.

c. Procesos hormonales y reproductivos. Se evidencia en este contexto una tendencia a la medicalización y a los discursos normativos. Por ejemplo, la menopausia durante décadas fue presentada casi como una enfermedad: se promovió ampliamente la terapia hormonal sustitutiva para todas las mujeres climatéricas, bajo la premisa de que sus cuerpos post-menstruales "carecían" de algo esencial, en lugar de ser una etapa natural. Solo estudios posteriores han matizado cuándo dicha terapia es realmente necesaria[11].

De igual modo, la menstruación ha sido tratada históricamente como un proceso incómodo o contaminante que debe ocultarse o incluso suprimirse; de hecho, ciertas campañas publicitarias han promovido píldoras para interrumpir el ciclo durante varios meses, mercantilizando la idea de que la regla constituye un obstáculo para la vida moderna. Si bien cada persona tiene derecho a decidir sobre su cuerpo, siempre que no atente

---

ratura científica señala un sesgo androcéntrico en la medicina y en el diagnóstico de enfermedades como la fibromialgia o la endometriosis, que conduce a sobrediagnosticar trastornos mentales o sobremedicar con psicofármacos en lugar de ofrecer tratamientos adecuados. Estudios recientes documentan demoras diagnósticas de hasta diez años. Véase *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud 2023*, Ministerio de Sanidad (Madrid, 2024), 35-37, *https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/estadisticas/estMinisterio/SIAP/12_Ansioliticos_antidepresivos_hipnoticos.pdf*; Pieter De Corte et al., "Time to Diagnose Endometriosis: Current Status, Challenges, and Future Directions," *BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology* (2025), *https://doi.org/10.1111/1471-0528.17973*

[11] Munshi, Atul, y Ruchika Garg. 2024. "The Medicalization of Menopause: Understanding the Evolution of Treatment Approaches." *Journal of Mid-life Health* 15, n.º 3: 133-134. *https://doi.org/10.4103/jmh.jmh_153_24*

contra su vida o salud —lo que se convertiría ya en un tema de salud pública con capacidad de intervención estatal—, es relevante advertir cómo los mensajes culturales —a menudo con fines comerciales— fomentan la vergüenza o el rechazo hacia funciones biológicas naturales. Tal estigmatización ha sido considerada una forma de misoginia, pues los tabúes que la rodean perpetúan la percepción de que el ciclo menstrual es algo que debe ocultarse. Este estigma, todavía presente en muchas sociedades, repercute en la salud al disuadir conversaciones abiertas: numerosas adolescentes, por temor o vergüenza, no consultan problemas menstruales, y durante décadas las políticas públicas han ignorado las necesidades de higiene menstrual[12]. La narrativa corporativa, por su parte, ha reforzado esta percepción de impureza o incomodidad, como se refleja en el uso publicitario de líquidos azules en lugar de sangre y en eslóganes centrados en la "frescura" o la "discreción"[13]. En determinados contextos religiosos, como el judaísmo, persisten normas que asocian la menstruación a un estado de impureza ritual, como las leyes de *niddah*, que implican la separación física de la pareja y la posterior inmersión en un *mikve* antes de reanudar la vida conyugal[14] [15].

En los últimos años, impulsados por el activismo social, algunos gobiernos y empresas han comenzado a desafiar estos tabúes mediante campañas educativas, la eliminación del denominado impuesto rosa[16] sobre los productos menstruales y la adopción de mensajes más inclusivos en sus comunicaciones. Estas iniciativas ponen de relieve cómo una adecuada moderación de los contenidos y campañas en este ámbito puede contri-

---

[12] Chris Bobel y Breanne Fahs, "The Politics of Menstruation: A Global History of Policy and Activism," en *The Palgrave Handbook of Critical Menstruation Studies*, ed. Chris Bobel et al. (Singapore: Palgrave Macmillan, 2020), 1-16, *https://doi.org/10.1007/978-981-15-0614-7_1*

[13] G. Spadaro, Sara R. G. d'Elia y Cristina O. Mosso, "Menstrual Knowledge and Taboo TV Commercials: Effects on Self-Objectification among Italian and Swedish Women," *Sex Roles* 78, n.º 9-10 (2018): 685-696, *https://doi.org/10.1007/s11199-017-0825-0*

[14] Wasserfall, Rahel R. Women and Water: Menstruation in Jewish Life and Law. Hanover, NH: Brandeis University Press, 2015.

[15] El estudio identificó una asociación estadísticamente significativa entre la práctica de coito intravaginal durante la fase menstrual y una mayor prevalencia autodeclarada de infecciones de transmisión sexual, probablemente relacionada con la mayor susceptibilidad del epitelio cervical expuesto y la facilitación de la migración ascendente de patógenos a través del canal endocervical. Determinadas prescripciones religiosas, como las leyes de *niddah* en el judaísmo, han sido interpretadas como disposiciones que, además de su dimensión ritual, podrían haber tenido efectos profilácticos indirectos. K. Tanfer y S. O. Aral, "Sexual Intercourse during Menstruation and Self-Reported Sexually Transmitted Disease History among Women," *Sexually Transmitted Diseases* 23, n.º 5 (1996): 395-401, *https://doi.org/10.1097/00007435-199609000-00009*

[16] El denominado *impuesto rosa* (*pink tax*) alude al sobreprecio que enfrentan las consumidoras al adquirir productos o servicios diseñados y comercializados específicamente para mujeres, en comparación con bienes equivalentes dirigidos a hombres, sin que exista una justificación objetiva relacionada con su composición o coste de producción. Este fenómeno ha sido ampliamente documentado en estudios económicos, entre ellos el informe del NYC Department of Consumer and Worker Protection, *Study of Gender Pricing in New York City* (New York: NYC DCWP, 2015), 2-3, *https://www.nyc.gov/assets/dca/downloads/pdf/partners/Study-of-Gender-Pricing-in-NYC.pdf*

buir a construir una visión más positiva y respetuosa de la menstruación, entendida como un proceso natural y digno de normalización. Los casos de medicalización excesiva ilustran cómo la cultura médica y la comunicación en salud han tratado históricamente a las mujeres: por un lado, hiperpatologizando experiencias normales, al etiquetarlas como trastornos; por otro, invisibilizando dolencias reales, al atribuirlas a causas psicológicas o "imaginarias"[17]. Esta doble vía ha generado beneficios económicos para determinados sectores —venta de fármacos, terapias y servicios— a costa de la salud integral de las pacientes. Subyace en estas prácticas una forma de violencia simbólica, al invalidar la voz de las mujeres sobre sus propios cuerpos y reforzar su dependencia de intervenciones controladas por terceros, como medicamentos o autorizaciones médicas. En el marco de este análisis, los ejemplos evidencian que tales prácticas no ocurren en el vacío, sino en un ecosistema donde la industria farmacéutica tiene intereses económicos e influencia significativa. De ahí la pregunta que orienta la reflexión: ¿qué papel desempeña, o debería desempeñar, la industria farmacéutica frente a la medicalización y los discursos sociales que la sustentan?

3. Publicidad sexista y discursos normativos sobre lo corporal femenino

La publicidad y la comunicación comercial en el ámbito de la salud han sido históricamente vehículos de estereotipos sexistas, al normalizar visiones discriminatorias del cuerpo femenino. La industria farmacéutica, en particular, acumula un largo historial de anuncios dirigidos tanto a profesionales sanitarios como al público general, en los cuales se reproducen roles de género tradicionales[18]. Esta representación no solo refuerza clichés al asociar a las mujeres con la fragilidad y el hogar y a los hombres con la actividad y la productividad, sino que también distorsiona la percepción epi-

[17] Este análisis histórico documenta cómo la histeria fue uno de los primeros trastornos mentales atribuidos exclusivamente a mujeres, utilizado como explicación genérica para una gran variedad de síntomas —físicos o emocionales— sin una base somática clara, sirviendo para invisibilizar dolencias reales y perpetuar la tensión entre patología y género. Cesare Tasca, Mariangela Rapetti, Mauro Giovanni Carta y Bianca Fadda. "Women and Hysteria in the History of Mental Health." *Clinical Practice & Epidemiology in Mental Health* 8 (2012): 110-119. *https://doi.org/10.2174/1745017901208010110*

[18] La revisión bibliográfica de anuncios farmacéuticos publicados entre 1975 y 2005 detectó un sesgo persistente: las mujeres eran representadas en contextos domésticos o en roles pasivos, mientras que los hombres aparecían en funciones activas y públicas; en especial, en publicidad de trastornos cardiovasculares se destacaban figuras masculinas, a pesar de que en la UE las enfermedades del corazón causan una mayor mortalidad femenina (56 % frente al 44 %). Por el contrario, los anuncios de psicofármacos seguían enfatizando cuadros depresivos o ansiosos protagonizados por mujeres, sin contexto explicativo alguno, insinuando así que estos padecimientos estarían vinculados intrínsecamente a su género. Belén Cambronero Saiz, Mª Teresa Ruiz Cantero y Natalia Papí Gálvez. "Los estereotipos de género en la publicidad de fármacos." En *Actes de Congènere: la representació de gènere a la publicitat del segle XXI*, 115-130. Alicante: Universidad de Alicante, 2010. *https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/22667/1/2010_Actes_de_Congenere_2.pdf*

demiológica de las enfermedades. En suma, la publicidad farmacéutica ha perpetuado narrativas normativas que tienden a contextualizar y justificar los padecimientos masculinos, mientras que los femeninos se presentan como propios de la condición de mujer. Esta perspectiva refuerza la noción errónea de que las mujeres son, por naturaleza, más propensas a ciertos trastornos —particularmente emocionales y hormonales—, invisibilizando los factores sociales, estructurales o médicos que podrían corregirse. Un ejemplo histórico es el del Valium (diazepam) y otros tranquilizantes durante las décadas de 1960 y 1970. Las campañas de marketing, diseñadas por la agencia del empresario Arthur Sackler, dirigieron estos fármacos principalmente a las mujeres, apelando abiertamente a estereotipos de género[19]. En la actualidad, la publicidad sanitaria continúa perpetuando estereotipos de género. Los anuncios de productos sanitarios siguen representando de forma desigual a mujeres y hombres, reforzando la división sexual de roles: las mujeres suelen aparecer preocupadas por la familia o la estética, mientras que los hombres encarnan fuerza y actividad física[20]. Asimismo, ciertas campañas de cosmética médica y cirugía estética difuminan la frontera entre salud y apariencia, presionando a las mujeres a alcanzar ideales corporales bajo la promesa de bienestar. Este tipo de mensajes, aunque no sean explícitamente hostiles, constituyen un ejemplo de lo que Pierre Bourdieu denomina *violencia simbólica*[21], al imponer representaciones que contribuyen a la subordinación femenina. En contextos digitales, la publicidad sexista se viraliza con rapidez y alcanza a audiencias jóvenes, moldeando percepciones desde edades tempranas. Un ejemplo contemporáneo de discurso normativo sobre el cuerpo femenino es la proliferación de *coachings* y suplementos "detox" dirigidos mayoritariamente a mujeres en redes sociales, que transmiten la idea de que su cuerpo está siempre "impuro" o requiere regímenes especiales para alcanzar un canon de salud y belleza. Aunque presentados como consejos de bienestar, estos mensajes suelen insinuar que la valía femenina depende de un físico normativo, reforzando actitudes misóginas hacia quienes no encajan en ese molde. Plataformas como

[19] En la obra se documenta un eslogan publicitario interno de 1970 que describía a la consumidora ideal de Valium como *"35, single and psychoneurotic"* y añadía otros perfiles como "el ama de casa exhausta", "la mujer profesional que ha perdido la alegría" y "la bruja menopáusica", ejemplificando el sesgo misógino en la mercadotecnia farmacéutica de la época, al patologizar las dificultades cotidianas de las mujeres y presentarlas como trastornos susceptibles de tratamiento con benzodiacepinas. Asimismo, se recoge cómo las campañas de la época minimizaron deliberadamente los riesgos de dependencia, llegando a promocionar Valium como un fármaco "no adictivo", lo que contribuyó a su masiva prescripción y al posterior reconocimiento de un grave problema de salud pública. Andrea Tone, *The Age of Anxiety: A History of America's Turbulent Affair with Tranquilizers* (New York: Basic Books, 2012), 192, 205.

[20] Elisa Chilet-Rosell, "Gender Bias in Clinical Research, Pharmaceutical Marketing, and the Prescription of Drugs," *Global Health Action* 7 (2014): artículo 25484, *https://doi.org/10.3402/gha.v7.25484*

[21] Pierre Bourdieu, *La domination masculine* (Paris: Éditions du Seuil, 1998); y Pierre Bourdieu, *La dominación masculina*, trad. Joaquín Jordá (Barcelona: Anagrama, 2000).

Instagram han reconocido el daño de estos contenidos —por su vínculo con trastornos alimentarios y baja autoestima— y han restringido la publicidad de dietas milagro y productos adelgazantes dirigida a menores. Este caso ilustra que la moderación de contenidos comerciales con perspectiva de género es una tarea pendiente. En definitiva, la publicidad y la comunicación en salud han funcionado históricamente como vehículos de discursos normativos que perpetúan desigualdades. A pesar de los códigos deontológicos y la autorregulación, estudios revelan que hasta la mitad de las referencias bibliográficas en anuncios farmacéuticos carecían de rigor científico, al basarse en fuentes internas o poco fiables[22]. Aunque la industria farmacéutica ha contribuido decisivamente a los avances médicos, no puede ignorar que sus estrategias comunicativas han alimentado entornos desfavorables y humillantes para las mujeres. Reconocer esta responsabilidad es clave para abordar su aparente inacción o neutralidad interesada ante los discursos de odio y desinformación que también la interpelan.

4. El silencio ante la violencia digital contra profesionales sanitarias

Un aspecto especialmente preocupante de la misoginia en el ámbito de la salud digital es la violencia dirigida hacia mujeres profesionales —médicas, investigadoras, enfermeras, divulgadoras científica—. Cuando estas expertas participan en espacios públicos —redes sociales, medios, blogs— para informar o compartir conocimientos especializados, con frecuencia enfrentan acoso cuya dimensión de género es evidente, incluyendo insultos, amenazas y el uso no consensuado de datos personales (*doxing*)[23]. Estos ataques no solo dañan a las profesionales en términos psicológicos y reputacionales, sino que generan un efecto silenciador: muchas optan por abandonar las redes o autocensurarse para evitar nuevas agresiones. El Parlamento Europeo ha advertido que la ciberviolencia de género tiene un impacto profundo en la representación femenina en la esfera pública digital, privando a la sociedad de voces cualificadas y contribuyendo a perpetuar las desigualdades. Frente a este fenómeno, las instituciones sanitarias y farmacéuticas han tendido a mantener silencio[24].

---

[22] Michael S. Wilkes, Barbara H. Doblin y Michael F. Shapiro, "Pharmaceutical Advertisements in Leading Medical Journals: Experts' Assessments," *Annals of Internal Medicine* 116, no. 11 (1 de junio de 1992): 912-919, *https://doi.org/10.7326/0003-4819-116-11-912*

[23] El 73,6 % de las mujeres profesionales en el sector sanitario y académico en España reportaron haber sufrido acoso sexual, mientras que el 28,7 % informaron haber padecido algún tipo de abuso de poder, evidenciando la normalización estructural de estas violencias. Blanca Paniello-Castillo, Elena González-Rojo, Thaïs González-Capella, Neus Rosell Civit, Ana Bernal-Triviño, Helena Legido-Quigley, and Montserrat Gea-Sánchez, "'Enough Is Enough': Tackling Sexism, Sexual Harassment, and Power Abuse in Spain's Academia and Healthcare Sector," *The Lancet Regional Health — Europe* 34 (2023): 100754, *https://doi.org/10.1016/j.lanepe.2023.100754*

[24] Parlamento Europeo, Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2021, sobre la lucha contra la violencia de género en la esfera digital (2021/2035(INI)), *https://www.europarl.*

Entre las posibles causas se encuentran la ausencia de protocolos claros de actuación, el temor a implicarse en controversias públicas y, en el caso de la industria, un cálculo estratégico orientado a evitar posicionamientos en debates percibidos como divisivos, con el fin de no alienar a determinados segmentos de mercado. Esta neutralidad se traduce, en la práctica, en una forma de complicidad tácita, al no proteger ni respaldar públicamente a las profesionales agredidas ni condenar la misoginia dirigida contra ellas. En el sector farmacéutico, además, este mutismo parece vinculado a la percepción de que la polarización social puede generar entornos rentables: estigmas, miedos y desinformación alimentan la demanda de ciertos productos sin que la empresa asuma la responsabilidad de contrarrestar los discursos dañinos que contribuyen a esa demanda. No obstante, comienzan a surgir iniciativas para revertir esta inercia. En España, sindicatos y colegios profesionales han reclamado la implantación de protocolos contra el acoso sexual y por razón de género en los ámbitos laboral y digital. A nivel europeo, el Parlamento ha propuesto incluir la violencia de género en línea entre los denominados *eurodelitos*, equiparándola a otras formas de odio prohibidas, como el racismo o el terrorismo[25]. Mientras esta inclusión se debate, la propuesta de Directiva sobre lucha contra la violencia contra las mujeres contempla la armonización mínima de determinadas conductas de ciberacoso, de forma que todos los Estados miembros estén obligados a tipificarlas penalmente[26]. En este contexto normativo emergente, es previsible que las empresas, incluidas las farmacéuticas, deban desarrollar políticas explícitas: desde códigos internos que sancionen el acoso a personal sanitario femenino, hasta el ofrecimiento de apoyo jurídico a las empleadas agredidas y la cooperación con las autoridades para identificar y denunciar cuentas anónimas hostiles.

III. Responsabilidad empresarial en entornos digitales: fundamentos jurídicos

1. De la ética voluntaria a la exigibilidad jurídica

Tradicionalmente, la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) en el sector farmacéutico se ha articulado en torno a compromisos voluntarios —filantropía, acceso a medicamentos, promoción de la diversidad, entre

europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0388_ES.pdf

[25] Parlamento Europeo, Informe sobre la propuesta de modificación del artículo 83, apartado 1, del TFUE, con vistas a añadir la incitación al odio y los delitos de odio como ámbitos de criminalidad (2023/0903(NLE)), *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0234_ES.pdf*

[26] Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Diario Oficial de la Unión Europea, L 202, 14 de mayo de 2024, 1-49, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32024L1385*

otros— concebidos como actuaciones "más allá" de las obligaciones legales. Sin embargo, el auge del discurso de odio misógino en línea ha puesto de manifiesto los límites de este modelo voluntarista. Al tratarse de un fenómeno difuso y, hasta fechas recientes, sin regulación específica, la respuesta empresarial quedó supeditada a criterios internos de ética corporativa, y en general no se adoptaron medidas sustanciales. Ello confirma una crítica recurrente: cuando la autorregulación depende exclusivamente de la buena voluntad, muchas empresas solo asumen compromisos que no interfieran con su rentabilidad ni las enfrenten a grupos de poder. En la práctica, combatir el odio misógino ha resultado controvertido o costoso, lo que ha llevado a que las farmacéuticas lo excluyan de su agenda de RSC. La supuesta "brújula moral" corporativa se ha mostrado insuficiente para abordar determinados desafíos. En este contexto, cobra fuerza la propuesta de pasar "de la ética a la exigibilidad": transformar las aspiraciones éticas en obligaciones jurídicas concretas para las empresas. A nivel europeo, la Directiva (UE) 2024/1760[27], relativa a la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, impone la identificación, prevención y mitigación de impactos adversos sobre los derechos humanos a lo largo de sus operaciones y cadenas de valor. Aunque no menciona de forma expresa el "discurso de odio", la norma incluye derechos fundamentales como la igualdad y la no discriminación; por tanto, tolerar un entorno digital misógino podría interpretarse como un incumplimiento del deber de diligencia empresarial. Esta evolución se alinea con los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos[28]. En el ordenamiento jurídico español, la Constitución[29] reconoce en su artículo 10

---

[27] Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 relativa a la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859. Diario Oficial de la Unión Europea, L 202, 5 de julio de 2024, 1-95. *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32024L1760*

[28] ONU, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos* (2011): aunque no vinculantes, constituyen un estándar internacional ampliamente aceptado. El Principio 11 establece que las empresas deben respetar los derechos humanos, evitando infringirlos y previniendo o mitigando los impactos adversos vinculados a sus actividades. El Principio 13 amplía este deber a los impactos que la empresa cause o a los que contribuya, y el 17 exige procesos de debida diligencia para identificarlos, prevenirlos, atenuarlos y rendir cuentas sobre su gestión. Aplicado al caso: si una farmacéutica patrocina o facilita una plataforma donde se difunde odio misógino, estaría contribuyendo a una vulneración del derecho a la igualdad y a la dignidad de las mujeres, por lo que debe adoptar medidas para prevenir, cesar y remediar ese impacto. Aunque los Principios no mencionan expresamente el *hate speech*, su alcance cubre cualquier violación de derechos humanos relacionada con la empresa. En esta línea, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer (2021) identificó la desinformación con sesgo de género como un fenómeno dañino y llamó a la corresponsabilidad de diversos actores —incluidas empresas de salud— para combatirlo. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2011), *https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf*

[29] España, *Constitución Española*, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, *https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con*

la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social, y en el artículo 14 la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo, entre otros motivos. Estos preceptos, en cuanto derechos fundamentales, vinculan de forma inmediata a los poderes públicos (art. 53.1 CE) y orientan su actuación. No obstante, su fuerza normativa irradia al conjunto del ordenamiento, proyectándose sobre las relaciones entre particulares a través de leyes que concretan y desarrollan dichos principios. Así, la Ley Orgánica 3/2007[30] para la igualdad efectiva de mujeres y hombres prohíbe la publicidad sexista y obliga a las empresas a respetar el principio de igualdad. De forma complementaria, la Ley 34/1988[31], General de Publicidad, califica de ilícita "la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente los previstos en el artículo 14", incluyendo expresamente los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o fomenten estereotipos denigrantes. En este contexto, la clásica formulación de la RSC como un compromiso de "ir más allá de la ley" experimenta una inversión conceptual: es el Derecho el que alcanza e incorpora exigencias que antes se encontraban en el plano meramente ético o autorregulatorio. Lo que antaño constituía una práctica voluntaria comienza a configurarse como obligación jurídica. Para la industria farmacéutica, ello comporta que disponer de políticas antiodio, estrategias comunicativas con perspectiva de género y protocolos de moderación en sus canales digitales deje de ser un signo de excelencia y se convierta en una exigencia normativa ineludible.

2. Deber de diligencia en información veraz y no discriminatoria

En el ámbito digital comienza a configurarse un deber empresarial de diligencia en relación con la difusión de información veraz y no discriminatoria, orientado a prevenir la desinformación y la propagación de discursos de odio. Aunque este deber no se encuentra plenamente codificado en todas las jurisdicciones, algunas normativas recientes lo anticipan. El Reglamento de Servicios Digitales[32] impone a las grandes plataformas

[30] España, *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007, *https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/03/22/3/con*

[31] España, *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad*, BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1988, *https://www.boe.es/eli/es/l/1988/11/11/34/con*

[32] La DSA impone obligaciones de diligencia graduadas: las VLOPs (>45 millones de usuarios) deben evaluar anualmente riesgos sistémicos, incluida la incitación al odio y la violencia de género (arts. 34 y 35). Aunque las farmacéuticas no gestionen VLOPs, el art. 30 les permite retirar publicidad de entornos misóginos y, si administran espacios digitales propios, deben cumplir las obligaciones generales del art. 14 (términos claros y canales de denuncia) y del art. 16 (retirada diligente de contenidos ilícitos). El Reglamento prohíbe la monitorización previa generalizada, pero exige reacción ex post eficaz y promueve la adhesión a códigos co-regulatorios como el Código de Prácticas contra la Desinformación. Unión Europea, Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento

la obligación de evaluar los riesgos sistémicos asociados a sus servicios, incluyendo la difusión de contenidos ilícitos, los efectos negativos sobre derechos fundamentales —como la igualdad, la integridad y la dignidad—, el debate cívico, la salud pública y la seguridad (art. 34). Entre estos riesgos se contempla expresamente la violencia de género en línea. El Parlamento Europeo, en resolución específica sobre ciberviolencia de género, ha instado a que la aplicación de la DSA incorpore de forma transversal la perspectiva de género. Aunque la DSA se dirige principalmente a los prestadores de servicios de intermediación, su lógica de *diligencia debida* resulta extrapolable a otros agentes que operan espacios digitales o influyen en la circulación de contenidos. En el caso español, el derecho a recibir información veraz (art. 20 CE) se configura como un derecho fundamental de la ciudadanía frente a los poderes públicos y a los medios de comunicación, sin imponer de forma general a las empresas privadas una obligación de verificación absoluta. No obstante, la normativa prohíbe la publicidad engañosa y aquella que atente contra la dignidad o fomente la discriminación (art. 3 de la Ley General de Publicidad). A ello se suman disposiciones específicas para la industria farmacéutica, como el Real Decreto 1416/1994[33], que exige objetividad y veracidad en la promoción de medicamentos, prohibiendo atribuir propiedades no demostradas o generar expectativas infundadas. El *Código de Buenas Prácticas* de Farmaindustria[34] complementa estas exigencias con directrices de comunicación responsable. Tradicionalmente, tales obligaciones se han circunscrito a los mensajes comerciales emitidos directamente por la propia empresa; no obstante, la dinámica de los entornos digitales plantea un interrogante de alcance jurídico y ético: ¿debe también la compañía responder por los contenidos generados por terceros en los espacios digitales bajo su control o influencia? La jurisprudencia europea ha perfilado con notable precisión la responsabilidad de los intermediarios de Internet por contenidos ilícitos generados por terceros. Un precedente clave lo constituye el asunto Delfi AS c. Estonia[35], en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que un portal de noticias podía ser civilmente responsable por no retirar con prontitud comentarios anónimos de carácter gravemente inju-

---

Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), DOUE L 277, de 27 de octubre de 2022, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32022R2065*; Comisión Europea. *Código de prácticas reforzado contra la desinformación* (2022). *https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/2022-strengthened-code-practice-disinformation*

[33] España, Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano, BOE núm. 170, de 18 de julio de 1994, *https://www.boe.es/eli/es/rd/1994/06/25/1416/con*.

[34] Farmaindustria, *Código de Buenas Prácticas 2025* (versión vigente del Sistema de Autorregulación de la industria farmacéutica española), *https://www.codigofarmaindustria.org/sites/sarfi/codigo/codigo.html*.

[35] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Delfi AS c. Estonia* [Gran Sala], núm. 64569/09, 16 de junio de 2015. HUDOC. *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155105*

rioso e incitador al odio. El Tribunal valoró que *Delfi* gestionaba profesionalmente su sitio, obtenía lucro del tráfico generado por tales comentarios y, pese a tener conocimiento de su ilicitud, no los filtró ni suprimió de forma diligente. Consideró que la exigencia de responsabilidad no vulneraba la libertad de expresión del portal (art. 10 CEDH), dado que primaba la protección de derechos de terceros —honor, integridad, prohibición de incitación al odio— y que el operador de la plataforma se hallaba en mejor posición que las víctimas para prevenir la difusión de mensajes ilícitos. Esta doctrina fue matizada posteriormente en Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete y Index.hu Zrt c. Hungría[36], donde se adoptó un criterio más flexible si el portal implementa mecanismos eficaces de "*notice and take down*". Asimismo, en Sánchez c. Francia[37], el Tribunal confirmó la condena penal de un político por no moderar comentarios islamófobos publicados por terceros en su perfil público de Facebook, subrayando que su posición de influencia le imponía un deber reforzado de control. Para el sector farmacéutico, la pauta de *Delfi* sugiere que la gestión de foros, webs corporativas o aplicaciones con interacción pública implica un deber de vigilancia y retirada diligente de discursos ilícitos, incluidos los de odio por razón de sexo o género (tipificados en España desde la reforma de la LO 1/2015[38] al art. 510 CP). No basta alegar que "no somos un medio de comunicación", pues la distinción se diluye cuando la empresa habilita espacios abiertos al público. En el ámbito normativo, la Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico —traspuesta en España por la Ley 34/2002[39] de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI)— establece un régimen de "puerto seguro" para prestadores de alojamiento: no son responsables de los contenidos de terceros si no tienen "conocimiento efectivo" de su ilicitud, y, al adquirirlo, actúan con prontitud para retirarlos (art. 16 LSSI). Este principio de ausencia de obligación general de supervisión se mantiene en la DSA. No obstante, la jurisprudencia posterior ha ampliado el alcance del "conocimiento efectivo". Así, en STC 83/2023 (FJ 5)[40], el TC confirmó la condena civil a un portal (Menéame) por no retirar comentarios ofensivos

[36] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt c. Hungría*, núm. 22947/13, 2 de febrero de 2016. HUDOC. *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160314*

[37] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sánchez c. Francia* [Gran Sala], núm. 45581/15, 15 de mayo de 2023. HUDOC. *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-224928*

[38] España. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015. *https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3439*

[39] España. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (Conocida como LSSI). BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002. *https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758*

[40] España. Tribunal Constitucional. *Sentencia 83/2023, de 4 de julio de 2023* (ECLI:ES:TC:2023:83). BOE núm. 193, de 14 de agosto de 2023. *https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/29593*

de usuarios tras recibir un correo electrónico y un burofax del afectado, aun sin identificación concreta de cada mensaje. El Tribunal interpretó que tal notificación genérica bastaba para activar el deber de diligencia del prestador, y su inacción constituyó un incumplimiento susceptible de generar responsabilidad. En suma, incluso bajo el régimen de la LSSI, si una empresa tiene noticia de que en sus canales digitales se aloja contenido ilícito, debe retirarlo con celeridad para evitar responsabilidad civil o penal. La DSA refuerza esta exigencia imponiendo a toda plataforma en línea la obligación de disponer de mecanismos claros de notificación y retirada (arts. 14 y 16), y de actuar sin dilación cuando adquiere conocimiento de la ilicitud. Para las farmacéuticas, la doctrina del asunto *Delfi AS c. Estonia* implica que gestionar foros, webs o aplicaciones con interacción pública genera un deber de vigilancia y retirada diligente de contenidos ilícitos, incluido el odio por razón de sexo o género (ex art. 510 CP). La alegación de "no somos medio de comunicación" pierde peso cuando se habilitan espacios abiertos al público. La Directiva 34/2002 (LSSI) prevé un "puerto seguro" para prestadores de alojamiento: ausencia de responsabilidad si no hay "conocimiento efectivo" de la ilicitud y, al adquirirlo, actuación inmediata para retirarlo (art. 16). Este principio, mantenido en la DSA, ha sido matizado por la jurisprudencia española: la STC 83/2023 amplió el concepto de "conocimiento efectivo" al considerar suficiente una notificación genérica para activar el deber de diligencia. En consecuencia, toda empresa que reciba aviso de contenido ilícito en sus canales debe retirarlo sin demora, y la DSA refuerza esta exigencia imponiendo mecanismos claros de notificación y retirada (arts. 14 y 16). Este estándar se extiende a la información emitida por la propia empresa. En el sector farmacéutico, la diligencia informativa exige mensajes científicamente rigurosos, contextualizados y sin sesgos. Omitir datos esenciales, generar alarmas infundadas o ignorar la perspectiva de género puede constituir desinformación contraria a la ley publicitaria y a guías sanitarias (OMS, Ministerio de Sanidad). La autorregulación (Código de Autocontrol) también prohíbe mensajes discriminatorios, comprometiendo a las farmacéuticas adheridas. Así, el marco normativo y doctrinal emergente desplaza la neutralidad pasiva hacia una responsabilidad activa en la gestión de los espacios digitales bajo control empresarial, en línea con las obligaciones internacionales y europeas de debida diligencia.

3. La omisión como fuente de responsabilidad jurídica compartida

Tradicionalmente, el Derecho ha sancionado con mayor frecuencia las acciones que las omisiones. Sin embargo, tanto en el ámbito civil como, en menor medida, en el penal, se admite que la omisión puede generar responsabilidad cuando existe un deber jurídico específico de actuar. En

este contexto, la cuestión clave es si las empresas farmacéuticas tienen —o deberían tener— un deber legal de intervenir frente al discurso de odio misógino en sus entornos digitales. De ser así, la inacción, pudiendo y debiendo actuar, podría constituir un incumplimiento sancionable.

a. Responsabilidad penal: El art. 11 CP regula la *comisión por omisión*, estableciendo que los delitos consistentes en producir un resultado (v. gr., lesiones, homicidio) pueden cometerse por inactividad cuando la omisión, infringiendo un especial deber jurídico, equivalga causalmente a su producción. Así, si una norma estableciese de forma expresa que las empresas deben impedir la difusión de contenidos de odio en los espacios bajo su control, su inacción, mediando capacidad de evitarla, podría ser equiparada a la acción típica. Actualmente, en el marco del art. 510 CP —que tipifica los delitos de odio—, la responsabilidad recae sobre quienes incitan o cooperan activamente en la conducta, salvo prueba de cooperación necesaria o inducción por parte de un tercero. La imputación por omisión sería posible solo en supuestos excepcionales, y en todo caso difícil de sostener sin una previsión legal clara. A ello se suma una limitación estructural: las personas jurídicas no pueden ser penalmente responsables por delitos de odio, ya que el catálogo del art. 31 bis CP no incluye el art. 510 CP. Esta exclusión responde a la concepción clásica de la culpabilidad penal como personalísima (*nullum crimen sine culpa*), aunque contrasta con la evolución doctrinal y legislativa hacia la noción de "culpa de organización", que sí ha permitido sancionar penalmente a empresas en otros ámbitos (v. gr., corrupción, blanqueo, delitos medioambientales). El resultado práctico es que las sanciones se proyectan únicamente sobre personas físicas vinculadas a la empresa, reduciendo el potencial disuasorio y dejando a la persona jurídica inmune a reproche penal directo, lo que limita las consecuencias a la vía civil, administrativa o reputacional. Este vacío resulta particularmente problemático en sectores donde la tolerancia a discursos de odio puede provocar daños colectivos significativos, como en materia de salud pública o igualdad de género. En ausencia de responsabilidad penal corporativa, los incentivos para implementar programas de *compliance* efectivos en materia de moderación de contenidos se debilitan, favoreciendo un cumplimiento meramente formal o reactivo. No obstante, la propuesta de la Unión Europea para reconocer la violencia de género y los delitos de odio como "eurodelitos" podría propiciar su futura inclusión en el art. 31 bis CP, abriendo la puerta a un régimen de responsabilidad penal directa para las empresas. En suma, aunque hoy la omisión empresarial frente al *hate speech* difícilmente conllevaría sanción penal directa, la tendencia normativa europea y el desarrollo de la debida diligencia corporativa apuntan hacia un modelo de responsabilidad más exigente, en el que la pasividad deje de constituir una estrategia jurídicamente segura.

b. Responsabilidad civil: La omisión adquiere especial relevancia en el ámbito civil, habida cuenta de que el art. 1902 del Código Civil establece la obligación de reparar el daño causado "por acción u omisión" mediando culpa o negligencia, y el art. 1903 extiende esta responsabilidad a supuestos de hecho ajeno en que concurra un deber de vigilancia. Para su apreciación, la jurisprudencia exige acreditar: (i) un daño efectivo; (ii) la infracción de un deber jurídico —contractual, legal o derivado de la posición de garante, entendida esta como el compromiso específico de protección frente a determinados riesgos—; y (iii) un nexo causal suficiente entre la omisión y el perjuicio. Así, si una profesional sanitaria usuaria de una aplicación patrocinada por una farmacéutica sufre una campaña de acoso misógino en el foro de dicha plataforma, y la compañía, pese a conocer los hechos y disponer de medios técnicos para moderarlos, permanece inactiva, podría imputársele responsabilidad solidaria junto con los autores directos. La jurisprudencia española ha admitido supuestos análogos en materia de difamación, condenando de forma conjunta a operadores de foros y a comentaristas ofensivos, incluso cuando el "conocimiento efectivo" de la ilicitud se derivaba de comunicaciones extrajudiciales. Aunque en el ámbito del acoso digital esta atribución sería innovadora, la creciente sensibilidad social y el marco normativo en expansión —v.gr., LO 10/2022, que prevé medidas civiles de reparación— refuerzan la expectativa de actuación proactiva. En consecuencia, la omisión negligente empresarial, siempre que se acredite conocimiento y capacidad de intervención razonable, puede erigirse en fuente de responsabilidad civil.

c. Responsabilidad administrativa/regulatoria: Las recientes normativas digitales refuerzan la potestad sancionadora de las autoridades competentes, imponiendo obligaciones de diligencia y permitiendo sanciones a quienes no actúen frente a la difusión de contenidos ilícitos. Una farmacéutica que opere un espacio digital —foro, aplicación o micrositio— en el que proliferen mensajes misóginos o discriminatorios, y que sea prestadora de servicios de la sociedad de la información, puede ser requerida a retirar dicho contenido al amparo de la LSSI y de la DSA, con riesgo de sanción si persiste en su inacción. En el plano interno, la Ley 15/2022, de igualdad de trato y no discriminación, impone a las personas jurídicas el deber de prevenir la discriminación y establecer mecanismos de reacción eficaces. Aunque no existen precedentes directos en foros corporativos en línea, un entorno digital bajo control empresarial que tolere conductas discriminatorias podría ser sancionado por vulnerar esta norma. De forma análoga, las autoridades de consumo podrían considerar que un espacio hostil infringe los derechos de los usuarios, ordenando su corrección. Este marco consolida la idea de corresponsabilidad: no se

exige a las farmacéuticas erradicar todo el discurso de odio en Internet, sino intervenir allí donde ejercen control o influencia. La omisión dolosa o gravemente negligente —esto es, conocer el daño y abstenerse de actuar por conveniencia o ahorro de costes— es la que mayor reproche merece. En cambio, la adopción de medidas razonables (políticas claras, moderación activa, cooperación con autoridades) reduce significativamente el riesgo sancionador, pues la diligencia debida se mide en términos de esfuerzo proporcionado y buena fe. Estamos ante una transición desde un modelo en el que la inacción empresarial ante daños digitales carecía de consecuencias hacia otro en el que existen ya herramientas jurídicas para exigir a la industria farmacéutica entornos de salud libres de odio y desinformación de género. Casos paradigmáticos, como las acciones civiles contra Meta por su papel en la incitación al odio contra la población rohingya en Myanmar[41], evidencian que la omisión corporativa puede acarrear reproche y reclamaciones de reparación, y resultan extrapolables a cualquier operador con capacidad real de intervención sobre su ecosistema digital. En este sector, la responsabilidad se proyecta más allá de la mera producción y comercialización de medicamentos, alcanzando también la "salud informacional" y el respeto a los derechos fundamentales en los espacios digitales bajo su control.

IV. Conclusiones y propuestas

El presente estudio ha evidenciado que el discurso de odio misógino en entornos digitales vinculados a la salud constituye una forma de ciberviolencia estructural, sostenida en el tiempo y arraigada en dinámicas culturales y tecnológicas que afectan de manera directa a la igualdad, la dignidad y el acceso a información sanitaria veraz de mujeres usuarias y profesionales. Lejos de ser un fenómeno marginal, esta violencia simbólica deteriora la calidad del debate científico, refuerza estereotipos nocivos y provoca efectos silenciadores que limitan la participación femenina en el espacio público digital, con impacto directo en la salud pública y la confianza social en el conocimiento médico. En este contexto, la industria farmacéutica, tradicionalmente percibida como agente pasivo en la configuración del entorno digital, ostenta en realidad una influencia estructural derivada de su control de plataformas propias, patrocinio de contenidos, diseño de entornos de interacción y peso institucional. Tal posición la sitúa en un ámbito de corresponsabilidad jurídica y ética frente a la difusión de odio y desinfor-

[41] International Court of Justice. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Preliminary Objections, Judgment of 22 July 2022. ICJ Reports 2022. *https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20220722-JUD-01-00-EN.pdf*

mación de género, máxime cuando dispone de capacidad técnica, organizativa y económica para intervenir. El marco jurídico, en sus dimensiones internacional (Principios Rectores ONU, iniciativas globales contra el odio), europea (Reglamento de Servicios Digitales, Directiva sobre diligencia debida corporativa, posible inclusión de la violencia de género como eurodelito) y nacional (arts. 10 y 14 CE, Ley 15/2022, LSSI, art. 1902 CC, LO 10/2022, Ley General de Publicidad, arts. 11 y 510 CP), avanza hacia la configuración de obligaciones exigibles de prevención, detección y retirada diligente de contenidos ilícitos. La jurisprudencia de *Delfi AS v. Estonia* y *Sánchez v. Francia*, así como la STC 83/2023 (*Menéame*) y litigios internacionales como el caso rohingya contra Meta, consolidan la doctrina de que los operadores con ánimo de lucro y capacidad de control sobre espacios digitales deben actuar para evitar que estos se conviertan en vectores de odio, incluso si el contenido es generado por terceros.

De este análisis se deriva la necesidad de un modelo sectorial de moderación ética con perspectiva de género que integre: políticas internas de tolerancia cero, cláusulas contractuales claras, mecanismos activos de moderación con formación especializada, canales accesibles de denuncia, acompañamiento victimocéntrico, cooperación intersectorial y con autoridades, y transparencia en la gestión. Iniciativas como un Código Deontológico Sectorial de Salud Digital con Perspectiva de Género o la creación de un Observatorio Independiente de Salud Digital y Género —de carácter multiactor, con funciones de monitoreo, evaluación y resolución extrajudicial— se perfilan como herramientas idóneas para sistematizar estos compromisos y anticipar la evolución normativa. El compromiso empresarial en este campo trasciende el mero cumplimiento legal: se proyecta hacia la consolidación de la "salud informacional" como componente del derecho a la salud y como garantía de entornos digitales democráticos e inclusivos. La omisión negligente ya no puede ser interpretada como neutralidad pasiva, sino como una forma de incumplimiento de deberes de diligencia que genera responsabilidad civil, administrativa y, potencialmente, penal en un futuro próximo.

La problemática, por su complejidad y transversalidad, excede lo que este trabajo ha podido abordar en profundidad —quedando pendientes, entre otros, análisis procesales, estudios empíricos sobre la efectividad de las políticas de moderación y exploraciones comparadas de marcos regulatorios internacionales—. Con todo, las propuestas aquí formuladas ofrecen una hoja de ruta concreta para que la industria farmacéutica lidere, desde su posición de influencia, la construcción de un ecosistema digital sanitario libre de odio y desinformación de género. Esta no es solo una obligación jurídica emergente, sino una oportunidad estratégica para reforzar la legitimidad social del sector y contribuir de forma efectiva a la igualdad sustantiva en el ámbito de la salud.

Bibliografía

Bobel, Chris, y Breanne Fahs. "The Politics of Menstruation: A Global History of Policy and Activism." En *The Palgrave Handbook of Critical Menstruation Studies*, editado por Chris Bobel et al., 1-16. Singapore: Palgrave Macmillan, 2020. *https://doi.org/10.1007/978-981-15-0614-7_1*

Bourdieu, Pierre. *La dominación masculina*. Traducido por Joaquín Jordá. Barcelona: Anagrama, 2000. Bourdieu, Pierre. *La domination masculine*. Paris: Éditions du Seuil, 1998.

Cambronero Saiz, Belén, María Teresa Ruiz Cantero, y Natalia Papí Gálvez. "Los estereotipos de género en la publicidad de fármacos." En *Actes de Congènere: la representació de gènere a la publicitat del segle XXI*, 115-130. Alicante: Universidad de Alicante, 2010. *https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/22667/1/2010_Actes_de_Congenere_2.pdf*

Chilet-Rosell, Elisa. "Gender Bias in Clinical Research, Pharmaceutical Marketing, and the Prescription of Drugs." *Global Health Action* 7 (2014): artículo 25484. *https://doi.org/10.3402/gha.v7.25484*

Comisión Europea. *Código de prácticas reforzado contra la desinformación*. 2022. *https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/2022-strengthened-code-practice-disinformation*

De Corte, Pieter, et al. "Time to Diagnose Endometriosis: Current Status, Challenges, and Future Directions." *BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology* (2025). *https://doi.org/10.1111/1471-0528.17973*

De Varennes, Fernand. *Recommendations of the Forum on Minority Issues at Its Thirteenth Session on "Hate Speech, Social Media and Minorities"*. UN Doc. A/HRC/46/58, 26 de enero de 2021. Report to the Human Rights Council, United Nations. *https://docs.un.org/es/A/HRC/46/58*

España. *Constitución Española*. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. *https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con*

España. *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad*. BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1988. *https://www.boe.es/eli/es/l/1988/11/11/34/con*

España. *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (Conocida como LSSI)*. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002. *https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758*

España. *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015. *https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3439*

España. *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007. *https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/03/22/3/con*

España. *Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano*. BOE núm. 170, de 18 de julio de 1994. *https://www.boe.es/eli/es/rd/1994/06/25/1416/con*

España. Tribunal Constitucional. *Sentencia 83/2023, de 4 de julio de 2023 (ECLI:ES:TC:2023:83)*. BOE núm. 193, de 14 de agosto de 2023. *https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/29593*

European Parliament. *Report on Combating Gender-Based Violence: Cyberviolence*. A-9-2021-0338, 14 de diciembre de 2021, recital F.

European Parliament. *Report with Recommendations to the Commission on Combating Gender-Based Violence: Cyberviolence*. Doc. A-9-2021-0338, 14 de diciembre de 2021. European Parliament. *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0338_EN.html*

Farmaindustria. *Código de Buenas Prácticas 2025 (versión vigente del Sistema de Autorregulación de la industria farmacéutica española)*. *https://www.codigofarmaindustria.org/sites/sarfi/codigo/codigo.html*

International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Preliminary Objections, Judgment of 22 July 2022. ICJ Reports* 2022. *https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20220722-JUD-01-00-EN.pdf*

Martínez-Mendia, Xabi, María J. Calvo, Nahia Idoiaga, Naiara Ozamiz, y Maitane Picaza. "Desigualdades de género en el consumo de ansiolíticos e hipnosedantes por parte de adolescentes en España: un estudio transversal." *Revista Española de Salud Pública* 97 (2023): e202311082. *https://www.sanidad.gob.es/biblioPublic/publicaciones/recursos_propios/resp/revista_cdrom/VOL97/ORIGINALES/RS97C_202311082.pdf*

Ministerio de Sanidad. *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud 2023*. Madrid, 2024. *https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/estadisticas/estMinisterio/SIAP/12_Ansioliticos_antidepresivos_hipnoticos.pdf*

Munshi, Atul, y Ruchika Garg. "The Medicalization of Menopause: Understanding the Evolution of Treatment Approaches." *Journal of Mid-life Health* 15, n.º 3 (2024): 133-134. *https://doi.org/10.4103/jmh.jmh_153_24*

Noticias ONU. "Siete principios contra la desinformación y las noticias falsas en las redes sociales." 13 de noviembre de 2023. *https://news.un.org/es/story/2023/11/1525477*

NYC Department of Consumer and Worker Protection. *Study of Gender Pricing in New York City*. New York: NYC DCWP, 2015. *https://www.nyc.gov/assets/dca/downloads/pdf/partners/Study-of-Gender-Pricing-in-NYC.pdf*

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2011. *https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf*

Page Six. "Bebe Rexha Reveals Pregnancy Loss as She Claps Back at Met Gala 2025 Body Shaming." 6 de mayo de 2025. *https://pagesix.com/2025/05/06/parents/bebe-rexha-reveals-pregnancy-loss-claps-back-at-azealia-banks-body-shaming/*

Paniello-Castillo, Blanca, Elena González-Rojo, Thaïs González-Capella, Neus Rosell Civit, Ana Bernal-Triviño, Helena Legido-Quigley, y Montserrat Gea-Sánchez. "'Enough Is Enough': Tackling Sexism, Sexual Harassment, and Power Abuse in Spain's Academia and Healthcare Sector." *The Lancet Regional Health — Europe* 34 (2023): 100754. *https://doi.org/10.1016/j.lanepe.2023.100754*

Parlamento Europeo. *Informe sobre la propuesta de modificación del artículo 83, apartado 1, del TFUE, con vistas a añadir la incitación al odio y los delitos de odio como ámbitos de criminalidad (2023/0903(NLE))*. *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0234_ES.pdf*

Parlamento Europeo. *Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2021, sobre la lucha contra la violencia de género en la esfera digital (2021/2035(INI))*. *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0388_ES.pdf*

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. *Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 202, 14 de mayo de 2024, 1-49. *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32024L1385*

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. *Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 relativa a la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859*. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 202, 5 de julio de 2024, 1-95. *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32024L1760*

Sirias Duarte, Silvio. "Desinformación de género: Una puerta a la misoginia." *Plataforma Regional Género y Metodologías*, 22 de octubre de 2024. *https://generoymetodologias.org/puntos-vista/desinformacion-de-genero-una-puerta-a-la-misoginia/*

Spadaro, G., Sara R. G. d'Elia, y Cristina O. Mosso. "Menstrual Knowledge and Taboo TV Commercials: Effects on Self-Objectification among Italian and Swedish Women." *Sex Roles* 78, n.º 9-10 (2018): 685-696. *https://doi.org/10.1007/s11199-017-0825-0*

Tanfer, K., y S. O. Aral. "Sexual Intercourse during Menstruation and Self-Reported Sexually Transmitted Disease History among Women." *Sexually Transmitted Diseases* 23, n.º 5 (1996): 395-401. *https://doi.org/10.1097/00007435-199609000-00009*

Tasca, Cesare, Mariangela Rapetti, Mauro Giovanni Carta, y Bianca Fadda. "Women and Hysteria in the History of Mental Health." *Clinical Practice & Epidemiology in Mental Health* 8 (2012): 110-119. *https://doi.org/10.2174/1745017901208010110*

Tone, Andrea. *The Age of Anxiety: A History of America's Turbulent Affair with Tranquilizers*. New York: Basic Books, 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Delfi AS c. Estonia* [Gran Sala], núm. 64569/09, 16 de junio de 2015. HUDOC. *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155105*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt c. Hungría*, núm. 22947/13, 2 de febrero de 2016. HUDOC. *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160314*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sánchez c. Francia* [Gran Sala], núm. 45581/15, 15 de mayo de 2023. HUDOC. *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-224928*

Unión Europea. *Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales)*. DOUE L 277, de 27 de octubre de 2022. *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32022R2065*

UNESCO. "Desinformación en línea: la UNESCO presenta su plan de acción para regular las redes sociales." 6 de noviembre de 2023. *https://www.unesco.org/es/articles/desinformacion-en-linea-la-unesco-presenta-su-plan-de-accion-para-regular-las-redes-sociales*

Vázquez-González, G., R. Allande-Cussó, J. Gómez-Salgado, M. Yildirim, J. Fagundo-Rivera, J. A. Climent-Rodríguez, y Y. Navarro-Abal. "Prejuicios, actitudes y estereotipos de los profesionales de la salud hacia la fibromialgia: una revisión sistemática [Prejudices, Attitudes, and Stereotypes of Healthcare Professionals towards Fibromyalgia: A Systematic Review]." *Atención Primaria* 57, n.º 9 (2025): 103251. *https://doi.org/10.1016/j.aprim.2025.103251*

Wasserfall, Rahel R. *Women and Water: Menstruation in Jewish Life and Law*. Hanover, NH: Brandeis University Press, 2015.

Wilkes, Michael S., Barbara H. Doblin, y Michael F. Shapiro. "Pharmaceutical Advertisements in Leading Medical Journals: Experts' Assessments." *Annals of Internal Medicine* 116, n.º 11 (1 de junio de 1992): 912-919. *https://doi.org/10.7326/0003-4819-116-11-912*

¿Criminalizar el odio?

Tomás de Domingo Pérez
Profesor Titular de Filosofía del Derecho.
Universidad Miguel Hernández

Pablo Pareja Ferrer
Becario FPU. Departamento de Ciencia Jurídica.
Universidad Miguel Hernández

Sumario: I. Introducción. II. El art. 510 CP: un precepto inconstitucional que sigue en vigor. III. Combatiendo el odio desde el respeto a los derechos fundamentales. IV Conclusión. Bibliografía

I. Introducción

La expansión de los denominados «discursos de odio» es un fenómeno que preocupa en Europa, de ahí que las dos principales organizaciones internacionales del continente hayan instado a los Estados a tipificarlos penalmente con el fin de proteger a colectivos que se presentan como víctimas de estas expresiones de odio. Tanto el Consejo de Europa, a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) como la Unión Europea han impulsado esta política que ha sido calificada por la doctrina como «modelo europeo de lucha contra el discurso de odio» en contraposición con el «modelo estadounidense», donde la Corte Suprema ha sido mucho más cautelosa a la hora de admitir de restricciones a la Primera Enmienda[1].

Siguiendo estas directrices, en España la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, introdujo el art. 510 CP, que sancionaba la provocación al odio, a la discriminación y a la violencia[2],y el art. 607.2 CP, que hacía lo

[1] Cfr. Elizabeth F Defeis, «Freedom of Speech and International Norms: A Response to Hate Speech», *Stanford Journal of International Law* 29, n.º 1 (1992): 57-130; Kevin Boyle, «Hate Speech - The United States Versus the Rest of the World?», *Maine Law Review* 53, n.º 2 (2001): 488-502; Michel Rosenfeld, «Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis», *Cardozo Law Review* 24, n.º 4 (2003): 1523-68; Roger Kiska, «Hate Speech: A Comparison between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence», *Regent University Law Review* 25 (2012): 107-51.

[2] «Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo,

propio con la justificación y negación del delito de genocidio[3]. Durante los veinte años de vigencia de ambos tipos delictivos, la aplicación del art. 510 CP fue escasa[4], y la STC 235/2007, de 7 de noviembre, declaró inconstitucional la parte del art. 607.2 CP que sancionaba la negación del Holocausto, además de precisar que la mera difusión de ideas que justificaran el genocidio estaba amparada por el derecho a la libertad ideológica y a la libre expresión. El Tribunal Constitucional consideró que el legislador había restringido indebidamente los mencionados derechos fundamentales. Sin embargo, el legislador no solo no rectificó, sino que ha recurrido nuevamente al Derecho Penal para combatir las expresiones de odio: la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha introducido en el art. 510 CP nada menos que ocho tipos delictivos.

Esta reforma ha sido criticada por buena parte de la doctrina[5], debido a que, como ha reiterado el Tribunal Constitucional, España no es una «democracia militante» y que, «al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático» (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2). Por consiguiente, la cuestión clave consiste en cómo combatir determinados discursos que reflejan y fomentan el odio sin lesionar o restringir los derechos fundamentales a la libertad ideológica y a la libre expresión. Aunque ya nos hemos posicionado en torno a esta cuestión[6], conviene profundizar aún más, sobre todo una vez constatado que el paulatino incremento de la regulación sancionadora del discurso de odio ha supuesto un aumento considerable de las posibilidades restrictivas del derecho a la libre expresión, generando un «efecto desaliento» que empobrece

---

orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses».

[3] «La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años».

[4] Hasta el año 2012, solo se habían dictado cuatro sentencias condenatorias en base al art. 510 CP, cfr. Jon Mirena Landa Gorostiza, «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de "lege lata"», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 7 (2012): 303 y ss.

[5] La aprobación de la modificación del CP en 2015 dio lugar a diversos manifiestos de protesta por parte de asociaciones representativas de la sociedad civil en los que alertaban, entre otras cuestiones, la amenaza que suponía del derecho a la libre expresión: un conjunto de Catedráticos de Derecho Penal (*https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/tribuna/tr_20150208_01.pdf*); la Confederación Española de Abogados Jóvenes (*https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2015/02/MANIFIESTO-REFORMA-CODIGO-PENAL-ultima-version.pdf*); el Grupo de Estudios de Política Criminal (GEPC) (*https://www.uab.cat/doc/No_hay_derecho_cast*); el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona (*https://www.icab.es/es/actualidad/noticias/noticia/NOTA-DE-PRENSA-El-ICAB-se-adhiere-al-manifiesto-de-rechazo-a-la-reforma-del-Codigo-penal-No-hay-derecho.-Por-un-Codigo-penal-de-todos/*).

[6] Sobre ello nos ocupamos en Tomás de Domingo Pérez, «La lucha contra el "discurso del odio" desde el respeto a los derechos fundamentales», en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, dir. Fernando Miró Llinares (Marcial Pons, 2017).

la formación de la opinión pública libre y, por tanto, erosiona la dimensión institucional del derecho a la libre expresión[7].

II. El art. 510 CP: un precepto inconstitucional que sigue en vigor

El art. 510 CP, según la redacción que recibió en la reforma del año 1995, tipificó la provocación a la discriminación, al odio y a la violencia. Los tribunales interpretaron que, dado que el verbo utilizado por el legislador era el mismo que el del art. 18 CP[8], el delito requería una «incitación pública y directa» a favorecer el odio, la violencia o la discriminación. Así lo señaló el Tribunal Supremo en la única oportunidad que tuvo de pronunciarse acerca de este tipo, la STS 259/2011, de 12 de abril:

> «Para que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitaran la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes. *No se trata, pues, solo de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege*» (FD 1º, inciso 8)[9].

Los mecanismos jurídicos para sancionar penalmente los discursos de odio no fueron efectivos y ello no estaba en sintonía con las directrices del TEDH y de la Unión Europea. De hecho, la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, fue una de las razones que tuvo en cuenta el legislador a la hora de redactar el vigente art. 510 CP[10]. El Consejo de la Unión Europea instaba a castigar tres conductas diferentes: «la incitación pú-

---

7 Cfr. Tomás De Domingo Pérez, ¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad, Cuadernos y debates 116 (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), 45-49.

8 «La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito».

9 Énfasis añadido.

10 «Se modifica la regulación de las conductas de incitación al odio y a la violencia por un doble motivo: de una parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías; y de otra, se trata de conductas que deben ser objeto de una nueva regulación ajustada a la Decisión Marco 2008/913/JAI, que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico» (punto XXVI).

blica a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico»; la comisión de las anteriores acciones mediante «la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales»; y «la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio» (art. 1). Sin embargo, el Consejo, consciente de las particularidades de cada Estado miembro, permitía modular el castigo de estas tres conductas dando la posibilidad de «castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes». El legislador español escogió sancionar las dos posibilidades y ello se ha traducido en que el vigente art. 510 está conformado por ocho tipos: tres básicos[11], tres atenuados[12]

---

[11] Pese a su extensión creemos conveniente transcribirlos:

«1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes 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 aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos 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, aporofobia, enfermedad o discapacidad.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar 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 aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos 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, aporofobia, enfermedad o discapacidad.

c) Quienes públicamente 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, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos, u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos».

[12] En el apartado segundo se encuentran los tres atenuados:

«2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas, antigitanos 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, aporofobia, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten

y dos cualificados[13]. Los tres tipos básicos están recogidos en el apartado primero:

Finalmente, en los apartados quinto y sexto se prevén peculiaridades sancionadoras para quienes ejerzan su actividad profesional en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, y se regula la responsabilidad de las personas jurídicas[14].

El art. 510.1.a) tipifica el fomento, la promoción o la incitación al odio, a la hostilidad, a la discriminación y a la violencia. Esta asimilación ha sido cuestionada por la doctrina, pues el odio y la hostilidad parecen ser sentimientos, mientras que la discriminación o la violencia suponen comportamientos susceptibles de alterar el orden público[15].

---

a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel por motivos racistas, antisemitas, antigitanos 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, aporofobia, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos».

[13] Cfr. Andrés Gascón Cuenca, «La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: la modificación del artículo 510 CP.», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º 32 (2015), passim.

[14] También se prevén dos cualificados en los apartados tercero y cuarto:

«3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.

4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado».

5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo».

[15] Cfr. Guillermo Portilla Contreras, «La represión penal del "discurso del odio"», en *Tratado de derecho penal español. Parte especial. IV. Delitos contra la Constitución*, dir. Francisco Javier Álvarez García et al. (Tirant Lo Blanch, 2016), 389-90; Víctor Gómez Martín, «Discurso del odio y principio del hecho», en *Protección penal de la libertad de expresión e información: Una interpretación constitucional*, dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Tirant Lo Blanch, 2012), 117.

En esta objeción radica uno de los principales puntos del debate: ¿es posible sancionar la expresión de un sentimiento que, aunque dañino, tan solo se experimenta o se exterioriza sin causar conflicto alguno? ¿Supone el art. 510 CP la negación implícita del clásico axioma del Derecho penal *cogitationis poenam nemo patitur*? El art. 510 CP sanciona con la misma pena la antesala de un hecho violento o discriminatorio y la antesala de la antesala de ese mismo hecho[16]. Esta ampliación del *iter criminis* parece difícilmente compatible con el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal[17]. A este problema cabe añadir que si la incitación al odio ya no es la simple exteriorización de un sentimiento de animadversión, sino un verdadero «discurso», una argumentación que justifica intelectualmente el odio, representa una conducta inatacable por constituir un ejercicio legítimo del derecho a la libertad ideológica y del derecho a la libre expresión.

Sin embargo, el principal problema estriba en que con la nueva redacción del art. 510 CP es difícil definir las conductas típicas, pues las principales características del precepto son su abstracción y falta de taxatividad. Realmente, resulta complicado hallar una opinión mínimamente mordaz o ácida que no pueda ser subsumida en alguna de las acciones típicas del macro artículo 510 CP. Este peligro se acrecienta cuando examinar lo que Landa ha denominado la «cadena de difusión»; es decir, las acciones consistentes en la distribución, difusión o venta de documentos o soportes que sean idóneos para realizar la acción primera[18]. Estas son sancionadas aun cuando no se haya pretendido incitar al odio o la hostilidad o incluso ni siquiera se sienta odio hacia dichos colectivos. Unos tipos penales tan amplios pueden generar un "efecto desaliento" de tal gravedad que nos parece indudable que nos hallamos ante un precepto contrario a la

[16] Esta equiparación penológica ha sido duramente criticada por Portilla Contreras, para quien este delito es un «emblema de la censura», cfr. Portilla Contreras, «La represión penal del "discurso del odio"», 402; Víctor Gómez Martín, *Delitos de discriminación y discurso de odio punible: nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Colección derecho penal teoría y práctica (Editorial Juruá, 2019), 168; Landa Gorostiza, *Los delitos de odio*, 73 y ss.

[17] Como señala Landa en relación con el art. 510 CP, el principio de *ultima ratio* se ha transformado en el de *prima ratio*, cfr. Jon-Mirena Landa Gorostiza, «Delitos de odio en España: estado de la cuestión», *InDret*, n.º 4 (4 de noviembre de 2024): 149, *https://doi.org/10.x31009/InDret.2024.i4.05*.

[18] Además, estas acciones se sancionan con la misma pena, lo que también ha dado lugar a numerosas críticas doctrinales debido a la falta de coherencia y proporcionalidad. Cfr. Carmen Alastuey Dobón, «La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas (1)», *Diario La Ley*, n.º 8245 (2014): 13; Margarita Roig Torres, «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 BIS, 511 y 512)», en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, dir. José Luis González Cussac y coord. Elena Górriz Royo y Ángela Matallín Evangelio (Tirant Lo Blanch, 2015), 1212; Portilla Contreras, «La represión penal del "discurso del odio"», 401; Vicente A. Sanjurjo Rivo, «Discurso antirreligioso y libertad de expresión: la tutela penal de los sentimientos religiosos», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 51 (2023): 199.

Constitución[19]. Por consiguiente, el vigente art. 510 CP puede estar influyendo en el aumento de la autocensura[20].

Dado que no se ha planteado ningún recurso de inconstitucionalidad en relación con el art. 510 CP, la interpretación de los tipos penales ha recaído en los tribunales, pudiéndose identificar hasta la fecha dos líneas jurisprudenciales: la de los partidarios de la interpretación literal de los tipos penales y la de los que apuestan por una interpretación «histórica» de los delitos de odio[21]. Los dos grandes puntos de fricción en la interpretación jurisprudencial del art. 510 CP son la identificación de los colectivos protegidos y la necesidad de que la lesión ocasionada por los discursos de odio afecte al colectivo en su totalidad.

Respecto a la primera cuestión, los defensores de la interpretación literal abogan por reconocer como colectivos protegidos todos a los que se pueda identificar por compartir alguna de las diecisiete características indicadas en el precepto —«racistas, antisemitas, antigitanos 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, aporofobia, enfermedad o discapacidad»—. Ello da lugar a dos consecuencias: por un lado, sitúa la clave de bóveda para detectar un discurso de odio en la

---

[19] El Tribunal Constitucional estableció en la STC 136/1999, de 20 de julio, que un tipo penal que desaliente el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales puede lesionar entrañar una lesión de los mismos. El efecto desaliento tiene como causa "la falta de control de la licitud de la acción por parte del titular del derecho fundamental" debido a la "indeterminación del precepto penal". Sobre esta cuestión nos hemos ocupado en Tomás de Domingo, «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado "chilling effect" o "efecto desaliento», *Revista de estudios políticos*, nº 122 (2003), 142-56; Tomás de Domingo Pérez, «La teoría del desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales», en *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, de Tomás de Domingo Pérez y Antonio Luis Martínez-Pujalte (Comares, 2011), 100-101.

[20] Este fenómeno, junto con la cultura de la cancelación, está aumentando su presencia en la sociedad española, cfr. Darío Villanueva, *Morderse la lengua: corrección política y posverdad* (Espasa, 2021); Fernando Bonete Viscaíno, *Cultura de la cancelación* (Ciudadela, 2023).

Un reciente estudio de la Asociación de la Prensa de Madrid, el Informe Anual de la Profesión Periodística 2024, recoge que 71% de los periodistas encuestados manifiestan sentir menos libertad que antes debido, entre otras causas, al incremento de la polarización política. Cfr. Elena Blanco-Castilla et al., «Disinformation and hate speech toward female sports journalists», *El Profesional de la información*, 25 de noviembre de 2022, e310613, *https://doi.org/10.3145/epi.2022.nov.13*. Asimismo, puede observarse la preocupación la autocensura en las numerosas noticias publicadas sobre ello. Citamos, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes: *https://dircomfidencial.com/medios/hay-mucho-miedo-y-autocensura-en-las-redacciones-espanolas-20221220-0403/*; *https://blogs.elconfidencial.com/espana/una-cierta-mirada/2025-02-14/libertad-expresion-peligro-autocensura_4064678/*; *https://www.apmadrid.es/la-covid-infecta-el-periodismo-censura-autocensura-y-mas-desinformacion-que-nunca/*; *https://www.telemadrid.es/programas/madrid-directo-om/Juan-Tortosa-Autor-libro-molestar-9-2098680136--20190226082140.html*

[21] Los partidarios de interpretar los delitos de odio en clave histórica abogan por considerar delitos de odio tan solo a los ilícitos penales en los que el sujeto pasivo pertenece a un colectivo vulnerable. Esto se debe a que, dado que los delitos de odio nacieron para proteger al colectivo afroamericano en Estados Unidos, consideran que la esencia de los mismos radica en la desigualdad social y en la vulnerabilidad de los sujetos pasivos. Cfr. Samuel Walker, *Hate Speech. The History of an American Controversy* (University of Nebraska Press, 1994), 17 y ss.

presencia de un ánimo odioso al emitir la expresión, siempre que la razón de dicho odio sea la exclusiva pertenencia al colectivo[22]; y, por otro, la protección se extiende a todos colectivos, incluidos los que son mayoritarios o los que gozan de una posición de superioridad en la vida social. Ahora bien, ¿hay algún colectivo que no pueda ser reconducido a alguno de los motivos enumerados? Cabría pensar que el art. 510 CP protege a casi toda la población de cualquier incitación al odio, a la hostilidad, a la violencia o a la discriminación.

Ante un tipo tan amplio, , un sector de la doctrina, aunque no respaldado por el TS[23], ha sostenido ha afirmado que la sanción del discurso de odio responde a la necesidad de proteger a los colectivos vulnerables[24]. Desde esta posición, se entiende que, a pesar de que no se contemple explícitamente, la vulnerabilidad es un elemento indispensable en los delitos de odio. Pero, una vez admitida, el problema se traslada a la clarificación de qué es un colectivo vulnerable y, sobre todo, a la identificación de los mismos. Esta es una dificultad de primera magnitud, pues, como el Consejo de Europa ha admitido, la «vulnerabilidad es un concepto complejo y vago»[25]. La jurisprudencia no ha introducido ningún criterio para ello, limitándose, en determinadas sentencias, a pronunciarse sobre colectivos concretos. Así, se ha denegado la condición de vulnerables a los

---

[22] Esta es una nota clave de los delitos de odio derivada de una comprensión de los delitos de odio siguiendo una de las dos modelos alumbrados por la doctrina, el «hostility model». Los autores que acogen este enfoque localizan en el ánimo con el que se realiza la acción el elemento esencial para la calificación como delitos «de odio», cfr. Frederick M. Lawrence, *Punishing hate: bias crimes under American law* (Harvard University Press, 1999), 34 y ss; Manuel Cancio Meliá y Juan Alberto Díaz López, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, Colección monografías Aranzadi 1096 (Thomson Reuters Aranzadi, 2019), 61-72. El TS lo asumió en la STS 646/2018, de 14 de diciembre, cuando señaló que, para que un delito pueda ser calificado «de odio», debe advertirse la presencia de un «ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo, lo que permite excluir un *animus* ajeno al contenido agresivo. Este ánimo consiste en la animadversión hacia la persona, o hacia colectivos, que unificados por el color de su piel, por su origen, su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, si orientación o su identidad sexual, o por su condición de víctimas conforman una aparente unidad que permite configurar una serie de tipos de personas» (FD único).

[23] En la reciente sentencia 911/2025, de 4 de noviembre, el TS ha afirmado que la vulnerabilidad es «un concepto no incluido en el tipo» (FD 1).

[24] Cfr. Landa Gorostiza, «Delitos de odio en España», 148-49; Alberto Daunis Rodríguez, «Fórmulas para una interpretación restrictiva de los delitos de odio», en *Odio, prejuicios y derechos humanos*, coord. Patricia Laurenzo Copello y Alberto Daunis Rodríguez (Comares, 2021), 289; Patricia Laurenzo Copello, «La manipulación de los delitos de odio», en *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, dir. Guillermo Portilla Contreras, Fernando Velásquez Velásquez y coord. Esther Pomares Cintas y Juan Luis Fuentes Osorio (Dykinson, 2019); Alejandro De Pablo Serrano, «En defensa de la tipificación penal del discurso difamatorio contra colectivos vunerables. Bases para una interpretación restrictiva», en *Entre la libertad de expresión y el delito: cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión*, dir. Juana Del Carpio Delgado et al. (Aranzadi, 2021), 90-97.

[25] Informe elaborado por la Comisión Europea para la eficiencia de la Justicia con el título: «Acceso a la justicia de los grupos vulnerables», elaborado por Julinda Beqiraj en octubre de 2020. Puede consultarse en: *https://rm.coe.int/access-to-justice-for-vulnerable-groups-in-azerbaijan-eng/1680a31544*; concretamente, p. 6.

miembros y familiares de los Cuerpos de Seguridad del Estado[26], al colectivo judío[27] o a los condenados por delitos sexuales[28]. El peligro del uso de conceptos indeterminados como es la apelación a la «vulnerabilidad» estriba en que pueden generar la misma consecuencia que pretendían evitar: la sobreabundancia de colectivos debido, precisamente, a su abstracción e inconcreción[29].

El segundo elemento controvertido se circunscribe, fundamentalmente, al art. 510.2.a), único tipo penal que no comparte naturaleza con el resto[30]. Los partidarios de la interpretación literal han sostenido que el delito se consuma con la mera constatación de la lesión de la dignidad por un acto de menosprecio, humillación o descrédito[31]. Por su parte, los

---

[26] Hasta el momento, este es el colectivo que mayor conflictividad ha provocado. El caso que mayor debate originó fue el conocido como «caso Alsasua», donde el TS denegó la condición de colectivo vulnerable a las víctimas de las agresiones, dos guardias civiles y sus novias. Esta sentencia ha generado mucho interés doctrinal. Entre otros trabajos, pueden citarse cfr. Alfredo Crespo Alcázar, «Radicalización social y subcultura de la violencia como legado de ETA: la agresión a la guardia civil en Alsasua como caso de estudio», *Scio*, n.º 14 (2018): 53-82; Jon Mirena Landa Gorostiza, «Delitos de odio y sentidos de la tutela: reflexiones al hilo del "caso altsasu" (STS 458/2019)», en *Odio, prejuicios y derechos humanos*, coord. Patricia Laurenzo Copello y Alberto Daunis Rodríguez (Comares, 2021); Patricia Tapia Ballesteros, «El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación», *Política criminal* 16, n.º 31 (2021): 284-320, *https://doi.org/10.4067/S0718-33992021000100284*

En el ámbito del art. 510 CP, la SAP Lérida 322/2018, de 12 de junio, inadmitió la denuncia presentada por los padres de algunos centros escolares por las valoraciones públicas que los profesores hicieron tras lo sucedido el 1 de octubre de 2017. La AP sostuvo que, aunque los motivos de inadmisión fue la falta de prueba sobre la incidencia en el funcionamiento ordinario del centro, tampoco hubiera podido admitirse debido a que los miembros de la Guardia Civil no conforman un colectivo vulnerable.

[27] SAP Santa Cruz de Tenerife 209/2021, de 1 de junio.

[28] Auto AP Barcelona 658/2020, de 16 diciembre.

[29] Cfr. Blanca Martín Ríos, «La represión del discurso de odio a través del Derecho penal. Debilidades y fortalezas de la regulación actual», en *La prevención y represión del discurso del odio. Hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, coord. Blanca Martín Ríos (Aranzadi, 2019), 68 y 78; Jorge Correcher Mira, «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret*, n.º 2 (2021): 128, *https://doi.org/10.31009/InDret.2021.i2.04*

[30] Es un «delito de resultado». Así lo define la Fiscalía General del Estado en la Circular 7/2019, de 14 de mayo: «Los/las Sres./Sras Fiscales defenderán que este tipo penal, salvo en el caso de la infracción de resultado tipificada en el primer inciso del art. 510.2.a) CP, se estructura bajo la forma de peligro abstracto, que no requiere el fomento de un acto concreto sino la aptitud o idoneidad para generar un clima de odio o discriminación que, en su caso, sea susceptible de provocar acciones frente a un grupo o sus integrantes, como expresión de una intolerancia excluyente ante los que son diferentes» (p. 55665).

Por otra parte, resulta criticable, como ha expuesto la doctrina, que el único delito de resultado sea un tipo atenuado, cfr. Alejandro De Pablo Serrano, «La tipificación del discurso de odio Lgtbi-fóbico. Fundamento filosófico, bien jurídico penal y algunas propuestas de reforma del art. 510 CP», en *La prevención y represión del discurso del odio: hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, coord. Blanca Martín Ríos (Aranzadi, 2019), 105.

[31] La SAP Madrid 387/2022, de 12 de julio, condenó al recurrente por increpar de manera reiterada a un vecino con expresiones como «maricón de mierda» o «te vas a enterar». Así, tan solo se exige la lesión de la dignidad, sin que sea necesario observar ningún otro requisito. Han asumido esta posición, entre otras, las SSAP Valladolid en la SAP 142/2022, de 27 de mayo; Madrid 53/2022, de 3 de febrero; Madrid 380/2022, de 29 de junio; Madrid 551/2020, de 17 de noviembre.

defensores de la denominada «interpretación histórica» han sostenido que, al ser un «delito de resultado», debe exigirse que la acción afecte a todo el colectivo. De esta forma, se obliga no solo a constatar que se ha producido una lesión de la dignidad de un miembro de ese colectivo, sino que también ha supuesto un riesgo, aunque mínimo, para todos sus integrantes[32]. Para los defensores de esta interpretación, esta adición evitaría la confusión con otros tipos penales, como el delito de injurias o de trato degradante.

Hasta el momento, no parece que ninguna línea acabe por consolidarse, lo que genera aún más confusión acerca de un tipo penal que pone en riesgo uno de los pilares de nuestras democracias. En efecto, la reforma del art. 510 CP puede servir para sancionar expresiones de odio que no sean manifestaciones del ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión. Ahora bien, también es perfectamente posible imaginar expresiones de ideas u opiniones que constituyan un ejercicio legítimo de este derecho fundamental y que sin embargo podrían ser conductas típicas a la luz de la redacción dada a este precepto, lo cual nos sitúa ante un escenario inaceptable. Pongamos un ejemplo actual: ¿acaso un discurso que defienda la importancia de evitar la llegada de inmigrantes no constituye un ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión como manifestación de la libertad ideológica? ¿No es posible sostener lícitamente que determinados colectivos de inmigrantes son incapaces de integrarse debidamente en la sociedad? En ambos casos se está ante conductas tipificadas por el art. 510 CP, lo cual pone de relieve la incompatibilidad de este precepto con la Constitución. Las expresiones de odio que constituyen un ejercicio legítimo de algún derecho fundamental no pueden ser criminalizadas. La cuestión es si verdaderamente se puede sostener que tal ejercicio constituye un bien para la sociedad o por el contrario debería considerarse un mal que, sin embargo, no puede ser combatido recurriendo al Derecho Penal. Y no se trata simplemente de apelar a la superioridad de la Constitución, puesto que podría abogarse por una reforma constitucional que restringiera determinados discursos haciendo de España una «democracia militante». Se trata de plantear la pregunta de si puede sostenerse que es bueno que en una sociedad el odio se exprese libremente.

[32] Esta línea jurisprudencial tiene su principal impulsora en la SAP Soria 10/2021, de 18 de enero: «no bastaría con que la expresión de menosprecio fuera dirigida a una persona concreta, sino que las expresiones en cuestión vertidas contra la misma, implicaran un peligro potencial para un colectivo concreto, en este caso, mujer, incitando al odio, no sobre una persona concreta de este colectivo, sino contra el conjunto del mismo, o sus componentes» (FD 1º). Tras ella, algunas APs comenzaron a defender la necesidad de este «plus» delictivo: SSAP Madrid 656/2021, de 9 de diciembre; Tarragona 204/2021, de 7 de mayo; Valencia 468/2020, de 19 de noviembre; SAP Madrid 26/2022, de 17 de enero; Barcelona 241/2022, de 10 de abril.

III. Combatiendo el odio desde el respeto a los derechos fundamentales

Ni el derecho a la libre información da cobertura a la mentira ni el derecho a la libre expresión protege el insulto[33], como ha reiterado el Tribunal Constitucional. Por consiguiente, expresiones de odio basadas en burdas falsedades o en insultos de cualquier tipo no constituyen el ejercicio legítimo de ningún derecho fundamental y, por tanto, no cabe ver en ellas ningún bien. Esto no significa que deban ser sancionadas penalmente: algunas de ellas pueden ser toleradas, pese a considerarse conductas negativas o malas, tanto desde un punto de vista moral como también político. El examen requerirá determinar prudencialmente cuándo se deben sancionar penalmente estas conductas, para lo cual, entre otras cosas, habría que valorar con mucha atención la capacidad de la sanción para desalentar el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales.

El problema adquiere otro cariz cuando el ejercicio legítimo de estos derechos fundamentales se orienta a difundir ideas u opiniones que son calificadas como discursos de odio. Si se admite la posibilidad de restringir los derechos fundamentales para perseguir estos mensajes, que es lo que se pretende con la actual legislación, España se habrá convertido en una «democracia militante» minando las bases del Estado constitucional de Derecho, habida cuenta de que la ley se impone a la Constitución: ¿dónde queda entonces el respeto a la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales[34]? La lógica preocupación por el avance de los discursos de odio no puede dar lugar a una solución incompatible con los fundamentos filosófico-políticos del Estado constitucional. Por ello, lo primero es comprender que el ejercicio legítimo de un derecho fundamental siempre constituye un «bien», aunque tal ejercicio sea un vehículo para el «mal». Puede llamar la atención que planteemos la cuestión en estos términos, puesto que da la impresión de que hemos dejado atrás el terreno jurídico y navegamos en el proceloso mar de la argumentación moral. Esto puede representar un problema para quienes desean trazar compartimentos estan-

---

[33] El TC ha reiterado que el derecho a la libre expresión no «ampara el derecho al insulto». Entre otras, pueden citarse la siguientes sentencias: SSTC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 8; 170/1994, de 7 de junio, FJ 4; 42/1995, de 13 de febrero, FJ 2; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 3; 127/2003, de 30 de junio, FJ 6; 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 7; 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 6; 41/2011, de 11 de abril, FJ 5; 93/2021, de 10 de mayo, FJ 4). Sobre la importancia que tiene determinar cuándo un derecho fundamental se ha ejercicio legítimamente, mostrando que muchas situaciones que se presentan como conflictos en realidad no son tales, nos hemos ocupado en Tomás de Domingo Pérez, ¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad, Cuadernos y debates 116 (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001).

[34] Al respecto, sigue siendo referencia obligada el libro de Antonio-Luis Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales* (Centro de Estudios Constitucionales, 1997), passim.

cos con relación a los problemas prácticos, pero la conexión entre derecho, moral y política es indudable[35], y mucho mayor en el caso de los discursos de odio. Tratemos, pues, de clarificar la cuestión.

¿Acaso no es posible afirmar que hay conductas malas desde ciertos puntos de vista, pero de las que también es posible extraer consecuencias positivas si se examinan desde otra perspectiva? Dejando al margen situaciones que inequívocamente se sitúan extramuros de los derechos a la libre información y expresión, cabe imaginar una opinión que no constituye un insulto y que, sin embargo, desde ciertos puntos de vista puede considerarse errada, disparatada e incluso nociva para la convivencia. Quienes abogan por criminalizar los discursos de odio sólo ven en ellos un «mal» que hay que perseguir incluso recurriendo a la sanción penal. ¿Dónde queda entonces el valor superior del pluralismo político que implica tolerar las opiniones ajenas incluso cuando nos parezcan erradas? No estamos abogando por una postura relativista que considere que no hay criterios racionales para distinguir entre opiniones sensatas y disparates, sino recordando que el derecho a la libertad ideológica y a la libre expresión ampara la posibilidad de defender ideas y opiniones que resulten molestas e hirientes, y además hay que decir que la difusión de dichas ideas constituye un «bien» para la sociedad, puesto que, de entrada, permite que se manifieste el citado pluralismo[36]. Además, para luchar contra los discursos de odio es importante dejar que estos se expresen, conocer en qué se basan para calibrar su base argumental y ser capaces de desmontarlos. Como sucede en medicina, para poner remedio a una enfermedad lo primero es detectarla. Cuanto más tiempo permanezca oculta, más posibilidades habrá de que se expanda y sea más complicado ponerle tratamiento. Por esta razón, creemos que una democracia debe considerar positivo que incluso aquellos que la niegan o que combaten sus valores puedan expresar sus ideas, es decir, la tesis que ha venido manteniendo el Tribunal Constitucional en sentencias clave como la STC 176/1995, citada en estas páginas.

---

[35] En este punto compartimos plenamente la opinión de Cruz Prados, quien sostiene que el derecho no es una realidad autónoma, sino que se comprende por su referencia al bien común: «El derecho es lo que ajusta, proporciona o iguala a un sujeto con otros, y la finalidad de este ajustamiento no puede ser otra que compartir una misma sociedad, que —por decirlo así— "caber" todos juntos en un mismo todo social. La finalidad del derecho es hacer verdadera la co-existencia. El sentido de buscar la igualdad, dando a cada uno su derecho, es hacer posible un mundo común a una pluralidad de sujetos» (Alfredo Cruz Prados, *Sobre la realidad del Derecho* (EUNSA, 2021), 80.). Lógicamente, la referencia a la búsqueda compartida de un bien común requiere una indagación sobre «bienes», sobre lo «bueno», lo cual pone de relieve la conexión entre derecho, moral y política.

[36] Alejandro Llano destaca el valor del pluralismo como fundamento de la democracia, y rechaza que dicho pluralismo implique una posición relativista que critica afirmando que «[s]i acontecen posiciones diversas que entran en diálogo, e incluso en conflicto, es precisamente porque se parte del convencimiento de que *hay realmente verdad* y de que no es vana ni utópica la esperanza de acceder a ella por el correcto ejercicio de la inteligencia práctica» Alejandro Llano Cifuentes, *La vida lograda* (Ariel, 2017), 152. Énfasis del autor.

Posicionarnos así no significa ignorar el peligro que albergan ideologías u opiniones que destilan odio y amenazan gravemente la convivencia. Constituye un grave error, incluso una irresponsabilidad, tomar a la ligera muchas disputas que no tienen consecuencias en el terreno físico, al menos de forma inmediata[37]. Como hemos apuntado, no se trata de situarse en una posición relativista. Pese a que desde una perspectiva jurídica y política pueda afirmarse que es bueno que se expresen ideas que reflejan y fomentan el odio, no se puede negar que tales ideas son peligrosas desde distintos puntos de vista, incluido también un punto de vista político. En efecto, lo político no se reduce al ejercicio de la coacción institucionalizada, sino que, como observa Cruz Prados, se refiere a una búsqueda compartida del bien común[38], y a tal fin no se puede ser indiferente ante los discursos de odio que siembran la semilla de la discordia, esto es, la negación de la necesaria disposición a seguir viviendo juntos.

La presencia en nuestra sociedad de formas de expresión que no sólo denotan odio, sino que pretenden extender ese sentimiento de rechazo a personas y colectivos, refleja un problema social que merece ser estudiado con detenimiento para comprender sus causas más profundas a fin de identificar cuáles deben ser las formas de combatirlo. Por encima de cualquier otra consideración, los discursos de odio reflejan división, una separación entre el emisor y la persona o grupos

---

[37] La opinión de Julián Marías (1914-2005) con relación a esta cuestión nos parece muy relevante, pues vivió la II República y la Transición a la democracia. Afirma Marías que «las cuestiones de palabras son las más graves y peligrosas. Por mi edad he asistido a la génesis, desarrollo y consecuencias —tan largas— de la guerra civil. Y estoy persuadido de que su causa, más que cuestiones "de hecho", fueron las cosas agresivas, irresponsables, falsas, que se dijeron a ambos lados [...]. Lo que habían de ser "los dos bandos" no podían soportar lo que decían "los otros"» Julián Marías, *Tratado sobre la convivencia: concordia sin acuerdo* (Ediciones Martínez Roca, 2000), 123. Precisamente esa irresponsabilidad contrasta con la situación que se vivió a partir de 1975: «Lo que hizo posible el asombroso acierto de lo que se llama la "transición", el paso sin violencia ni odio de una larga situación insostenible a otra profundamente distinta fue la calidad de lo que se dijo. Con pocas excepciones, que pronto quedaron reducidas a sus proporciones reales, se habló con mesura, corrección, miramientos, respeto a la verdad», ibid., 124.

[38] Para Cruz Prados, la acción política se traduce en la creación de un ethos: «Lógicamente, todo esto supone —visto el mismo asunto desde el otro lado, por decirlo así— que la política deja de ser una técnica ordenada a la construcción de una estructura o aparato que, una vez producido, da paso al despliegue espontáneo de procesos sociales. La política es acción: la acción de configurar una sociedad, una forma de vida en común, un ethos. La acción política es —cabe decir— la misma acción social en cuanto configuradora del ethos social. Política y socialidad pueden ser entendidas como acción, si las dos son entendidas así al mismo tiempo; entonces, la una y la otra se funden en una misma acción que, por ser social y política, es también acción moral. Una acción es ética porque, en ella, está en juego la calidad de un ethos» Alfredo Cruz Prados, *Ethos y polis: bases para una reconstrucción de la filosofía política* (EUNSA, 1999), 80. En esta línea insiste en otro momento con mayor claridad: «Es preciso liberar a lo político de la *reductio ad potestatem*, que ha sufrido en el pensamiento de la Modernidad. Lo político no versa exclusivamente sobre el poder, sino fundamentalmente sobre el habitar común, sobre la constitución de un ethos común. Lo político no es meramente una cuestión sobre lo krático, sino, sobre todo, un asunto ético. Esto puede hacernos entender que la política, en cuanto configuración de un ethos, sólo puede ser una acción integradora y arquitectónica» Ibid., 85.

objeto del mensaje, que son vistos sobre todo como alguien diferente y, además, pernicioso, lo cual nos aboca a formular diferentes preguntas, aunque aquí nos referiremos sólo a una de ellas que consideramos nuclear: ¿Qué es lo que determina que el foco de atención se centre en los «hechos diferenciales» en lugar de destacar aquello que se tiene en común? Pero no se trata sólo de que los discursos de odio se centren en las diferencias, sino que las exacerban con el fin de polarizar a la sociedad, un fenómeno que, como ha señalado Luis Miller, «no es sino una forma moderna de *tribalismo*»[39]. Polarizar consiste en dividir a través de la construcción de identidades que se contraponen, sin esforzarse por hacerlas compatibles[40]. Las identidades, que son el sumatorio de todo lo que a una persona la define, son complejas, se sostienen sobre la base de características muy diversas: sexo, nacionalidad, etnia, raza, ideología, religión, etc. Pese a estas diferencias, siempre es posible encontrar un punto de unión con el *otro*[41], de tal forma que partiendo del mismo tales diferencias podrían interpretarse como factores que enriquecen la realidad. Sin embargo, cuando se obvia esta riqueza y se construyen identidades monolíticas y enfrentadas, todo ello fomentado en muchas ocasiones de forma irresponsable por algunos partidos políticos por diferentes razones[42], comienzan a surgir conflictos sociales. Si se ve al otro como un sujeto con el que no se comparte nada, toda opinión o idea expresada por él puede ser interpretada como una amenaza, propiciando así el nacimiento del odio, puesto que una de las claves que explican la animadversión hacia el otro es el temor que nos suscita algo —una opinión, idea o su mera presencia— que proviene de él. El odio se puede incrementar hasta dar lugar a una polarización que puede ser la antesala del enfrentamiento o, en casos extremos, de las agresiones físicas[43]. Pero, mientras los insultos y las agresiones físicas no suponen

---

[39] Luis Miller, *Polarizados. La política que nos divide* (Deusto, 2023), 39. Énfasis del autor.

[40] Como indica Luis Miller, «[l]a política que nos divide es la de la identidad» Ibid., 42.

[41] Jesús Ballesteros señala que «[l]a defensa de la identidad cultural ha llevado históricamente y sigue llevando al enfrentamiento entre tribus y entre culturas». Para evitar el odio que genera enfrentamiento, propone «desechar la identidad única, base de la separación tribal, de la separación de nosotros-ellos, que lleva a la violencia». En definitiva, desechar una noción de identidad excluyente frente a la que solo cabe unirse o enfrentarse, cfr. Jesús Ballesteros, *Repensar la paz* (Ediciones Internacionales Universitarias, 2005), 123-26.

[42] En opinión de Luis Miller, la polarización es fomentada por los partidos políticos porque es la estrategia más eficaz a corto plazo para movilizar a los votantes: «Pero si nos preocupa e incluso enfada, ¿por qué sigue siendo la estrategia preferida por los partidos? La respuesta es simple. La polarización es la estrategia más sencilla y efectiva de la que disponen los partidos políticos para activar a sus votantes y movilizarlos ante las citas electorales. Es sencilla porque se basa en una de las características que definen al ser humano: nuestra capacidad para sentirnos parte de un grupo, de una tribu, de un colectivo» Miller, *Polarizados. La política que nos divide*, 44.

[43] La crispación, junto con el bloqueo político, son dos de las consecuencias de la polarización. La crispación es un fenómeno más palpable y visible, pues «remite a actitudes y, sobre todo, a comportamientos»; mientras que la polarización es un «proceso más profundo y de largo re-

ejercicio legítimo alguno de derechos fundamentales, determinadas manifestaciones del discurso de odio, sí.

Por ello, además de sancionar los insultos o las agresiones físicas ligadas a los sentimientos de odio —lo cual supone combatir las consecuencias del odio, no sus causas— es necesario, si se pretende solucionar radicalmente el problema, explorar otras vías para combatir los discursos de odio más allá del recurso al derecho sancionador[44]. Por limitaciones de espacio, como es natural, no podemos ocuparnos en estas páginas de un tema tan complejo. Nos conformaremos, pues, con apuntar algunas ideas sobre cómo enfocarlo.

Silva Sánchez señala que una de las causas por las que se está produciendo una expansión del Derecho penal es el «descrédito de otras instancias de protección» entre las que se encuentra la moral social[45]. La idea que este autor pretende transmitir es que, si sólo se cuenta con el derecho como instrumento de control social, todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido en una norma legal puede interpretarse como indiferente, neutral. Como no se tiene un juicio compartido sobre dicha acción, tan bueno sería hacerla como omitirla. Nos encontramos, pues, en una situación donde lo tolerado jurídicamente se convierte en libertad omnímoda e inmune a la crítica. De esta forma, se produce un empobrecimiento de las relaciones sociales: el otro es visto como un enemigo en tanto potencial limitador de mi libertad que siempre responde a mi deseo[46], o como un posible socio para realizar una

---

corrido» caracterizado porque remite a sentimientos de pertenencia, de identificación con ciertos grupos y alejamiento del resto. Cfr. Ibid., 43-45.

[44] Además, cabe señalar que cuando se plantea la lucha contra un fenómeno sin atacar directamente sus causas el resultado no suele ser el deseado. Es lo que sucede con el art. 510 CP. A pesar de ser un artículo muy amplio en su redacción y muy severo en las penas, los delitos e infracciones de odio no dejan de aumentar, como muestran los informes sobre la evolución de los delitos de odio que publica anualmente el Ministerio del Interior (pueden consultarse en *https://www.interior.gob.es/opencms/ca/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas-anuarios-y-revistas/informe-sobre-la-evolucion-de-los-delitos-de-odio-en-espana/*). En el último informe publicado, el correspondiente a la anualidad 2023, se señala que los delitos e incidentes de odio han aumentado un 21,35% en relación con 2022. Teniendo presente esta situación, cabe preguntarse si, en realidad, la actual redacción del art. 510 CP tiene más efectos indirectos (efecto desaliento y autocensura) que directos (disminución del discurso de odio).

[45] Cfr. Jesús-María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2. ed., Monografías Civitas (Civitas, 2001), 65.

[46] Como señala Pedro Rivas, cuando las relaciones sociales no están conducidas por criterios compartidos, sino por conflictos de apetencias dirimidos sobre la base de quién tiene más poder para imponer su deseo, no hay posibilidad de formar una verdadera comunidad: «[S]i no hay más que un conflicto más o menos complejo de voluntades, se comprende que no se hable más que de poder, todo lo cual muestra la imposibilidad de pensar en términos de verdadera comunidad porque no hay bienes que compartir. El poder, por su propia naturaleza, refleja el alcance de cada voluntad y, en este sentido, toda voluntad ajena es límite de la propia. Cuando los demás son límites es porque constituyen de nuevo una realidad distinta, ajena a mí, con quien solo puede haber, en el mejor de los casos, coincidencia o compatibilidad, pero nunca verdadera comunidad» Pedro Rivas, «Bien Común Clásico y Estado», *Díkaion* 32, n.º 1 (2023): 20, *https://doi.org/10.5294/dika.2023.32.1.7*

actividad lucrativa, es decir, como amigo por interés, la peor forma de amistad para Aristóteles[47]. Este deterioro de los vínculos sociales conduce a la instrumentalización y deshumanización del *otro*: o me daña o me uno a él para obtener beneficio[48]. Y en la deshumanización late el odio.

En realidad, pese a que Silva Sánchez apunta a una supuesta «desmoralización» del espacio público, lo cierto es que hay una concepción ética que hoy domina claramente: el relativismo moral que se presenta como «neutral» y «antiperfeccionista»[49]. Por una parte, el relativismo moral se puede traducir en una actitud pasiva que se muestra incapaz de plantear batalla en el terreno ideológico, lo cual es particularmente peligroso si se desea combatir los discursos de odio. Como escribimos en otro lugar, en la lucha contra el discurso del odio los ciudadanos deben asumir su responsabilidad a través de la práctica de tres virtudes cívicas: la tolerancia frente a aquellas ideas y opiniones que nos parecen equivocadas o injustas (lo cual está muy lejos del relativismo moral); la disposición a hacer uso de nuestra libertad de expresión para combatirlas argumentalmente; y, finalmente, el compromiso cívico en la lucha contra la impunidad verbal[50]. En la lucha contra el odio es fundamental que aquel que mienta, injurie o exponga ideas u opiniones contrarias a la dignidad quede desacreditado, y ello sólo puede suceder si, como apunta Cortina[51], entre los ciudadanos hay convicciones firmes, en concreto aquella que reconoce el respeto a la igual dignidad de todos los seres humanos. Cuando estas virtudes se interiorizan y se convierten en una «creencia» en el sentido que otorga Ortega a este término[52], cualquiera que estuviera dispuesto a utilizar el discurso de odio debería ser consciente de que ello le acarreará el máximo rechazo social.

Pero el relativismo moral no solo impide luchar contra el discurso de odio, sino que lo refuerza al usarlo como instrumento de imposición de esa supuesta equidistancia moral que, en realidad, no es tal. En muchas ocasiones el relativismo está muy lejos de manifestarse en esa actitud

---

47 «Esas amistades [las que se basan en un beneficio mutuo] lo son por accidente, porque en ellas uno es querido no por lo que es, sino por lo que facilita, ya sea esto beneficio o placer» Aristóteles, *Ética Nimomáquea. Ética Eudemia*, VIII, 1156a, p. 239.

48 Ha puesto de relieve Ballesteros que el aislamiento y el deterioro de la soledad reflexiva, fruto de la digitalización, es una de las notas características de las sociedades occidentales que está afectando a la salud democrática. Cfr. Alfonso Ballesteros, «Cómo el poder digital cercena la atención y deteriora la democracia», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 53 (junio de 2025): 23, *https://doi.org/10.7203/CEFD.53.30106*

49 Cruz Prados, *Ethos y polis*, 20–30.

50 Tomás de Domingo Pérez, «La lucha contra el "discurso del odio" desde el respeto a los derechos fundamentales», 296.

51 Adela CORTINA, "La patología del odio", en *El País*, 28 de marzo de 2017.

52 Para Ortega las creencias son un tipo de ideas que, puesto que están insertas en el estrato más radical de nuestra vida, se confunden con la misma realidad. Cfr. José Ortega y Gasset, *Obras completas. Tomo V* (Taurus, 2006), 662.

pasiva e inane que antes hemos apuntado. Al contrario, el relativismo se traduce en arrogancia y desprecio frente a las posiciones que considera cognitivistas. Toda afirmación fuerte de que una idea o una conducta constituyen un «bien» o un «mal» representa una amenaza para el relativista que acaba revolviéndose contra la postura cognitivista hasta el punto de calificarlas como «de odio». Así, por ejemplo, el relativismo moral defiende que la biología no puede determinar que se sea mujer o varón, de tal forma que hay que reconocer la adscripción a un determinado sexo a partir de cómo la persona se sienta interiormente. De igual manera, es posible que desde una posición relativista se considere que un discurso que afirme que sólo son niños quienes nacen con pene es un discurso de odio que merece ser sancionado. El relativismo acaba traicionándose mediante la defensa de sanciones a manifestaciones expresivas que sostienen posturas abiertamente contrarias al relativismo. No es que no pueda alcanzarse una corrección o verdad universalizable —como reza el axioma principal del relativismo—, sino que todo intento de poner en cuestión el propio relativismo es considerado como una postura intolerable.

En definitiva, el relativismo acaba, por un lado, renunciando a combatir el odio social y, por otro, erosionando el único mecanismo con el parece contarse para la lucha contra el discurso de odio, la sanción jurídica, que se encuentra desbordada ante el uso espurio que se hace de ella como mecanismo de silenciamiento de opiniones diferentes.

IV. Conclusión

El peligro que representa el discurso de odio está llevando a los Estados europeos a perseguirlo penalmente. Las directrices del Consejo de Europa y de la Unión Europea para que los Estados reformen en esta línea su legislación penal se ha reflejado en España en la reforma del año 2015. A pesar de que desde 1995 ya se sancionaban algunas manifestaciones del discurso de odio, no ha sido hasta este momento, mediante una redacción sumamente confusa, extraordinariamente prolija y poco taxativa del art. 510 CP, que se ha puesto en riesgo uno de los pilares de nuestra democracia constitucional: el firme compromiso con la defensa del derecho a la libre expresión sin el que no es posible el valor superior del pluralismo político. Esto ha generado numerosas críticas por parte de la doctrina, entre las que interesan especialmente aquellas que no se centran tanto en cuestiones técnicas, sino en el problema filosófico político sobre cómo articular una convivencia pacífica en la que tengan cabida todo tipo de discursos.

La incertidumbre en la regulación e interpretación de los delitos de odio genera un evidente efecto desaliento que, a su vez, puede estar dando lugar a la autocensura. El temor a ser sancionado por expresar una opinión hace que cada vez resulte más arriesgado expresarlas públicamente. Y cuando se opta por el silencio en lugar de por la participación en el debate público acaba empobreciéndose la calidad de la democracia. Es difícil saber qué se piensa o se opina en la sociedad española actual: al ostracismo social que puede padecer aquel que exprese una opinión heterodoxa, se suma la hipotética sanción penal a la que se arriesga.

Ahora bien, que la regulación penal del discurso de odio sea merecedora de severas críticas y precise modificaciones no significa que deba renunciarse a luchar contra este fenómeno que siembra la semilla de la discordia. La cuestión estriba en cómo hacerlo sin poner en jaque los cimientos del Estado constitucional de Derecho, es decir, respetando los derechos fundamentales. Esto requiere trascender el Derecho sancionador y comprender que el fenómeno del odio representa un problema que afecta al núcleo de la convivencia y que, como todo problema práctico, exige ser analizado sin las ficticias separaciones entre saberes prácticos. El odio es un sentimiento cuyo origen puede tener múltiples razones, pero cuando se convierte en el sentimiento preponderante en la convivencia social requiere un análisis que trate de comprender por qué entre miembros de una misma sociedad se exalta lo que los separa minimizando lo que los une.

A nuestro juicio, el discurso de odio es una manifestación de un problema social de mucha mayor hondura: la pérdida de lazos y vínculos compartidos. Por consiguiente, su solución debe buscarse en el terreno de la educación, de la cultura cívica y del fortalecimiento de los vínculos comunitarios. El reto, por tanto, no es construir una «democracia militante» que silencie voces incómodas, sino una democracia que busque la concordia, capaz de integrar la pluralidad, afrontar la discrepancia sin miedo y transformar el conflicto en ocasión de aprendizaje colectivo. En este horizonte, el derecho sancionador puede tener un papel limitado, pero nunca central. La tarea decisiva es mucho más exigente: reconstruir los lazos de comunidad que hacen posible que sigamos queriendo vivir juntos a pesar de nuestras diferencias.

Bibliografía

Alastuey Dobón, Carmen. «La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas (1)». *Diario La Ley*, n.º 8245 (2014).

Aristóteles. *Ética Nimomáquea. Ética Eudemia*. Traducido por Emilio Lledó Íñigo y Julio PallíBonet. Gredos, 1985.

Ballesteros, Alfonso. «Cómo el poder digital cercena la atención y deteriora la democracia». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 53 (junio de 2025). *https://doi.org/10.7203/CEFD.53.30106*

Ballesteros, Jesús. *Repensar la paz*. Ediciones Internacionales Universitarias, 2005.

Blanco-Castilla, Elena, María-Jesús Fernández-Torres, y Juan Cano-Galindo. «Disinformation and hate speech toward female sports journalists». *El Profesional de la información*, 25 de noviembre de 2022, e310613. *https://doi.org/10.3145/epi.2022.nov.13*

Bonete Viscaíno, Fernando. *Cultura de la cancelación*. Ciudadela, 2023.

Boyle, Kevin. «Hate Speech – The United States Versus the Rest of the World?» *Maine Law Review* 53, n.º 2 (2001): 488-502.

Cancio Meliá, Manuel, y Juan Alberto Díaz López. *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*. Colección monografías Aranzadi 1096. Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

Correcher Mira, Jorge. «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?» *InDret*, n.º 2 (2021): 86-149. *https://doi.org/10.31009/InDret.2021.i2.04*

Crespo Alcázar, Alfredo. «Radicalización social y subcultura de la violencia como legado de ETA: la agresión a la guardia civil en Alsasua como caso de estudio». *Scio*, n.º 14 (2018): 53-82.

Cruz Prados, Alfredo. *Ethos y polis: bases para una reconstrucción de la filosofía política*. EUNSA, 1999.

Cruz Prados, Alfredo. *Sobre la realidad del Derecho*. EUNSA, 2021.

Daunis Rodríguez, Alberto. «Fórmulas para una interpretación restrictiva de los delitos de odio». En *Odio, prejuicios y derechos humanos*, coordinado por Patricia Laurenzo Copello y Alberto Daunis Rodríguez. Comares, 2021.

De Domingo Pérez, Tomás. *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*. Cuadernos y debates 116. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

De Domingo Pérez, Tomás. «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado "chilling effect" o "efecto desaliento"». *Revista de estudios políticos*, n.º 122 (2003): 141-66.

De Domingo Pérez, Tomás. «La lucha contra el "discurso del odio" desde el respeto a los derechos fundamentales». En *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, editado por Fernando Miró Llinares. Marcial Pons, 2017.

De Domingo Pérez, Tomás. «La teoría del desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales». En *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, de Tomás de Domingo Pérez y Antonio Luis Martínez-Pujalte. Comares, 2011.

De Pablo Serrano, Alejandro. «En defensa de la tipificación penal del discurso difamatorio contra colectivos vulnerables. Bases para una interpretación restrictiva». En *Entre la libertad de expresión y el delito: cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión*, dirigido por Juana Del Carpio Delgado, María Holgado González, y Alejandro De Pablo Serrano. Aranzadi, 2021.

De Pablo Serrano, Alejandro. «La tipificación del discurso de odio Lgtbi-fóbico. Fundamento filosófico, bien jurídico penal y algunas propuestas de reforma del art. 510 CP». En *La prevención y represión del discurso del odio: hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, coordinado por Blanca Martín Ríos. Aranzadi, 2019.

Defeis, Elizabeth F. «Freedom of Speech and International Norms: A Response to Hate Speech». *Stanford Journal of International Law* 29, n.º 1 (1992): 57-130.

Gascón Cuenca, Andrés. «La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: la modificación del artículo 510 CP» *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º 32 (2015): 0-12.

Gómez Martín, Víctor. *Delitos de discriminación y discurso de odio punible: nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*. Colección derecho penal teoría y práctica. Editorial Juruá, 2019.

Gómez Martín, Víctor. «Discurso del odio y principio del hecho». En *Protección penal de la libertad de expresión e información: Una interpretación constitucional*, dirigido por Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo. Tirant Lo Blanch, 2012.

Kiska, Roger. «Hate Speech: A Comparison between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence». *Regent University Law Review* 25 (2012): 107-51.

Landa Gorostiza, Jon Miren. *Los delitos de odio*. Tirant Lo Blanch, 2018.

Landa Gorostiza, Jon Mirena. «Delitos de odio y sentidos de la tutela: reflexiones al hilo del "caso altsasu" (STS 458/2019)». En *Odio, prejuicios y derechos humanos*, coordinado por Patricia Laurenzo Copello y Alberto Daunis Rodríguez. Comares, 2021.

Landa Gorostiza, Jon Mirena. «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de "lege lata"». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 7 (2012): 297-346.

Landa Gorostiza, Jon-Mirena. «Delitos de odio en España: estado de la cuestión». *InDret*, n.º 4 (noviembre de 2024): 133-82. *https://doi.org/10.31009/InDret.2024.i4.05*

Laurenzo Copello, Patricia. «La manipulación de los delitos de odio». En *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, dirigido por Guillermo Portilla Contreras, Fernando Velásquez Velásquez y coordinado por Esther Pomares Cintas, y Juan L. Fuentes Osorio. Dykinson, 2019.

Lawrence, Frederick M. *Punishing hate: bias crimes under American law*. Harvard University Press, 1999.

Llano Cifuentes, Alejandro. *La vida lograda*. Ariel, 2017.

Marías, Julián. *Tratado sobre la convivencia: concordia sin acuerdo*. Ediciones Martínez Roca, 2000.

Martín Ríos, Blanca. «La represión del discurso de odio a través del Derecho penal. Debilidades y fortalezas de la regulación actual». En *La prevención y represión del discurso del odio. Hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, coordinado por Blanca Martín Ríos. Aranzadi, 2019.

Martínez-Pujalte, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Miller, Luis. *Polarizados. La política que nos divide*. Deusto, 2023.

Ortega y Gasset, José. *Obras completas. Tomo V*. Taurus, 2006.

Pareja Ferrer, Pablo. «El derecho a la libertad ideológica y a la libre expresión en la legislación estatal y autonómica sobre memoria histórica y democrática». En *La «memoria democrática»: ¿justicia o discordia?*, dirigido por Tomás de Domingo Pérez y coordinado por Pablo Pareja Ferrer. Aranzadi, 2024.

Portilla Contreras, Guillermo. «La represión penal del "discurso del odio"». En *Tratado de derecho penal español. Parte especial. IV. Delitos contra la Constitución*, dirigido por Francisco Javier Álvarez García y coordinado por Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, y Arturo Ventura Püschel. Tirant Lo Blanch, 2016.

Rivas, Pedro. «Bien Común Clásico y Estado». *Díkaion* 32, n.º 1 (2023): 1-22. *https://doi.org/10.5294/dika.2023.32.1.7*

Roig Torres, Margarita. «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 BIS, 511 y 512)». En *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, dirigido por José Luis González Cussac y coordinado por Ángel Matallín Evangelio, y Elena Górriz Royo. Tirant Lo Blanch, 2015.

Rosenfeld, Michel. «Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis». *Cardozo Law Review* 24, n.º 4 (2003): 1523-68.

Sanjurjo Rivo, Vicente A. «Discurso antirreligioso y libertad de expresión: la tutela penal de los sentimientos religiosos». *Teoría y realidad constitucional*, n.º 51 (2023): 385-415.

Silva Sánchez, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Monografías Civitas. Civitas, 2001.

Tapia Ballesteros, Patricia. «El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación». *Política criminal* 16, n.º 31 (2021): 284-320. *https://doi.org/10.4067/S0718-33992021000100284*

Villanueva, Darío. *Morderse la lengua: corrección política y posverdad*. Espasa, 2021.

Walker, Samuel. *Hate Speech. The History of an American Controversy*. University of Nebraska Press, 1994.

Weber, Anne. *Manual on Hate Speech*. Editions du Conseil de l'Europe, 2009.

Derecho procesal y la protección reforzada frente a la discriminación

Nuria León Pérez

Investigadora predoctoral en Derecho Procesal de la Universidad de Valencia
Becaria de la Fundación Manuel Serra Domínguez

Sumario: I. Introducción. II. El principio de igualdad y no discriminación. *1. El carácter dinámico del principio de igualdad.* III. Reformas en el ámbito procesal para una efectiva igualdad. *1. Aspectos procesales de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. 2. Aspectos procesales de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de las personas LGTBI. 3. Iniciativas en el ámbito procesal para la protección de las personas con discapacidad: el facilitador judicial.* IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

La lucha por la igualdad se ha consagrado como un reto internacional que inició sus andaduras hace ya varios siglos. Este concepto empezó a exhibirse en textos legislativos en España en el siglo XX, y en la actualidad, su evolución no solo ha supuesto la expansión de este concepto para manifestar su transversalidad, sino que ha dado lugar al desarrollo de un verdadero derecho antidiscriminatorio.

El presente capítulo pretende aportar, desde la óptica procesal, una visión general de algunas de las novedades legislativas que se han desarrollado en el derecho español, para conseguir una efectiva igualdad en el ejercicio de la tutela judicial efectiva de aquellos colectivos que podemos calificar como vulnerables y que, generalmente, han sido objeto de discriminación. Así, ponemos de manifiesto que este análisis no tiene intención de ser exhaustivo, pero sí ofrecer una pincelada de aquellas vertientes que se han visto modificadas en los últimos años en aras de conseguir la tan ansiada *igualdad*.

II. El principio de igualdad y no discriminación

La evolución del principio de igualdad es un camino histórico, cuyo reconocimiento se ve reflejado en nuestra Constitución Española de 1978, que lo consagra en su artículo primero como un valor superior del ordena-

miento jurídico.[1] Esta proclamación no se queda en una mera declaración general, y posteriormente, nuestro texto constitucional se vuelve a referir —si bien en pocas ocasiones—, a este principio de igualdad.

El artículo 9.2. de la Constitución impone a los poderes públicos la obligación de "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social." Mientras que el artículo 14 de la Constitución realiza una mayor concreción indicando que "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."

En palabras de Itziar Gómez Fernández "El artículo 14 CE se vincula estrechamente al derecho antidiscriminatorio, mientras que el artículo 9.2 CE lo hace a la promoción de la igualdad, dando cobertura a concretas acciones positivas o a medidas de parificación. Estos dos preceptos actúan, por tanto, como el anverso y el reverso de la plena eficacia del principio de igualdad [...]." En este sentido, mientras que uno de ellos proscribe un trato diferente cuando hay sujetos con condiciones y derechos equivalentes, el otro incide en aquellos aspectos que pueden generar desigualdad para un "ejercicio igualitario de los derechos de cada individuo."[2]

La complementariedad de estos preceptos junto con el extenso desarrollo jurisprudencial constitucional del principio de igualdad[3] permiten a los operadores jurídicos tener un marco de referencia sobre la entidad y aplicación del principio de igualdad. Además, este principio se ha configurado tradicionalmente como un principio transversal de carácter relacional que se integra en toda la legislación, y es precisamente esa característica la que provoca que no sea posible realizar una regulación definida y acotada de cómo implementarla, pues en cada ámbito deberá aplicarse teniendo en consideración las especificidades concretas.[4]

---

[1] Para un mayor estudio de la evolución histórica de la igualdad y la no discriminación véase Ana Rodríguez Álvarez, "El derecho antidiscriminatorio: un breve recorrido histórico desde sus orígenes hasta la actualidad". En *La Carga De La Prueba en Supuestos De Discriminación. Su Regulación en El Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 17-119.

[2] Itziar Gómez Fernández, "Principio de igualdad y principio antidiscriminatorio en el ordenamiento jurídico español", *Journal of Institutional Studies*, 2024, vol. 10, n.º3, p. 715.

[3] Respecto a este amplio desarrollo jurisprudencial cabe mencionar, a efectos ejemplificativos, las siguientes sentencias STC n.º 22/1981, de 2 de julio, STC n.º 49/1982, de 14 de julio o la STC n.º 2/1983, de 24 de enero, entre otras.

[4] En este sentido, en la STC n.º 76/1983, de 5 de agosto indicó el Tribunal Constitucional que el principio de igualdad del artículo 14 CE "no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene siempre establecido respecto de relaciones jurídicas concretas. De aquí que pueda ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general." Para un mayor análisis del carácter relacional

Asimismo, es importante matizar como ya indicábamos antes, la doble vertiente del principio de igualdad emanado del artículo 14 de la CE y que el Tribunal Constitucional (en adelante "TC") ha desarrollado en su jurisprudencia. Así, se establece, por un lado, "la declaración general de igualdad ante la ley y, por otro, la prohibición de discriminación apoyada en unas circunstancias específicas."[5] En este sentido, ha reiterado el TC en diferentes ocasiones que "la igualdad comporta el trato igual a los iguales y, por tanto, no se conculca cuando se trata de manera desigual a los desiguales."[6] Lo que supone que determinados tratos desiguales que obedezcan a una justificación objetiva y razonable pueden no ser considerados como inconstitucionales, atendiendo a las circunstancias del caso.[7]

Finalmente, respecto de este principio cabe decir que debe ser considerado como un mandato no solo en las actuaciones de los poderes públicos, sino también en las decisiones de particulares, pues de lo contrario, en un gran ámbito de la sociedad como son las relaciones privadas, se podría seguir consolidando una desigualdad basada en factores discriminatorios que tuviera su origen en aspectos económicos o sociales. Es más, las modificaciones legislativas que comentaremos en el presente capítulo ponen de manifiesto esta cuestión, en tanto que "el legislador introduce una serie de obligaciones que vinculan tanto a las administraciones públicas como al sector privado", consiguiendo así que la prohibición de discriminación no se quede en el ámbito público, sino que también tenga como destinatarios a los particulares. [8]

1. El carácter dinámico del principio de igualdad

El principio de igualdad ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina constitucional pero una cuestión esencial es que este principio se aplica a una sociedad en constante cambio. Queda patente que la igualdad debe ser el prisma desde el que los órganos judiciales realicen su labor interpretativa de las normas, analizando y aplicando el derecho conforme a

---

del principio de igualdad véase Gómez Fernández, I., (2024) "Principio de igualdad y principio antidiscriminatorio en el ordenamiento jurídico español", *Journal of Institutional Studies*, vol. 10, n.º3.

[5] Ana María Chocrón Giráldez, "La acción civil para la defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación", *InDret*, n.º 4, (Abril 2023), DOI: 10.301009/InDret.2023.i4.04, p. 90.

[6] Parlamento Europeo, (2020),"Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado", Unidad Biblioteca de Derecho Comparado. Recuperado el 9 de abril de 2025 de *https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659297/EPRS_STU(2020)659297_ES.pdf*

Entre las sentencias del TC que expresan esta idea encontramos la STC n.º 114/1987, de 6 de julio o la STC n.º 212/1993, de 28 de junio.

[7] Parlamento Europeo, "Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado" p. 58.

[8] Parlamento Europeo, "Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado", p. 92.

los valores sociales concurrentes en cada momento, en inevitable conexión con el artículo 3.1 del Código Civil. Pero en tanto que tales valores no son estáticos, pues a medida que la sociedad se desarrolla nuevos paradigmas se manifiestan, la aplicación de este principio no se configura como una actuación automática o sistemática, sino que, por el contrario, requiere una actividad valorativa por parte del legislador en la creación y modificación de las normas, así como de los órganos jurisdiccionales.

A modo ejemplificativo, podemos nombrar la sentencia n.º 151/2024, de 2 de diciembre del TC, en la que se realiza una interpretación de la normativa laboral desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación para asegurar la protección de un colectivo vulnerable como son los recién nacidos. En este recurso de amparo, el TC se pronuncia sobre si procede conceder un permiso de maternidad más largo del que corresponde a una sola trabajadora cuando se trata de familias monoparentales, es decir, si en aquellos casos en los que solamente hay un progenitor se le debe conceder a la misma persona el permiso temporalmente equivalente al que corresponde en caso de haber dos progenitores.

Esta sentencia, además de reiterar jurisprudencia clave sobre esta cuestión, muestra de una forma clara como el sujeto del derecho a la no discriminación en ese caso es el menor recién nacido, a diferencia de lo que se pudiera pensar.[9] Así, una realidad como es la maternidad monoparental pone de relieve la necesidad de ajustar nuestro ordenamiento para asegurar que no se produzca ningún perjuicio por ejercer esta legítima opción. El TC concluye indicando que se produce una discriminación del recién nacido en una familia monoparental cuando la progenitora no puede acceder a los mismos permisos que le correspondería a una familia biparental, poniendo el foco en que en dichos casos el menor no puede disfrutar de los mismos cuidados que un menor nacido en una familia biparental sin que haya una justificación objetiva y razonable.

En esta línea, consideramos que los avances que expondremos a continuación en materia de igualdad en el ámbito procesal comulgan con esta idea, pues permiten adaptar el derecho procesal a las realidades sociales existentes. Muchos de los ajustes que se realizan no son para la protección de *nuevas realidades,* puesto que en muchos casos estas no son nuevas *per se,* sino que ya existían, pero no se tomaron en consideración a la hora de realizar las leyes procesales. Así, el tiempo ha demostrado que las leyes vigentes no se ajustan a las necesidades reales de determinados grupos para

[9] En este sentido, nos referimos a la concepción que se pudiera tener de la progenitora monoparental como sujeto del derecho y la eventual discriminación que se produjese por razón de sexo, que si bien puede argumentarse que habría una discriminación indirecta puesto que la mayoría de familias monoparentales tiene como única progenitora a la madre, el foco de la discriminación se pone en el menor que recibiría unos cuidados sustancialmente más cortos que un recién nacido en una familia biparental.

poder ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones respecto de otros colectivos, en especial su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

III. Reformas en el ámbito procesal para una efectiva igualdad

En los inicios de la conquista del principio de igualdad ya se puso de manifiesto que este no podía quedarse meramente en una idea formal, es decir, no podía ser un concepto que se incluyese en las políticas públicas y preceptos legales, sino que se necesitaba un contenido material que en la práctica supusiera "una efectiva igualdad de oportunidades en el acceso a los derechos, libertades y servicios."[10] En este sentido, indica Rosario Serra que la Constitución española "obliga a los poderes públicos a adoptar aquellas medidas necesarias para garantizar que esa igualdad formal que predica la Constitución sea real y efectiva, que brinden la posibilidad de que el acceso al pleno disfrute de los derechos sea igual."[11]

De esta forma, llegamos a un aspecto fundamental del principio de igualdad y no discriminación, sin el cual por mucho que en nuestro ordenamiento jurídico se constituyera como un principio rector, no podría llevarse a término en la práctica, y es la necesidad de que el Estado realice aquellas actuaciones necesarias para una igualdad *efectiva,* como indica el artículo 9.2 de la CE.

En esta línea y tras antecedentes normativos como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres o el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, se promulgó la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en adelante "Ley 15/2022"), que aporta importantes modificaciones en el ámbito procesal, y, posteriormente, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de las personas LGTBI (en adelante "Ley 4/2023"), que además de modificar aspectos esenciales como en lo relativo a la rectificación registral del sexo de las persona, también imita a la Ley 15/2022 en algunas cuestiones de índole procesal. En las siguientes páginas ahondaremos en estas cuestiones, que se tratarán desde la óptica del proceso civil, sin incidir en el impacto de estas en el proceso penal ni tampoco en las reformas en materia de jurisdicción voluntaria introducidas por la ley 4/2023.

---

[10] Rosario Serra Cristóbal, "Avances en materia de igualdad en España". En *Tutela colectiva de derechos humanos y objetivos de desarrollo sostenible: integración, Jurisdicción e igualdad,* coord. Luis-Andrés Cucarella Galiana, (Madrid: Dykinson, 2023), p. 130.

[11] Serra, "Avances en materia de igualdad en España". En *Tutela colectiva de derechos humanos y objetivos de desarrollo sostenible: integración, Jurisdicción e igualdad*", p. 144.

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

La Ley 15/2022 introduce en el ámbito procesal determinados cambios que tienen por objeto asegurar, por una parte, que en aquellos casos en los que se haya producido una discriminación por las razones que se indican en su artículo 2[12] se inicie un proceso y así, evitar que tal actuación quede impune y, por otra parte, que las partes puedan hacer valer la protección de sus derechos y puedan ejercitarlos en igualdad de condiciones.

Con estos objetivos se modifican aspectos relacionados con la legitimación para iniciar un proceso en caso de vulneración de la igualdad, —con determinadas especificidades—, creando incluso una nueva figura que puede solicitar el inicio de este procedimiento, se modifican cuestiones relacionadas con la publicidad y llamamiento al proceso de los afectados, que es una cuestión clave para que los damnificados puedan ejercitar sus derechos y, finalmente, modificaciones en otra cuestión capital en el ámbito del proceso como es la prueba.

A) Ampliación de la legitimación para la defensa de la igualdad de trato y no discriminación

La legitimación activa supone poder acceder a los órganos jurisdiccionales para solicitar el inicio del proceso y obtener la tutela judicial, y es precisamente este derecho puesto en conexión con el derecho a la igualdad el que "pone de relieve que no solamente los particulares que hayan sufrido discriminación son los que pueden instar la actuación jurisdiccional. En este ámbito, se encuentra un interés público en juego por lo que el abanico de sujetos legitimados es mucho más amplio."[13] La legitimación es un aspecto clave, puesto que supone iniciar el proceso en caso de la vulneración de un derecho, y "no puede haber un reconocimiento efectivo de un derecho subjetivo si no existe, paralela a este derecho, una acción procesal para instar su cumplimiento en caso de que éste no se esté respetando."[14]

Así, la Ley 15/2022 amplía esta legitimación, específicamente tanto en el artículo 29 como en su disposición final segunda, que modifica el

---

[12] Estas razones son el nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, 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.

[13] Luis-Andrés Cucarella Galiana, "Derecho procesal antidiscriminatorio y personas con discapacidad. Jurisdicción, acción y proceso y especialidades en tutela colectiva". En *La protección jurídica de las personas con discapacidad perspectiva interna e internacional*, dirigido por Nayber Febles Pozo. (Madrid: Aranzadi, 2024), p. 246.

[14] Raquel Borges Blázquez, "Derecho procesal e igualdad. La legitimación activa para la protección del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Especial referencia al artículo 11 bis". En *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI,* coord. Ana Montesinos García y María José Catalán Chamorro (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020), p. 282.

artículo 11 bis LEC, regulan esta cuestión, si bien es curioso que presenten diferenciaciones en su tenor literal. Antes de incidir en este punto, primero nos referimos a las modificaciones realizadas en el artículo 11 bis LEC, previamente introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante "LO 3/2007"). A grandes rasgos, observamos que las principales modificaciones son las siguientes; por una parte, el actual artículo 11 bis LEC establece como persona legitimada para solicitar el inicio del proceso a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y No Discriminación, una figura de nueva creación que analizaremos en profundidad en el apartado siguiente.

Por otro lado, el artículo 11 bis LEC indica que están legitimados para la defensa a la igualdad de trato y no discriminación "los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos" ampliando de esta forma la legitimación, puesto que anteriormente no se incluía a los partidos políticos, asociaciones profesionales de trabajadores autónomos ni organizaciones de personas consumidores y usuarias, y además, se limitaba el fin de las asociaciones a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, mientras que en la actualidad se refiere a la "defensa y promoción de los derechos humanos". Sin embargo, cabe recalcar que la legitimación que poseen estos organismos es en relación a las personas afiliadas o asociadas a los mismos, limitando de esta forma su ámbito de actuación.

Por su parte, el segundo apartado del artículo 11 bis LEC se refiere a la defensa de los intereses difusos[15], legitimación que queda en manos de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y No Discriminación, los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos más representativos, así como a las organizaciones de personas consumidoras y usuarias de ámbito estatal, y a las organizaciones de ámbito estatal o del ámbito territorial en el que se produce la situación de discriminación, que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, sin perjuicio de la legitimación individual que tienen las personas afectadas que sí estén determinadas.

Podemos observar que en estos casos la LEC exige requisitos específicos para tener legitimación activa, pues o bien se exige que la entidad tenga un fin específico —la defensa de los derechos humanos—, o un plus de

[15] Como indica Elena De Luis García, el rasgo principal de los intereses difusos es que "no existe un titular determinado, sino que todos los miembros de un grupo son los titulares de ellos", De Luis García, E., (2018). "Tutela de los intereses colectivos y difusos en el proceso penal", *InDret*, n.º 4, p. 7.

representatividad, requisitos que no se exigen en el caso de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y No Discriminación —como es lógico al ser este un organismo estatal— y según indica Bonachera Villegas tampoco a los partidos políticos. Indica la autora en concordancia con el Tribunal Supremo que, en caso de no extender la mayor representatividad a los partidos políticos y por tanto, reconocerles una acción pública o popular, podría correrse el riesgo de convertir, en este caso el proceso civil, en un "foro de discusión política".[16]

En este apartado también debemos referirnos al artículo 29 de la Ley 15/2022 que indica "Legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación.", cubriendo, por tanto, una materia que, en principio, ya es tratada en el artículo 11 bis de la LEC, produciendo así una duplicidad de preceptos dedicados a esta materia. Respecto a las diferencias en el tenor literal existentes entre el artículo 29 de la Ley 15/2022 y la disposición final segunda de la misma —que modifica el artículo 11 bis LEC—, encontramos que mientras que esta última incluye como legitimada a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y No Discriminación, el artículo 29 no hace referencia a la misma. También se refiere Ana María Rodríguez Álvarez a la ausencia de mención de la protección de intereses difusos en el artículo 29 Ley 15/2022, mientras que tal consideración sí se incluye en el artículo 11 bis LEC.[17].

Estas diferencias existentes en estos preceptos no son las únicas cuestiones que han causado confusión, pues también hemos de referirnos a la necesidad de autorización por parte de la persona afectada. Respecto a esta cuestión, diversas son las dudas que se suscitan, como la necesidad del carácter expreso o tácito cuando la que intervenga en el proceso sea la Autoridad Independiente. Por otra parte, conforme a la redacción del artículo 11 bis LEC "solo será necesaria [la autorización] en los supuestos de que actúe en nombre de su afiliado o asociado en el ejercicio de una acción individual, no así cuando estén en juego intereses colectivos, aunque quizá lo adecuado hubiera sido que la nueva regulación hubiera aclarado este extremo."[18] Por tanto, como indica la autora, en aquellos casos en los que lo que se pretenda es la defensa de derechos colectivos, el régimen se aproxima más al de los derechos difusos, recogido en el segundo párrafo del artículo 11 bis LEC, en el que debido a la naturaleza de estos derechos no se precisa autorización previa para actuar.

---

[16] Raquel Bonachera Villegas, "A vueltas con la igualdad: la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y la no discriminación". *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 60, 2023, p. 22.

[17] Ana Rodríguez Álvarez, "La tutela procesal en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación". *IgualdadES*, n.º 9, 2023, 175-204, DOI: *https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.9.06*

[18] Bonachera "A vueltas con la igualdad: la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y la no discriminación". p. 20.

B) La Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y No Discriminación

En relación con esta figura que introduce *ex novo* la Ley 15/2022 cabe decir que como resultado de la transposición de la Directiva 2000/43/CE, España ya cuenta con lo que desde la Unión Europea se denomina un "Organismo de Igualdad" (OI)[19], que fue una de las medidas adoptadas por la Unión en el marco del derecho antidiscriminatorio. Es más, en España hay dos OI a nivel estatal; el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (CEDRE) y el Instituto de las Mujeres, el primero es competente en materia de discriminación racial o de origen étnico y el segundo, como puede intuirse es competente en discriminación de género.[20] Asimismo, a nivel autonómico también existen figuras con el mismo propósito.[21]

Algunos autores manifiestan respecto a estos OI que la "falta de precisión en la normativa de la UE ha permitido a muchos Estados Miembros cumplir con la obligación de establecer OI nominalmente, pero sin que sean efectivos en la práctica."[22], y que, por estas mismas razones, los OI se han desarrollado con disparidad en los diferentes Estados Miembros.[23] Una vez hemos apuntado brevemente la existencia de los OI en España por mandato supranacional, llegamos a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y No Discriminación que es la "encargada de proteger y promover la igualdad de trato y no discriminación de las personas por razón de las causas y en los ámbitos competencia del Estado previstos en esta ley, tanto en el sector público como en el privado." según el artículo 40 de la Ley 15/2022.

Este artículo también establece cuales son las principales funciones de este organismo, entre las que se encuentran; iniciar, de oficio o instancia de terceros, investigaciones sobre la existencia de posibles situaciones de discriminación que revistan una especial gravedad o relevancia, ejercitar acciones judiciales en defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación conforme a lo dispuesto en la Ley 15/2022 y en

---

[19] Respecto a los OI, estos se definen como en el artículo20 de la Directiva 5472006 como "organismos responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo de la igualdad de trato entre todas las personas, sin discriminación por razón de sexo."

[20] Laura García Juan, Sara Benedí Lahuerta y Xavier Alonso Calderon, "La futura Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación: diseño institucional para una prestación de asistencia independiente y efectiva", *Revista Deusto de Derechos Humanos*, n.º 11/2023, p. 169. DOI: *https://doi.org/10.18543/djhr122023*

[21] Entre otros, el Instituto Asturiano de la Mujer, Instituto de la Mujer de Castilla - La Mancha, la Dirección General de Familia y Mujer de Valencia o el Institut Català de les Dones. Para una lista más detallada véase el siguiente enlace del Ministerio de Igualdad: *https://www.inmujeres.gob.es/servRecursos/organismos/ambitoEstatal/home.htm*

[22] García, Benedí, Calderon, "La futura Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación: diseño institucional para una prestación de asistencia independiente y efectiva".

[23] Elizondo-Urrestarazu, J. "Equality bodies: New standards, new challenges". *IgualdadES* n.º 9, 2023, p. 248.

las distintas leyes procesales, o promover la adopción de códigos de buenas prácticas en materia de lucha contra la discriminación, entre muchas otras funciones que le atribuye este artículo.

Un aspecto positivo de esta figura es que tiene por objeto la defensa de la igualdad y no discriminación respecto de cualquier tipo de discriminación por las razones que se recogen en el artículo 2 de la Ley 15/2022, que incluyen razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, 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. Es decir, no solo se amplía el ámbito de actuación de esta figura, sino que además se incluye una cláusula abierta, para permitirle actuar en otros casos en los que se aprecie una discriminación, aunque no sea de las recogidas expresamente en ese artículo. Esta cláusula de *numerus apertus* se constituye como una técnica legislativa muy cómoda, puesto que la realidad social es claramente cambiante, pudiendo surgir en cualquier momento nuevas razones de discriminación, por tanto, otorgar desde la creación legitimación general frente a cualquier causa de discriminación a este mecanismo contribuirá de forma positiva a acabar con esta problemática social.

La Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y No Discriminación "permite actuar en nombre e interés propio, pero por un derecho ajeno."[24] Respecto a esta cuestión, uno de los debates suscitados en relación con la legitimación es la necesidad de que la autorización otorgada a esta entidad sea expresa o tácita. La disputa al respecto proviene de esa diferencia en el tenor literal de los artículos 29 Ley 15/2022 y 11 bis LEC, pues si bien el primero se refiere a la necesidad de una autorización de carácter expreso por parte del afectado para que los entes legitimados —entre los que no menciona a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y No Discriminación—, puedan ejercitar esa legitimación, el segundo no menciona qué carácter debe tener la autorización, indicando únicamente la necesidad de contar con ella y en ese caso sí se refiere a la Autoridad Independiente.

Del tenor literal de estos dos artículos, que se refieren al mismo aspecto, la legitimación procesal, pero de los que se pueden inferir discrepancias que conllevan dudas en la práctica jurídica como la presente, entendemos, siguiendo la línea de autores como Cucarella Galiana que efectivamente, en el caso de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y No

[24] Chocrón "La acción civil para la defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación", p. 99.

Discriminación esta no necesitará una autorización de carácter expreso.[25] Esto se debe a que el artículo 11 bis LEC no especifica que tal autorización deba ser expresa y posteriormente, se remite a la Ley 15/2022 en la que sí se indica el carácter expreso de la autorización para el resto de los organismos.

Debido a la naturaleza y finalidad de la Autoridad Independiente, creada específicamente para esta función, nos inclinamos a pensar que podrá actuar con una autorización tácita puesto que esto facilitará su función. En el caso del resto de partes legitimadas para solicitar el inicio del proceso, como partidos políticos o sindicatos, en tanto que estos pueden tener intereses diferentes a la defensa de la igualdad, podrían utilizar esta legitimación con otros fines, lo que justifica la necesidad de una autorización expresa de la víctima, sin embargo, la Autoridad, de carácter independiente, no plantea *a priori* este problema, por tanto, entendemos que sería coherente aceptar el carácter tácito de la autorización para facilitar la solicitud del inicio del proceso a este organismo y, por tanto, luchar contra la impunidad. A pesar de tal premisa, no desconocemos las dificultades que puede suponer el carácter tácito de dicha autorización, y que, por tanto, deberá ser abordado por la jurisprudencia con mayor detalle a efectos de evitar contradicciones.

Otra de las cuestiones en las que hacemos hincapié es el límite entre las funciones atribuidas a la Autoridad Independiente y a otros organismos como el Defensor del Pueblo. El art. 45 de la Ley 15/2022 se refiere en todo caso a la colaboración entre ambos organismos, sin embargo, no fija límites entre la relación y las competencias de ambos, lo que puede suponer que en la práctica se solapen, puesto que el Defensor del Pueblo también tiene atribuidas competencias en materia de protección frente a la discriminación debido a su rol como protector de los derechos fundamentales.[26]

Finalmente, apuntamos en relación con este organismo que, aunque este tiene su razón de ser en la lucha contra la discriminación han pasado más de dos años desde que debiera estar constituida y fue el pasado 27 de mayo de 2025 cuando el Consejo de ministros nombró a María Teresa Verdugo Moreno como Presidenta de la Autoridad Independiente de Igualdad de Trato y No Discriminación dando un paso más en la puesta en funcionamiento de esta institución, que estaba prevista iniciar sus funciones como tarde en enero de 2023, lo que pone de manifiesto que no se encontraba en las prioridades de las agendas políticas.

C) Publicidad y llamamiento al proceso

[25] Luis-Andrés Cucarella Galiana, "Intereses difusos y legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación". En *El proceso como garantía,* (coord. José M. Asencio Mellado y Olga Fuentes Soriano), Atelier, Barcelona, 2023, p. 426.

[26] Bonachera, "A vueltas con la igualdad: la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y la no discriminación", p. 21.

Otro de los aspectos que tiene incidencia procesal es la introducción en la LEC del artículo 15 ter, referido en este caso a la publicidad e intervención en el proceso para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación. En este sentido, el artículo se refiere al llamamiento al proceso de quienes tengan la condición de personas afectadas por haber sufrido la situación de discriminación que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual en aquellos casos en los que no hayan sido ellas las que hayan iniciado el proceso.

Respecto a esta cuestión, en tanto que las entidades diferentes a la persona afectada solo pueden iniciar el proceso si han recabado previamente la autorización de la persona afectada se podría considerar que tal llamamiento ya se ha realizado.[27] Respecto a esta cuestión, que también será analizada en el apartado 3.2.2., consideramos que el tratamiento que se le ha otorgado a este aspecto procesal en relación a la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales —artículo 15 quater LEC—, es más detallado y claro, lo que suscita dudas sobre las razones de esta diferencia de tratamiento.

Consideramos que este artículo tiene más incidencia en la defensa de intereses difusos, pues cuando las personas afectadas son una pluralidad indeterminada o de difícil determinación la autorización previa no se exige, consecuentemente, hacer tal llamamiento al proceso sí permitirá a las personas afectadas intervenir en el mismo. Respecto a la forma de realizar este llamamiento, tal cuestión no se especifica, por tanto, por analogía entendemos que podría utilizarse el mecanismo previsto para los procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios consistente en la publicación de la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses, conforme al artículo 15.1 LEC.[28]

D) Facilitación en la carga de la prueba para una igualdad efectiva

La facilitación de la prueba para la defensa de la igualdad de trato y no discriminación tiene sus orígenes a nivel europeo en las Directivas Europeas de derecho antidiscriminatorio, en concreto, en el artículo 8 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000,[29] relativa a la

---

[27] Cucarella, "Derecho procesal antidiscriminatorio y personas con discapacidad. Jurisdicción, acción y proceso y especialidades en tutela colectiva". p. 257.

[28] Cucarella, "Derecho procesal antidiscriminatorio y personas con discapacidad. Jurisdicción, acción y proceso y especialidades en tutela colectiva". p. 257.

[29] En España a nivel interno, como pone de manifiesto Rodríguez Álvarez, esta facilitación de la carga de la prueba ya se venía contemplando en sentencias como STC (Sala Segunda) 38/1981,

aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, el artículo 10 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y el artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

Antes de incidir en la transposición de estas directivas en nuestro derecho interno en lo que se refiere a la facilitación de la carga de la prueba, debemos resaltar el origen de esta facilitación, es decir, por qué el legislador ha considerado que en casos de discriminación el *onus probandi*[30] debe ser distinto. El artículo 217.2. LEC establece claramente la regla general en cuanto a la carga de la prueba; "*Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención",* pero son los párrafos siguientes los que muestran aquellas supuestos en los que se realizará una redistribución de la carga de la prueba.

Entre los párrafos que establecen aquellos casos en los que efectivamente se producirá esta facilitación, el apartado quinto del artículo 217 LEC se refiere a los casos de discriminación. La Ley 3/2007 ya introdujo este apartado en la LEC y establecía que en los procedimientos fundamentados en discriminación por razón de sexo correspondía a la parte demandada "probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad." Sin embargo, fue posteriormente la Ley 15/2022 la que, por una parte, incluyó esta facilitación para todos los tipos de discriminación, sin referirse expresamente a las causas de dicha discriminación, y la que estableció como requisito la aportación de indicios de la misma, para que se produzca la facilitación de la carga de la prueba.

Como comentábamos, consideramos importante indicar qué razones motivaron al legislador a realizar tal facilitación y en este sentido, indica

---

de 23 de noviembre. Véase Rodríguez, "La tutela procesal en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación", p. 185.

[30] En este sentido, cabe indicar que, no nos referimos a una "inversión" de la carga de la prueba, sino a una "facilitación", puesto que la doctrina considera que no hay una inversión sino una modificación del *thema probandi*. Esto se debe a que "se presume discriminación si la demandante aporta y prueba indicios de la existencia de la misma [la discriminación]. Para ello es preciso que quede probado el hecho base y el indicio o indicios, para poder llegar a la presunción de que ha habido discriminación. En ese caso, es cuando el demandado puede probar la ausencia de discriminación y la proporcionalidad de las medidas adoptadas atacando los indicios invocados y probados por la actora." Véase Luis-Andrés Cucarella Galiana, "Protección del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres". En *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y Jurisdicción,* LA LEY, 2019, p. 47.

la doctrina que el objetivo es "evitar al demandante las dificultades probatorias excesivas que (...), recaerían sobre él en caso de atribución de carga según la norma general."[31] Como hemos indicado anteriormente, para que se produzca esta facilitación de la carga de la prueba no basta con que el demandante alegue que ha habido una discriminación, pues ello conllevaría a una prueba diabólica consistente en probar un hecho negativo —la ausencia de discriminación—, sino que es necesario que previamente haya alegado y probado indicios de discriminación generando así una presunción de discriminación y correspondiéndole al demandado desvirtuar tal presunción.[32] Posteriormente este aspecto fue modificado por la Ley 4/2023 como veremos en el apartado 3.2.3.

2. *Aspectos procesales de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de las personas LGTBI*

La Ley 4/2023 centrada en la protección de la igualdad del colectivo trans y LGTBI, en una línea similar a la Ley 15/2022 realiza determinadas modificaciones en aspectos procesales y presenta algunas especialidades que mencionamos a continuación.

A) Legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales

A diferencia de lo que sucedía con la legitimación para la defensa de la genérica igualdad de trato y no discriminación de la Ley 15/2022, en el caso de la legitimación para la defensa del derecho a igualdad de trato y no discriminación por la causa específica de la orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales se ha realizado una novedosa introducción para tratar tal cuestión.

En este sentido, se ha introducido en la ley rituaria civil un apartado *ter* del artículo 11, que expresamente indica que tienen legitimación para iniciar un proceso por esta causa los "partidos políticos, las organizaciones sindicales, las organizaciones empresariales, las asociaciones profesionales de personas trabajadoras autónomas, las asociaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los de-

[31] Manuel Ortells Ramos, *Derecho Procesal Civil* (con Mascarell Navarro, M.J., Cámara Ruiz, J., Juan Sánchez, R., Bonet Navarro, J., Bellido Penadés, R., Cucarella Galiana, L. A., Martín Pastor. J, Armengot Vilaplana A., Aranzadi, 17º edición, 2018, p. 306.

[32] Luis-Andrés Cucarella Galiana, "Protección del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres". En *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y Jurisdicción",* (Madrid: LA LEY, 2019), p. 47.

rechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales o de sus familias, de acuerdo con lo establecido en la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI." Este artículo supone otorgar, como sucedía con la Ley 15/2022, una amplia legitimación para la defensa de estos derechos, pero limitándola a aquellas entidades cuyo fin específico sea la defensa y promoción de derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales o de sus familias.[33]

De nuevo llama la atención la falta de uniformidad con el artículo 11 bis LEC. Nos explicamos en relación a este extremo. El artículo 11 bis LEC indica que la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y No Discriminación tiene legitimación para la defensa de defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación conforme a lo establecido en la Ley 15/2022 y, esta ley indica en sus artículos 2 y 40 que este mecanismo también actuará en el ámbito de la discriminación por razón de orientación o identidad sexual y expresión de género. Sin embargo, el artículo 11 ter LEC que se centra precisamente en la legitimación en los procesos de discriminación por esta causa no menciona expresamente a este organismo, aunque entendemos por remisión que también tiene tal legitimación. Sin embargo, consideramos que esta disparidad en los artículos, de nuevo, supone una confusión innecesaria para los operadores jurídicos.

B) Publicidad y llamamiento al proceso

Como apuntábamos en el caso de un proceso para la igualdad de trato y no discriminación, también en el caso de que el proceso sea por razón específica de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales se contempla un llamamiento al proceso de las personas afectadas en el artículo 15 quater LEC. Asimismo, ya adelantábamos que en este caso el artículo se desarrolla de una forma más extensa y, aunque de nuevo sucede lo mismo que ya hemos puesto de manifiesto *ut supra,*[34] este artículo sí contiene especificaciones que permiten entender mejor el objetivo del legislador. En este sentido, el artículo 15.3. quater

[33] Este aspecto, recuerda mucho al introducido por la LO 3/2007 en relación con la igualdad de trato, que si bien acotaba las entidades legitimadas únicamente a aquellas cuyo fin primordial fuera la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres luego se modificó por la Ley 15/2022, como se ha comentado anteriormente, para ampliarlo a aquellas entidades cuyo fin primordial fuera la defensa de los derechos humanos.

[34] Nos referimos de nuevo al hecho de que para que entidades diferentes a las personas afectadas puedan iniciar el proceso para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales deben contar con la autorización de la persona afectada, por tanto, se podría plantear como apuntábamos antes a que como ya han recabado esa autorización previa y la persona afectada ya es conocedora de la intención de iniciar un proceso judicial para la protección de su derecho, tal llamamiento ya se ha realizado

LEC hace una diferenciación entre, por una parte, la comunicación por parte del demandante a las personas afectadas sobre su intención de iniciar un proceso y, posteriormente, el llamamiento de la persona afectada para que intervenga en el proceso[35], para los casos en los que las personas afectadas sean fácilmente determinables.

Aunque entendemos que esta es la misma intención que tenía el legislador en el caso del artículo 15 ter, y por ello especifica que el llamamiento de las personas afectadas se hará para que hagan valer su derecho o interés individual, la redacción ofrecida por el artículo 15.3. quater LEC ofrece una mayor claridad en este sentido.

Asimismo, también especifica el apartado cuarto del artículo 15 quater LEC que en el caso de que las personas afectadas sean una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación se suspenderá el procedimiento por un plazo que no excederá de dos meses, según considere el Letrado de la Administración de Justicia, ofreciendo por tanto, una mayor seguridad jurídica y claridad sobre las consecuencias de la publicidad y el llamamiento al proceso de las personas afectadas a diferencia de lo que sucede en el caso del proceso para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación.

C) Cambios en la carga de la prueba

Si bien la modificación introducida por la Ley 15/2022 en el artículo 217.5 LEC suponía un beneficio para las víctimas de trato discriminatorio en materia de carga de la prueba extendiendo la protección a todos los casos de discriminación sin diferenciar según la razón que motivaba ese trato discriminatorio, la posterior Ley 4/2023 acotó esta cuestión únicamente a discriminación por razón de sexo, orientación e identidad sexual, expresión de género y características sexuales, lo que a todas luces parece un despiste del legislador.[36]

Esto no supone que cuando haya otras causas de discriminación no se produzca tal facilitación con el objetivo de evitar una prueba diabólica, pues las correspondientes leyes especiales sí recogen esta medida como, por ejemplo, en casos de discriminación por razón de discapacidad. Así, en estos procesos el artículo 77.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social se refiere a esta cuestión, indicando que cuando el actor aporte indicios fundados de discriminación por esta razón, corresponderá al demandado

[35] Especificando que únicamente podrá realizar aquellos actos procesales que no hayan precluido.

[36] Rodríguez, "La tutela procesal en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación", p. 196.

aportar una "*justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.*"

Sin embargo, sí consideramos que esta modificación operada por la Ley 4/2023 puede contribuir a confundir a los operadores jurídicos, pues de todo el acervo legislativo existente queda claro que la intención del legislador es que esta facilitación de la carga de la prueba se produzca en todos los casos en los que haya discriminación debido a la dificultad probatoria que existe, por eso en la Ley 15/2022 lo modificó en este sentido, indicando "En aquellos procesos en los que la parte actora alegue discriminación" sin especificar las casusas, y no únicamente en la discriminación por razón de cuestiones de índole sexual como sucede en la modificación de la Ley 4/2023. Además, la declaración general que ofrecía el precepto en su redacción operada en 2022 también suponía conceder esta protección frente a futuras causas de discriminación no recogidas en leyes concretas, sin embargo, con la redacción actual será necesario aprobar otra norma en ese sentido.

3. *Iniciativas en el ámbito procesal para la protección de las personas con discapacidad: el facilitador judicial*

En materia de personas con discapacidad y el acceso al proceso judicial, hemos sido testigos en los últimos tiempos de un avance significativo en la materia, que se inició con la ratificación y entrada en vigor en España de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.[37] A partir de este momento en España se llevó a cabo una abundante actividad legislativa para adaptar múltiples aspectos a las exigencias de la convención[38], con el objetivo de "considerar a las personas con discapacidad plenamente como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social."[39]

---

[37] La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) y España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008, entrando en vigor el 3 de mayo de ese mismo año.

[38] Así, nos referimos a la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se reforma el Código Penal, la nueva legislación de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones) o Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, y Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

[39] Así lo establece el preámbulo de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En este contexto, se aprobó la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante Ley 8/2021), que introduce diferentes novedades en el ámbito de la protección de las personas con discapacidad. En el presente apartado nos centraremos en la figura del facilitador judicial, puesto que es una figura que puede suponer un verdadero cambio en la experiencia procesal de las personas en situación de discapacidad, sin embargo, debemos mencionar que las referidas Ley 15/2022 y Ley 4/2023, en tanto que regulan aspectos en materia de igualdad, "también proyectan su eficacia en el ámbito de eventuales discriminaciones por motivos de discapacidad."[40]

Asimismo, cabe indicar que esta es solo una de las medidas que encontramos para cumplir con el mandato constitucional de la igualdad y la tutela judicial efectiva, pero el artículo 7.2 bis LEC que regula los ajustes procedimentales para personas con discapacidad y personas mayores, contempla otras actuaciones que también se deben considerar como son; el uso de un lenguaje claro, sencillo y accesible por parte de los operadores jurídicos en las comunicaciones procesales (apartado 2.a), la traducción e interpretación, tanto para que las personas con discapacidad se hagan entender como para que entiendan a los intervinientes (apartado 2.b), y el acompañamiento por una persona de su elección (apartado 2.d).

Con el ánimo de evitar una excesiva repetición de ideas, en este apartado analizamos la figura del facilitador judicial, introducida por la Ley 8/2021 y que se contempla en el artículo 7.2.c) bis LEC.

A pesar de que hace aproximadamente cuatro años que se introdujo esta figura en nuestro ordenamiento, la conceptualización y definición del estatuto jurídico de este instrumento se ha realizado con preocupante calma y todavía existen cuestiones que son objeto de debate. La importancia de esta figura radica en que la incomprensión del proceso por las partes del mismo puede suponer una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE y por ello es necesario realizar lo que se ha determinado por las Naciones Unidas en los Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad como "ajustes de procedimiento" que se define como "todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas en el contexto del acceso a la justicia, cuando se requieran en un caso determinado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás."

[40] Cucarella "Derecho procesal antidiscriminatorio y personas con discapacidad. Jurisdicción, acción y proceso y especialidades en tutela colectiva". p. 235.

Estos ajustes, entre los que se encuentra la inclusión de la figura del facilitador judicial, buscan evitar "la exclusión *de facto* de las personas con discapacidad del ámbito de la justicia" permitiendo a la persona en situación de discapacidad comprender el proceso para que alegue y pruebe lo que considere conveniente.[41] La figura del facilitador judicial queda definida en el artículo 2 del Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público, en el que se indica que lo siguiente:

> "Persona facilitadora: Persona que trabaja, según sea necesario, con el personal del sistema de justicia y las personas con discapacidad para asegurar una comunicación eficaz durante todas las fases de los procedimientos judiciales. La persona facilitadora apoya a la persona con discapacidad para que comprenda y tome decisiones informadas, asegurándose de que todo el proceso se explique adecuadamente a través de un lenguaje comprensible y fácil, y de que se proporcionen los ajustes y el apoyo adecuados. La persona facilitadora es neutral y no habla en nombre de las personas con discapacidad ni del sistema de justicia, ni dirige o influye en las decisiones o resultados".

A partir de esta definición, así como de varios informes y del Decreto 52/2024, de 8 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el servicio y se regula la figura del personal experto facilitador para prestar apoyo a las personas con discapacidad en las sedes judiciales de la Comunidad de Madrid (en adelante "Decreto 52/2024") se determinan cuales son los principios que informan esta figura. Estos principios son; la necesidad de actuación y proporcionalidad referidos a la designación del profesional; la neutralidad, referida a la necesidad de que la persona que realice estas funciones no tenga ningún interés particular en el proceso para que transmita la información de forma imparcial; la asistencia personalizada, considerando en cada caso las necesidades específicas de la persona en situación de discapacidad, pues cada tipo requerirá un tratamiento concreto; y, finalmente la confidencialidad de la información, que es un principio rector en las relaciones con otras figuras intervinientes en el proceso como el abogado o procurador. [42]

A) Retos de la figura del facilitador judicial

Aunque esta figura supone ofrecer una mayor protección para las personas con discapacidad inmersas en un proceso judicial, que en muchas

[41] José Antonio Martínez Pérez, "Acceso a la justicia de las personas con discapacidad y ajustes de procedimiento", *Derecho Privado y Constitución*, n.º 40, 2022.

[42] Ariza Colmenarejo, "La figura del facilitador y su rol en el proceso". p. 25-28.

ocasiones son por sí mismos largos y complicados para las personas legas en derecho, existen diferentes cuestiones en torno a la misma que todavía no están claras. Por ejemplo, una de estas cuestiones, como pone de manifiesto Ariza Colmenarejo es el régimen laboral de esta figura, ya que no queda claro si se configuraría como un profesional liberal o si se crearía una figura dentro del cuerpo de funcionarios con tales funciones. [43]

Asimismo, otra cuestión que suscita interés sobre esta figura es qué formación se le debe exigir, puesto que esta surge debido a que los integrantes de la Administración de Justicia no poseen la formación necesaria para tratar con personas con discapacidad, que pueden tener necesidades específicas. Es en este marco en el que se desarrolla la figura del facilitador, por tanto, en un primer momento se podría concluir indicando que lo más adecuado sería que se tratara de personas con formación específica en materia de trato con personas con discapacidad.

Sin embargo, la función principal del facilitador judicial debe ser transmitir a las personas con discapacidad los avances y actos del proceso judicial, y por tanto, es esencial que la persona que desarrolle estas funciones tenga conocimientos jurídicos sólidos, pues de lo contrario esta figura estaría vaciada de utilidad real en el proceso. Es decir, estaríamos hablando de una figura con un doble perfil, pues, por una parte, es esencial que tenga conocimientos jurídicos, pero también que tenga una formación especializada para el trato con personas con discapacidad.

La Comunidad de Madrid es la única comunidad autónoma de España que actualmente regula esta figura,[44] y, en relación con la cuestión de la formación, el artículo 4 del Decreto 52/2024 indica los requisitos generales de esta figura, entre los que se encuentran los siguientes:

a) Ser licenciados/as o graduados/as en psicología, derecho, logopedia, criminología, trabajo social, educación social o terapia ocupacional.
b) Poseer formación específica como persona facilitadora para apoyar a personas con discapacidad en procesos judiciales en los que participen. Estos cursos deberán tener una duración mínima de 100

[43] Ariza Colmenarejo, "La figura del facilitador y su rol en el proceso". p. 25-28. p.20. Asimismo, también se refiere María Jesús Ariza Colmenarejo en esta obra a la posibilidad de duplicidad de profesionales, unos pertenecientes a la Administración Pública y otros ajenos, a raíz del artículo 9 del Decreto 52/2024, de 8 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el servicio y se regula la figura del personal experto facilitador para prestar apoyo a las personas con discapacidad en las sedes judiciales de la Comunidad de Madrid que establece la forma de retribución de los facilitadores judiciales en aquellos casos en los que no pertenecen a los equipos psicosociales adscritos a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del delito de la Comunidad de Madrid.

[44] A estos efectos indicamos que es la única Comunidad Autónoma que regula esta figura a fecha de julio de 2025. Por otra parte, otras comunidades como la Comunidad Valenciana han avanzado en el proceso legislativo de esta figura como indica el siguiente titular "Justicia avanza en accesibilidad y presenta ante entidades del sector de la discapacidad el proyecto de decreto que regula la figura del facilitador procesal" del Gabinete de Prensa de la Generalitat Valenciana. Recuperado de *https://comunica.gva.es/es/detalle?id=394499031&site=373422856*

horas y deben ser impartidos por universidades, colegios profesionales y entidades representativas de los intereses de las personas con discapacidad.

En relación con estos requisitos generales observamos, por una parte, que no es obligatorio el grado en Derecho, pues este artículo ya nos indica que personas con otras titulaciones podrán realizar esta tarea accediendo a la misma con estudios de la rama de Ciencias de la Salud. Y, por otra parte, respecto a la necesidad de formación específica de la persona facilitadora esta será relativa tanto a aspectos del proceso judicial como en materia de trato con personas con discapacidad. Sin embargo, desde nuestro punto de vista será necesario analizar si los requisitos exigidos son suficientes para ejercitar eficazmente las tareas del facilitador, pues a nuestro juicio una persona *lega* en derecho difícilmente comprenderá el proceso judicial civil en un curso de cien horas en el que también deberá aprender otros contenidos. La misma idea juega a la inversa, pues se deberá analizar si una persona sin conocimientos sobre cuidados a personas con discapacidad puede, en un curso de cien horas —operando este como límite mínimo—, aprender sobre los cuidados que necesitan las personas con discapacidad en sus diferentes grados.

Asimismo e independientemente de la existencia de la figura del facilitador judicial, como pone de manifiesto Ana Isabel Luaces, la formación en materia de discapacidad no debería estar limitada únicamente a esta figura, sino a todas aquellas personas que intervienen en el proceso judicial, incluidas —en el ámbito del proceso penal— las fuerzas de seguridad que realizan un primer atestado.[45] Entendemos que por la intensidad con la que intervendrá el facilitador judicial en el proceso y su trato directo con la persona en situación de discapacidad la formación exigible a esta figura será notablemente más especializada que al resto de intervinientes en el proceso judicial, sin embargo, exigir una formación complementaria en materia de discapacidad sería una forma de sensibilizar a todos los operadores jurídicos con esta cuestión y modular el proceso judicial para que las personas con discapacidad puedan ejercer efectivamente todos sus derechos.

A pesar de los grandes avances que se han realizado y se siguen realizando en materia de personas con discapacidad y su acceso al proceso judicial, algunos autores muestran su desacuerdo con la forma de regular esta figura, pues se ha optado por regulaciones autonómicas que podrían implicar diferencias del facilitador en las comunidades autónomas y, debido a la directa relación de esta figura con el derecho a la tutela judicial

[45] Canal UNED, "El facilitador judicial: clave para una sociedad inclusiva" 2024, [Vídeo] Recuperado el 9 de abril de 2025 de *https://canal.uned.es/video/6673fd7dc45c425b48457c62*

efectiva una regulación unitaria a nivel nacional supondría ofrecer una mayor seguridad jurídica para los beneficiarios de esta figura.[46]

En un nivel más concreto, se han planteado otros problemas como es la falta de profesionales con una formación tan específica. En este contexto, entendemos que se trata de un problema por partida doble, pues cada discapacidad requerirá de un tratamiento, y por tanto, aquellas personas con un tipo de discapacidad menos común pueden tener problemas para encontrar a facilitadores que sean acordes a sus necesidades y, por otra parte, desde la perspectiva territorial, entendemos que en aquellos casos en los que los facilitadores judiciales se constituyan como profesionales liberales se pueden plantear problemas sobre su disponibilidad en aquellas zonas rurales que se enfrentan al reto de la despoblación.

IV. Conclusiones

El compromiso del legislador tanto europeo como español con la persecución y consecución de una igualdad *efectiva* es claro, y ese es el núcleo de la actividad legislativa tan abundante en esta materia. Desde el punto de vista procesal se han realizado cambios que permiten una mayor protección frente a la discriminación, como es la ampliación de la legitimación, la facilitación de la carga de la prueba, el llamamiento al proceso y los ajustes procesales en caso de que intervenga una persona en situación de discapacidad. Todas estas cuestiones no son completamente nuevas, pues la facilitación de la carga de la prueba por discriminación basada en el sexo, por ejemplo, ya se introdujo en la LEC con la Ley 3/2007, aunque como hemos observado se ha matizado con las Leyes 15/2022 y 4/2023.

Sin embargo, son varios los aspectos que deberían preocupar al legislador, y a la sociedad en su conjunto. Por una parte, si bien se ha ampliado la legitimación para solicitar el inicio del proceso civil por causas de discriminación, creando incluso una figura con este objetivo como es la Autoridad Independiente, la puesta en funcionamiento de esta figura se ha retrasado mucho más de lo previsto, lo que ofrece una imagen poco comprometida por parte del legislador en la lucha contra la discriminación. Este aspecto también está relacionado con la figura del facilitador judicial, pues la legislación precisa de esta figura se está haciendo de rogar en las diferentes comunidades autónomas y, además, hay cuestiones que es necesario abordar con un mayor detenimiento, como su estatuto jurídico.

Por otra parte, también se pone de manifiesto la necesidad de concienciación sobre tales medidas, pues de lo contrario, su inclusión en el

[46] Ariza Colmenarejo, "La figura del facilitador y su rol en el proceso", p.15.

ordenamiento no contribuye a tener una sociedad más justa, ya sea por la falta de iniciación del procedimiento para la defensa de la igualdad, o por el desconocimiento de las medidas de adaptación del proceso para que todas las personas puedan ejercitar sus derechos de forma efectiva.

En relación a las inconsistencias en el ordenamiento jurídico que hemos apuntado durante este pasaje, pensamos que es necesario ofrecer una visión más clara de las normas aplicables en caso de discriminación, pues de lo contrario, aunque no se produzca automáticamente una reducción de la protección ofrecida, las desigualdades existentes en artículos que regulan aspectos similares, —por ejemplo, las diferencias entre el artículo 15 ter y quater LEC—, produce una innecesaria confusión que puede llevar al desconocimiento de la misma, y por tanto, una protección real menos efectiva de las personas vulnerables.

Finalmente, cabe indicar que, además del ámbito procesal en el que nos hemos centrado, la legislación analizada incluye otras medidas para la lucha contra la discriminación y la defensa de la igualdad en otros ámbitos, y no solo eso, sino que además, existen otras disposiciones como el Real Decreto 247/2024, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos, o recientes Directivas Europeas[47] que ponen de manifiesto el compromiso del legislador con esta cuestión, que sigue siendo una materia pendiente para España en términos de eficacia.

Bibliografía

Ariza Colmenarejo, María José, "La figura del facilitador y su rol en el proceso". En *Discapacidad en la jurisdicción civil*, dirigido por Sonia Calaza López, Mercedes Llorente Sánchez-Arjona y Vicente Guzmán Fuja. (Madrid: Dykinson, 2023).

Borges Blázquez, Raquel, "Derecho procesal e igualdad. La legitimación activa para la protección del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Especial referencia al artículo 11 bis". En *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI,* coord. Ana Montesinos García y María José Catalán Chamorro (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020).

[47] Nos referimos en este caso a la Directiva (UE) 2024/1499 del Consejo, de 7 de mayo de 2024, sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato entre las personas con independencia de su origen racial o étnico, la igualdad de trato entre las personas en materia de empleo y ocupación con independencia de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y la igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de seguridad social y en el acceso a bienes y servicios y su suministro, y por la que se modifican las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE, así como a la Directiva (UE) 2024/1500 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de empleo y ocupación, y por la que se modifican las Directivas 2006/54/CE y 2010/41/UE.

Cabeza Pereiro, Jaime, "La autoridad independiente para la igualdad de trato y la no discriminación no puede esperar más. Es un reto de estado inaplazable." En *Net21,* 2025.

Chocrón Giráldez, Ana María, "La acción civil para la defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación", *InDret*, n.º 4, 2023, DOI: 10.301009/InDret.2023.i4.04.

Cucarella Galiana, Luis-Andrés, "Protección del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres". En *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y Jurisdicción*, LA LEY, 2019.

Cucarella Galiana, Luis-Andrés, "Intereses difusos y legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación". En *El proceso como garantía*, (coord. José M. Asencio Mellado y Olga Fuentes Soriano), Atelier, Barcelona, 2023.

Cucarella Galiana, Luis-Andrés, "Derecho procesal antidiscriminatorio y personas con discapacidad. Jurisdicción, acción y proceso y especialidades en tutela colectiva". En *La protección jurídica de las personas con discapacidad perspectiva interna e internacional*, dirigido por Nayber Febles Pozo. (Madrid: Aranzadi, 2024).

De Luis García, Elena, "Tutela de los intereses colectivos y difusos en el proceso penal". En *InDret,* n.º 4, 2018.

Elizondo-Urrestarazu, J. "Equality bodies: New standards, new challenges". *IgualdadES* n.º 9, 2023, p. 248.

García Juan, Laura., Benedí Lahuerta, Sara., Alonso Calderon, Xavier., "La futura Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación: diseño institucional para una prestación de asistencia independiente y efectiva", *Revista Deusto de Derechos Humanos*, n.º 11/2023. DOI: *https://doi.org/10.18543/djhr122023*

Gómez Fernández, Itiziar, "Principio de igualdad y principio antidiscriminatorio en el ordenamiento jurídico español", *Journal of Institutional Studies*, vol. 10, n.º3, 2024.

Martínez Pérez, Acceso a la justicia de las personas con discapacidad y ajustes de procedimiento, *Derecho Privado y Constitución,* n.º 40, 2022.

Ortells Ramos, Manuel., *Derecho Procesal Civil* (con María José Mascarell Navarro, Javier Cámara Ruiz, Ricardo Juan Sánchez, José Bonet Navarro, Rafael Bellido Penadés, Luis-Andrés Cucarella Galiana, José Martín Pastor, Alicia Armengot Vilaplana), Aranzadi, 17º edición, 2018.

Parlamento Europeo, (2020), "Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado", Unidad Biblioteca de Derecho Comparado. Recuperado el 9 de abril de 2025 de *https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659297/EPRS_STU(2020)659297_ES.pdf*

Rodríguez Álvarez, Ana, "El derecho antidiscriminatorio: un breve recorrido histórico desde sus orígenes hasta la actualidad". En *La Carga De La Prueba en Supuestos De Discriminación. Su Regulación en El Proceso Civil,* Tirant lo Blanch, 2020.

Rodríguez Álvarez, Ana, "La tutela procesal en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación". *IgualdadES*, n.º 9, 2023, p. 175-204, DOI: *https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.9.06*

Serra Cristóbal, Rosario "Avances en materia de igualdad en España". En *Tutela colectiva de derechos humanos y objetivos de desarrollo sostenible: integración, Jurisdicción e igualdad,* coord. Luis-Andrés Cucarella Galiana, (Madrid: Dykinson, 2023).

Configuración jurisprudencial del derecho a la igualdad y no discriminación en Ecuador

José Luis Chuquizala Viera*
Docente invitado e investigador Universidad Andina

Sumario: I. Resumen. II. Breve reseña de la configuración normativa del derecho a la igualdad y no discriminación en Ecuador y en la convención americana sobre derechos humanos. III. Esquema-test jurisprudencial para el examen del derecho a la igualdad y no discriminación por la corte constitucional ecuatoriana. Comentarios al test de igualdad. IV. Análisis de caso concreto. ¿Es discriminatorio la exigencia de una estatura mínima para formar parte de la policía nacional? Sentencia 1043-18-JP y acumulados. V. Bibliografía.

I. Resumen

La Constitución ecuatoriana del 2008 en armonía con los tratados y convenios internacionales, en especial con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, crea un nuevo modelo de Estado constitucional, denominado "de derechos y justicia", el cual tiene como uno de sus pilares fundamentales y como eje transversal el respecto y protección de los derechos, entre los cuales consta el derecho a la igualdad y no discriminación. En ese contexto, surge la Corte Constitucional con especial protagonismo para constituirse como máximo interprete y de control de las disposiciones infra constitucionales que puedan ser atentatorias contra los mandatos constitucionales. En este sentido, en este ensayo se analizará los parámetros de la jurisprudencia de la Corte Constitucional para determinar si un acto/norma respeta el derecho a la igualdad y consecuentemente no es discriminatorio.

Luego de apuntar el marco normativo y doctrinario, se examinará un caso específico en el que la Corte analizó si una disposición legal (requisito de la estatura para formar parte de la Policía Nacional) es contraria o no al derecho a la igualdad. En este caso, la Corte concluyó que aquella disposición no es discriminatoria, por tanto, es constitucional al atentar al derecho a la igualdad.

* Doctor (PhD) en el programa "Estado de Derecho y Gobernanza Global" por la Universidad de Salamanca (España). Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina (Ecuador). Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca y Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Pisa (Italia).

II. Breve reseña de la configuración normativa del derecho a la igualdad y no discriminación en Ecuador y en la convención americana sobre derechos humanos

En primera instancia se debe indicar que "el concepto de igualdad abarca dos dimensiones: por un lado, la prohibición de discriminación como aspecto negativo o peyorativo de la igualdad que sanciona la diferencia sobre la base de causas irrelevantes, arbitrarias y no razonables; y en segundo término, el principio de protección de los grupos minoritarios sobre la base del desarrollo de medidas dirigidas a adquirir una igualdad real y efectiva".[1] Por otro lado, "el principio de igualdad constituye uno de los valores superiores en diversos ordenamientos jurídicos-normativos".[2]

Anotado aquello, se revisará la normativa de Ecuador y Convención Americana de Derechos Humanos, en los que precisamente el derecho a la igualdad es un pilar del actual Estado constitucional democrático. La Constitución ecuatoriana, en el Capítulo sexto, del Título II, reconoce y garantiza dentro de los denominados "derechos de libertad", al derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

Respecto a la igualdad *formal*, la misma Constitución señala que "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades" (Art.11.2 inciso primero), lo que significa que debe existir un trato igualitario a las personas que consten en la misma situación. En tanto que la igualdad *material*, se refiere a que "el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad" (Art.11.2 inciso tercero). Sobre esta dimensión la Corte señaló que "esta dimensión del derecho supone, que los sujetos que se encuentren en condiciones diferentes, requieren un trato distinto que permita equiparar el goce y ejercicio de sus derechos a personas que se encuentran en situaciones distintas".[3]

En virtud de la segunda dimensión del derecho a la igualdad —la esfera *material*— y con la finalidad de que el Estado cumpla con su rol de garantizar el derecho a la igualdad de las personas que se encuentren en situaciones diferentes (por ejemplo: las mujeres, que históricamente han sido discriminadas), la Constitución contiene una serie de disposiciones que se constituyen como verdaderas acciones afirmativas. En este sentido, por ejemplo, podemos citar a la normativa constitucional para que las mujeres —grupo considerado históricamente discriminado— puedan

---

[1] Sevilla Merino Julia, "Igualdad y discriminación", en *Igualdad de mujeres y hombres a la luz de Ámsterdam*, Madrid, Instituto de la Mujer, 2000, p. 25.

[2] Jiménez Campos, J, "La igualdad jurídica como límite frente al legislador" en Revista Española de Derecho Constitucional, número 9, 1983, p. 79.

[3] Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 7-11-IA/19. Caso. 7-11-IA/19. 28 de octubre 2019. Párrafo. 19.

tener un ejercicio igualitario de los derechos. El artículo 35 señala a las niñas y mujeres embarazadas, entre otros sectores sociales, como grupo de atención prioritaria. El artículo 66.3 también señala que es deber del Estado eliminar y sancionar toda forma de violencia, entre otros, a las mujeres y niñas. El artículo 69.4 también dispone la obligación que tiene el Estado para proteger, entre otros, a las madres. El artículo 116 dispone que en los procesos electorales haya alternabilidad entre mujeres y hombres para la conformación de las candidaturas.

A las disposiciones constitucionales que hemos citado para un trato igualitario a las mujeres, también en la Constitución existen una serie de enunciados que ayudan a frenar la discriminación y tratar de manera igualitaria a otras personas que tienen una condición distinta, como el caso de las personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas y otros. Así, la Constitución expresa: "Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación". (Art. 11.2 inciso segundo).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José"[4], como se sabe, reconoce una serie de derechos, tales como el derecho a la vida, derecho a la presunción de inocencia, derecho a la integridad física, el derecho a la libertad personal, derecho a la dignidad, derecho a la libertad de conciencia, derecho de reunión, derecho de asociación, derecho a la propiedad, y otros derechos más que la convención los reconoce. Estos derechos tienen un principio fundamental: deben ser ejercidos sin discriminación alguna, esto es, debe existir un trato igualitario para que los derechos tengan eficacia general en todas las personas de los Estados partes. Este principio consta en el artículo 1 de la referida Convención, que señala: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

[4] Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en Vigor: 18 de julio de 1978.

La normativa citada, aunque mínima dado existe mucho más a nivel infra constitucional e internacional, se configura como base con la que cuenta el Estado ecuatoriano para hacer efectivo el derecho a la igualdad y no discriminación de sus habitantes. El Estado, por tanto, a través de sus distintos órganos, deberá echar una mirada obligatoria, cuando menos a estas disposiciones generales (constitucionales e internacionales) para combatir los actos discriminatorios y consecuentemente proteger y garantizar que se concrete el derecho a la igualdad.

Finalmente, a más de apuntar la normativa del caso ecuatoriano y del sistema interamericano de derechos humanos sobre el derecho a la igualdad y no discriminación, no podemos dejar de mencionar que, en el caso europeo, por ejemplo, también la protección del derecho a la igual está reconocido en tratados y convenios internaciones. Así, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en sus artículos 20 y 21 reconocen el derecho a la igualdad. Aquellas disposiciones señalan que las personas son iguales ante la ley, y que, ninguna de aquellas puede ser discriminado por razones "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".

III. Esquema-test jurisprudencial para el examen del derecho a la igualdad y no discriminación por la corte constitucional ecuatoriana. Comentarios al test de igualdad

En el caso ecuatoriano, la Constitución del 2008 otorga a la Corte Constitucional un rol protagónico en la tutela de los derechos, sin desconocer por supuesto, que todos los órganos jurisdiccionales y administrativos tienen la potestad y obligación de proteger los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internaciones de derechos humanos. El "protagonismo" de la Corte tiene por fundamento en que es "el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia" (art. 429 CRE). Este enunciado normativo es transversal para conocer el alcance y responsabilidad que tiene la Corte para dar materialidad al contenido del texto de la Constitución. Por lo tanto, es de vital importancia revisar, aunque de manera breve en el presente ensayo, sobre uno de los derechos que se constituye como pilar del nuevo esquema constitucional de derechos y justicia ecuatoriano: "derecho a no ser discriminados —y por ende que se garantice el derecho a la igualdad—". En este texto en específico, se revisará cómo la Corte examina si un acto normativo atenta o no al derecho a la igualdad y no discriminación.

A decir de la Corte, para establecer si un acto o disposición normativa es o no discriminatorio, se debe recorrer por tres momentos: primero, comparabilidad; segundo, constatación de un trato diferenciado; y, tercero, verificación de resultado.[5]

Primer momento. Comparabilidad

Respecto de la comparabilidad, la Corte señala que aquello hace referencia a examinar la existencia de dos sujetos de derechos que se encuentren en las mismas e iguales condiciones. La jurisprudencia de la Corte ha señalado que, en ausencia del elemento de comparabilidad, no puede considerarse que un trato distinto sea discriminatorio, ya que habría diferencias que lo justificarían.[6]

Así, por ejemplo, en una de las sentencias de la Corte Constitucional se examinó el derecho a la no discriminación en el caso que un miembro de las fuerzas armadas del Ecuador fue expulsión de aquella institución por tener orientación sexual "diversa". El elemento de comparabilidad se constató en que, por un lado, están los miembros militares que tienen orientación sexual diversa, y en por otro lado están aquellos militares que no tienen esa orientación de los primeros.[7]

Segundo momento. Constatación de un trato diferenciado

La Corte indica que se debe verificar si en el caso específico que analiza hay un trato desigual con base en una de las categorías del artículo 11.2 de la Constitución, categorías que están expresadas en forma ejemplificativa. Se debe puntualizar que, si se constata la existencia de una las categorías que son discriminatorias, significarían que la norma tiene mayores posibilidades de atentar contra el derecho a la igualdad y, por tanto, sería contraria a la Constitución.

Tercer momento. Verificación de resultado

Se debe analizar si el trato desigual de la norma o medida acusada es justificado en apego a la Constitución, o por el contrario es una medida o norma que discrimina; o si, por el contrario, atenta a este principio y derecho universal. Este último momento es esencial dentro del test de igualdad, puesto que aquí se termina, en estricto sentido, la conclusión a la cual llega la Corte para establecer si una disposición respeta el derecho a

---

[5] Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. Estos elementos han sido expresados en varias sentencias. A manera de ejemplo se sugiere ver: 18-21-CN/21 y acumulados; 14-19-IN/23; 28-15-IN/21; 2-25-OP/25; y, 1290-18-EP/21.

[6] Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1290-18-EP/21, párr. 116.

[7] Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1290-18-EP/21.

la igualdad de conformidad a la Constitución. Para ello, la Corte señala que existen niveles de examen para el escrutinio de la norma o medidas que se imputan atentan al derecho a la igualdad.

El primer nivel es el *bajo*. Este nivel se aplica cuando la distinción atenta a la igualdad formal, y, sobre todo, no se basa en ninguna de las categorías del artículo 11.2 de la Constitución. En este caso, el análisis es de "mera razonabilidad", es decir, se debe evaluar si la medida o norma está justificada y es razonable. Un ejemplo para hacer el análisis bajo el nivel *bajo,* lo encontramos en la sentencia 4-25-OP/25, que señala que la distinción por el oficio, ocupación o actividad productiva de las personas no se enmarcan dentro del artículo 11.2. Para este *test,* la Corte señala que se debe aplicar el examen de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, pero primero establecer una finalidad legítima que conste en la Constitución.

Sin embargo, de lo anotado, es cuestionable tanto lo que sostiene la Corte en su jurisprudencia como en el ejemplo que se ha citado. El artículo 11.2 establece que nadie podrá ser discriminado "ni por cualquier otra distinción" a las categorías que instituye de manera ejemplificativa (edad, nacionalidad, sexo, filiación política, entre otros). Esto quiere decir que cualquier otra forma de distinción automáticamente recae en el articulado en mención, consecuentemente, el ejemplo abordado también encajaría como una categoría a examinar dentro de ese contexto. En general, toda persona puede ser discriminada por varias categorías que no constan en el artículo 11.2. Así, por ejemplo, una persona puede ser discriminada por su profesión, por su nivel de educación, entro otros.

En ese contexto, la afirmación de la Corte sobre el nivel *bajo*, deviene en que, discrecionalmente este organismo establece y establecerá cuales formas de discriminación deberían ser tratadas bajo este primer nivel de escrutinio.

El segundo nivel es el *medio*. Este nivel se aplica cuando el trato diferenciado tiene como base una de las categorías "protegidas" en el artículo 11.2. de la Constitución. Para este caso, la Corte ha establecido que el examen se lo hace a través de verificar: fin constitucionalmente válido, la idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

El tercer nivel es el *alto o estricto.* Este nivel es aplicado cuando el trato diferenciado tenga como base una de las categorías "sospechosas" del artículo 11.2 de la Constitución. Para este caso, la Corte ha establecido que el examen se lo hace a través de verificar: fin constitucionalmente válido e *imperioso*, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Lo que pretende los *test* es la verificación de la distinción que sea objetiva y razonable.

Si el trato es justificado, como se ha dicho, aquel debe ser objetivo y razonable, y, al mismo tiempo, debe ser idóneo, necesario y proporcional. Para el primer caso (objetivo y razonable), Conesa señala que "el trato diferenciado no constituye una discriminación si: a) la decisión de la di-

ferenciación está fundada en un fin aceptado constitucionalmente y b) la consecución de dicho fin por medio de la diferenciación es adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto"[8]

La Corte no señala claramente qué se entendería por la *idoneidad*, sin embargo, de la revisión de la jurisprudencia, se puede determinar que la idoneidad de un trato diferenciado está estrechamente vinculada por la finalidad constitucional que persiga ese trato diferenciado, es decir, si un trato diferenciado tiene una justificación con base a fines constitucionalmente protegidos, aquel trato es idóneo.

Sobre la *necesidad,* la Corte determinó se debe justificar la inexistencia de una alternativa menos gravosa para alcanzar la finalidad constitucional según sea el caso. Sobre la *proporcionalidad,* la Corte indica que debe comprobarse si existe un equilibrio entre la protección y la restricción.

En cada caso concreto se debe analizar estos dos momentos, y de esta manera establecer si existiría un trato desigual objetivo y razonable; o, por el contrario, existe un trato discriminatorio, para lo cual debemos dejar apuntado que de acuerdo a cada circunstancia concreta, existen un sin número de efectos que trae como consecuencia de los actos discriminatorios, en lo que podemos señalar que principalmente "como resultado de la vulneración al derecho a la igualdad, no discriminación se ve afectado el plan de vida y el de su núcleo familiar"[9], en su caso.

Se debe precisar que la justificación es un elemento esencial para el trato diferenciado, así, por ejemplo, "el solo hecho de tener una enfermedad no es una razón válida que se justifique la desvinculación de una persona de su puesto de trabajo, menos cuando se trata de una enfermedad catastrófica y con las repercusiones particulares de las personas que padecen VIH"[10], pues en este caso de enfermedad estaríamos ante un claro acto de discriminación por ser portador de VIH.

Respecto a los niveles *medio* y *estricto* se hará varias precisiones. Primero, ambos niveles de escrutinio hacen referencia a categorías "protegidas" y "sospechosas". Por lo que, corresponde revisar la jurisprudencia respecto a estos criterios.

La Corte en sus inicios desde la Constitución del 2008 consideraba como sospechosas a todas las categorías descritas en el artículo 11.2 de la Carta Magna. Así, señaló que "… las categorías sospechosas para esta Corte Constitucional son aquellas categorías utilizadas para realizar tratos "dife-

---

[8] Conesa Luisa. "La tropicalización del principio de proporcionalidad: la experiencia de Colombia y México en el ámbito de la igualdad" *Revista de Derecho Político*, número 77, enero abril. 2010, p. 362.

[9] Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1776-17-EP/24. Caso. 1776-17-EP. 27 de junio 2024. Párrafo. 86.

[10] Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1776-17-EP/24. Caso. 1776-17-EP. 27 de junio 2024. Párrafo. 87.

rentes" respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, cuyo uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas generalmente marginados y que sin ser taxativos, se encuentran contenidos en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República". Por otro lado, la Corte no contemplaba como tal a las categorías "protegidas". En este sentido, no hubo distinción entre la una y otra categoría.

En la reciente jurisprudencia, la alta Corte ha señalado que del artículo 11.2. se pueden identificar categorías "protegidas" y "sospechosas". La razón fundamental para señalar que existen categorías "protegidas", es que incluir a todas las "[...] las categorías del número 2 del artículo 11 como sospechosas, generaría que en múltiples casos se efectúe un escrutinio estricto que presuma la inconstitucionalidad de toda diferenciación que puede ser razonable. Esto reduciría sustancialmente la libertad de configuración legislativa pues la mayoría de normas resultarían inconstitucionales". Por tanto, señala que existen los siguientes factores para poder identificar a una categoría protegida o a una sospechosa.

Para identificar a una categoría sospechosa se debe verificar alguno de los siguientes elementos o factores: (1) si el grupo es sujeto de discriminación, (2) el grupo es desaventajado y ha sido sistemáticamente discriminado, (3) el grupo ha sufrido —históricamente— o sufre una extensión e intensidad de discriminación en mayor grado, o, (4) los individuos del grupo han sido discriminados con base en factores inmutables que no podrían variarse con la voluntad de la persona.

Por otro lado, para identificar a las categorías protegidas, la Corte señala que se debe observar si la distinción tiene como base cualquier categoría del artículo 11.2. de la Constitución, y que no concurran los factores o elementos que enunciamos para las categorías sospechosas.

En este sentido, la Corte señala el siguiente ejemplo para determinar cuándo nos encontramos en una determinada categoría. Cuando una norma da un trato distinto a hombres y mujeres, en primera instancia se observa que la categoría de la Constitución protegida sería el "sexo". Por otro lado, si hacemos referencia a la distinción sexo-mujer esta se constituye como categoría sospechosa, en virtud de que las mujeres pertenecen a ese grupo de personas que históricamente o en mayor grado han sufrido de discriminación han sufrido discriminación. Por su parte, la categoría sexo-hombre sería protegida, dado que, los hombres no se encuentran en la situación previamente enunciado para las mujeres. De esto entonces que, para el primer caso se deberá aplicar el escrutinio estricto o alto y para el segundo el nivel de escrutinio medio.

Lo que sostiene la jurisprudencia reciente confunde a los operadores jurídicos, pues para determinar una categoría sospechosa bastaría con

verificar si la distinción se hace con base a lo enunciado ejemplificativamente en el artículo antes referido de la Constitución. Así, a pesar de que la Corte sostiene que debe existir unas y otras categorías para ser deferentes con la libre configuración legislativa y consecuentemente no presumir que todas las normas son contrarias al principio de igualdad por contener cualquier tipo de lo enunciado en el artículo 11.2, eso no quiere decir que la Corte si identifica una categoría que sea "simplemente protegida" deba hacer un análisis ligero del caso en concreto. Por el contrario, la Corte deberá examinar con detenimiento cada elemento del acto o norma que se presume vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación.

Segundo, es confuso que la Corte señale que existen categorías protegidas y sospechosas del artículo 11.2 y que establezca niveles de escrutinio (medio y alto) que son prácticamente idénticos. La única distinción entre un nivel medio y el alto es que, en este segundo nivel, a más de verificar que exista un fin constitucionalmente válido se debe verificar que este sea constitucionalmente "imperioso".

El criterio *imperioso*, aún no ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte, lo que ha pasado es que, la Corte ha resuelto diversos casos aplicando el nivel de escrutinio alto, pero sin definir cómo se puede evidenciar un fin "imperioso" en estricto sentido. Esto sin lugar a dudar, se presta a que este organismo actué con discrecionalidad en unos y en otros casos. Si no se elabora una jurisprudencia más robusta que desarrolle qué entender como fin constitucionalmente válido e imperioso, el nivel de escrutinio alto quedará vaciado y sobre todo puede ocasionar inclusive diversas vulneraciones al derecho a la igualdad y no discriminación.

Por las consideraciones anteriores y al caso concreto ecuatoriano, es indispensable que la Corte establezca sólo dos niveles de escrutinio para determinar si un acto o norma son contrarios al derecho a la igualdad y no discriminación. El *test* de escrutinio medio y alto, al tener prácticamente los mismos elementos de análisis se los podría unificar en uno sólo. De esta manera para examinar los casos en concreto se aplicaría el nivel bajo o de mera razonabilidad y un nivel "alto" en el cual se pueda identificar un fin constitucionalmente válido, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

Finalmente, indistintamente de cómo sean identificadas las categorías del artículo 11.2 de la Constitución, "protegidas" o "sospechosas", lo medular en este punto es que, cuando se verifique que una norma o acto disponga un trato distinto que pueda encajar en una de aquellas enumeradas de manera ejemplificativa por la Carta Suprema, la "carga argumentativa" y "probatoria" o la defensa de la norma que se acuse contraria a este derecho sea trasladada a la parte que haya emitido aquella disposición, pues en ésta debe dar la justificación para hacer ese trato distinto las normas que haya creado (Ejemplo: El parlamento podría ser acusado de emitir una ley

que presuntamente es contraria al derecho a la igualdad, en esa virtud, ese órgano debe argumentar por qué la norma no atentaría a dicho derecho).

IV. Análisis de caso concreto. ¿Es discriminatorio la exigencia de una estatura mínima para formar parte de la policía nacional? Sentencia 1043-18-JP y acumulados

Hechos

Varias personas se inscribieron en el reclutamiento en línea de la página web de la Policía Nacional, y mediante el Sistema de Reclutamiento Informático del Ministerio del Interior se les notificó individualmente la negativa de continuar con el proceso de reclutamiento, con la indicación: ¨no apto(s) por no tener el requisito de la estatura¨ (mayúsculas omitidas). Posteriormente, cada persona presentó una acción de protección (que tiene la misma finalidad que el conocido recurso de amparo) alegando que se vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación por tener baja estatura.

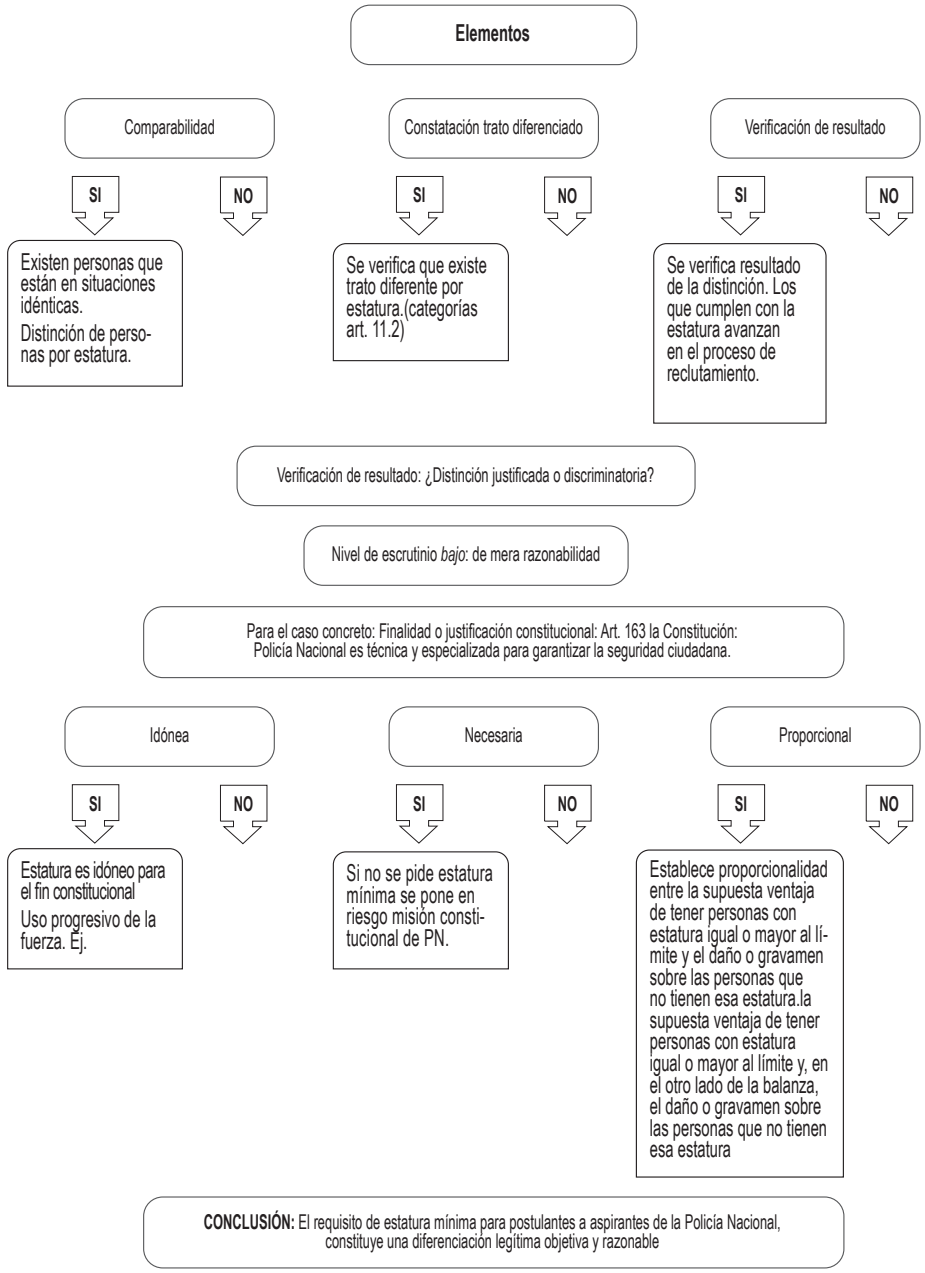
Estas acciones de protección fueron resueltas tanto por los jueces de primer nivel como por Cortes de alzada, y, en las diferentes causas se resolvió con diversos criterios para determinar si la exigencia de la estatura mínima es discriminatoria o no; ante ello, la Corte Constitucional, con base a su atribución de selección de casos para crear jurisprudencia vinculante respecto de las garantías jurisdiccionales (acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, entre otros) —art. 436.e y 86 de la Constitución— decide seleccionar esas causas y emitir jurisprudencia vinculante sobre la exigencia de la estatura mínima para formar parte de la Policía Nacional.

Aplicación del esquema-test

La Corte, al igual que la jurisprudencia del Corte Interamericana de Derechos Humanos, parte con su análisis señalando que ningún derecho es absoluto (refiriéndose al derecho a la igualdad) sino que puede ser restringido, pero con autorización constitucional. Se refiere específicamente a que las normas u otros actos, pueden establecer diferencias entre los sujetos, pero deben ser debidamente justificadas y razonables. Es decir, en "[…] sí mismos, los tratos diferenciados no son contrarios al derecho a la igualdad y a la no discriminación, pero cuando estos tienen un objetivo o consecuencia vulnerar los derechos de ese grupo diferenciado, es aquí donde se violenta el derecho a la no discriminación".[11]

[11] Vásquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas. 2018, p. 77.

Con este criterio, se pasará a señalar la forma de analizar el derecho a la igualdad y no discriminación según los momentos apuntados anteriormente. Para ello, traduciremos a manera de esquema la interpretación del derecho a la igualdad y no discriminación en el requisito de la estatura mínima para formar parte de la Policía Nacional, que ha realizado la Corte Constitucional.



Consideración final a manera de conclusión

En el caso práctico y de la lectura de la sentencia, se evidencia que no existe justificación suficiente para establecer que el requisito de la estatura no es discriminatorio. En este sentido no se cumple con el requisito de la debida justificación para que el requisito de la estatura sea considerado como no discriminatoria. No ha sucedido lo que menciona Portela, en cuanto a que la justificación debe "tener buenas razones" para así descartar la arbitrariedad.

La Corte no la utiliza con la debida diligencia sus propios parámetros —esquema o test—, pues sus argumentos son ligeros y no dan cuenta de un examen profundo a un derecho indispensable para las democracias actuales, como lo es el derecho a la no discriminación.

Ello también es corroborado con el voto salvado de dos jueces dentro del caso en concreto. En dicho voto particular los magistrados reconocen la medida de la estatura no tiene un fin constitucional, no es idónea, no necesaria y no es proporcional. En corolario, la estatura afecta al derecho a la igualdad y no discriminación.

Con esto, la Corte Constitucional no estaría cumpliendo su rol de ser el protector (subsidiario por su puesto) de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos y convenios internacionales de derechos humanos. Por el contrario, la actuación de la Corte constitucional patrocina a que el texto constitucional no se materialice y que quede en puros ideales de asambleísta constituyente.

V. Bibliografía

Conesa Luisa. "La tropicalización del principio de proporcionalidad: la experiencia de Colombia y México en el ámbito de la igualdad" *Revista de Derecho Político*, número 77, enero abril. 2010, p. 362.

Jiménez Campos, J, "La igualdad jurídica como límite frente al legislador" en Revista Española de Derecho Constitucional, número 9, 1983, p. 79.

Sevilla Merino Julia, "Igualdad y discriminación", en *Igualdad de mujeres y hombres a la luz de Ámsterdam*, Madrid, Instituto de la Mujer, 2000, p. 25.

Vásquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas. 2018, p. 77.

Normativa

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en Vigor: 18 de julio de 1978.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 18 de diciembre de 2000.

Jurisprudencia

Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1776-17-EP/24. Caso. 1776-17-EP. 27 de junio 2024.

Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 7-11-IA/19. Caso. 7-11-IA/19. 28 de octubre 2019.

Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 28-15-IN/21. 24 de noviembre de 2021

Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1043-18-JP y acumulados/21. 08 de diciembre de 2021.

Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 34-19-IN/21 Y acumulados. 28 de abril de 2021.

Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 14-21-IN/21. 24 de noviembre de 2021. (participación de estudiantes de segundo semestre para elección de autoridades universitarias).

Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 112-20-JP/22 y acumulado (Libertad de culto y educación). 14 de diciembre de 2022.

Una mirada laboralista al derecho antidiscriminatorio

Antonio V. Sempere Navarro
Catedrático de Universidad.
Magistrado del Tribunal Supremo

Sumario: I. Presentación. II La Ley 15/2022, de 12 de julio. *1. Ideas básicas. 2. Motivos de discriminación proscritos. 3. Dinámica de la tutela. 4. Tipos de discriminación. 5. La acción positiva.* III. La indemnidad, como complemento. *1. La tutela judicial efectiva. 2. La indemnidad laboral, en especial el caso de despido. 3. Perfiles de la indemnidad laboral en la jurisprudencia constitucional. 4. Asunción y ampliación jurisprudencial de la doctrina constitucional. 5. La intervención legislativa.* IV. En especial, la brecha de género.

I. Presentación

Animado por la generosidad de quienes han participado en la obra, aporto unas pinceladas desde mi perspectiva (laboralista que intenta la contemplación unitaria del ordenamiento).

II. La Ley 15/2022, de 12 de julio

En el caso de España, resulta conveniente recordar las aportaciones de la Ley Integral sobre Igualdad.

1. Ideas básicas

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (LITND) recopila un importante ramillete de reglas sobre igualdad y no discriminación a fin de "respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución" (art. 1.1). Resulta útil repasar el estado de la cuestión, en el bien entendido de que la LITND no deroga preceptos previos, sino que adiciona los suyos a todos ellos[1]. La LITND recopila un importante ramillete de reglas sobre igualdad y no discriminación a fin de "respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución" (art. 1.1).

[1] Siguiendo las líneas maestras del libro de texto referencial (*Derecho del Trabajo*, Alfredo Montoya Melgar, Tecnos, 45ª edición, Madrid 2024) y actualizando su contenido.

Deber de trato igual.- Conexo con el deber de trato digno se encuentra el deber de trato igual. El principio de igualdad (art. 14 Const.) no es absoluto, no impone un trato absolutamente uniforme a toda la plantilla, como si sus integrantes (y sus respectivas prestaciones) fuesen idénticos entre sí; la desigualdad razonable no se opone al art. 14 CE (STC 20.10.2008 y STS/SOC 22.9.2008). Por ello, la concesión de ventajas fundadas a un grupo de trabajadores no infringe de suyo el principio de igualdad «cuando a los demás se les respetan los mínimos legales y pactados» (STC 34/1984, de 9.3, y 36/2011, de 28.3). En otras palabras, sólo procede aplicar consecuencias iguales a supuestos de hecho iguales (STC 49/1982, de 14.7); debe existir un principio jurídico que exija la igualdad de trato para que ésta pueda ser invocada (STC 59/1982, de 28.7).

No discriminación.- Aspecto cualificado del derecho a la igualdad es el principio de no discriminación por motivos típicos, históricamente arraigados y contrarios a la dignidad de la persona (STC 62/2008, de 26.5). Aparece recogido con carácter general en el importante Convenio de la OIT núm. 111 «relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación» (ratificado por España en 26.10.1967) y, respecto de la igualdad de los trabajadores con responsabilidades familiares, en el Convenio núm. 156 (ratificado en 26.7.1985).

El citado principio, al que se dedica la Directiva 2000/78/CE, viene teniendo amplia aplicación respecto del trabajo de la mujer. La prohibición de discriminaciones en el trabajo que enuncia el ET en su art. 4.2.*c*) y desarrolla con alguna variante en su art. 17, responde a uno de los «valores superiores» que según la Constitución han de inspirar al Ordenamiento español: la igualdad (arts. 1.1, 14 y 35.1 CE). Su trasversalidad[2] no debe ocultar que el terreno de las relaciones laborales resulta especialmente adecuado para invocarlo y aplacarlo.

Evolución normativa.- Con el fin de trasponer las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, la LMFAOS-2004 dedicó un capítulo (arts. 27 ss.) sobre «Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato», en el que se ocupó de éste en su dimensión general (con especial énfasis en la discriminación por el origen racial o étnico) y en su aspecto laboral.

Poco después, la LOI llevó a cabo un ambicioso esfuerzo hacia la igualdad efectiva de mujeres y hombres, previendo el establecimiento de planes de igualdad en las empresas[3]. El RD 901/2020, de 13.10, regula los planes

---

[2] El art. 4.3 LITND dispone que el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

[3] Sobre dichos planes, arts. 45 y 46 y Disp. Trans. 12.ª LOI, redactados por RDL 6/2019, de 1.3. Frente a las discriminaciones se prevén por la LMFAOS-2004 y por la LOI «acciones positivas» a favor de grupos para compensar o prevenir tratos discriminatorios. Tales acciones cuentan con la cobertura del art. 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la UE. El RDLg 1/2013, de 29.11, regula la no discriminación de personas discapacitadas (Título II). Un caso de protección reforzada de un trabajador discapacitado, en TJUE 9.3.2017, asunto *Milkova.*

de igualdad, estableciendo el procedimiento de su regulación (cap. II), su contenido (cap. III) y su registro.

Finalmente, la LITND ha sistematizado (a veces de manera redundante) y ampliado todas esas previsiones.

Motivos tutelados.– El art. 4.2.*c*) ET prohíbe las discriminaciones por razón de sexo (sobre ellas, SSTC 30.9.2019, 2.6.2020 y 21.9.2020; y TJUE 16.7.2020), estado civil [vid. Cap. XXI.14.2.º*a*)][4], origen racial o étnico, condición social, ideas políticas, religión o convicciones, lengua, edad, origen, parentesco, afiliación sindical [vid. Cap. IV, 5.4.º*d*)] o discapacidad que no impida el trabajo (sobre esta última, TJUE 11.9.2019 y 11.2.2021).

Por su lado, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), la LITND incorpora expresamente los de enfermedad[5] o condición de salud (prohibiendo específicamente al empleador indagar sobre las condiciones de salud en los procesos selectivos), estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica y mantiene la cláusula abierta.

Caracterización.– La LITND ha sistematizado (a veces de manera redundante) y ampliado todas esas previsiones. Vale la pena anotar un par de caracteres generales.

Es una norma horizontal, interdisciplinar. Su relevancia para el ámbito sociolaboral no deriva de su especialidad sino de que afecta a la totalidad de ramas o sectores del ordenamiento. Ello, no obstante, resulta significativo que mencione de forma expresa diversos campos sobre los que proyecta su regulación y que entre los mismos aparezcan varios de la reseñada índole[6]:

- Empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia (acceso, condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, promoción profesional, formación para el empleo, etc.).
- Empleo público (acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación).
- Afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico.
- Educación.

---

[4] En una fase inicial, el TC (Ss. 81/1982, 98/1983, 20/1987) quiso corregir lo que consideró una situación de privilegio retributivo de mujeres trabajadoras, no reduciendo su remuneración, sino elevando la de los trabajadores varones de igual categoría. La doctrina favorable al que ALONSO OLEA llamó irónicamente «varón discriminado» quebró con la sentencia TC 128/1987.

[5] Su inclusión en el listado de circunstancias tuteladas viene acompañada de la especificación conforme a la cual la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública (art. 2.3 LITND).

[6] El listado puede verse en su artículo 3.1.

- Sanidad.
- Administración de Justicia.
- Protección social, prestaciones, servicios sociales.

B) Se trata de una norma de mínimos, esto es, de obligado cumplimiento, pero cuyas previsiones pueden ser superadas por otras que posean contenido más exigente desde la perspectiva de la igualdad[7]. Desde esa perspectiva, consecuencia natural ha de ser la ausencia de concurrencia conflictiva. Aunque ello no significa que los problemas interpretativos estén ausentes.

C) La LITND complementa e interacciona cuanto ya disponía el ordenamiento jurídico, pero sin que se haya dedicado apenas a indicar el modo en que lo hace. Por tanto, una tarea hermenéutica relevante es la de llevar a cabo esa operación. Sin ser una norma laboral, actúa como si lo fuera a efectos prácticos.

D) Desde la perspectiva formal, se trata de una disposición innovadora en el Derecho interno. Desde una visión atenta a sus contenidos, sin embargo, lo que hace es sistematizar y compendiar construcciones presentes en las disposiciones eurounitarias o en la jurisprudencia emanada de los *Tribunales mayores*.

2. Motivos de discriminación proscritos

A) Cuadro general

El art. 4.2.c) ET prohíbe las discriminaciones 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 trabajo.

Por su lado, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), la LITND incorpora expresamente los de enfermedad o condición de salud (prohibiendo específicamente al empleador indagar sobre las condiciones de salud en los procesos selectivos), estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica y mantiene la cláusula abierta. El cuadro resultante es el siguiente:

[7] Su artículo 3.2 salva expresamente los regímenes específicos más favorables establecidos en la normativa estatal o autonómica por razón de las distintas causas de discriminación previstas.

Norma Motivo tutelado	CE	Directivas 200/78, 2000/43 y 2006/54	ET	LTIND
Nacimiento	X		X (origen)	X
Raza	X	X (y etnia)	X (y etnia)	X (y etnia)
Nacionalidad				X
Sexo	X	Y	X	X
Religión	X	X (y convicciones)	X (o convicciones)	X (convicción)
Opinión	X			X
Circunstancia personal	X			X
Circunstancia social	X		X (Condición social)	(O Condición) X
Discapacidad		X	X	X
Edad		X	X	X (mayores o menores)
Orientación sexual		X	X, (identidad sexual, expresión de género, características sexuales)	X (orientación o identidad sexual, expresión de género)
Estado civil			X	
Ideas políticas			X	
Aspectos sindicales			X (Afiliación o no a un sindicato)	
Parentesco			X (con personas relacionadas con la empresa)	
Lengua			X (dentro del Estado español)	X
Residencia legal o no				X
Expresión de género				X
Enfermedad o condición de salud				X
Estado serológico/ Predisposición genética				X
Situación socioecómica				X
CVFL			el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral	

Puesto que es nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley (Art. 55.5 ET) resulta lógico el replanteamiento que ahora se hace respecto de las consecuencias de que las circunstancias tipificadas como especialmente tuteladas (cual la enfermedad) puedan abocar a la nulidad del despido.

B) Nacionalidad

Teniendo en cuenta que la LITND no ciñe su ámbito aplicativo a las personas cuya nacionalidad se corresponde con uno de los Estados integrantes de la UE, resulta especialmente relevante la proscripción de la discriminación por razón de nacionalidad. La norma, en efecto, reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad.

Como ilustración práctica del alcance que pueda tener esta regla cabe recordar el caso del jugador de hockey que ganó competiciones con Checoslovaquia, opta por ser checo pero reside en Eslovaquia y solicita la prestación para deportistas prevista en Ley de su Estado de residencia. La no discriminación se opone a que solo se conceda una prestación a los deportistas de alto nivel que han representado a un Estado miembro si poseen su nacionalidad[8].

Es indirectamente discriminatorio, por nacionalidad, un régimen de subsidios familiares y ventajas fiscales para trabajadores con hijos residiendo en otro Estado miembro, porque los trabajadores migrantes participan igual que nacionales en cotizaciones e impuestos, sin que a estos se les examine el lugar de residencia de sus hijos[9].

En aplicación de este dogma, es posible que las tareas portuarias se realicen solo por quienes sean reconocidos como profesionales del sector, pero ha de aplicarse la no discriminación por nacionalidad y permitir la actividad de trabajadores reconocidos como tales en otros Estados miembros[10]. Sin embargo, se rechaza la exigencia de la nacionalidad para acceder a la profesión del Notariado pues respecto de ella juega la libertad de establecimiento[11].

C) Mayoría de edad

La LITND quiere que las personas no reciban una peor consideración atendiendo al dato de si son menores o mayores de edad, concepto este que no clarifica si debe tomarse con carácter absoluto (conforme a la legislación española) o si debe estarse de algún modo pendiente de la Ley

[8] STJUE de 18 de diciembre de 2019 (C-447/18), Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava.

[9] STJUE de 16 de junio de 2022 (C-328/20), Comisión Europea contra Austria.

[10] STJUE de 11 de febrero de 2021 (C-407/19 y 471/19), Trabajo portuario en Bélgica.

[11] STJUE de 15 de marzo de 2018 (C-575/16), Comisión Europea contra República Checa.

nacional del sujeto en cuestión. La concordancia con el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social aboca a la conclusión de que se está presuponiendo, en todo caso, el cumplimiento de los dieciocho años.

Téngase presente que la norma juega en sentido bidireccional y no solo para proteger, sino también para exigir. Así, por ejemplo, para el Derecho de la UE, un menor de edad dispone de recursos suficientes para no convertirse en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia aun cuando dichos recursos procedan de los ingresos obtenidos por el empleo ejercido de manera ilegal por su progenitor, nacional de un tercer Estado que no dispone de permiso de residencia y trabajo en dicho Estado miembro[12].

D) Residencia legal

Dada la importante inmigración irregular existente y el inevitable desempeño de tareas productivas por parte de quienes se encuentran en esa situación. Especial relieve posee el que la LITND reconozca el derecho de la no discriminación a todas las personas, independientemente de si disfrutan o no de residencia legal.

Entre los muchos supuestos relacionados con el tema puede recordarse el de la familia alemana residente en Francia, aunque el trabajo de la madre y el colegio del hijo están en Alemania; a partir de determinado curso académico la Administración alemana solo abona gastos de transporte a quienes residen en su territorio. Existe discriminación indirecta al trabajador transfronterizo si la asunción del transporte escolar de los hijos se limita a quienes residen en el territorio de la Administración regional competente (Land alemán), excluyendo a los transfronterizos. Las dificultades prácticas relacionadas con la eficaz organización del transporte escolar en un territorio no constituyen una razón imperiosa de interés general que permita justificar una medida nacional calificada de discriminación indirecta[13].

E) Nacimiento

No es seguro el alcance que posea la norma conforme a la cual nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento. Este dato está conectado con la nacionalidad, la residencia, la situación socioecómica, el idioma, la etnia o la raza, pero todas estas circunstancias aparecen autónomamente

[12] La STJUE de 2 de octubre 2019 (C-93/18), Bajratari, aborda el supuesto de mujer albanesa que pierde su trabajo en Irlanda, donde reside con su marido e hijos; tras caducar su tarjeta de residencia, el varón sigue trabajando; la mujer pide su derecho de residencia por ser quien cuida de su nuevo hijo, recién nacido y de nacionalidad irlandesa.

[13] STJUE de 2 de abril de 2020 (C-830/18), Landkreis Südliche Weinstraße.

tipificadas. También cabe pensar en el tipo de filiación existente (matrimonial o no; cosanguínea o no), la familia a que se incorpora (heterosexual, monoparental, homosexual, etc.) o el origen de la gestación.

En ocasiones serán varios los factores que debamos tomar en cuenta, pero siempre teniendo presente que el derecho a la no discriminación posee límites. Por ejemplo, no es discriminatorio que las becas otorgadas por una Fundación privada se limiten a quienes hayan superado un examen de Derecho en el Estado donde está domiciliada[14].

Se ha considerado válida la práctica de una entidad de crédito que impone al cliente cuyo permiso de conducir indique un país de nacimiento que no sea Estado miembro de la Unión Europea ni de la Asociación Europea de Libre Comercio un requisito de identificación adicional, consistente en la aportación de una copia de su pasaporte o de su permiso de residencia[15].

F) Origen racial o étnico

Está, desde luego, proscrita la discriminación por origen racial o étnico. Así, que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial constituye una discriminación directa en la contratación[16].

Los grupos sociales se identifican en especial por una comunidad de nacionalidad, de fe religiosa, de lengua, de origen cultural y tradicional y de entorno de vida. Esos factores (incluida la lengua, la religión, el origen, el color de la piel y la nacionalidad) son determinantes para establecer la posible influencia del origen racial o étnico. Existe discriminación por origen étnico cuando todos los contadores eléctricos en un barrio habitado principalmente por personas de origen gitano están instalados en postes del tendido eléctrico aéreo a una altura de seis a siete metros, mientras que en los otros barrios los contadores están situados a una altura menor de dos metros, dicho concepto es aplicable con independencia de que esa medida colectiva afecte a las personas que tienen un origen étnico específico o a las que, sin tener ese origen, sufren junto con las primeras el trato menos favorable o la desventaja particular derivada de esa medida[17].

---

[14] La STJUE de 15 de noviembre de 2018 (457/17), Maniero resuelve el caso de italiano nacido y criado en Alemania, obtiene título de Derecho en Universidad de Armenia; postula una beca para ampliación de estudios y las bases exigen superación del primer examen jurídico estatal alemán, *Erste Juristische Staatsprüfung,* cuando su título armenio equivale al segundo examen jurídico estatal, *Zweite Juristische Staatsprüfung*.

[15] STJUE de 6 de abril de 2017 (C-668/15), Jyske Finans.

[16] STJUE de 10 de julio de 2008 (C-54/07), Feryn. Conforme a ella, tales declaraciones constituyen serio indicio de discriminación y trasladan al empleador la carga de probar que no es así, por ejemplo, acreditando que la práctica real de contratación de su empresa no corresponde a esas declaraciones. El Derecho de la UE exige que en tales casos el régimen sancionador cuando no haya víctima identificable sea también efectivo, proporcionado y disuasorio.

[17] STJUE de 16 de julio de 2015 (C-83/14) CHEZ-Razpredelenie Bulgaria.

Pese a esta proscripción, se entiende que es lícita la práctica de una entidad de crédito que impone al cliente cuyo permiso de conducir indique un país de nacimiento que no sea Estado miembro de la Unión Europea ni de la Asociación Europea de Libre Comercio un requisito de identificación adicional, consistente en la aportación de una copia de su pasaporte o de su permiso de residencia[18].

G) Sexo

La arquetípica prohibición de trato discriminatorio que el ordenamiento laboral ha venido consagrando es la referida al sexo[19]. Su proyección, sin embargo, no está agotada puesto que constantemente aparecen muestras de ella, en especial de forma encubierta.

Así sucede, por ejemplo, con el tenor del art. 251 LGSS: al excluir la protección por desempleo en el sistema de Seguridad Social para empleados de hogar comportaba una desventaja particular de las mujeres (mayoría entre tal colectivo) con respecto a los trabajadores y no está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo[20].

Lo mismo cabe afirmar respecto de la prohibición de compatibilizar dos pensiones de incapacidad permanente total (IPT) cuando son del mismo Régimen, mientras que se admite cuando dimanan de distintos Regímenes (por ejemplo, RGSS y RETA), puesto que afecta a una proporción significativamente mayor de varones (lo que debe calcularse sobre el conjunto de personas sometidas a las dos regulaciones), salvo que ello esté justificado por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo[21].

H) Religión

La protección frente a los diversos credos se traduce en una prohibición de discriminaciones basadas en la religión. Sobre esta cuestión resulta obligado recordar el conjunto doctrinal acuñado recientemente por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

- El reglamento interno de una empresa que impide a los trabajadores llevar signos visibles de naturaleza política, filosófica o religiosa en el lugar de trabajo no comporta discriminación directa ni indirecta (en el caso, velo islámico). Es válido siempre que dicho régimen se aplique realmente de forma congruente y sistemática[22].
- La exigencia de un tercero (cliente) no es requisito profesional esencial y determinante (Directiva 2000/78/CE) para que los ser-

[18] STJUE de 6 de abril de 2017 (C-668/15), Jyske Finans.
[19] Sobre ellas, SSTC 30.9.2019, 2.6.2020 y 21.9.2020; y TJUE 16.7.2020
[20] STJUE de 24 de febrero de 2022 (C-389/20), Desempleo de empleada doméstica.
[21] STJUE de 30 de junio de 2022 (C-625/20), Comunidad de Castilla y León.
[22] STJUE (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017 (C-157/15), *Achbita.*

vicios contratados no sean prestados por trabajadora que lleva velo islámico. Lo que debe constituir un requisito profesional esencial y determinante (excluyente de carácter discriminatorio) no es el motivo en el que se basa la diferencia de trato sino una característica relacionada con dicho motivo[23].

- Es legítimo que una Fundación Evangélica rechace una solicitud de empleo por considerar que las convicciones religiosas constituyen un requisito profesional esencial. La exigencia de sintonía con el ideario es válida si va referida a actividad esencial (importante para la organización empleadora), es legítima (no se extiende a empleos neutros), está justificada (debiendo acreditarse la necesidad) y resulta proporcional (no excediendo de lo necesario); cabe control judicial sobre todo ello[24].
- El principio se opone a que el Viernes Santo solo libren (o perciban complemento sustitutivo) quienes pertenecen a determinadas Iglesias cristianas (cuatro confesiones minoritarias), sin exigirles práctica religiosa concordante. Quienes no pertenecen a las Iglesias de referencia deben disfrutar de los mismos beneficios, neutralizándose así la discriminación directa por motivos de religión, aunque el empleador sea privado[25].

Al cabo, de este acervo derivan varias conclusiones: 1ª) La política de neutralidad requiere que la empresa acredite que sin ella se vería perjudicada ("verdadera *necesidad*" y "acreditación"). 2ª) Es válida la norma empresarial si se aplica *indiscriminadamente*. 3ª) La política de neutralidad debe ser *absoluta*, referida a "toda forma visible" de símbolos y no solo a los de mayor tamaño o vistosidad[26].

I) Convicción u opinión

Además del respeto a la dimensión religiosa, la LITND acuña la prohibición de discriminar por convicción u opinión. De este modo queda protegido cuanto refiere a las convicciones religiosas, filosóficas o espirituales.

---

[23] STJUE (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017 (C-188/15), *Bougnaoui y ADDH/Micropole.*

[24] La STJUE (Gran Sala) de 17 de abril de 2018 (C-414/16), Egenberger, surge al hilo de que una Entidad evangélica que busca persona cualificada para dirigir estudio sobre discriminación étnica, pide pertenencia a las Iglesias Cristianas o Protestantes y la candidata manifiesta que no pertenece a ninguna.

[25] La STJUE (Gran Sala) de 22 de enero de 2019 (C-193/17). Cresco Investigation, aborda el caso de empleado no perteneciente a una de las Iglesias, minoritarias en Austria, a cuyos fieles se les exime de trabajar en Viernes Santo o se les abona complemento retributivo si deben hacerlo; trabaja efectivamente ese día y solicita 109 € como compensación).

[26] Pueden verse en la STJUE (Gran Sala) de 15 de julio de 2021 (C-804/18 y 341/19), Wabe, al hilo de dos empleadas de sendas empresas amonestadas por usar velo islámico. La Droguería había tenido conflictos en la plantilla por motivos religiosos. La Guardería quería clima neutral y había pedido a un empleado que no llevase el crucifijo.

De modo similar a lo que sucede con el factor religioso, siempre que se aplique de forma general, no es discriminatorio que el empleador prohíba a los trabajadores manifestar sus convicciones, sea verbalmente, sea mediante el uso visible de signos o prendas de vestir con connotaciones religiosas, sea de cualquier otra forma[27].

J) Edad

Además de la mención al acceso a la mayoría de edad, la Ley acoge la generalizada proscripción de discriminar por razón edad, aunque justo respecto de este factor surgen dudas muy casuísticas acerca de la existencia de una justificación objetiva y razonable para el tarto diverso.

La norma prohibiendo pilotar vuelos comerciales con más de 65 años no conculca la prohibición de discriminación. Otra cosa es que esa actividad se desarrolle en vuelos sin pasaje o de traslado, efectuados en el marco de la actividad comercial de una compañía aérea, en los que no se transporte ni pasajeros, ni carga ni correo, o como instructor y/o examinador a bordo de una aeronave sin formar parte de la tripulación de vuelo[28]. Las medidas encaminadas a evitar los accidentes aéreos mediante el control de la aptitud y las capacidades físicas de los pilotos garantizan la seguridad pública y pueden legitimar excepciones a la no discriminación por razón de edad. No es exigible aplicar al piloto de aviones que actúa en materias relacionadas con la seguridad nacional la misma norma que a quienes pilotan líneas comerciales[29].

De manera diversa, se considera discriminatorio establecer un límite de edad máxima para el ejercicio de la profesión de dentista concertado (68 años) cuando tiene como única finalidad proteger la salud de los pacientes contra la disminución de las facultades de los referidos dentistas a partir de la citada edad, puesto que ese mismo límite de edad no se aplica a los dentistas no concertados[30].

No es discriminatoria una normativa que permite a un empresario celebrar un contrato de trabajo discontinuo con un trabajador menor de 25 años, sea cual fuere la naturaleza de las prestaciones que deban realizarse, y despedir a ese trabajador en el momento en que cumpla 25 años, pues-

---

[27] STJUE de 12 de octubre de 2022 (C-344/20), S.C.R.L., al hilo de empresa con un Reglamento obligando a "respetar la política de estricta neutralidad imperante en la empresa", incluyendo "no manifestar en modo alguno, ya sea verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean". La Ingeniera musulmana L.F. descarta prescindir del pañuelo islámico, pese a que está desarrollándose un proceso de selección que discurre favorablemente para ella, y la empresa desiste de su contratación.

[28] STJUE 5 de julio de 2017 (C-190/16), Fries.

[29] La STJUE de 7 de noviembre de 2019 (C-396/18), Cafaro, aborda el caso de piloto que tras 14 años en misiones relacionadas con la seguridad nacional, la empresa le comunica su inminente jubilación forzosa por cumplir 60 años; el afectado considera que existe despido ilegal.

[30] STJUE de 12 de enero de 2010 (C-341/08), Petersen.

to que la referida disposición persigue un objetivo legítimo de política de empleo y los medios previstos para lograr dicho objetivo son adecuados y necesarios[31].

También se ha validado la normativa nacional que prohíbe a las administraciones públicas adjudicar misiones de estudio y de asesoramiento a personas jubiladas, aunque siempre que se persiga un objetivo legítimo de política de empleo y los medios aplicados sean adecuados y necesarios[32].

Respecto de los convenios colectivos que prevén la extinción automática de la relación laboral cuando el trabajador alcanza los 65 años de edad y tiene derecho a una pensión de jubilación se ha resuelto que persiguen una finalidad legítima (política de empleo) y son válidos siempre que los medios empleados se reputen adecuados y necesarios[33].

No hay discriminación (indirecta, por edad) cuando el personal docente ingresado a partir de cierta fecha se integra en nivel salarial y profesional inferior al precedentemente aplicado. El objetivo perseguido (reducción estructural de costes) justifica la medida, aunque el colectivo afectado sea mayoritariamente menor de 25 años[34].

El principio antidiscriminatorio no impide las rebajas retributivas al colectivo judicial, aunque, en un contexto de crisis y restricción del gasto público, porcentualmente afecten más a las categorías inferiores, por lo general con menor edad y antigüedad[35].

Desde la perspectiva de acceso al empleo, se ha entendido que no es discriminatoria la norma que establece que los candidatos a puestos de agentes de un cuerpo de policía que ejercen todas las funciones operativas o ejecutivas que corresponden a dicho cuerpo no deben haber cumplido la edad de 35 años[36]. Pero sí se considera discriminatoria la norma estatal que fija en 30 años la edad máxima para acceder a una plaza de agente de la Policía Local[37].

---

31 STJUE 19 julio 2017 (C-143/16), Abercrombie.

32 STJUE de 2 de abril de 2020 (C-670/18), Comune di Gesturi. En el caso, el Ayuntamiento convoca concurso para adjudicar estudio y asesoramiento para el centro de reciclaje municipal, incluyendo requisitos [Licenciatura en Medicina y Cirugía. Especialidad en Higiene. Experiencia acreditada de gestión en el Servizio Sanitario Nazionale durante al menos cinco años. No tratarse de un trabajador jubilado de los sectores privado o público].

33 STJUE de 16 de octubre de 2007 (C-411/2005), Palacios Villa.

34 STJUE de 14 de febrero de 2019 (C-154/18), Horgan y Keegan respecto de docentes incorporados después de 1 de enero de 2011, con retribuciones 10% inferiores a las percibidas por quienes ingresaron antes; además, se integran en el primer escalón retributivo, mientras que los ingresados antes de esa fecha accedieron al escalón 2 o 3. "Doble escala salarial", en terminología usual.

35 STJUE de 7 de febrero de 2019 (C-49/18), Escribano Vindel, respecto de Magistrado de lo Social que impugna sus nóminas de 2011, al comportar una disminución considerable respecto de las retribuciones del año precedente y afectar desigualmente a las diversas categorías: el 7,16, el 6,64 o el 5,90 %. El Pleno del TC había inadmitido previamente la cuestión de inconstitucionalidad.

36 STJUE de 15 de noviembre de 2016 (C-258/15), Salaberría Sorondo.

37 STJUE de 13 de noviembre de 2014 (C-416/13), Vital Pérez.

K) Discapacidad

La prohibición de discriminar por razón de discapacidad estuvo en la base de los debates sobre la validez del despido por absentismo y comportó la conclusión de que se opone al artículo 52.d) ET que permitía despedir a un trabajador por faltas de asistencia, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente[38].

En este ámbito resulta obligado resaltar la importancia de que la empresa introduzca ajustes razonables. La regla se opone a la imposibilidad absoluta de mantener en sus funciones a un funcionario de prisiones cuya agudeza auditiva incumple los umbrales mínimos de percepción acústica establecidos en esa normativa, debiendo permitirse la comprobación de si puede desempeñar tales funciones, en caso necesario tras realizarse los ajustes razonables (incluyendo audífonos)[39].

Tales ajustes son obligados también al contrato de trabajo en prácticas. Si la persona, por su discapacidad, es declarada no apta para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa debe ser destinada a otro para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario. El acondicionamiento del "lugar de trabajo" es medida prioritaria a fin de que la persona con discapacidad pueda seguir desempeñando su trabajo, lo que incluye cambio de "puesto"[40].

La situación de enfermedad no está incluida en el ámbito protector de la Directiva 2000/78 por constituir una discapacidad[41]. Pero, tras la aprobación de la Convención de la ONU, se admite como tal cuando acarrea una limitación, derivada en particular de

---

[38] STJUE de 18 de enero de 2018 (C-279/16), Ruiz Conejero, al hilo de caso suscitado por limpiador con discapacidad reconocida [obesidad, problema lumbar, factores complementarios] que atraviesa varios periodos de IT por patologías relacionadas.

[39] La STJUE de 15 de julio de 2021 (C-799/19), Tartu Vangla (Prisión de Tartu) aborda el caso de vigilante de prisiones despedido tras 15 años de servicios por no superar examen de agudeza acústica. Advierte que la defensa de los derechos de las personas con discapacidad requiere que su despido por ineptitud se justifique por la incompetencia, o incapacidad o indisponibilidad para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

[40] La STJUE de 22 de febrero de 2022 (C-485/20), HR Rail SA recae en el caso de trabajador contratado para mantenimiento ferroviario; un año después se le coloca marcapasos sensible a radiaciones de las vías férreas y es declarado no apto para el desempeño de su actividad; la empresa lo despide y le ayuda a buscar otro empleo.

[41] STJUE de 11 de julio de 2006 (C-13/05), Chacón Navas.

dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración (dolores lumbares, latigazo cervical)[42].

A la vista de tales reflexiones se concluye que no existe un principio general de no discriminación por razón de obesidad que pueda derivarse de la categoría de "discapacidad", pero esa circunstancia puede considerarse como «discapacidad» cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores[43].

Muy trascendente ha sido el caso Daouidi, precisando que lo incierto de la duración de una incapacidad no significa, por sí solo, que la limitación de la capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad». Como indicios para evaluar si tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona[44].

L) Orientación o identidad sexual

Está prohibida la discriminación por razón de orientación[45] o identidad sexual, factor contemplado de forma autónoma respecto del sexo propio de cada persona.

A este respecto, la jurisprudencia del TJUE ha considerado inadmisible que, para valorar la credibilidad de la orientación sexual alegada por un solicitante de protección internacional, se realice y se utilice un examen psicológico que tiene por objeto proporcionar una imagen de la orienta-

[42] STJUE de 11 de abril de 2013 (C-335/11 y C-337/11), Ring y Werge, rechazando la extinción del contrato por absentismo antes de adoptar la empresa medidas de adaptación al puesto de trabajo.

[43] STJUE de 18 de diciembre de 2014 (C-354/13), Kaltoft; añade que corresponde al tribunal nacional comprobar si concurren dichos requisitos.

[44] STJUE de 1 diciembre de 2016 (C-395/15), Daouidi, respecto de ayudante de cocina que resbala trabajando y sufre lesión en codo, despidiéndole la empresa por bajo rendimiento, tras haber prorrogado poco antes su contrato temporal.

[45] Se trata de la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género.

ción sexual de dicho solicitante, basándose en cuestionarios de personalidad proyectivos[46].

Es necesario advertir la "ilegitimidad constitucional de los tratamientos discriminatorios cuyo factor determinante aparece fundado en la identidad de género"[47].

M) Expresión de género

Al margen del debate sobre reformas normativas específicas, la LITND garantiza la protección frente a discriminaciones basadas en la expresión de género.

Resolviendo un complejo caso se ha considerado inadecuado que una persona (varón) transexual deba cumplir el requisito de no estar casada con otra de su nuevo sexo (femenino) para acceder a la pensión de jubilación con arreglo a las condiciones (más ventajosas) legalmente aplicadas a las personas (mujeres) del sexo adquirido. La situación de una persona que ha cambiado de sexo después de haberse casado es comparable a la situación de una persona que ha conservado su sexo de nacimiento y está casada. Debe evitarse su discriminación[48].

N) Enfermedad o condición de salud

Desde su promulgación, la LITND ha generado múltiples reflexiones acerca de las consecuencias de haber tipificado como circunstancia singularmente protegida frente a discriminaciones la enfermedad[49] o condición de salud.

La cuestión es relevante porque hasta ahora solo se identificaba como discapacidad (circunstancia tutelada) el estado de salud de una persona especialmente sensible que no puede desempeñar determinado trabajo (al suponer un riesgo para ella u otras) si implica una limitación de la capacidad por dolencias (físicas, mentales o psíquicas) duraderas que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva (en igualdad de condiciones) en la vida laboral. Y una persona

---

[46] STJUE de 25 de enero de 2018 (C-473/16), F.

[47] STC 68/2022 de 2 junio, respecto de Ingeniero aeroespacial que a lo largo de los algo más de cuatro meses en que se mantuvo la relación laboral, acudía a su centro de trabajo vistiendo unos días pantalón y otros días falda.

[48] La STJUE (Gran Sala) de 26 de junio de 2018 (C-451/16), MB, aborda el caso de quien tras vivir como varón y casarse con mujer, años después cambia de sexo, pero no disuelve su matrimonio; interesa jubilación como mujer, lo que determina la edad de acceso.

[49] Su inclusión en el listado de circunstancias tuteladas viene acompañada de la especificación conforme a la cual la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública (art. 2.3 LITND).

"especialmente sensible" a determinados riesgos no está *necesiter* afectada por discapacidad, en sentido jurídico[50].

O) Estado serológico

La prohibición de discriminar por estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos está en línea con la tutela de la enfermedad o condición de salud.

El artículo 9.5 LITND advierte que el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto.

P) Lengua

Aunque es evidente que para desempeñar determinadas actividades será preciso el dominio de uno o varios idiomas, siempre hay que recordar los principios que presiden las excepciones a la no discriminación.

En principio es admisible que una norma establezca que los nombres y apellidos de una persona sólo pueden transcribirse en los documentos acreditativos del estado civil con arreglo a las normas de grafía de la lengua oficial nacional[51].

Sin embargo, resulta ilícito obligar a todo empresario que tenga su centro de explotación en el territorio de un territorio a redactar los contratos laborales de carácter transfronterizo exclusivamente en la lengua oficial del mismo[52].

Q) Situación socioeconómica

Hay que tomar con mucha cautela la regla que prohíbe el trato distinto en función de la situación socioeconómica. Muchas prestaciones sociales, o incluso previsiones sobre mejora de condiciones de trabajo hacen lo contrario, en el sentido de equilibrar la disparidad originaria.

Pero el casuismo se impone en todo supuesto pues tan trabajador es quien percibe el SMI como el directivo que lo multiplica por un elevado guarismo. Es claro el caso de la protección frente a la insolvencia empresarial: dirigir una sociedad mercantil e integrar el Consejo de

---

[50] La STJUE de 11 de septiembre 2019 (C-397/18), Nobel Plastiques Ibérica, recae al hilo de trabajadora contratada en 2004; diagnosticada de epicondolitis, como enfermedad profesional, en 2011; reconocida como especialmente sensible; pide varias veces adecuación del puesto de trabajo; se le cambia de destino transitoriamente; en 2016 es despedida por causas objetivas junto con otras nueve personas; tiene jornada reducida por cuidado de menor. En ese año presenta productividad media ponderada del 59,82 %, polivalencia muy reducida, absentismo del 69,55 %. La sentencia añade que el despido objetivo de persona elegida por criterios aparentemente neutros (menor productividad, menos polivalencia, absentismo) es indirectamente discriminatorio por discapacidad si el empresario no ha realizado antes los ajustes razonables que garanticen la igualdad de trato.

[51] STJUE de 12 de mayo de 2011, *Runevič-Vardyn* y *Wardyn*, C-391/09.

[52] STJUE de 16 de abril de 2013 (C-202/11), Anton Las.

Administración no permite, por sí solo, presumir o excluir la existencia de laboralidad; no cabe presumir, sin posible prueba en contra, que quien dirige la empresa es responsable de su insolvencia[53].

R) Cláusula abierta

El elenco de circunstancias protegidas finaliza con la cláusula abierta referida a "cualquier otra condición o circunstancia personal o social". También aquí hay que multiplica las cautelas a la hora de considerar antijurídicas determinadas previsiones que inciden sobre aspectos sociolaborales.

Así, no hay obstáculo aparente a que la Administración concedente de beca para formación (médica) en el extranjero exija al beneficiario que ejerza su actividad profesional (acabada la formación) en su propio territorio y durante cierto tiempo (cinco años de los diez siguientes), obligando en otro caso a reintegrar parte de la ayuda (hasta el 70 % más intereses[54].

Tampoco hay obstáculo en que la diversa condición profesional genere derechos diversos, como deriva de la regulación sobre Profesorado Universitario honorario (tras jubilarse) conforme a la cual quienes han alcanzado el grado de excelencia (pueden dirigir Tesis) poseen un estatuto superior (vinculación indefinida, remuneración mayor) al resto (temporalidad, menor remuneración)[55].

La fecha de incorporación al empleo a veces genera disparidad de derechos. La jurisprudencia de Luxemburgo[56] parece más tolerante que la nacional. La primera insiste en que el Derecho de la UE sobre igualdad de trato solo prohíbe la discriminación por las circunstancias expresamente tipificadas en él.

3. Dinámica de la tutela

El deber de trato igual (y la prohibición de discriminaciones) juega tanto en el momento de la contratación como a lo largo de la vida del con-

---

[53] STJUE de 5 de mayo de 2022 (C-101/21), Directivo de AA, al hilo de quien ha sido Arquitecto y Director de la empresa e incluso acaba promocionando a Presidente del Consejo de Administración.

[54] La STJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-419/16), Simma Federspiel, entiende que existe justificación para lo anterior en la defensa del interés general (mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado), salvo que se comprobase que esta medida no contribuye de manera efectiva al fin perseguido.

[55] STJUE de 8 de octubre de 2020 (C-644/19), Universitatea "Lucian Blaga" Sibiu y otros, al hilo de Profesor Titular que cumple la edad de jubilación y ve denegada su solicitud de continuidad, motivada en que no posee la habilitación para dirigir Tesis Doctorales; a partir de ese momento es contratado temporalmente y remunerado por horas, realizando tareas idénticas a las precedentes.

[56] STJUE de 20 de octubre de 2022 (C-301/21), Curtea de Apel Alba Iulia y otros, concluye que es posible asignar retribuciones inferiores a los Magistrados incorporados tras su entrada en vigor, siempre que de ello no resulte discriminación directa o indirecta alguna por razón de la edad.

trato, incluido el momento de su extinción [«para el empleo» o «una vez empleados» los trabajadores, como dice el art. 4.2.*c*) ET[57]]. El artículo 9º de la LITND contiene varias cautelas al respecto:

- No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo.
- Se entenderán discriminatorios los criterios y sistemas de acceso al empleo, público o privado, o en las condiciones de trabajo que produzcan situaciones de discriminación indirecta por razón de las causas previstas en esta ley.
- Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación o entidades autorizadas deberán velar específicamente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación indirecta por razón de las causas previstas en esta ley, favoreciendo la aplicación de medidas para la consecución de tal fin como el currículo de vida anónimo.

La protección en el acceso al empleo opera, aunque no esté en marcha o programado ningún proceso de selección de personal; así sucede, por ejemplo, en el caso de efectuar declaraciones discriminatorias respecto de determinado colectivo[58]. Con mayor razón, si el trato desfavorable por alguna circunstancia tutelada aparece en las normas sobre convocatoria de plazas de nuevo ingreso[59].

A este respecto debe tenerse en cuenta el derecho de quien participa en un proceso de selección a acceder a toda la información obrante en poder de la empresa. Una denegación total debe tenerse en cuenta a efectos de presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta[60].

---

[57] El art. 3.1.a LITND insiste en que el principio se proyecta sobre el empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo.

[58] STJUE (Gran Sala) de 23 de abril de 2020 (C-507/18), Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, en el caso de conocido titular de bufete, entrevistado telefónicamente; manifiesta que no incorporaría jamás alguien del colectivo LGTBI a su Despacho.

[59] STJUE de 3 de junio de 2021 (C-914/19), Ministerio de Justicia (Notariado) afronta litigio surgido en el marco de la Convocatoria de 500 plazas para Notariado, estableciendo en 50 años la edad máxima de acceso. Considera que esa limitación no parece perseguir los objetivos de garantizar el ejercicio de esta profesión durante un período significativo previo a la jubilación, proteger el buen funcionamiento de las prerrogativas notariales y facilitar la renovación generacional y el rejuvenecimiento de la citada profesión.

[60] La STJUE de 19 de abril de 2012 (C-415/10), Meister, aclara que incumbe al tribunal verificar si así sucede en el asunto principal, tomando en consideración todas las circunstancias del litigio del que conoce. Ello, al hilo de la reclamación de una ciudadana de origen ruso que concurre a solicitud de empleo en Alemania.

4. *Tipos de discriminación*

En concordancia con la preexistente jurisprudencia (de diverso orden) la LITND identifica la directa e indirecta, por asociación o por error, múltiple o intersectorial, inductiva o imperativa.

Directa. – Existe discriminación directa cuando una persona o grupo recibe trato menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas reseñadas; incluye la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad. Por ejemplo, la inexistencia de evaluación del riesgo laboral por lactancia para determinado puesto de trabajo constituye una discriminación directa por razón de sexo[61].

Indirecta. – Existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas reseñadas. Por ejemplo, hay discriminación indirecta por razón de género si se exige una estatura mínima idéntica (1,70 cm,) para concursar al cuerpo de policía y ello supone una desventaja para un número mucho mayor de personas de sexo femenino que de sexo masculino, sin que se acredite que la exigencia sea adecuada o necesaria para alcanzar el objetivo legítimo que persigue[62].

Asociativa. – Surge la discriminación por asociación cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas protegidas, es objeto de un trato discriminatorio. Por ejemplo, es el caso de la trabajadora que sufre un trato desfavorable a causa de ser madre de un hijo con discapacidad: es discriminación ("por asociación") a causa de discapacidad, porque la prohibición de discriminación directa y de acoso no se circunscribe a las personas que sean ellas mismas discapacitadas[63]. En este sentido, los trabajadores distintos de la persona que ha sido discriminada por razón de sexo deben estar protegidos en la medida en que el empresario pueda causarles un perjuicio por el apoyo prestado, de manera formal o informal, a aquélla. El Derecho antidiscriminatorio se opone a que solo esté protegido frente a represalias quien apoya a la persona eventualmente discriminada por razón de sexo en el marco de una prueba testifical; otras actuaciones de

---

[61] La STJUE de 19 de octubre de 2017 (C-531/15), Otero Ramos, añade que incumbe a la trabajadora afectada acreditar hechos que puedan sugerir que la evaluación de los riesgos de su puesto de trabajo no se llevó a cabo conforme a las exigencias de la Directiva 92/85 y que permitan presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo. Corresponderá a la parte demandada demostrar que dicha evaluación de riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de dicha disposición y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación.

[62] STJUE de 18 de octubre de 2017 (C-409/16), Maria-Eleni Kalliri.

[63] STJUE (Gran sala) de 17 de julio de 2008 (C-303/06), Coleman. Sienta la doctrina de que tener un hijo discapacitado no justifica trato discriminatorio. Este existe si se acredita que el trato desfavorable está motivado por la discapacidad que padece un hijo a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

apoyo, formales o informales, incluso acaecidas en el interior de la empresa, deben beneficiarse de la no discriminación por irradiación[64].

Errónea. - Existe discriminación por error cuando el trato diverso se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas. Aunque la categoría está formulada de modo defensivo, es probable que también proteja el fenómeno inverso. Así, serviría para impedir que un contrato de trabajo, de duración indefinida, para actividad que debe ser efectuada de noche, celebrado sin que trabajadora y empleador conozcan el embarazo, sea declarado nulo debido a la prohibición legal del trabajo nocturno para embarazadas[65].

Múltiple. - En el caso de discriminación múltiple una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las protegidas. Dos o más circunstancias (edad y orientación sexual, por ejemplo) pueden concurrir en un mismo sujeto y respecto de determinada cuestión. Examinando alguno de tales casos se ha advertido que si una medida no constituye una discriminación por ninguno de los motivos prohibidos cuando dichos motivos se toman por separado, no puede dar lugar a una discriminación basada en el efecto combinado de varios de ellos (aquí, orientación sexual y edad)[66].

Interseccional. - Se habla de discriminación interseccional para aludir a la que surge cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación.

Acosadora. - Es acoso discriminatorio cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación y con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Inductora. - Es discriminatoria toda inducción (concreta, directa, eficaz), orden o instrucción de discriminar por cualquiera de las causas establecidas en esta ley.

5. La acción positiva

Los arts. 4.2.*c*) y 17 ET vedan al empresario la adopción de medidas laborales discriminatorias —tanto discriminaciones directas como in-

[64] STJUE de 20 de junio de 2019 (C-404/18), Hakelbracht y otros, al hilo del caso de empleada de RRHH que entrevista y propone para su contratación a embarazada de tres meses; RRHH desecha la propuesta por la gestación, cosa que la entrevistadora reprocha; la candidata reclama y la entrevistadora es despedida meses después, al amparo de motivos genéricos.

[65] STJUE de 5 de mayo de 1994 (C-421/92), Habermann-Beltermann. Se trata de evitar que se anule el contrato alegando el empresario un error sobre las cualidades esenciales de la trabajadora en el momento en que se celebró el contrato.

[66] STJUE de 24 de noviembre de 2016 (C-443/15), Parris, sobre el problema de afiliado a Plan de Pensiones solicita que la prestación de supervivencia se concediera a su pareja del mismo sexo. Pero se registraron como pareja tras haber cumplido 60 años, lo que el Plan descarta como hecho causante. Con anterioridad al registro no se permitía constituir pareja de hecho en Irlanda.

directas—; bien entendido que discriminaciones y privilegios no deben confundirse con las «medidas especiales de protección o asistencia» (v. gr.: en favor de mujeres o menores) a las que se refiere el Convenio núm. 111, ni con las medidas lícitas de «acción positiva» reconocidas por el art. 157.4 TFUE y la Dir. 76/207/CEE y por la LOI[67].

Se consideran acciones positivas las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social.

Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan (art. 6.7 LITND).

El asunto sobre complemento de pensión por aportación demográfica[68] constituye bien ejemplo de lo escurridizo que resulta determinar cuándo estamos ante acción positiva válida y cuándo ante discriminación[69].

Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la igualdad, los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva por razón de las causas establecidas en esta ley e impulsarán políticas de fomento de la igualdad de trato y no discriminación real y efectiva en las relaciones entre particulares[70].

III. La indemnidad, como complemento

De poco serviría el entramado que proscribe la discriminación permitiera que la empresa perjudicase a quien reclama su virtualidad. De ahí que parezca interesante traer a colación alguna idea básica sobre la protección frente a represalias. Los últimos cambios en el Derecho Procesal (Leyes Orgánicas 5/2024 y 1/2025), la jurisprudencia reciente y el debate acerca de las consecuencias de un despido contrario a Derecho han reabierto el interés sobre el significado de la indemnidad. Los párrafos que siguen pretenden delimitar el escenario de fondo a través de varios pequeños núcleos expositivos.

---

[67] El art. 2.4 de dicha Directiva autoriza «medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas [...] a eliminar o reducir las desigualdades de hecho [...]» (TJCE 19.3.2002, caso *Lommers*). Vid. art. 11 LOI y nota 10.

[68] El artículo 60.1 LGSS reconoce "un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente", cifrado en un porcentaje (5, 10 o 15, según número hijos) de la cuantía inicial de la pensión.

[69] STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18), INSS (Complemento de pensión para madres) entiende que carece de validez como acción positiva pues no aporta solución alguna a los problemas a los que puedan tener que hacer frente las mujeres durante su carrera profesional, ni compensa las desventajas a las que puedan verse expuestas.

[70] Art. 33.1 LITND.

1. La tutela judicial efectiva

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE, tiene por contenido «obtener una resolución fundada en derecho»[71]. El artículo 4.2.g) ET viene explicitando que quien es parte de una relación laboral tiene derecho al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo. Tal derecho, que se instrumenta a través del ejercicio de la acción, no significa derecho a una sentencia favorable[72] sino una respuesta fundada en Derecho. Adicionalmente, estamos ante un principio general que debe presidir la interpretación de todas las normas procesales. Al venir reconocido por el art. 47 CDFUE su alcance también está siendo definido, de forma relevante, por el Tribunal de Luxemburgo[73].

El derecho de tutela judicial no se satisface solamente mediante la actuación de Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, en virtud de la cual del ejercicio de la acción judicial no pueden derivarse para el trabajador consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas.

2. La indemnidad laboral, en especial caso de despido

El Convenio 158 OIT[74] viene disponiendo que entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figura el de presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes.

La finalidad de tal cautela o interdicción es evidente: si la empresa infringe las "leyes o reglamentos", quien trabaja activa un "procedimiento" o reclama la actuación de "las autoridades administrativas" y ello provoca la expulsión de la empresa no solo se desincentivaría el ejercicio de los propios derechos laborales, sino que se correría el riesgo de que buena parte de ellos acabaran convertidos en meras proclamas morales.

El artículo 17.1.II ET viene disponiendo que serán nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

---

[71] Por todas, SSTC 19/1983 de 14 marzo; 55/1983 de 22 junio; 13/1987 de 5 febrero).

[72] Tempranamente STC 52/1982 de 22 julio.

[73] Por ejemplo, STJUE 21 noviembre 2022 (C-289/21) entiende que se vulnera por la norma procesal conforme a la cual un recurso por el que se impugna la conformidad de una disposición nacional con el Derecho de la UE queda privado de objeto si la disposición es derogada en el curso del procedimiento.

[74] Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982. Publicado en BOE de 29 de junio de 1985 con entrada en vigor para España el 26 de abril de 1986.

3. *Perfiles de la indemnidad laboral en la jurisprudencia constitucional*

La garantía de indemnidad es un instrumento jurídico que garantiza la efectividad de los derechos fundamentales en relación con el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24 CE[75]. Su función consiste en permitir que la persona trabajadora ejercite sus derechos frente al empresario sin el riesgo de recibir de éste una reacción perjudicial, a modo de venganza. Implica la imposibilidad de que se adopten o persistan medidas de represalia derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los Jueces y Tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos.

La doctrina constitucional viene operando en una doble dirección respecto de ella. Descartando que opere en determinados supuestos. Admitiendo lo contrario en otras ocasiones.

A) Vía negativa (contención)

La STC 54/1995 de 24 febrero descartó aplicar la garantía (en supuesto de reclamada subrogación empresarial) cuando la relación laboral todavía no se había constituido[76].

La STC 197/1998 de 13 octubre lo hizo en el caso de represalia motivada por la declaración testifical del trabajador en un procedimiento laboral ajeno, toda vez el trabajador despedido no habría ejercitado ninguna acción judicial[77].

Las SSTC 196 y 199/2000 de 24 junio (despido en locutorios telefónicos) advirtieron que la garantía de indemnidad protege contra represalias directas relacionadas con acciones judiciales específicas, pero no contra actuaciones empresariales generalizadas (despido con independencia de que su hubiere reclamado judicialmente la laboralidad)[78].

B) Vía positiva (expansión)

La STC 7/1993 de 18 enero concluyó que represaliar a un trabajador con el despido por haber accionado previamente representa una conducta vulneradora de la tutela judicial efectiva, que aboca a su nulidad[79].

---

[75] Una actuación empresarial que cause un perjuicio y esté motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como radicalmente nula (STC 183/2015 de 10 septiembre).

[76] Pero tras descartar que existiera una represalia por haber reclamado frente a la terminación de un anterior contrato de trabajo.

[77] Se trata de un posicionamiento restrictivo, seguramente superado por los posteriores.

[78] Igualmente es posible que la vía expansiva, por asociación, permita considerar esa doctrina como abandonada.

[79] Quien era empleado de una Obra Social pretendió que su empresa era la Caja de Ahorros.

La STC 14/1993, 18 de enero[80] resulta especialmente relevante: 1º) Acuñó la categoría de indemnidad. 2º) Extendió la garantía a todo acto de represalia. 3º) Reafirmó la nulidad como la calificación adecuada. 4º) Amplió la protección a los actos preparatorios del acudimiento a la jurisdicción[81].

La STC 198/2001 de 4 octubre admite que se activa la garantía por la denuncia de determinados hechos ante órganos administrativos fiscalizadores, aunque en el caso descarta que esa fuera la causa del despido[82].

La STC 55/2004 de 19 de abril avanzó en la última dirección apuntada (actos previos): el Abogado del despedido se había dirigido a la empresa reclamando a propósito de determinadas invenciones[83].

La STC 87/2004 de 10 mayo considera vulnerado el derecho cuando no se recontrata a una trabajadora temporal que había presentado reclamaciones anteriormente.

La STC 38/2005 de 28 de febrero, insistiendo en la necesidad de examinar todo el panorama indiciario[84], proyectó la indemnidad sobre los ceses discrecionales.

La STC 16/2006 de 19 de enero[85] prosiguió la tendencia expansiva, neutralizando las represalias por asociación (reclamaciones realizadas por terceros sujetos, incluyendo los sindicales).

La STC 120/2006 de 24 abril recalca la necesidad de valorar los indicios y hechos relevantes para saber si la supresión de una mejora salarial (a delegada de personal) constituye una represalia por previas reclamaciones judiciales y extrajudiciales contra la empresa.

La STC 6/2011 de 14 de febrero abrió una nueva vía expansiva, objetivando la operatividad de la garantía, es decir, llevándola a los casos en que no existiera represalia, pero sí un perjuicio derivado y causalmente conectado[86].

---

[80] Redactora de una revista, que venía vinculada a través de arrendamiento de servicios, y reclama laboralidad, siendo cesada de inmediato.

[81] Del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo, no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos.

[82] Empleado de Casino que denuncia supuestas irregularidades.

[83] Para justificar el anclaje en el artículo 24 CE la sentencia advierte que del contexto derivaba que tal actuación estaba está directamente encaminada al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

[84] La STC 144/2005 de 6 de junio hace lo propio respecto de terminación de contrato en la fecha inicialmente prevista".

[85] Así como otras posteriores: SSTC 44/2006 de 13 de febrero; 65/2006 de 27 de febrero, etc.

[86] "Como la vulneración del artículo 24.1 CE puede producirse en ese doble plano (lesiones intencionales y lesiones objetivas contrarias a la garantía de indemnidad) el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el primer ámbito (voluntad de represalia) pues, de quedar descartada la lesión desde ese prisma, será preciso

La STC 148/2025 de 9 de septiembre aplica esta garantía (con Voto Particular) al supuesto en que el trabajador ha comunicado al presidente del comité de empresa su queja.

C) Balance

De lo expuesto cabe concluir la nulidad de toda actuación empresarial que perjudique a quien ha reclamado judicialmente sus derechos frente a la empresa, o está realizando actos tendentes a ello. No se trata solo del despido (aunque sí principalmente), ni de la demanda, habiéndose producido una expansión a supuestos en los que la subsunción en el artículo 24 CE aparece como cuestionable.

Cuando se invoque por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, aportando para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor del alegato discriminatorio, incumbe al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable del despido

4. Asunción y ampliación jurisprudencial de la doctrina constitucional

La jurisprudencia ordinaria, como es obligado (art. 5º LOPJ) ha trasladado la doctrina constitucional a los supuestos que ha ido afrontando[87]. Veamos algunos ejemplos.

La mera reclamación de fijeza del trabajador no resulta indicio suficiente de la vulneración de la garantía de indemnidad si el contrato se extingue en la fecha que estaba inicialmente prevista[88].

No basta para desvirtuar los indicios de represalia que la empleadora corte el encadenamiento de contrataciones temporales anómala cuando surgen reclamaciones, aunque no sean de la persona represaliada[89].

La decisión de excluir de la bolsa de empleo temporal a los trabajadores que han ejercitado acción por despido declarado improcedente e indemnizado vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva[90].

Constituye indicio de que se vulnera el derecho que se cese al trabajador como reacción ante la denuncia presentada por aquél ante la Inspección de Trabajo[91].

---

adicionalmente ponderar y valorar el derecho fundamental en juego examinando si se ha causado un daño al patrimonio jurídico del trabajador, aunque no se aprecie ánimo lesivo"

87 Las SSTS 924/2021 de 22 septiembre (rcud. 2125/2018) y 1242/2021 de 9 diciembre (rcud. 92/2019) recuerdan que la jurisprudencia es ya muy abundante y reiterada en materia de garantía de indemnidad. Basta con remitir, por todas, a las SSTS 17 de junio de 2015, 27 de enero de 2016, 18 de marzo de 2016 (rcud 1447/2014), 26 octubre 2016 (Pleno, rcud 2913/2014), 25 de enero de 2018 (rcud 3917/2015), 21 de febrero de 2018 (rcud 2609/2015) y 22 de enero de 2019 (rcud 3701/2016) y a las por ellas citadas.

88 Por todas, STS 196/2020 de 3 de marzo y 540/2020 de 29 junio.

89 En ese sentido STS 1242/2021 de 9 diciembre.

90 SSTS de 29, 30 (3) y 31 (2) octubre 2007, entre otras.

91 STS de 17 febrero 2015.

Opera la indemnidad cuando un mes después de la presentación de denuncia ante la Inspección de Trabajo por la sección sindical a la que pertenece la actora y de que por ella misma se formulara reclamación del reconocimiento de la relación laboral, la empresa le comunica el cese, sin que se aporte justificación alguna del mismo[92].

Puesto que debe aplicarse el sistema indiciario, se descarta que el despido objetivo constituya una represalia cuando los indicios de ello han sido desvirtuados[93].

Una reclamación en el seno de la empresa no activa la garantía de indemnidad en todo caso; pero si tras formularse es inmediatamente despedido un trabajador, impidiéndole la reclamación judicial, debe operar[94].

Debe considerarse despido nulo el cese formalmente amparado en el término de un contrato temporal de la cadena de ellos que la empresa (de titularidad pública) viene poniendo en juego pese a que una sentencia judicial, firme, ha reconocido la condición de personal indefino no fijo[95].

Las cuestiones relacionadas con la lesión de la garantía de indemnidad dependen mucho de las circunstancias concurrentes en cada caso. Si existe una contratación temporal fraudulenta y se reclama de manera más o menos coetánea al cese surge un panorama que sí puede considerarse un sólido indicio de posible vulneración de la garantía de indemnidad[96].

Muy expresivo de la expansión ya descrita (aplicando la garantía no solo a actuaciones judiciales sino a las reclamaciones internas) es el caso de trabajador despedido al muy poco tiempo de interesar ante la empresa el abono de las horas extraordinarias realizadas[97]. No hay reclamación judicial porque la empresa, ante la primera manifestación de disconformidad con su comportamiento, rescinde el contrato de trabajo sin dar opción a ello.

En este mismo sentido se encuentra el supuesto de conductor quejoso (ante empresa e Inspección de Trabajo) de realizar más horas de las legalmente permitidas y que es despedido cuando rechaza realizar un porte de dos horas tras haber alcanzado el máximo de jornada diaria permitido[98].

5. *La intervención legislativa*

A) Descripción

En su Disposición Adicional Tercera Protección, bajo la rúbrica *garantía de indemnidad de las personas trabajadoras,* la Ley Orgánica 5/2024, de 11

92 STS 179/2018 de 21 febrero (rcud. 2609/2015).
93 STS 130/2019 de 20 febrero (rcud. 3941/2016).
94 STS 917/2022 de 15 noviembre.
95 STS 988/2023 de 21 noviembre.
96 SSTS 514/2020 de 24 de junio y 924/2021 de 22 septiembre.
97 STS 917/2022 de 15 noviembre (rcud. 2645/2021).
98 STS 5232024 de 20 diciembre: no solo hay indicios de represalia, sino que, además, la orden desobedecida y causante del despido se considera ilegítima.

de noviembre, del Derecho de Defensa ha positivado buena parte de los criterios expuestos. Vale la pena examinar con detalle su tenor

1. Las personas trabajadoras tienen derecho a la indemnidad frente a las consecuencias desfavorables que pudieran sufrir por la realización de cualquier actuación efectuada ante la empresa o ante una actuación administrativa o judicial destinada a la reclamación de sus derechos laborales, sea ésta realizada por ellas mismas o por sus representantes legales.
2. Dicha protección se extiende al cónyuge, pareja de hecho y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que presten servicios en la misma empresa, aun cuando éstos no hubieran realizado la actuación conducente al ejercicio de sus derechos.

La concepción expansiva asumida por el legislador resulta innegable, como su deseo de subsumirla en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

- Ámbito objetivo: la garantía actúa frente a toda consecuencia desfavorable.
- Presupuesto subjetivo: importa el resultado, no el ánimo represivo.
- Antecedente: una actuación tendente a reclamar derechos laborales.
- Modalidad de reclamación: judicial, administrativa, propia, ajena, formal o informal
- Reclamación asociada: la actividad desencadenante puede proceder el sujeto perjudicado o de terceros (singularmente, de los representantes legales)
- Irradiación: la protección se extiende a personas cercanas a quien queda protegido conforme a lo ya expuesto.

B) Apuntes

Estamos ante un precepto que ni posee carácter de Ley Orgánica[99] ni aparece incorporado a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, al Estatuto de los Trabajadores o a cualquier otro cuerpo normativo preexistente. Ello, no obstante, es seguro que ha querido establecer las consecuencias que el artículo 24 CE posee en las relaciones laborales desde la perspectiva de la indemnidad.

Las conocidas reflexiones sobre contenido esencial y contenido adicional de los derechos fundamentales parecen útiles para disipar las dudas que pudieren surgir respecto de algunos aspectos muy ampliadores acerca de hasta dónde llega la tutela judicial. Indirectamente, la norma resta interés a

[99] La Disposición Final Sexta prescribe que tienen carácter de ley ordinaria las disposiciones adicionales, en su totalidad.

los esfuerzos por subsumir las represalias ajenas a la tutela judicial en otros pasajes constitucionales como la no discriminación o la dignidad personal.

Que el legislador hable de reclamaciones referidas a los *derechos laborales* es seguro que debe entenderse en su amplia aceptación (incluyendo Seguridad Social, Prevención de Riesgos, derechos inespecíficos, etc.).

La técnica protectora de los derechos fundamentales, por tanto, queda confirmada como el modo adecuado de garantizar la indemnidad: sistema indiciario, modalidad procesal específica, reparación preceptiva, nulidad de la conducta represaliadora, etc.

La interpretación expansiva que el TC y el TS han venido llevando a cabo queda plenamente confirmada, lo que significa que el legislador no ha querido innovar, mucho menos corregir, sino clarificar y conferir mayor certidumbre a algunos temas cuyo enfoque jurisprudencial venía siendo cuestionado por ciertos sectores doctrinales.

C) Enfoque constitucionalista

Se configura como represalia cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrirse por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto.

La garantía de indemnidad consiste en que «del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza»", toda vez que el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) no se satisface sólo «mediante la actuación de jueces y tribunales, sino también a través de la (citada) garantía de indemnidad», como dijera tempranamente la STC 14/1993, de 18 de enero.

Según se ha anticipado, la garantía de indemnidad incluye no sólo el estricto ejercicio de acciones judiciales, sino que asimismo se proyecta, y de forma necesaria, sobre los actos preparatorios o previos (conciliación, reclamación previa, etc.). De otra forma —afirma la propia STC 14/1993, de 18 de enero—, «quien pretenda impedir o dificultar el ejercicio de la reclamación en vía judicial, tendrá el camino abierto, pues para reaccionar frente a ese ejercicio legítimo de su derecho a la acción judicial por parte del trabajador le bastaría con actuar..., en el momento previo al inicio de la vía judicial».

La posterior jurisprudencia constitucional ha precisado que «el artículo 24.1 CE en su vertiente de garantía de indemnidad resultará lesionado tanto si se acredita una reacción o represalia frente al ejercicio previo del mismo, como si se constata un perjuicio derivado y causalmente conectado, incluso si no concurre intencionalidad lesiva», de manera que,

además de lesiones «intencionales» pueden darse lesiones «objetivas» contrarias a la garantía de indemnidad (STC 6/2011, de 14 de febrero).

Especial relevancia posee la jurisprudencia constitucional respecto de la indemnidad retributiva asociada al disfrute de créditos horario de quienes desempeñan cargo representativo. Concretando el alcance de la garantía de indemnidad económica de los liberados sindicales se ha otorgado el amparo en supuestos en los que el recurrente o bien dejaba de percibir una parte de la retribución o bien veía negado un complemento solicitado, con el consiguiente perjuicio económico, desde el momento en que pasaba a ostentar la condición de liberado. La STC 74/1998 de 31 marzo subraya que, dentro del contenido esencial del derecho de libertad sindical, garantizado por el art. 28.1 de la CE, se encuadraría, pues el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa.

La STC 191/1998, de 29 de septiembre, estima el amparo en un caso en que se denegó al liberado sindical recurrente el complemento de penosidad, peligrosidad y toxicidad que había sido declarado para la actividad profesional desarrollada por él.

La STC 173/2001, de 26 de julio, otorga el amparo en un caso en el que la empresa Renfe se negaba a abonar al trabajador liberado un plus compensatorio por jornada partida que, sin embargo, percibían el resto de los trabajadores que prestaban servicios efectivos en la misma dependencia.

Las SSTC 30/2000, de 31 de enero, 43/2001, de 12 de febrero y 58/2001, de 26 de febrero estiman los recursos de amparo en varios supuestos en los que la Dirección General de la Policía dejó de pagar el abono de una gratificación por turnos rotatorios a unos policías en el momento en que fueron liberados de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales.

La STC 92/2005 de 18 abril considera que la indemnización por residencia en Melilla debe seguir percibiéndose por el representante es trasladado a la Península para desempeñar funciones como liberado sindical.

La STC 326/2005 de 12 diciembre ampara al empleado de Ayuntamiento que dejó de percibir el plus de puesto de trabajo cuando accedió a la condición de liberado sindical.

La STC 151/2006 de 22 mayo otorga el amparo porque la absoluta imposibilidad de percibir el complemento de productividad como liberado sindical no es compatible con la garantía de indemnidad en cuanto prohíbe el perjuicio económico del funcionario que se dedica íntegramente a la actividad sindical.

La STC 100/2014 de 23 junio ampara el abono de complemento de productividad en cuantía inferior a la del resto de trabajadores que prestan servicios efectivos en las mismas dependencias, reconocida judicialmente.

La STC 148/2015 de 6 julio aplica también la doctrina sobre cobro del complemento de productividad de los trabajadores que tienen concedido un permiso para desarrollar labores sindicales y desestima el amparo porque considera que lo debatido es meramente la fijación de su cuantía, tema de legalidad ordinaria

D) Jurisprudencia ordinaria

La jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo es ya muy abundante y reiterada en materia de garantía de indemnidad[100]. De conformidad con esta jurisprudencia, para que opere el desplazamiento hacia el empresario de la carga de prueba, no basta simplemente con que el trabajador afirme la vulneración de la garantía de la indemnidad (o de cualquier otro derecho fundamental), sino que ha de acreditar un indicio o un principio de prueba que permita deducir que aquella vulneración se puede haber producido[101].

Esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha declarado, ciertamente, que, con carácter general, la mera reclamación de fijeza del trabajador no resulta indicio suficiente de la vulneración de la garantía de indemnidad si el contrato se extingue en la fecha que estaba inicialmente prevista (SSTS 196/2020, 3 de marzo de 2020, rcud 61/2018; 356/2020, 19 de mayo de 2020, rcud 4496/2017; y 540/2020, 29 de junio de 2020, rcud 2778/2017).

Las cuestiones relacionadas con la lesión de la garantía de indemnidad dependen mucho de las circunstancias concurrentes en cada caso[102].

IV. En especial, la brecha de género

Durante decenios viene hablándose de *brecha de género;* tanto que el artículo 60 LGSS ha acabado por acoger la expresión, al margen del cuestionamiento que su contenido posee. Bajo tal expresión el mundo sociolaboral ha acogido la diversa formación académica o profesional, el desempeño de las tareas menos cualificadas, la escasa presencia en puestos de gobierno corporativo, el diferencial en la carrera de cotizaciones, la menor retribución media, el superior tiempo dedicado a tareas familiares, o la infravaloración de los empleos típicamente femeninos, por recordar algunas caras del poliedro. Ahora se añade una nueva faceta, precisamente, como consecuencia de los incesantes cambios tecnológicos. Uno de los re-

[100] Basta con remitir, por todas, a las SSTS 17 de junio de 2015 (rcud 2217/2014), 27 de enero de 2016 (rcud 2787/2014), 18 de marzo de 2016 (rcud 1447/2014), 26 octubre 2016 (Pleno, rcud 2913/2014), 25 de enero de 2018 (rcud 3917/2015), 21 de febrero de 2018 (rcud 2609/2015) y 22 de enero de 2019 (rcud 3701/2016) y a las por ellas citadas.

[101] SSTS 26 de abril de 2018, rcud 2340/2016, y 22 de enero de 2019, rcud 3701/2016

[102] STS 1242/2021 de 9 diciembre (rcud. 92/2019).

tos actuales que aparece en el ámbito de las relaciones laborales es precisamente la brecha digital existente entre hombres y mujeres; un hándicap que, lejos de empequeñecer puede incrementarse exponencialmente en el futuro si no se ponen en marcha políticas y medidas eficientes.

La política de la UE reconoce que las mujeres tienen un papel decisivo que jugar en la sociedad digital aportando talento al sector y es clara al indicar la necesidad de que los sistemas educativos nacionales deben hacer un esfuerzo para promover las disciplinas digitales. La industria digital debe acercarse a la ciudadanía por medio de asociaciones colaborativas con colegios y universidades, facilitando la integración de mujeres y niñas en el sector por medio de eventos específicos como la Jornadas de promoción de empresas emergentes (*Open days de startups*, en la jerga dominante) o el impulso y promoción de mujeres líderes (*champions*) en el sector digital que sirvan como modelo a las más jóvenes. El Plan de Acción de Educación Digital de la Unión Europea (2021-2027) persigue la adaptación de los sistemas educativos de los Estados miembros a la era digital, promoviendo una educación inclusiva y accesible. El Fondo Monetario Internacional (FMI) estima que 26 millones de empleos femeninos en 30 países de la OCDE corren un alto riesgo de ser desplazados por la tecnología en las próximas dos décadas.

Vale la pena entroncar todo lo anterior con una referencia a la denominada "perspectiva de género" en la interpretación jurisprudencial. El vigente ordenamiento proporciona múltiples resortes normativos acerca de cómo actuar para conseguir la anhelada igualdad y no discriminación por razón de género, y no solo por cuanto se refiere a las relaciones laborales, la protección social o la seguridad en el trabajo. No se trata solo de elaborar Planes de Igualdad o de adoptar medidas para diagnosticar la eventual brecha de género en aspectos retributivos, sino de una exigencia transversal, como acertadamente dijera la LOI. Diversos Tratados Internacionales, Directivas, Leyes, Reglamentos y Convenios Colectivos interaccionan, con creciente acierto, para avanzar en ese camino, claramente trazado por el propio constituyente. Mención especial merece la consagración de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres como un principio informador del ordenamiento jurídico; el artículo 4 LOI dispone que el mismo se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Diríase que últimamente ha sido redescubierto como canon interpretativo para resolver algunos casos.

Como mera ilustración de lo recién expuesto, interesa recordar las primeras sentencias (2020/2021) en las que el Tribunal Supremo se planteó la repercusión de tal axioma.

- La STS-SOC 79/2020 reconoce a la hija el derecho a percibir una prestación tras la muerte de su madre pese a que ésta era pensio-

nista SOVI y el art. 217.1 c) LGSS solo lo admite cuando quien fallece percibe pensión de Seguridad Social. Invoca al efecto la feminización de las pensiones SOVI y la discriminación por asociación, interpretando la norma desde esa perspectiva.

- La STS-SOC 115/2020 concluye que, para completar el periodo de carencia en jubilación anticipada, ha de tenerse en cuenta el tiempo de prestación del Servicio Social obligatorio de la mujer, pese a que el art. 208.1 b) LGSS solo habla de servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria a dicho Servicio Social. La norma resulta así, interpretada para evitar que se vulnere el principio de igualdad de trato, equiparando la situación femenina (servicio Social) a la exclusivamente masculina.
- La STS-SOC 580/2020 considera como derivada de accidente (que no enfermedad) común la incapacidad (permanente absoluta) derivada de lesiones sufridas en el parto. El carácter súbito de las lesiones y la idea de que solo pueden padecerlas las mujeres explican ese análisis con perspectiva femenina.
- La STS-SOC 641/2020 desestima la demanda contra la conversión de contratos del profesorado de religión de jornada completa a parcial, descartando la discriminación por razón de sexo (aunque la mayoría sean mujeres) al existir justificación objetiva (volumen de alumnado). Un Voto Particular reprocha la ausencia de la perspectiva de género en la solución al problema.
- La STS-SOC 793/2020 considera discriminatorio por razón de sexo el sistema de retribución variable que excluye al colectivo de trabajadores que disfruten del permiso de paternidad, al desincentivar el reparto equilibrado de cargas familiares. Explica que ello desincentiva el disfrute del permiso de paternidad, perpetuando la posición de la mujer como única responsable de las tareas domésticas y familiares.
- La STS-SOC 908/2020 reconoce el derecho a pensión de viudedad pese a que la convivencia conyugal había cesado 12 años antes de morir el varón. Sostiene que cuando media la violencia de género, la convivencia es imposible e indeseable y la interpretación normativa debe realizarse atendiendo a la protección, integral y trasversal, contra la violencia de género.
- La STS-CONT 1375/2020 considera válida la modificación de un PGOU pese a que no se realizó el Informe de perspectiva de género, basándose en el juego de las legislaciones autonómica y estatal; un Voto Particular disiente de tal criterio.
- La STS-PE 59/2021, al hilo de intento de asesinato, expone que la agravante de género se aplica cuando la conducta del varón trate

de establecer una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad en la relación, con quebranto de su igualdad.

- La STS-PE 418/2021 aborda un delito de asesinato en grado de tentativa a la pareja del autor. Para valorar la conducta toma en cuenta su carácter inesperado, al producirse en su hogar, por su propia pareja y con una perspectiva de género al ser el sujeto pasivo del delito la propia pareja del agresor.
- La STS-SOC 197/2021 considera aplicable el convenio de limpieza a la trabajadora ("kely") de la empresa auxiliar contratada por el hotel.
- La STS-SOC 457/2021 examina la inclusión de una trabajadora entre las personas despedidas colectivamente; el Voto Particular entiende que la perspectiva de género impide zanjar el asunto con la afirmación de que ninguna norma establece la prioridad de permanencia en los despidos colectivos a favor de las trabajadoras embarazadas o con reducción de jornada por cuidado de hijos.
- La STS-PE 571/2020 explica que el fundamento de la agravante de género reside en el mayor reproche penal que supone cometer los hechos motivado por sentirse superior a la víctima y como medio para demostrar que la considera un ser que debe ser dominado.
- La STS-CONT 713/2021 descarta que se haya menospreciado, desde la perspectiva de género y respecto a las mujeres migrantes, a la mujer que denuncia malos tratos. La Magistrada que conoció de la denuncia elogió a la Abogada que renunció a su mantenimiento y realizó manifestaciones desfavorables a su éxito.

Segunda parte:
LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN DE LAS MUJERES Y COLECTIVOS ESPECIALMENTE VULNERABLES

El concepto jurídico de interseccionalidad a través del estudio de algunas intersecciones: mujeres racializadas, con discapacidad, mayores y en el rural

José Fernando Lousada Arochena
Magistrado especialista de lo social — TSJ/Galicia
Doctor en Derecho / Graduado Social
Profesor asociado de Derecho Procesal Universidad de A Coruña
ORCID ID: 0000-0002-4629-0539

Sumario: I. Mujeres racializadas. 1. Aproximación general. 2. Apuntes sobre la situación en España. II. Mujeres con discapacidad. III. Mujeres mayores. IV. Mujeres en el rural. V. Algunas conclusiones acerca del concepto de interseccionalidad: lo que se esclarece y lo que no está esclarecido. Bibliografía

Aunque la idea de interseccionalidad está siendo elaborada hace varias décadas desde los iniciáticos análisis de Kimberlé Williams Creenshaw[1] y aunque ha tenido un éxito apabullante en la Academia y es ampliamente utilizada en la Agenda Política, su reconocimiento legal y su conceptualización jurídica se ha resistido durante varias décadas. No es momento ni ocasión de estudiar las causas de esa demora (lo hemos hecho en anterior ocasión[2]), pero sí de destacar las dos causas principales de esa demora: la primera es la tradicional estructura vertical de la legislación antidiscriminatoria, a lo menos en Europa Occidental y Norteamérica, según la cual cada causa de discriminación se protegía en una normativa específica separada del resto de las causas; la segunda es la asimismo tradicional construcción del concepto de discriminación sobre la idea de comparación cuando es que la discriminación interseccional es una paradigmática

[1] CRENSHAW, Kimberlé: "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", *University of Chicago Legal Forum*, Volume 1989, Issue 1, pp. 139-167; "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color", *Stanford Law Review*, Volumen 43, núm. 6 (Jul. 1991), pp. 1241-1299.

[2] LOUSADA AROCHENA, José Fernando: *Mujeres y discriminación interseccional (Un ensayo sobre las mujeres en los márgenes)*, Editorial Dykinson (Madrid, 2024).

discriminación por estereotipos que se resiste a ser identificada y resulta difícil de conceptualizar a través de unos patrones comparativos.

Tales circunstancias han determinado que su conceptualización jurídica en el Derecho de la Unión Europea haya sido muy tardía, en la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento. Según el artículo 3.2.e) de esta Directiva, "el concepto de discriminación incluirá … e) la discriminación interseccional, que es la discriminación por razón de sexo combinada con cualquier otro motivo o motivos de discriminación contra los que protegen las Directivas 2000/43/CE o 2000/78/CE" (referidas al origen racial o étnico y a la religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual). Aunque la Directiva se refiere a la igualdad de retribución por razón de sexo, en dos directivas más recientes sobre organismos de igualdad (la 2024/1499 y la 2024/1500) la discriminación interseccional se reconoce más ampliamente dentro de los ámbitos de aplicación y las causas protegidas en el Derecho de la Unión Europea.

Algo similar se debe predicar del derecho español interno. La interseccionalidad llega a España en la tercera década del Siglo XXI. Sus referencias más relevantes se encuentran en la Ley 15/2022, de 11 de junio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. Como se dice en su Exposición de Motivos, la LIIT tiene "la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español". Pues bien, la discriminación interseccional se produce, según el artículo 6.3.b) de la Ley, "cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta Ley, generando una forma específica de discriminación", diferenciándola de la discriminación múltiple que se define en el artículo 6.3.a) como aquella que se produce "cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta Ley" (cuya enumeración, dicho sea de paso, es más amplia que la del derecho comunitario, además de que es una lista abierta pues puede ser causa de discriminación cualquier otra circunstancia personal o social diferente a las contempladas, en línea con el artículo 14 de la Constitución Española).

Sin desmerecer lo positivo de introducir esos conceptos, también debemos reconocer que son un tanto herméticos: el concepto comunitario alude a la "combinación" de dos o más causas de discriminación de las protegidas en el Derecho de la Unión; el concepto interno alude a la "concurrencia o interactuación" de dos o más causas de discriminación de las protegidas en la Ley 15/2022, añadiendo que esa concurrencia o interac-

tuación deberá generar una "forma específica de discriminación". Como si los sustantivos combinación, concurrencia o interactuación produjeran por sí solos el efecto taumatúrgico de definir la discriminación interseccional sin necesidad de mayores precisiones, o si la precisión contenida en la norma española de que esa concurrencia o interactuación genera una forma específica de discriminación transmitiese algo más que una mera tautología dado que aquello que genera una discriminación específica siempre es la consecuencia de una forma específica de discriminación.

Intentaremos esclarecer ese hermetismo conceptual a través del examen de algunas intersecciones en las que son mujeres las discriminadas: mujeres racializadas, mujeres con discapacidad, mujeres mayores y mujeres en el rural (y la elección del sexo como discriminación de base no es caprichosa pues obedece a que las mujeres suelen ser víctimas de la interseccionalidad, no solo porque cuantitativamente son la mitad de la Humanidad, también porque cualitativamente los estereotipos, prejuicios y otras prácticas nocivas basadas en el sexo combinan fácilmente con otras discriminaciones).

Quede claro, en todo caso, que no se pretende realizar un análisis completo de las cuatro interseccionalidades a analizar, y menos aún, como ya hemos dicho, analizar todas las posibles interseccionalidades, algo casi imposible. Se trata de analizar concretos supuestos, al hilo normalmente de las aplicaciones judiciales y de las elaboraciones doctrinales, que nos parecen especialmente útiles para identificar datos de interés a los efectos de esclarecer el concepto de discriminación interseccional.

I. MUJERES RACIALIZADAS

1. Aproximación general

Las elaboraciones sobre discriminación interseccional de Creenshaw tuvieron como campo de pruebas las situaciones específicas en las que se encontraban las mujeres negras en relación con las mujeres blancas y los hombres negros en el contexto del ordenamiento estadounidense. Creenshaw llamó la atención sobre la verticalidad de las leyes de igualdad racial y por razón de sexo que no solo creaba la distorsionada imagen de que "todas las mujeres son blancas y todos los negros son hombres"[3], también ocultaba que una mujer negra puede sufrir hasta cuatro clases de

[3] "Todas las mujeres son blancas y todos los negros son hombres, pero algunas de nosotras somos valientes", es el título en lengua castellana de un libro colectivo considerado una de las obras seminales del *Black Feminism*: HULL, Akasha / BELL-SCOTT, Patricia / SMITH, Barbara (eds.): *All the Women Are White, All the Blacks Are Men, But Some of Us Are Brave: Black Women's Studies*, Feminist Press (New York, 1982).

discriminación: la misma que una mujer blanca; la misma que un hombre negro; las dos anteriores clases de discriminación acumuladas, lo que crea una situación de especial vulnerabilidad pues una mujer blanca o un hombre negro solo podrían sufrir una de esas causas de discriminación, nunca las dos acumuladamente; y aún puede sufrir una cuarta clase de discriminación, que es la que no sufriría ni una mujer blanca ni un hombre negro, pero sí puede sufrir una mujer negra por los estereotipos, prejuicios y otras prácticas nocivas que no se predican de mujeres blancas o de hombres negros, pero sí de las mujeres negras.

A la tercera situación a que se hace referencia se la suele denominar como discriminación múltiple, que puede ser simultánea en el tiempo (cuando las dos causas de discriminación actúan en el mismo momento y sobre una misma situación), o sucesiva en el tiempo (cuando las dos causas de discriminación actúan una en un momento de la vida de una persona, y la otra en otro momento distinto y puede que también distante: sería el historial de discriminaciones de la persona discriminada).

A la cuarta situación a que se hace referencia se la suele denominar como discriminación interseccional. Se produce cuando el entrecruzamiento simultáneo de las causas de discriminación produce una discriminación específica que no se detectaría de aplicar separadamente cada causa de discriminación. Uno de los ejemplos usados por Creenshaw para describir esta situación es el de la clásica fábrica industrial (el asunto se judicializó en relación con una factoría de General Motors en Missouri; pero es fácilmente extensible) en donde los hombres están destinados a trabajos de producción (trabajos de cuello azul), y las mujeres a los de oficina (trabajos de cuello blanco, o incluso habría que decir trabajos de cuello rosa para distinguirlos del personal de dirección). Cuando se integró a personas de color, los hombres entraron en los trabajos de producción; sin embargo, las mujeres, que no accedían a los de producción, tampoco accedían a los de oficina, bien por su menor nivel educativo real o supuesto, bien por desconfianza, o en fin por cualquier otro prejuicio. Ahora bien, una apreciación separada de las causas de discriminación impediría afirmar que, en términos cuantitativos, la empresa discrimina por raza pues contrata tanto a personas de color (hombres), o por sexo pues contrata mujeres (blancas). Y admitir como causa de discriminación la sufrida por las mujeres negras exclusivamente era a veces considerado (en un símil beisbolístico) como un doble bateo, primero por las causas de discriminación prohibidas, luego por otra no contemplada en el ordenamiento jurídico que, a juicio de algunas opiniones, se debía rechazar mientras las leyes no la contemplasen de una manera expresa.

A la circunstancia de que las leyes de igualdad y las políticas de igualdad, se construyeron verticalmente (para cada causa de discriminación

sin considerar las demás: ausencia de interseccionalidad estructural), se une[4] que los movimientos sociales y políticos también se han organizado separadamente para cada causa de discriminación sin considerar las demás (ausencia de interseccionalidad política: por ejemplo, la violencia de género sufrida por las mujeres negras es acallada por los líderes de la comunidad negra para evitar mala fama, y también por los movimientos feministas blancos que no quieren que la violencia de género se asocie solamente a comunidades marginales, sino que lo plantean como un fenómeno de carácter generalizado); y también se une que en el imaginario social en la sociedad estadounidense se ve a la mujer blanca como víctima de la discriminación sexista y al hombre negro como víctima de la discriminación racial (ausencia de interseccionalidad simbólica).

La teorización de la interseccionalidad pronto se extendió a las mujeres asiático americanas y a las mujeres latinas, y luego ya a todas las razas y a todas las razas con las demás causas de discriminación. En la Declaración de Durban, emitida tras la celebración de la Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia celebrada en Durban — Sudáfrica (2001), se reconoce que "las víctimas (del racismo, de la discriminación racial, de la xenofobia y de las formas conexas de intolerancia) pueden sufrir formas múltiples o agravadas de discriminación por otros motivos conexos, como el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de otra índole, el origen social, la situación económica, el nacimiento u otra condición" (apartado 2).

2. Apuntes sobre la situación en España

En España, el análisis jurídico de la combinación sexo con raza se ha abordado en dos contextos concretos en que España ha sido condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El primero de esos contextos es la situación de las mujeres gitanas, aunque ni han sido muchas las aportaciones doctrinales en el mundo jurídico más allá de las denuncias realizadas por la Fundación Secretariado Gitano, de algún estudio más sociológico que jurídico, y de los comentarios críticos de la doctrina al Caso de "La Nena" (STEDH 8 diciembre 2009). La Nena era el apodo de una mujer gitana casada por el rito gitano y que reclamaba una pensión de viudedad; el TEDH le reconoce el derecho en base al principio general de igualdad por la existencia de una documentación oficial del matrimonio causante de una situación de confianza legítima basada en la buena fe de que el matrimonio estaba reconocido; pero nada se dice sobre la situación específica de opresión doble (por ser mujer y gitana), de ahí que la doctrina hable de oportunidad perdida y de

[4] En la triple aproximación teorizada por CREENSHAW, "Mapping the Margins …", obra citada.

la imposibilidad de extrapolar la doctrina a todo matrimonio gitano[5], y que se haga crítica de la desidia de los poderes públicos en orden a erradicar la discriminación de la mujer en el colectivo romaní e imputar luego las consecuencias sobre la mujer[6].

El otro de esos contextos es la situación de las mujeres inmigrantes. Aunque la inmigración no es una causa correlativa con la raza, suele la raza, junto con la situación socioeconómica, aparecer implicada en los casos de discriminación de la mujer inmigrante. Tales conexiones aparecen claras en el Caso Beauty Salomon (STEDH 24 julio 2012): se trataba de una mujer de origen nigeriano, con residencia regular en España, que ejercía la prostitución, y que sostuvo que unos agentes de policía la llamaron puta nigeriana y la agredieron con ocasión de acciones de identificación en una céntrica calle de Palma de Mallorca; el TEDH rechaza la denuncia de trato policial inhumano al no estar acreditado, pero considera que los hechos no se investigaron con la seriedad exigible dada la "vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana, ejerciendo la prostitución". Ciertamente, esta STEDH le dedica un párrafo a la discriminación múltiple, pero lo cierto es que no desarrolla el concepto más allá de mentarlo y, además, no ayuda la invocación que realiza a la vulnerabilidad, que es un concepto cercano, pero también distinto al de discriminación interseccional[7].

No es el único caso en donde en España se ha manifestado la intersección sexo / inmigración. Hay otro bien conocido porque hace unos años salto a los medios de comunicación. Se trata del caso de la cosecha de la fresa en el campo de Huelva[8], donde se estima que anualmente se contratan unas 20.000 mujeres, la mayoría provenientes de Marruecos. Su condición de inmigrantes en un país extranjero, a menudo no familiarizados con el idioma y los canales de denuncia de abusos, determinó, junto con sus circunstancias socioeconómicas vulnerables, la existencia de explotación y abusos sexuales. Esto es lo que viene advirtiendo la prensa nacional, aunque no fue hasta que el tema tuvo repercusión internacional, en particular en la prensa alemana (país donde se consume mucha fresa

---

5 REY MARTÍNEZ, Fernando: "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008; y "La STEDH de 8.12.2009, Muñoz Díaz vs. España: ¿un caso de igualdad general o de discriminación étnica en particular?", *Diario La Ley*, núm. 7344, 2010.

6 BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles (Maggy) / MORONDO TARAMUNDI, Dolores: "Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011.

7 LA BARBERA, María Caterina / CRUELLS LÓPEZ, Marta: "Toward the Implementation of Intersectionality in the European Multilevel Legal Praxis: B. S. v. Spain", *Law & Society Review*, Volumen 53, núm. 4, 2019.

8 Véase MIÑARRO YANINI, Margarita: "La vulnerabilidad del trabajo femenino en el sector primario: el trabajo agrícola", en el libro colectivo *Análisis jurídico del trabajo de la mujer en la pesca* (dirs: Nora María MARTÍNEZ YÁÑEZ / Emma RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ), Bosch Editor (Barcelona, 2020), pp. 75-98.

onubense), que los agentes sociales acordaron medidas que se plasmaron hace unos años en convenios colectivos (canales de denuncia de discriminación e implementación de protocolos anti-acoso). Puede que sea demasiado pronto para hacer una valoración, pero conviene advertir en todo caso que la implementación de medidas en la letra de la norma no garantiza una efectividad real, y menos si no las adoptan los agentes sociales.

La interseccionalidad sexo / migración es una de las que ha abordado el Comité de la Convención de Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Su Recomendación General 26 trata sobre las mujeres trabajadoras migrantes (2009), estableciendo una serie de recomendaciones para los países de origen, los de tránsito y los de destino.

II. Mujeres con discapacidad

La violencia contra las mujeres y niñas con discapacidad es un ejemplo paradigmático de discriminación interseccional. La Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019 de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género[9], en relación con la discapacidad, constata un índice de agresiones superior tanto en la violencia causada por la pareja, actual o pasada, como fuera de la pareja.

- En la violencia de género causada por la pareja, actual o pasada, el 17,4% de las mujeres con una discapacidad acreditada han sufrido violencia física y el 14% han sufrido violencia sexual; mientras que, para las mujeres sin discapacidad, los porcentajes son 11% y 8,9%, respectivamente.
- Fuera de la pareja, el 17,2% de las mujeres con discapacidad acreditada han sufrido violencia física y el 10,3% han sufrido violencia sexual; mientras que, para las mujeres sin discapacidad, los porcentajes son 13,2% y 6,2%, respectivamente.

Detrás de esos datos, no solo están los prejuicios de género contra las mujeres, pues entonces las mujeres con discapacidad sufrirían las agresiones en los mismos porcentajes que las demás mujeres.

Además, están los prejuicios específicamente focalizados contra las mujeres y las niñas con discapacidad, que son los que en el fondo explican dichas significativas diferencias porcentuales:

- La imagen social victimizada de las mujeres y las niñas con discapacidad, de ahí que el agresor pueda considerar que se encuentran más indefensas frente a una agresión física o sexual.

[9] Acccesible en *https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf* (consultado el 31/07/2025).

— El prejuicio de que las mujeres con discapacidad son asexuales o, por el contrario, sexualmente hiperactivas, lo que, en uno u otro caso, en la mente del agresor banaliza su acción.
— El mito de ser el cuerpo de la mujer con discapacidad una mercancía dañada, con lo cual el agresor no tiene sentimiento de antijuridicidad de su acción ante una mujer o niña deshumanizada.
— La creencia prejuiciosa de la inocencia sexual de las mujeres y las niñas con discapacidad, lo que conduce a privarlas de educación sexual y a que no adquieran autonomía en ese ámbito.
— La exclusión o aislamiento social de algunas mujeres con discapacidad, lo que facilita en algunas ocasiones la agresión sexual por parte de las personas que se encargan del cuidado.
— El entorno familiar o social causante de una falta de autoestima de la propia víctima, puede actuar, con relación al agresor, como factor para la elección de una mujer o niña como víctima.
— La existencia de supersticiones en determinadas culturas que incrementan el riesgo de agresión sexual contra las mujeres o niñas con discapacidad (por ejemplo, contra las mujeres albinas).
— Las dificultades de acceso a la justicia derivados de los anteriores prejuicios, generando sensación de impunidad que el agresor puede valorar para elegir como víctima a una con discapacidad.

Junto con la violencia interseccional causada por los prejuicios de género y capacitistas del agresor, estos prejuicios pueden también operar sobre el entorno familiar o social de la víctima, o sobre los agentes de la justicia, causando victimización secundaria o violencia institucional (no creyendo a la víctima porque es sexual hiperactiva, provocó al agresor, no sabe lo que dice, solo causa problemas…).

Todo esto puede generar situaciones de infradenuncias. Recientemente, ello se ha detectado en el "Estudio sobre causas de infradenuncias de delitos cometidos contra personas con discapacidad intelectual o del desarrollo" realizado por Liber: Asociación de entidades de apoyo a la toma de decisiones[10]. Aunque el estudio advierte de que su alcance no permite ofrecer resultados extrapolables al conjunto de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, sí parece apreciarse una mayor identificación de delitos no denunciados entre mujeres. Entre los delitos identificados, las violencias de género presentan una importante implantación, en torno al tercio, solo por debajo de los abusos de poder. Y en cuanto a las causas de las infradenuncias de violencias de género cuando el agresor es la pareja conectan con las causas más generales de infradenuncia de estas violencias

[10] Accesible en *https://www.asociacionliber.org/estudio-de-infradenuncias-liber/* (consultado el 31/07/2025).

(dependencia emocional, miedo, vergüenza, normalización de la situación ...), pero en algún caso agravadas por la situación de discapacidad intelectual o del desarrollo (el aislamiento social de la víctima es más acusado). Cuando el agresor no es la pareja, las causas de infradenuncia están más vinculadas a la situación de discapacidad intelectual o del desarrollo (se cuestiona la veracidad del testimonio de la víctima, se tienden a acallar los episodios acaecidos en residencias, o se produce una sobreprotección del entorno para que la víctima no reviva lo sufrido). Tanto si el agresor es la pareja como si no, algunas mujeres deciden no denunciar motivadas por malas experiencias cuando han interpuesto denuncias previas, en las que, siendo las víctimas, su relato es cuestionado, lo que cobra especial relevancia en el caso de las mujeres con discapacidad intelectual, ya que no se respetan sus derechos a ser acompañadas en el proceso judicial o incluso siendo cuestionadas a la hora de interposición de la denuncia, vulnerando sus derechos.

La violencia (y en general la discriminación) contra las mujeres y niñas con discapacidad obedece, no tanto a la situación de discapacidad de la víctima, como sobre todo a los nocivos estereotipos y prejuicios de género y capacitistas. A un modelo social, que otorga trascendencia al aspecto social de la discapacidad frente al aspecto meramente sanitario, responde la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Naciones Unidas, 2006), que en su artículo 6 rubricado "mujeres con discapacidad", obliga a los estados partes a adoptar las medidas para asegurar que las mujeres y las niñas con discapacidad, al encontrase sometidas a situaciones de discriminación múltiple, puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

También en esta intersección entre el sexo y en este caso la discapacidad, el Comité de la Convención de Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ha aprobado una Recomendación General, la 18, sobre las mujeres con discapacidad (1991).

En España, la idea de interseccionalidad sexo / discapacidad ha tenido reflejo en la última reforma constitucional de 15 de febrero de 2024. Según el actual el artículo 49.2 *in fine* de la CE, "se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad". Ya la interseccionalidad aparecía camuflada bajo el concepto menos complejo de discriminación múltiple en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En particular, y de conformidad con lo establecido en su artículo 7, rubricado "derecho a la igualdad", "las administraciones públicas protegerán de manera singularmente intensa a aquellas personas o grupo de personas espe-

cialmente vulnerables a la discriminación múltiple como las niñas, niños y mujeres con discapacidad, mayores con discapacidad, mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género, personas con pluridiscapacidad u otras personas con discapacidad integrantes de minorías".

Pero, como es bien sabido, que lo diga la norma no quiere decir que se aplique como debiera en la realidad de la vida. Es más, los estereotipos, prejuicios, mitos y otras prácticas nocivas tienen la virtualidad de inaplicar las leyes, demorar su aplicación e incluso fácticamente derogarlas. Incluso el propio poder legislativo, en muchas ocasiones, traiciona los valores que, se supone, debería respetar. No es ocioso recordar, en este sentido, que en nuestro tan avanzado ordenamiento jurídico era posible la esterilización forzosa de personas con incapacidad, que afectaba mayormente a mujeres, hasta la reforma de la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

III. Mujeres mayores

La naturalización de los prejuicios socioculturales asociados a ciertas edades, con la consiguiente invisibilización social de las situaciones de desigualdad, opera diferencialmente para las mujeres y para los hombres. Los prejuicios asociados a las mujeres de edad avanzada no son los mismos que los prejuicios asociados a los hombres. La discriminación por edad o edadismo la sufren mujeres y hombres, pero no de una manera igual a resultas de la pervivencia de estereotipos coligados al papel social que deben jugar unas y otros. No es casualidad que el Comité de la Convención de Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, haya aprobado la Recomendación General 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos (2010).

Baste hacer un repaso a varias áreas de la vida para comprobar las diferencias existentes entre la situación de las mujeres mayores con respecto a las mujeres jóvenes y a los hombres mayores[11].

Comenzamos con el empleo en el sector formal. Las mujeres jóvenes y las no tan jóvenes dada la demora en las edades de reproducción, sufren

[11] Muy instructivo el estudio de MORA SÁNCHEZ, Inma: *Mujeres mayores: el impacto del machismo y el edadismo en su vida y sus derechos humanos*, Fundación HelpAge Internacional España (2021), accesible en *https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2022/01/HelpAge_Cuaderno-6_Mujeres-mayores.pdf* (consultado el 31/07/2025). De interés específicamente para el ámbito laboral, MERINO SEGOVIA, Amparo: "Las discriminaciones más comunes de las personas mayores en el trabajo", en el libro colectivo *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Fundación HelpAge Internacional España (2022), accesible en: *https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2022/10/Informe-HelpAge-2022_-La-discriminacion-de-las-personas-mayores-en-el-ambito-laboral.pdf* (consultado el 31/07/2025).

discriminación por maternidad, tanto por ser efectivamente madres como por estar en edad de llegar a serlo. Con la edad se difumina esta discriminación por maternidad, pero la discriminación de las mujeres maduras se mantiene porque permanecen durante toda su vida laboral los prejuicios vinculados a los cuidados en la medida en que, a cualquier edad y en particular a los cincuenta y a los sesenta, surgen las necesidades de cuidados de nuestros padres o familiares, cuando no el cuidado de los nietos y nietas, y no solo los estereotipos sociales imperantes presionan a las mujeres para que lo asuman, también ello influye en su contratación laboral, en su promoción y, en consecuencia, en su acceso a un puesto de trabajo estable y de calidad. El resultado final no es otro que una menor participación laboral de las mujeres en todas las edades y en particular las mayores respecto a las mujeres de otras edades y a los hombres de su misma edad.

No son los prejuicios asociados a los cuidados los únicos que sufren las mujeres maduras en sus empleos. Hay otros que en principio son comunes con los sufridos por los hombres maduros, pero que en el caso de las mujeres maduras se aprecian con más intensidad. En este sentido, las empresas en no pocas ocasiones consideran no rentable invertir en la formación profesional de las mujeres de edad, o son consideradas más prescindibles en procesos de reestructuración empresarial. Los estereotipos asociados a las trabajadoras maduras también dificultan el acceso a sectores masculinizados donde les cuesta más entrar y permanecer que a las mujeres jóvenes, acaso por estereotipos ligados al acortamiento de la edad útil de las mujeres o a una supuesta menor polivalencia o flexibilidad ante los cambios.

La brecha salarial de género también se incrementa con los años, acentuándose notablemente a partir de los 55 y exponencialmente a partir de los 60. Las razones de las elevadas diferencias salariales habidas entre mujeres y hombres en edades avanzadas no obedecen, en lo esencial, a que las trabajadoras empiecen a ganar menos a partir de una determinada edad, sino a que sus salarios, ya de media más bajos que los de los hombres por la alta presencia de mujeres en empleos precarizados y con bajos ingresos, se estancan debido a la limitada o nula promoción profesional en esos empleos (suelo pegajoso) o la pérdida continuada de posibilidades de promoción profesional por atender a los cuidados (grifo que gotea), mientras que los varones en edades avanzadas conocen un incremento importante de sus salarios.

Mujeres maduras en el empleo informal. Si la existencia de discriminaciones basada en la edad y el sexo se manifiesta en el sector formal de la economía, en el sector informal de la economía ello es más intenso. El servicio doméstico informal acaba siendo en muchas ocasiones el recurso de mujeres que, después de la crianza de los hijos, se reincorporan a una actividad por cuenta ajena sin un bagaje educativo o con el mismo

completamente desactualizado, y lo hacen sin cotizar a la seguridad social en la idea de percibir un mayor salario, lo que no siempre es así, y con la seguridad de la cobertura social derivada del trabajo de su esposo. En general, el sector informal de la economía está muy feminizado y, aunque obviamente es difícil tener estadísticas fiables, en él hay muchas mujeres maduras que, además de las desventajas que padecen sus compañeros, se encuentran con otras desventajas añadidas, propias del trato desigual que sufren por su sexo, y que en ocasiones acaba derivando en situaciones de violencia y acoso en el trabajo, incluido el acoso sexual, que no es una lacra privativa de las mujeres jóvenes.

Seguridad Social. Toda esta situación de desigualdades en el ámbito del empleo, formal e informal, conduce a una brecha en las prestaciones de seguridad social, que pueden ser pensiones propias de jubilación o incapacidad de cuantía mínima, pensiones de viudedad o en favor de familiares, también de magras cuantías, o prestaciones no contributivas, que por ser asistenciales se sitúan también en cuantías de subsistencia. De manera que, accedan con pensiones contributivas propias, con pensiones derivadas, o más precariamente con pensiones asistenciales, el denominador común es su baja cuantía.

Soledad y pobreza de las mujeres mayores. La escasez de sus coberturas sociales unido a la mayor esperanza de vida de las mujeres también las sitúa en su vejez en una situación muy diferente a los hombres. Los hombres mayores, con unas mejores prestaciones, están en un porcentaje muy elevado casados, o viven con su pareja, mientras que el número de mujeres mayores que viven solas supera, a partir de unas determinadas edades, al número de mujeres casadas o que viven con su pareja. En las bajas coberturas sociales y en la situación de soledad, a veces sin sostén familiar, se encuentran las principales causas de la feminización de la pobreza en las mujeres mayores, que puede llegar a frustrar necesidades básicas pues no siempre pueden permitirse una alimentación adecuada debido a una combinación de factores, como el elevado precio de los alimentos y la precariedad de sus ingresos a causa de la discriminación en el empleo, su seguridad social y su acceso limitado a los recursos.

Salud de las mujeres en edad avanzada. La salud de las mujeres maduras y mayores tiene unas necesidades de atención diferenciales con respecto a las mujeres jóvenes y a los hombres maduros. Cada vez hay más datos científicos que encuentran importantes diferencias en el modo de enfermar entre hombres y mujeres, así como en la evolución de las enfermedades o en la eficacia de los fármacos[12].

[12] Más ampliamente sobre estas cuestiones de la salud de las mujeres, VALLS LLOVET, Carme: *Mujeres invisibles para la Medicina: Desvelando nuestra salud*, Capitán Swing (Madrid, 2020).

Imagen de las mujeres en edad avanzada. El trato diferencial de las personas en atención a su aspecto físico (discriminación por aspectismo), en particular por el peso del cuerpo (gordofobia), generan estereotipos y prejuicios odiosos que las mujeres maduras viven de manera diferencial respecto a las mujeres jóvenes y a los hombres maduros. Las canas, la vejez y los cuerpos que han vivido muchos años no forman parte del ideal de belleza de nuestra sociedad. Si bien este ideal de eterna juventud también afecta a los hombres, tiene un mayor peso en las mujeres debido a las desigualdades de género. Además, la vejez de las mujeres supone el final de su edad reproductiva, lo que socialmente se liga a la pérdida del atractivo, siendo aspectos definitorios de la feminidad en unos términos tradicionales.

Todo ello hace que la identidad de las mujeres gradualmente se desdibuje con el paso de los años y pierdan valor en la sociedad. Cuando las mujeres mayores aparecen en los medios de comunicación, lo suelen hacer desde su papel secundario, en el que su sexualidad ha sido anulada, su valor social depende de su capacidad como cuidadora o abuela y se ignoran sus necesidades, inquietudes y sus proyectos vitales. Además, todos estos estereotipos influyen en nuestra actitud hacia las mujeres mayores y en lo que pensamos de ellas: desde tratarlas como torpes o tontas y ejercer cierto paternalismo sobre ellas, a infravalorar sus deseos, sus inquietudes o sus opiniones. Estas actitudes están muy ligadas a la edad y al envejecimiento, pero también están ligadas al hecho de que sean mujeres mayores.

Violencia en las mujeres de edad avanzada. Aunque los hombres mayores también pueden enfrentarse a violencia y abusos debido a su edad, las mujeres mayores, además, se enfrentan a discriminación y violencia por el hecho de ser mujeres. La violencia de género afecta a mujeres de todas las edades. Sin embargo, el riesgo de sufrir violencia de género o los efectos que esta pueda tener no son iguales para todas las mujeres, y la edad es un factor que marca diferencias en orden a sufrir unas u otras manifestaciones de violencia. En particular, en el ámbito de la violencia de pareja, la situación actual de las mujeres mayores está marcada por cuatro circunstancias: (1) la violencia suele ser de larga duración, pues ha comenzado décadas atrás, en un momento histórico en que no había conciencia de género; (2) la violencia suele estar normalizada en manifestaciones de baja intensidad; (3) la violencia se suele recrudecer en momentos puntuales, como la jubilación de la pareja o la aparición de una enfermedad; y (4) la edad se suele utilizar como herramienta de daño pues se utiliza la desvalorización de las mujeres mayores en la sociedad para dañar a la pareja con frases como "estás vieja, ya no sirves para nada".

Discriminaciones triples, o con más acumulaciones. La discriminación que sufren las mujeres de edad es, en sí misma considerada, una discriminación múltiple por razón de sexo y edad, pero no es inusual que a esas dos causas de discriminación se una tercera, o más, al sumarse una discriminación por razón de origen racial o étnico, discapacidad, grado de pobreza, orientación sexual e identidad de género, condición de inmigrante, estado civil y familiar, analfabetismo y otras causas. En particular, la situación de las mujeres mayores con discapacidad presenta problemáticas específicas porque a la soledad y bajos ingresos que padecen muchas mujeres mayores, se une la necesidad de atención y cuidados por causa de la discapacidad que no siempre encuentra un sostén familiar suficiente para su prestación, ni siempre los poderes públicos consiguen llegar a tiempo de resolver las situaciones.

Acceso a la justicia. Los prejuicios edadistas contra las mujeres a veces se cuelan en las resoluciones judiciales, y ello implica una denegación de la tutela judicial efectiva de las mujeres mayores afectadas por las motivaciones prejuiciosas de algunas sentencias judiciales. De nuevo vamos a acudir para ejemplificarlos a una STEDH de 25 de julio de 2017, Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais contra Portugal. Se trata de una ciudadana portuguesa, nacida en 1945, sometida en 1995 a una operación quirúrgica, a resultas de la cual, por un error médico, sufre incontinencia urinaria, dolor al andar y sentarse e imposibilidad de tener relaciones sexuales. La Sra. Carvalho reclamó una indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad sanitaria, que fue estimada concediendo indemnizaciones a la demandante por determinados conceptos. El Tribunal Supremo de Portugal redujo dos conceptos indemnizatorios que había concedido la Audiencia de Lisboa con los siguientes argumentos: la primera de las partidas reducidas, de 16.000€ a 6.000€, es la relativa a la necesidad de contratar una empleada de hogar para las tareas domésticas dada la dificultad de acometerlas por la incontinencia de esfínteres y el dolor al andar y sentarse porque —entre otras razones— la demandante, dada la edad de sus dos hijos, "solo debe cuidar de su esposo", no siendo necesario en consecuencia contratar a una empleada de hogar a tiempo completo; la segunda de las partidas reducidas, de 80.000€ a 50.000€, es por la pérdida de la capacidad de disfrute sexual porque —entre otras razones— la demandante, que tiene ya 50 años y dos hijos, "tiene una edad en la que el sexo no es tan importante como en los años de juventud; su significación disminuye con la edad". Considera el TEDH la existencia de una discriminación por sexo y edad al introducir prejuicios sexistas y edadistas en los razonamientos de la sentencia. En cuanto a la primera partida, porque, cuando el tribunal portugués argumenta que "solo debe cuidar de su esposo" está asumiendo la tradicional idea de que las mujeres casadas se

dedican al cuidado de su esposo y familia, como si no tuvieran otra vida que se vería afectada por las secuelas físicas. En cuanto a la segunda partida, porque, cuando el tribunal portugués afirma que la sexualidad no es importante para una mujer quincuagenaria con dos hijos como lo es para una joven, está asumiendo la tradicional idea de que la sexualidad femenina está ligada al propósito de tener hijos, ignorando la relevancia física y psicológica de la sexualidad en la realización de la mujer como persona, y omitiendo tomar en consideración las dimensiones que la sexualidad tenía para la demandante en el caso concreto. Además, el TEDH trae a colación dos asuntos decididos por el Tribunal Supremo de Portugal en los cuales, en supuestos de indemnización por errores médicos en que los demandantes eran varones quincuagenarios, se dieron indemnizaciones superiores por las dificultades en el acto sexual por ser un "tremendo shock".

Conclusiones. Los estereotipos son la puerta de entrada a la estigmatización, al etiquetado y a la conducta discriminatoria respecto de las personas mayores y en su combinación con el sexo se producen fenómenos diferentes según si se trata de mujeres u hombres. Si obviamos la realidad dispar de las mujeres mayores, cualquier medida de los poderes públicos adoptada para erradicar la discriminación por edad avanzada derivaría casi siempre en una menor eficacia con respecto a las mujeres, o sin más en una eficacia nula con respecto a las mujeres. De ahí la necesidad de aplicar la perspectiva de género en el análisis de la discriminación por edad con la finalidad de identificar interacciones entre la edad y el sexo en todos los ámbitos de la vida. Hay que tener en cuenta esa diferencia si queremos efectivamente conseguir no dejar atrás a ninguna mujer madura o mayor.

IV. Mujeres rurales

Las mujeres de las zonas rurales (se dediquen a actividades del sector primario, secundario o terciario, o a actividades domésticas, de cuidado o informales, o no se dediquen a ninguna actividad, como es el caso de las niñas) se encuentran en relación con todos los indicadores de género en peor situación que los hombres rurales, y que las mujeres y hombres urbanos: las mujeres rurales se dedican al trabajo doméstico, de cuidados e informal en mayor medida; sus trabajos son generalmente más precarios; su acceso a la propiedad de la explotación es limitado; el acceso a la Seguridad Social es difícil y, a menudo, con pensiones mínimas o prestaciones no contributivas; sufren más violencia de género; están infrarrepresentadas en la toma de decisiones; presentan dificultades de acceso a la Justicia. Se trata de una interacción entre los perjuicios de género y las

características de las zonas rurales (aislamiento geográfico), y su escaso desarrollo económico, social y cultural que conduce a la conservación de estructuras patriarcales a la vez que es un caldo de cultivo para los perjuicios ruralistas.

Además, en muchas partes del mundo, la situación de las mujeres en las zonas rurales es especialmente grave: la pobreza y la exclusión las afectan de una manera desproporcionada; se les niega el acceso a la tierra y a los recursos naturales; soportan la mayor parte de la carga de trabajo no remunerada, debido a los estereotipos, la desigualdad en el hogar y la falta de infraestructura y servicios habituales en las comunidades rurales; es más probable que no reciban educación, ni siquiera primaria; corren mayor riesgo de ser víctimas de trata con fines de explotación sexual, trabajo forzoso, matrimonio infantil y/o forzado y otras prácticas nocivas; tienen más probabilidades de enfermar, sufrir desnutrición o morir por causas prevenibles y sufrir desventajas en términos de acceso a la atención sanitaria.

Por todo lo anterior, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 1979), principal instrumento universal de los derechos de la mujer, dedicó nada menos que uno de sus artículos, el 14, a la situación de la mujer rural, estableciendo (párrafo 1) la obligación de los estados partes de tomar en cuenta los problemas especiales que enfrentan las mujeres rurales, y el importante papel que desempeñan en la supervivencia económica de sus familias, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y de tomar todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a las mujeres de las zonas rurales.

Además, enumera (en su párrafo 2, letras a-h), una lista de áreas de acción especial: participar en el desarrollo e implementación de planes de desarrollo en todos los niveles; tener acceso a servicios adecuados de atención médica, incluidos servicios de información, asesoramiento y planificación familiar; beneficiarse directamente de los programas de seguridad social; obtener todo tipo de educación y formación —académica y no académica—, incluidas las relacionadas con la alfabetización funcional, así como entre otros, los beneficios de todos los servicios comunitarios y de divulgación, para incrementar su capacidad técnica; organizar grupos de autoayuda y cooperativas con el fin de obtener igualdad de acceso a las oportunidades económicas, mediante el trabajo por cuenta propia o por cuenta propia; participar en todas las actividades de la comunidad; acceder a créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas, y recibir un trato equitativo en la reforma agraria y los planes de reasentamiento; y gozar de condiciones de vida adecuadas, en particular en vivienda, saneamiento, suministro de agua y electricidad, transporte y comunicaciones.

Estamos ante un artículo singular, visionario e inspirador. Sin embargo, está muy lejos de alcanzar su plena efectividad (como lamentablemente ocurre con toda la Convención CEDAW).

— Singular en dos sentidos: es el único artículo del Sistema de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas dedicado específicamente al mundo rural; y es el único artículo de la Convención CEDAW que se refiere a una condición específica de un grupo de mujeres. Evidentemente, los derechos reconocidos en los el Sistema de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se aplican a todos los seres humanos, ya sea que vivan o trabajen en la ciudad, o lo hagan en el campo; y, en particular, los derechos reconocidos en la Convención CEDAW, se aplican tanto a las mujeres urbanas como a las rurales. Pero no es menos cierto que las mujeres rurales tienen singularidades notadas desde los trabajos preparatorios de la Convención CEDAW, y esa es la causa de la misma existencia del artículo 14.
— Visionario, precisamente porque advirtió en un momento histórico en el que aún quedaban temporalmente lejanas las primeras teorizaciones doctrinales sobre los conceptos de discriminación múltiple e interseccional, la existencia de una interseccionalidad entre el sexo y las desigualdades tanto espaciales derivadas del aislamiento geográfico y/o las dificultades de comunicación propias de toda población rural como socioeconómicas derivadas del menor desarrollo económico, social y cultural. De esta forma se produce la intersección (discriminación interseccional) de dos sistemas de opresión (sexo/género; desigualdades espaciales/socioeconómicas), lo que significa un fortalecimiento de las estructuras patriarcales, y al mismo tiempo un caldo de cultivo para los prejuicios ruralistas.
— Inspirador, porque ha colocado el tema de la mujer rural en la agenda internacional, tanto en la agenda de igualdad de género, como en la agenda de desarrollo rural y más ampliamente, en la agenda general de Naciones Unidas. Dentro de la agenda sobre igualdad de género, el Comité CEDAW, implementado en la Convención CEDAW, dedicó una de sus recomendaciones generales, la 34 (2016), a los derechos de las mujeres rurales. La RG 34 es una declaración de vigencia universal de los derechos de las mujeres rurales, con recomendaciones para su efectividad, dirigidas a los Estados parte y cuya lectura se ajusta, al artículo 14 de la Convención CEDAW, que siempre debe ser aplicada e interpretada en conjunto con dicha RG 34. Dentro de la agenda de desarrollo rural, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los campesinos (sic) y otras personas que trabajan en las zonas

rurales (Nueva York, 2018), cuyo artículo 6 se refiere a las mujeres rurales reproduce el artículo 14 de la Convención CEDAW aunque, ampliando su contenido con una referencia al derecho al empleo digno y al derecho a la protección contra la violencia, si bien la reforma se quedó corta respecto a la algunas propuestas de organizaciones de derechos humanos, que también advirtieron sobre el uso sexista del idioma en la versión en español ("derechos de los campesinos", como acabamos recién de destacar).

¿Se ha alcanzado en España la plena eficacia de estos estándares internacionales? A nivel legislativo, la Ley Orgánica 3/2007, de 23 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, dedica específicamente un artículo, el 30, a la igualdad de género en el desarrollo rural, y a su vez, la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, por el desarrollo sostenible del medio rural, dedica otro artículo, el 8, a garantizar la aplicación transversal de la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres. Fruto de esta preocupación doblemente expresada en las leyes básicas de igualdad de género y desarrollo rural, se promulgó la Ley 35/2011, de 4 de octubre, de propiedad compartida de las explotaciones agrarias. Pero ni la existencia de leyes, ni siquiera de convenciones internacionales, garantiza la plena vigencia de los derechos en esas normas reconocidas, y menos cuando esas normas luchan contra prejuicios que, en no pocas ocasiones, inaplican las propias leyes. Un buen ejemplo de la ineficacia legal es, precisamente, la citada Ley 35/2011: a día de hoy no llegan al millar las explotaciones acogidas a esta norma según los registros autonómicos existentes. Y se podrían ofrecer más ejemplos de las carencias en la práctica[13].

V. Algunas conclusiones acerca del concepto de interseccionalidad: lo que se esclarece y lo que no está esclarecido

Con el análisis de estas concretas interseccionalidades, estamos en condiciones de avanzar algunas ideas en orden a esclarecer los conceptos de discriminación intersección contemplados en la norma comunitaria, y en el caso de la española también de la discriminación múltiple. Y es que, en estas cuatro interseccionalidades como en cualquier otra interseccionalidad en la que pudiéramos profundizar, se observan, ante todo, las causas de las resistencias en el reconocimiento de la interseccionalidad a

[13] Más ampliamente me remito a LOUSADA AROCHENA, José Fernando: "Normativa de Naciones Unidas sobre discriminación de las mujeres rurales y su implementación en España", *iQual, Revista de género e igualdad*, núm. 7, 2024. También el completo estudio de AAVV: *Perspectivas jurídicas de la igualdad de género en el entorno rural* (coord.: Silvia SORIANO MORENO), Editorial Aranzadi (Pamplona, 2021).

que hemos hecho referencia al principio de la exposición: la interseccionalidad obliga a considerar varios ejes de discriminación y es un concepto construido sobre la idea de prejuicio, mientras que las leyes de igualdad consideran un solo eje de discriminación y están construidas sobre la idea de comparación.

Ahora bien, y como hemos podido comprobar precisamente con las intersecciones analizadas, la interseccionalidad no solo es un mero sumatorio, exige algo más. "No cualquier combinación de factores permitirá identificar (a través de la interseccionalidad) un grupo (discriminado) … cabrá exigir que la discriminación de sus miembros se base en estereotipos sociales negativos, lesivos para su dignidad, que tengan un perfil propio o genuino"[14]. La interseccionalidad trata de "superar las formas contextuales o puntuales de discriminación para encontrar nexos en las estructuras o categorías (de los sistemas de opresión) que puedan explicar sus manifestaciones culturales, de clase, religiosas, etc."[15].

Si después del análisis de las intersecciones sexo con raza, discapacidad, madurez y ruralidad, releemos ahora el concepto comunitario de discriminación interseccional contenido en el artículo 3.2.a) de la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023, que está construido sobre la idea de "combinación" de dos o más causas de discriminación protegidas por el Derecho de la Unión Europea, podemos incluir en este concepto hasta tres formas de combinación:

(I) Una primera forma de combinación, la más sencilla (pues el resultado de la combinación no hace perder la identidad de las causas de discriminación combinadas que, valoradas cada una por separado, serían discriminaciones directas o indirectas), incluye aquellos supuestos en que la discriminación se apreciaría aplicando por separado dos o más causas de discriminación (lo que se suele denominar como discriminación múltiple). Como esto no aportaría nada nuevo pues al resultado de discriminación se llegaría aplicando separadamente las diversas causas de discriminación, podríamos concluir que el artículo 3.2.e) no contempla esta primera forma de combinación por reiterativa e innecesaria. Sin embargo, nos inclinamos por entenderla incluida (1) por la amplitud del concepto comunitario de discriminación interseccional, no sometido a especiales exigencias más allá de la constatación de una combinación de causas de discriminación, (2) por la dificultad de distinguir en la realidad entre esta forma de combinación y aquella otra forma de combinación que de-

[14] BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles (Maggy) / MORONDO TARAMUNDI, Dolores, "Subordinación …", obra citada.

[15] REY MARTÍNEZ, Fernando, "La discriminación…", obra citada.

termina la pérdida de la identidad de las causas de discriminación combinadas a través de la creación de una nueva causa de discriminación diferente, (3) por los efectos comunes de ambas formas de combinación (mayor sanción e indemnización) y (4) por comodidad del lenguaje pues seguramente se acabe usando discriminación interseccional para incluir todas las combinaciones posibles de causas discriminatorias.

(II) Una segunda forma de combinación sería una variante de la anterior pues su resultado tampoco hace perder la identidad de las causas de discriminación combinadas que, valoradas cada una por separado, serían discriminaciones directas o indirectas. La peculiaridad estaría en que las causas de discriminación no operarían simultáneamente en el tiempo, sino sucesivamente. Se trata de una forma de combinación cuyos efectos jurídicos son más limitados pues, para que pueda tenerlos en el ámbito de la prohibición de discriminación en que consiste el principio de igualdad de trato, las dos o más causas de discriminación deberían provenir de la misma fuente (en las relaciones laborales, ello se traduce en el mismo empleador): solo entonces se podrían agravar las sanciones o incrementar las indemnizaciones aplicando una suerte de agravante por reiteración de conductas discriminatorias (si las fuentes obligatorias de las discriminaciones combinadas fueran distintas, los principios de proporcionalidad y culpabilidad aplicables a las responsabilidades legales impedirían imputar a un empleador una mayor indemnización o una mayor sanción por la conducta discriminatoria de otro empleador diferente). Más amplios pueden ser los efectos de esta forma de combinación en el ámbito de la igualdad de oportunidades pues una medida de acción positiva puede estar justificada no solo en la discriminación padecida en el presente, también en la padecida en el pasado (esto es, el historial de discriminaciones padecidas por una persona, aunque las mismas procedan de varias fuentes diferentes).

(III) Una tercera forma de combinación, la más compleja (pues el resultado de la combinación hace perder la identidad de las causas de discriminación combinadas a través de la creación de una nueva causa de discriminación diferente a las combinadas), incluye aquellos supuestos en que, al interseccionar varias causas de discriminación, se produce una situación de discriminación que no sería detectable aplicando esas causas separadamente (lo que sería una discriminación interseccional en su sentido más estricto). De este modo, la Directiva introduce un concepto de

discriminación que, de no introducirse, impediría (o, en su caso, dificultaría) considerar existente una discriminación en un sentido jurídico.

Yendo ahora al concepto nacional de discriminación interseccional contemplado en el artículo 6.1 de la Ley 15/2022, hay dos aspectos en línea con del Derecho de la Unión Europea, y que vienen a esclarecer algo más el concepto de interseccionalidad: la adición de un inciso final a la definición según el cual la concurrencia o interactuación de causas de discriminación en que la discriminación interseccional consiste, genera "una forma específica de discriminación", y además esto se pone en contraposición con el concepto de discriminación múltiple definida como "cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta Ley".

De esta manera, el hermetismo de los conceptos manejados tanto en la norma comunitaria como en la española se comienza a difuminar, aunque quedan en el aire dos importantes cuestiones conceptuales que se manifiestan en particular en relación con la tercera de las manifestaciones aludidas.

Primera de esas importantes cuestiones conceptuales es cómo se identifica la situación de discriminación interseccional: en las dos primeras manifestaciones aludidas basta con aplicar para cada causa discriminatoria los test de comparación propios de la discriminación directa o indirecta y si dan positivo en dos o más causas, tendremos una discriminación interseccional en el sentido de la norma comunitaria, o múltiple según la terminología de la norma española; pero en la tercera de esas manifestaciones precisamente la aplicación de esos test para cada causa de discriminación por separado, lleva a la ausencia de discriminación. Salvar esta dificultad debe discurrir a través de dos claves. Una es atender a las circunstancias singulares de la combinación de dos o más causas de discriminación para verificar si producen barreras específicas de acceso a un derecho: por ejemplo, una persona inmigrante sorda que desconoce el idioma del país de acogida puede tener mayores dificultades de acceso a un derecho que una persona inmigrante, aunque desconozca el idioma, y que una persona sorda que conoce el idioma, y aún podrían ser mayores si se trata de una mujer proveniente de una cultura donde a las mujeres se les limita la comunicación con personas ajenas a su familia. La otra de esas claves pasaría por utilizar flexiblemente comparativas *ad casum*. Veamos el ejemplo de General Motors (teorizado por Creenshaw) donde se planteaba un juicio de discriminación indirecta / impacto adverso en relación con la política de despidos que afectaba mayormente a las trabajadoras de color, pero sin que separadamente se pudiera apreciar discriminación por sexo o por raza: ¿utilizamos como grupo de comparación a los trabajadores blancos, a los trabajadores de color o a las trabajadoras blancas cuando cualquiera de estos grupos puede no haberlo

en la plantilla o haberlo en cuantía no significativa? ¿usamos toda la plantilla? A nuestro juicio, la solución pasa por la aplicación de la prudencia judicial tomando las particulares circunstancias de la combinación y/o el grupo de comparación que mejor aflore la discriminación.

Segunda de esas importantes cuestiones conceptuales es cómo se puede justificar la diferencia de trato que eludiría la existencia de discriminación interseccional. En el Derecho de la Unión Europea hay causas de discriminación con test más estrictos (el sexo y el origen racial o étnico), y otros más laxos (las demás, y el más laxo la edad). ¿Debemos utilizar todos los test acumulativamente? Esto valdría si estamos ante las dos primeras manifestaciones aludidas, pero de nuevo no vale para la tercera porque supone desconocer la situación específica de discriminación en que consiste la intersección. ¿Debemos utilizar el test más estricto? Pero esto no ofrece resultados satisfactorios en muchos casos, como por ejemplo, los conflictos acerca del uso de vestimentas religiosas (como el velo islámico o el burka) donde si con carácter general utilizamos el test más estricto (el sexo y eventualmente el origen racial o étnico) frente al test más laxo (la religión), las prohibiciones de uso en el trabajo (y en la vida pública) tendencialmente serían todas discriminatorias (inhabilitando justificaciones basadas en la laicidad de los poderes públicos, la seguridad pública o una política empresarial basada en la neutralidad religiosa). ¿Debemos utilizar el test más laxo? Pero esto tiene el inconveniente de que diluiría, por ejemplo, la discriminación hacia las mujeres mayores y acaso posibilitaría la reintroducción de las distintas edades de jubilación por sexo (que el Derecho de la Unión Europea y el TJUE han dado por finiquitadas hace décadas). A nuestro juicio, la solución de nuevo pasa por la aplicación de la prudencia judicial utilizando el test de justificación más adecuado a las circunstancias, que en el caso de las prohibiciones de uso de vestimentas religiosas es el más laxo porque el factor religioso es el foco del conflicto, mientras que en el caso de las distintas edades de jubilación es el más estricto porque aquí lo esencial es el factor sexo.

En conclusión, y gracias el examen de las interseccionalidades entre el sexo con el origen racial o étnico, la discapacidad, la mayor edad y la ruralidad, hemos podido esclarecer algunos de los aspectos del concepto de discriminación interseccional que no se dejaban traslucir en una lectura por arriba de las normas comunitaria y nacional. Pero también hemos podido constatar que la parquedad de los conceptos comunitario y nacional de discriminación interseccional deja algunas cuestiones importantes todavía pendientes de su completo esclarecimiento. Sin perjuicio de haber dado nuestra opinión al respecto de cómo esclarecerlas, debemos estar pendientes de cómo la doctrina científica avanza en la discusión de esas problemáticas y, sobre todo, de cuál es la aplicación de los tribunales.

Bibliografía

AAVV: *Perspectivas jurídicas de la igualdad de género en el entorno rural* (coord.: Silvia SORIANO MORENO), Editorial Aranzadi (Pamplona, 2021).

BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles (Maggy) / MORONDO TARAMUNDI, Dolores: "Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011.

CRENSHAW, Kimberlé: "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", *University of Chicago Legal Forum*, Volume 1989, Issue 1, pp. 139-167.

— "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color", *Stanford Law Review*, Volumen 43, núm. 6 (Jul. 1991), pp. 1241-1299.

HULL, Akasha / BELL-SCOTT, Patricia / SMITH, Barbara (eds.): *All the Women Are White, All the Blacks Are Men, But Some of Us Are Brave: Black Women's Studies*, Feminist Press (New York, 1982).

LA BARBERA, María Caterina / CRUELLS LÓPEZ, Marta: "Toward the Implementation of Intersectionality in the European Multilevel Legal Praxis: B. S. v. Spain", *Law & Society Review*, Volumen 53, núm. 4, 2019.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres,* Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2014).

— *El enjuiciamiento de género*, Editorial Dykinson (Madrid, 2020).

— *Mujeres y discriminación interseccional (Un ensayo sobre las mujeres en los márgenes)*, Editorial Dykinson (Madrid, 2024).

— "Normativa de Naciones Unidas sobre discriminación de las mujeres rurales y su implementación en España", *iQual, Revista de género e igualdad*, núm. 7, 2024.

MERINO SEGOVIA, Amparo: "Las discriminaciones más comunes de las personas mayores en el trabajo", en el libro colectivo *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Fundación HelpAge Internacional España (2022), accesible en: *https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2022/10/Informe-HelpAge-2022_-La-discriminacion-de-las-personas-mayores-en-el-ambito-laboral.pdf*

MIÑARRO YANINI, Margarita: "La vulnerabilidad del trabajo femenino en el sector primario: el trabajo agrícola", en el libro colectivo *Análisis jurídico del trabajo de la mujer en la pesca* (dirs: Nora María MARTÍNEZ YÁÑEZ / Emma RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ), Bosch Editor (Barcelona, 2020).

MORA SÁNCHEZ, Inma: *Mujeres mayores: el impacto del machismo y el edadismo en su vida y sus derechos humanos*, Fundación HelpAge Internacional España (2021), accesible en *https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2022/01/HelpAge_Cuaderno-6_Mujeres-mayores.pdf*

REY MARTÍNEZ, Fernando: "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008

— "La STEDH de 8.12.2009, Muñoz Díaz vs. España: ¿un caso de igualdad general o de discriminación étnica en particular?", *Diario La Ley*, núm. 7344, 2010.

VALLS LLOVET, Carme: *Mujeres invisibles para la Medicina: Desvelando nuestra salud*, Capitán Swing (Madrid, 2020).

La violencia económica de género como forma de discriminación sexista: estado de la cuestión y retos de futuro desde la *praxis* jurídica del foro

María Concepción Torres Díaz
Profesora de Derecho Constitucional
Dpto. Estudios Jurídicos del Estado
Universidad de Alicante
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3683-3990

Sumario: I. Contextualización. II. Objetivos y metodología. III. Marco normativo-conceptual. IV. Marco jurisprudencial. V. Consideraciones finales. Bibliografía y fuentes. Doctrina.

I. Contextualización

En septiembre de 2024 las conclusiones[1] de las XII Jornadas de Abogadas y Abogados de Violencia de Género, desarrolladas entre los días 26 y 27 de septiembre en la ciudad de Toledo, y organizadas por el Consejo General de la Abogacía[2], se hacían eco de las demandas de estos profesionales especialistas en la práctica jurídica del foro en violencia de género en lo que atañe instar a que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (JVM), actualmente, Secciones de Violencia sobre la Mujer, fueran competentes para instruir los delitos de violencia económica. El objetivo —desde la *expertise* profesional de este colectivo— no era otro que garantizar la asistencia jurídica inmediata y especializada, así como la aplicación del

[1] Pueden consultarse las conclusiones de las XII Jornadas de Abogadas y Abogados de Violencia de género en la siguiente dirección url. Recuperado de: *https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2024/09/Conclusiones-XII-Jornadas-Abogados-y-Abogadas-de-Violencia-de-Genero-27-09-2024.pdf* (fecha de consulta: 19/06/2025).

[2] Consúltese la siguiente dirección url correspondiente a la web institucional del Consejo General de la Abogacía española en donde se recoge información relacionada con las XII Jornadas de Abogadas y Abogados de Violencia de género celebrado los días 26 y 27 de septiembre de 2024. Recuperado de: *https://www.abogacia.es/actualidad/agenda/xii-jornadas-de-violencia-de-genero/* (fecha de consulta: 20/06/2025).

beneficio de la asistencia jurídica gratuita a esta casuística específica. Los términos en los que se recogía la petición se reproducen a continuación:

> «Los juzgados de violencia sobre la mujer deben ser competentes para conocer de todos los delitos de impago de pensiones, en su sentido amplio, incluyendo las acciones que llevan al estrangulamiento económico de la mujer, como un medio de control y de limitación de su autonomía».

En la misma línea, la iniciativa legislativa judicial —vía art. 4.2[3] del Código Penal (CP, en adelante) [BOE-A-1995-25444]— promovida por la magistrada D.ª Lucía Avilés en 2021[4], venía a justificar la necesidad de adecuar la legislación en materia de violencia de género al momento actual en aras de atender las deficiencias y/o vacíos legislativos detectados en la normativa que le resulta de aplicación, buscando la eficacia en los procedimientos de reparación del daño (económico, social y psicológico), y en las medidas de garantía del cumplimiento de sentencias ante delitos de violencia económica contra las mujeres. La iniciativa legislativa judicial de la magistrada Avilés demanda la introducción de un tipo específico en la legislación penal para abordar la violencia económica de género. Especial atención cabría prestar al FJ. 10º de la sentencia de 22 de julio de 2021 del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Mataró (Barcelona) en donde se recoge el razonamiento jurídico y la fundamentación para instar vía art. 4.2 del CP la modificación penal propuesta. Recuerda la magistrada el contenido del párrafo 1 del art. 4 del CP en donde se prohíbe la aplicación de las leyes penales a casos distintos a los comprendidos expresamente en su tipificación penal. Significa como dicha prohibición forma parte del principio de legalidad penal (Velarde, 2014)[5]. Esto es, la prohibición de la analogía o exigencia de *lex stricta*. No obstante, se hace eco —al caso objeto de estudio— del contenido de los apartados 2 y 3 de dicho precepto penal. Significa que:

> «(…) en el caso de que un Juez (Jueza) o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal».

---

[3] La dicción literal del art. 4.2 del CP es del siguiente tenor: «*2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera se objeto de sanción penal*».

[4] Puede consultarse la información en prensa sobre la iniciativa legislativa judicial promovida por la magistrada Lucía Avilés en la siguiente dirección url. Recuperado de: *https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20250222/aviles-jueza-violencia-economica-pacto-114459964* (fecha de consulta: 22/07/2025).

[5] Sobre el principio de legalidad penal, véase Velarde Rodríguez, J. A. (2014). El principio de legalidad en el Derecho Penal. En *Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, vol. 12, n.º 13*, pp. 225-242.

En este contexto normativo-penal la magistrada justifica la iniciativa legislativa judicial en el marco de la relación factual del enjuiciamiento de un delito de abandono de familia en su modalidad de impago de pensiones en un contexto de violencia de género. Precisa —derivado de su *expertise* y conocimiento de casos— que:

> «(...) Esta categoría delictiva (...), en muchas ocasiones, se muestra en el enjuiciado como una manifestación de violencia de género ("violencia económica de género"). Esta categoría delictiva no está reconocida como tal en el Código Penal, debiéndose advertir que no solo queda circunscrita al impago reiterado e injustificado de pensiones alimenticias establecidas por resolución judicial en casos de separación o divorcio, sino que se extiende en la práctica (...) a la conducta que tiende a obstaculizar la disposición de recursos propios o compartidos en el núcleo familiar o de pareja (por ejemplo, la vivienda en caso de afección hipotecaria, STS, Sala 2ª, Pleno 348/2020, de 25 de junio), y en la apropiación ilegítima de bienes de la mujer».

Entre los argumentos y razones que llevan a la magistrada Avilés a instar la tipificación penal del delito de violencia económica de género como delito autónomo resulta importante reseñar sucintamente los siguientes:

- Primero. Se trata de una forma de violencia cuya prevalencia es muy alta con una tendencia a cronificar y agravar la situación de violencia de género general. Además, constituye una barrera para que las mujeres puedan salir de la situación de violencia.
- Segundo. Se está ante una privación intencionada y no justificada de recursos para el bienestar físico o psicológico de la mujer y sus hijos e hijas, pudiéndose manifestar en el impago reiterado e injustificado de pensiones alimenticias en caso de separación o divorcio, en la obstaculización de la disposición de recursos propios o compartidos, así como en la apropiación ilegítima de bienes de la mujer.
- Tercero. El delito de impago de pensiones como modalidad específica de violencia económica de género no está tipificado expresamente dentro de las modalidades de violencia de género en el CP, donde sí se prevé un delito con carácter genérico de impago de pensiones alimenticias (art. 227 CP).
- Cuarto. La violencia económica de género tiene como finalidad controlar el acceso de la mujer a los recursos económicos, disminuyendo su capacidad para mantenerse a sí misma y a sus hijos e hijas, erigiéndose en un claro «instrumento de poder» que deja a la mujer y sus hijos e hijas a merced de las decisiones del abusador económico.

- Quinto. Según los datos de la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer de 2019[6] un 11,5% de las mujeres de más de 16 años ha sufrido en algún momento de su vida este tipo de abuso de poder socio-sexual, económico y patrimonial (Muñoz, 2023)[7]. Por tanto, cabe advertir una alta prevalencia.
- Sexto. La violencia económica de género es un fenómeno complejo en donde puede darse este tipo de violencia de forma aislada o, lo que es más común, en conexión con otros actos de violencia y/o abusos de poder. Se hace hincapié en el gran impacto en la salud mental y bienestar psicológico de las mujeres, pudiendo condicionar el bienestar y desarrollo emocional y educativo de los hijos e hijas.
- Séptimo. El «abuso económico», «abuso financiero» o «coerción económica» son ejemplos de violencia económica de género en donde se observa un fuerte componente de género y/o abuso de poder socio-sexual.
- Octavo. Junto a las ya citadas, otras modalidades de violencia económica en el ámbito relacional de la pareja o expareja podrían ser: la «explotación económica» de la mujer cuando el agresor le priva de la posibilidad de disponibilidad de su propio sueldo o la obliga a trabajar en la empresa familiar sin derecho a salario ni prestaciones sociales, así como el «sabotaje laboral» que frena las expectativas laborales de la mujer mediante la imposición de tareas de cuidado y roles asociados al sexo femenino y a la maternidad.
- Noveno. La violencia económica de género —como otras modalidades o manifestaciones de violencia contra las mujeres— no termina, en líneas generales, una vez finalizada la relación sentimental, ya que es frecuente su utilización como instrumento de control y coerción de la mujer a través del impago de cargas hipotecarias u otras deudas adquiridas constante el matrimonio, así como el impago de pensiones alimenticias (ya citada), u otro tipo de prestaciones acordadas judicialmente.

La justificación de la petición realizada por la magistrada Avilés cobra relevancia jurídica y sustento argumental al observar coincidencias con otros estudios e informes específicos sobre la materia, tales como: (a) la Estrategia estatal para combatir las violencias machistas (2022-2025)[8],

---

[6] Consúltese Subdirección General de Sensibilización, Prevención y Estudios de la Violencia de Género (2019). *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019*. Ministerio de Igualdad. Documento en línea. Recuperado de: *https://violenciagenero.igualdad.gob.es/macroencuesta2015/macroencuesta2019/* (fecha de consulta: 12/07/2025).

[7] Sobre la violencia patrimonial conyugal resulta interesante el estudio de Muñoz Palacios, M. B. et. al. (2023). La violencia patrimonial conyugal como factor influyente en el manejo de las emociones. En *Revista Killkana Sociales, vol. 7, n.º 2,* pp. 107-122 (Universidad Católica de Cuenca).

[8] Véase Delegación del Gobierno contra la violencia de género (2022). *Estrategia estatal para combatir las violencias machistas 2022 a 2025.* Ministerio de Igualdad. Documento en línea.

así como (b) la Macroencuesta —ya referenciada— de violencia contra la mujer de 2019. La lectura de sendos documentos permite advertir que la violencia económica de género es la tercera manifestación más frecuente de violencia de género (detrás de la violencia emocional y psicológica de control), y que entre las manifestaciones más habituales se encuentra la prohibición del hombre a la mujer en la toma de decisiones sobre la economía familiar, la prohibición de realizar compras de forma autónoma, el uso de la tarjeta de crédito de la mujer por parte del hombre sin consentimiento de esta, el impago de pensiones, el impago de cuotas hipotecarias, etc.

Junto a los dos documentos citados en el párrafo anterior, otro documento relevante sobre la materia es el Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral por las Audiencias Provinciales[9], elaborado por el Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) publicado en 2016 en donde se conceptualiza el impago de pensiones como un delito de violencia de género. Se indica que —en contextos de violencia de género— se trata de un delito de carácter económico «*(...) por el que el obligado al pago niega a la mujer el derecho que le corresponde por resolución judicial al cobro de lo fijado en sentencia o acordado en convenio de mutuo acuerdo*». Asimismo, se reconoce la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para conocer de este tipo delictual en el marco del art. 87.*ter* LOPJ al estar incluido el impago de pensiones dentro de los delitos contra los derechos y deberes familiares (art. 227 CP).

Más reciente en el tiempo, se hace necesario reseñar el contenido del Informe de la Subcomisión para la renovación y actualización del Pacto de Estado en materia de violencia de género (núm. expte. 54/3)[10] del Congreso de los Diputados-as aprobado el 26 de febrero de 2025 de cuya lectura se colige que no solo la magistrada Avilés demanda la tipificación específica de la violencia económica de género, sino que otros operadores jurídicos como el magistrado del Tribunal Supremo Sánchez Melgar[11] también hacen lo propio. En su comparecencia ante sus señorías recuerda la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) del magis-

---

Recuperado de: *https://violenciagenero.igualdad.gob.es/planes-actuacion/estrategiasestatales/estrategia-2022-2025/* (fecha de consulta: 17/07/2025).

[9] Véase CGPJ (2016). *Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral por las Audiencias Provinciales.* Documento en línea. Recuperado de: *https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/AN%C3%81LISIS%20DE%20LA%20ACTIVIDAD%20JUDICIAL/ESTUDIOS%20Y%20ENCUESTAS/ESTUDIOS/FICHERO/20160331%20Estudio%20sobre%20la%20aplicaci%C3%B3n%20de%20la%20Ley%20integral%20contra%20la%20violencia%20de%20g%C3%A9nero%20por%20las%20AAPP.pdf* (fecha de consulta: 17/07/2025).

[10] Puede consultarse el Informe de la Subcomisión para la renovación y actualización del Pacto de Estado en materia de violencia de género de 26 de febrero de 2025 en la siguiente dirección url. Recuperado de: *https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/D/BOCG-15-D-290.PDF* (fecha de consulta: 22/07/2025).

[11] Puede consultarse el contenido de la comparecencia del Magistrado D. Julián Sánchez Melgar en el Informe de la Subcomisión de la renovación del Pacto de Estado contra la violencia de género de 2025, pp. 24-26.

trado Magro Servet de 2021 en donde se consolida jurisprudencialmente, por primera vez, el concepto de violencia económica[12]. Desde este marco conceptual-jurisprudencial insta a modificar el art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, con el fin de incluir este tipo de violencia. En la misma línea, considera necesario reforzar los apartados relativos a la violencia económica del art. 227 y siguientes del CP con relación al impago de pensiones y el alzamiento de bienes. En los mismos términos —sobre la violencia económica— se produce la comparecencia de la magistrada García Domínguez[13] en representación de la Asociación de Mujeres Juezas de España (AMJE). Aboga por la necesidad de delimitar normativamente la violencia económica de género como se ha hecho con la violencia vicaria en aras de que la respuesta penal sea efectiva. Precisa que a nivel interno, en España, el impago de pensiones está tipificado en el art. 227 CP, siendo la jurisprudencia la que lo ha venido a considerar como un tipo de violencia económica, pero en el marco de la violencia psicológica, sin otorgarle, hasta la fecha, entidad propia.

II. Objetivos y metodología

Realizadas las consideraciones anteriores que permiten contextualizar la situación actual relativa al impacto de la violencia económica en contextos de violencia de género y, la discusión jurídica que plantea la

[12] Véase la STS 239/2021 (Sala 2ª), de 17 de marzo. El FJ. 4, en su apartado 30 delimita jurisprudencialmente la violencia económica en los siguientes términos: «*(...) Existe prueba bastante y suficiente para entender concurrente el delito de alzamiento de bienes ocultando y dificultando las posibilidades de cobro de deudas, y existe delito de impago de pensión alimenticia que puede configurarse como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial. Y ello, al punto de que si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlos, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo*». El Tribunal Supremo habla en esta sentencia de «violencia económica» cuando se producen impagos de pensiones alimenticias. Precisa —y esto es importante a tenor del presente estudio— «*(...) que no debería exigirse ni por ley ni por resolución judicial, sino que debería cumplirse por el propio convencimiento del obligado a cubrir la necesidad de sus hijos; todo ello desde el punto de vista del enfoque que de obligación de derecho natural tiene la obligación al pago de alimentos*». A mayor abundamiento el Tribunal Supremo insta al legislador a que configure una obligación ex lege a fin de que sean los tribunales los que resuelvan este tipo de conflictos que, en palabras del Alto Tribunal «*(...) no deberían existir, por la exigencia moral y natural del progenitor obligado a no dejar desabastecidas las necesidades de sus propios hijos*». El Alto Tribunal sienta un precedente importante con esta sentencia en la medida en que a falta de regulación legal equipara el impago de pensiones alimenticias con un delito de violencia económica, constituyendo un claro ejemplo de proactividad judicial que permite visibilizar otras facetas de la violencia de género como la económica pudiéndose ser descrita como una forma de abuso económico en un contexto de asimetría de poder socio-sexual en tanto que busca someter a la mujer y, por extensión, a los hijos e hijas en común.

[13] Puede consultarse el sentido de la comparecencia de la Magistrada D.ª Cira García Domínguez en el Informe de la Subcomisión de la renovación del Pacto de Estado contra la violencia de género de 2025, pp. 26-29.

temática ante una ineficiente concreción normativa y, en líneas generales, respuesta judicial, procede referenciar los objetivos del presente estudio, así como la metodología seguida en su desarrollo.

En lo que atañe a los objetivos, resumidamente, cabrían citar los siguientes:

- Objetivo 1. Visibilizar situaciones de desigualdad estructural del sistema sexo-género en contextos de violencia de género ante la ineficaz respuesta jurídica, específicamente, en el ámbito penal. Repárese en la redacción del art. 227 del CP en lo que concierne al delito de impago de pensiones.
- Objetivo 2. Identificar impactos discriminatorios por sexistas en la dimensión práctica de determinados preceptos cuando la interpretación y aplicación normativa no tiene en cuenta la perspectiva sexo-género como metodología jurídica. Téngase en cuenta que, actualmente, la violencia económica de género no tiene entidad jurídica por sí misma.
- Objetivo 3. Detectar lagunas o vacíos normativos en contextos de violencia de género teniendo en cuenta las características de este tipo de violencia y su vinculación con el poder socio-sexual del sistema sexo-género.
- Objetivo 4. Referenciar la jurisprudencia sobre la materia más reciente en donde cabe advertir un cambio de paradigma en el abordaje jurídico de la violencia económica de género.
- Objetivo 5. Evaluar las propuestas de mejora normativa instadas desde distintos sectores y, específicamente, realizadas por integrantes del poder judicial en aras de determinar su eficacia normativa.

A nivel metodológico se trata de una investigación jurídica, analítica y descriptiva que parte de un enfoque crítico sobre el marco normativo y jurisprudencial actual y su impacto en el tratamiento jurídico de la violencia económica de género. Se trata, en esencia, de una investigación cualitativa en donde la revisión de los precedentes normativos y jurisprudenciales, así como su evolución arrojan elementos claves para contextualizar las propuestas normativas de mejora que se articulan. No obstante, a nivel cuantitativo la investigación jurídica tiene en cuenta los datos estadísticos de determinadas fuentes institucionales confiables, tales como el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Ministerio Fiscal (MF), Instituto Nacional de Estadística (INE), Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer dependiente del Ministerio de Igualdad, entre otros.

III. Marco normativo-conceptual

El marco normativo-conceptual en donde cabe insertar el abordaje jurídico de la violencia económica de género obliga a tener en cuenta, con carácter general, los elementos que diferencian la violencia de género (Lorente, 2007)[14] de cualquier otro tipo de violencia interpersonal. Todo ello en aras de extrapolar dichas características a este ámbito delictual específico (Maqueda, 2006[15]; Laurrari, 2018[16]). Desde este prisma analítico resulta pertinente dar una definición de violencia económica de género, así como resulta factible identificar los elementos que —en el marco de la tutela antidiscriminatoria— caracterizan este tipo de violencia, y cuáles son sus manifestaciones más habituales.

Comenzando por la primera cuestión, esto es qué elementos diferencian la violencia de género de cualquier otro tipo de violencia interpersonal (Torres, 2022)[17], cabe destacar que se trata —como evidencian investigaciones previas— de la manifestación más violenta de la desigualdad estructural, supone una forma de discriminación del sistema sexo-género (Torres, 2020)[18] en el ámbito relacional (y, no solo), y tiene como resultado la vulneración específica de derechos humanos (Aizpún, 2024)[19] de las mujeres, a saber: derecho a la vida, integridad física y moral, igualdad y no discriminación, derecho a la intimidad, libertad de expresión, derecho a la educación, derecho al trabajo, derecho a la tutela judicial efectiva, etc. En lo que atañe a las características específicas de la violencia de género —en cualquiera de sus manifestaciones y extensible a la violencia económica— resulta importante resaltar que se está ante un tipo de violencia que no es bidireccional, que tiene como finalidad el control y la dominación de la mujer (y, no tanto el resultado lesivo de la acción), que suele ser extendida y continuada en el tiempo, racionalizada, controlada, mediatizada y dirigida, como se ha comentado, a perpetuar el control sobre la víctima constituyendo un ámbito específico de control en el ámbito relacional de la pareja o expareja: control económico.

---

[14] Lorente Acosta, M. (2007). El concepto "integral" en la violencia de género. En *Estudios de derecho judicial, n.º 139,* pp. 17-48.

[15] Maqueda Abreu, M. L. (2006). La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social. En *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica, n.º 08-02*, pp. 02:1-02:13.

[16] Larrauri, E. (2018). *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Trotta, pp. 152.

[17] Torres Díaz, M. C. (2022). Marco normativo específico sobre la violencia contra las mujeres. En Heras González, P. (2022). *Manual para la prevención de la violencia de género.* Castellón de la Plana: Universidad Jaume I de Castellón, pp. 41-80.

[18] Torres Díaz, M. C. (2020). Violencia de género: dimensión constitucional, consideraciones críticas y estado de la cuestión. En San Segundo Manuel, T. (coord.) (2020). *A vueltas con la violencia: una aproximación multidisciplinar a la violencia de género.* Madrid: Tecnos, pp. 193-230.

[19] Aizpún, T. (2024). Derechos humanos y mujer en el occidente actual. En Nuño Gómez, L. y Fernández Montes, L. (dirs.). *La violencia contra las mujeres en el siglo XXI: derechos, cultura e inteligencia artificial.* Madrid: Comares, pp. 47-66.

A nivel normativo, la delimitación conceptual de violencia de género como forma de discriminación sexista ha venido recogiéndose en diferentes textos a nivel internacional. En este sentido, conviene precisar que no todos los documentos aluden de forma específica a la violencia económica de género como manifestación específica de violencia de género. No obstante, una extrapolación del conjunto de elementos definitorios sí permiten encuadrar la violencia económica como manifestación específica de este tipo delictual.

A tenor de lo expuesto, se hace necesario extractar el concepto de discriminación contra la mujer que muy tempranamente se reconoce en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979) [BOE-A-1984-6749][20]. La dicción literal de su art. 1 es del siguiente tenor:

> «(...) la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera».

Como se ha comentado, si bien es cierto, que no se alude de forma expresa a la violencia económica de género sí se recoge como forma de discriminación sexista cualquier distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga como objeto o resultado menoscabar o restringir los derechos de las mujeres y sus libertades en distintas esferas, incluida expresamente la económica.

Avanzando en el tiempo hay que esperar hasta 1993 cuando, a nivel internacional, se cuenta con un concepto amplio de violencia contra las mujeres adoptado en el seno de las Naciones Unidas. La delimitación conceptual que se recoge en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de la Asamblea General de Naciones Unidas[21] supuso, por primera vez, dar nombre a un tipo de violencia sufrida por las mujeres a nivel global fruto del desigual reparto de poder socio-sexual. Repárese que se conceptualiza como tal «*(...) todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o*

[20] Consúltese la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979) en la siguiente dirección url. Recuperado de: *https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-6749* (fecha de consulta: 10/08/2025).

[21] Consúltese la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 48/104, del 20 de diciembre de 1993) en la siguiente dirección url. Recuperado de: *https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women* (fecha de consulta: 17/08/2025).

la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la privada». Préstese especial atención al resultado de los actos de violencia contra la mujer en cuanto se habla de daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. Desde este marco, no cabe duda que la violencia económica produce un considerable daño o sufrimiento psicológico, así como un claro empobrecimiento con lo que implica de merma o privación de libertad, en este caso, económica. Recuérdese a Posada[22] (2023) cuando insta a «*pensar la pobreza*» desde la posición situada de las mujeres como problema epistemológico, recordando que la pobreza «*consiste principalmente en privación radical de libertad individual y de autonomía*». A mayor abundamiento, téngase en cuenta la dicción literal del art. 2 de la propia Declaración, por cuanto reconoce como manifestaciones específicas la violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluyendo la violencia relacionada con la dote con un marcado carácter económico, así como la violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en donde se incluye el acoso y la intimidación sexual en el trabajo, sin olvidar cualquier tipo de violencia perpetrada o tolerada por el Estado.

En el ámbito internacional-regional resulta de especial importancia el reconocimiento específico sobre la violencia económica de género que se incluye en el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 [BOE-A-2014-5947][23]. El apartado a) del art. 3 dispone textualmente:

> «a) Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o puedan implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada».

Como se ha comentado, este es uno de los primeros textos normativos a nivel internacional-regional en donde se reconoce la violencia económica como manifestación específica de violencia de género.

También en el ámbito internacional-regional cabe citar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994)[24]. En este documento norma-

---

[22] Posada Kubissa, L. (2023). *Feminismos: lugares y ecos.* Gradana Comares editorial, p. 9.

[23] Consúltese el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 en la siguiente dirección url. Recuperado de: *https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947* (fecha de consulta: 22/08/2025).

[24] Por su interés a efectos del presente estudio, consúltese el contenido de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de

tivo no se alude a la violencia económica de forma expresa, pero sí cabe su extrapolación al reconocer como violencia contra las mujeres el sufrimiento psicológico derivado de una acción o conducta basada en el género perpetrada en el ámbito familiar o comunitario, así como perpetrada o tolerada a nivel estatal. De nuevo, es el sufrimiento psicológico el que permite englobar la violencia económica en contextos de violencia de género como manifestación específica vía interpretativa de este tipo de violencia.

En el ámbito de la Unión Europea la Directiva (UE) 2024/1385, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [DOUE-L-2024-80770][25] ha supuesto —con sus limitaciones— un paso importante a la hora de delimitar el concepto de violencia contra las mujeres a nivel europeo. Téngase en cuenta las reticencias de ciertos países a reconocer la naturaleza machista (Lorente, 2024)[26] de este tipo de violencia, y su importancia desde el punto de vista de la *praxis* jurídica del foro a la hora de que se puedan materializar derechos y consensuar mecanismos de protección hacia las víctimas. Como cabe aventurar la norma europea cobra un lugar protagónico. Piénsese en la discusión jurídica inacabada (Nuño, 2024)[27] a la hora de definir qué es violencia de género, qué elementos resultan troncales para su identificación (ámbito objetivo y subjetivo de aplicación), y en qué términos se diferencia de cualquier otro tipo de violencia interpersonal (Torres, 2024)[28]. Aspecto —este último— que para las teorías jurídicas feministas y *pro* derechos humanos justifican un tratamiento específico y especializado. A nivel conceptual el art. 2, en su apartado a), preceptúa:

> «Violencia contra las mujeres: todo acto de violencia de género dirigido contra una mujer o una niña por el hecho de ser mujer o niña, o que afecten de manera desproporcionada a mujeres y niñas, que causen o sea probable que causen daños o sufrimientos de naturale-

Belém do Pará, 1994) en la siguiente dirección url. Recuperado de: *https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html* (fecha de consulta: 20/08/2025).

[25] Consúltese la Directiva (UE) 2024/1385, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica en la siguiente dirección url. Recuperado de: *https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-80770* (fecha de consulta: 22/07/2025).

[26] Lorente Acosta, M. (2024). La refundación del machismo y la reactualización de la violencia contra las mujeres. En Nuño Gómez, L. y Fernández Montes, L. (dirs.). *La violencia contra las mujeres en el siglo XXI: derechos, cultura e inteligencia artificial.* Madrid: Comares, pp. 83-104.

[27] Nuño Gómez, L. (2024). ¿Hacia un cambio de paradigma en la normativa comunitaria en materia de derechos humanos? Examen de la Directiva 2024/1385 sobre la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. En Nuño Gómez, L. y Fernández Montes, L. (dirs.). *La violencia contra las mujeres en el siglo XXI: derechos, cultura e inteligencia artificial.* Madrid: Comares, pp. 105-132.

[28] Torres Díaz, M. C. (2024). Directiva (UE) 2024/1385, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [DOUE-L-2024-80770]. En *AIS: Ars Iuris Salmanticensis, 12(2),* 119-125.

za física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la vida privada».

Repárese como la directiva europea sí identifica (y, amplía) de forma expresa la violencia económica como manifestación específica de la violencia de género en contextos de clara asimetría de poder socio-sexual.

Entrando en el ámbito jurídico español la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género [BOE-A-2004-21760][29], pese a ser declarada como una norma atrevida y pionera (en el ámbito internacional) a efectos de cuestionar la neutralidad socio-sexual de la normativa que históricamente ha venido tratando de abordar la violencia contra las mujeres en el ámbito afectivo-convivencial, dejó fuera en su delimitación conceptual referencia alguna a la violencia económica. Su art. 1 es del siguiente tenor:

> «1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quiénes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectivad, aun sin convivencia.
>
> 2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.
>
> 3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.
>
> 4. La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero».

La lectura del precepto anterior obliga a reseñar varias cuestiones. En primer lugar, la importancia de la delimitación conceptual de la violencia de género como una forma de discriminación del sistema sexo-género, como la manifestación más brutal de la desigualdad de mujeres y hombres, y como una vulneración específica de los derechos humanos. De ahí la relevancia desde el punto de vista *iusfeminista* (Barrère, 2008[30]; Torres,

[29] Consúltese la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia en la siguiente dirección url. Recuperado de: *https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760* (fecha de consulta: 17/07/2025).

[30] Barrère Unzueta, M. A. (2008). Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación. En Mestre i Mestre, R. (2008). *Mujeres, derechos y ciudadanías.*

2018[31]) de la dicción literal del apartado 1 del art. 1 a la hora garantizar un abordaje integral específico y especializado. En segundo lugar, es de significar el reconocimiento como víctimas directas de la violencia de género a las y los menores en dicho contexto. Téngase en cuenta que no fue hasta 2021 cuando se modifican —en los términos actuales— los apartados 2 y 4 del artículo mentado (Camacho et. al., 2024)[32]. Por último, repárese en el contenido textual del apartado 3 en donde el precepto recoge las distintas manifestaciones de la violencia de género que entran dentro del ámbito objetivo de aplicación de la ley integral, a saber: acto de violencia física, sexual o psicológica, sin referencia expresa a la violencia económica como forma específica de violencia de género. De ahí las propuestas de reforma referenciadas en la introducción de este estudio.

En el ámbito de protección a la infancia y adolescencia es clave la cita de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia [BOE-A-2021-9347]. La lectura del párrafo 2 del art. 1 que regula el objeto de la ley resulta obligado. Dispone textualmente:

> «2. A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital».

Préstese atención —a la hora de identificar manifestaciones de violencia de género— a la alusión que se recoge en la ley sobre acción, omisión o trato negligente y sus efectos en la medida en que «*priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar*». No cabe duda que el impago de pensiones se subsume en la delimitación normativa —en sentido amplio— que se recoge en este precepto en materia de protección a la infancia y adolescencia frente a cualquier tipo de violencia.

En el ámbito normativo autonómico son varias las leyes que en el ámbito territorial propio y competencial específico reconocen normativamente la violencia económica como forma específica de violencia de género. Sirva como ejemplo la Ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la Violencia de Género en Castilla-León [BOE-A-2010-20072]. El art. 2 de la norma citada es clave en la medida en que define la violencia de género y recoge diferentes formas de este tipo de violencia. En lo que atañe a la

Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 45-72.

[31] Torres Díaz, M. C. (2018). Iusfeminismo, género y discurso jurídico: análisis desde la praxis y estado de la cuestión. En *Revista Pensamiento Constitucional, vol. 23*, pp. 205-240.

[32] Camacho Pescador, M. C. et. al. (2024). Violencia vicaria: una manifestación de la violencia machista. En *Revista Sanitaria de Investigación, vol. 5, n.º 9*, 2024.

definición normativa de violencia de género sigue la delimitación normativa de la ley integral estatal de 2004. No obstante, es en la enumeración del elenco de formas o expresiones de violencia de género recogidas en el apartado 2 del art. 2 donde se incluye la violencia económica junto a la violencia física, psicológica, sexual, el tráfico y trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, la violencia originada por la aplicación de tradiciones culturales que atenten o vulneren derechos humanos, el acoso sexual, el acoso laboral por razón de género, etc.

Significativa resulta la definición de violencia económica recogida en el epígrafe d) del apartado 2 del art. 2, a saber:

> «d) Violencia económica, que consiste en la privación intencionada y no justificada legalmente de los recursos necesarios para el bienestar físico o psicológico de las mujeres y personas dependientes de las mismas, así como la discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito familiar o de pareja».

Repárese en los siguientes aspectos de la definición normativa: «privación intencionada» y «no justificada legalmente» de recursos necesarios para el bienestar físico o psicológico de las mujeres. Téngase en cuenta la alusión —en tanto que trato desigual y perjudicial— a la discriminación que supone el tener limitaciones (o prohibiciones) en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito familiar o de pareja.

En los mismos términos cabría hablar a la hora de analizar la definición de violencia de género recogida en la Ley 7/2012, de 23 de noviembre, integral contra la violencia sobre la mujer en el ámbito de la Comunitat Valenciana [BOE-A-2012-14978]. Dos preceptos de la norma citada resultan centrales, a saber: el art. 2 en donde se delimita normativamente qué es violencia sobre la mujer, así como el art. 3 en donde se recoge un elenco de manifestaciones de violencia sobre la mujer. Señalado lo anterior, préstese especial atención a la delimitación normativa de violencia sobre la mujer recogida en el art. 2.1 mentado. Dispone textualmente:

> «Artículo 2. Concepto de violencia sobre la mujer.
>
> 1. A los efectos de esta ley, se entiende por violencia sobre la mujer todo comportamiento de acción u omisión por el que un hombre inflige a la mujer daños físicos, sexuales, psicológicos y/o económicos basados en la pertenencia de esta al sexo femenino, como resultado de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres; así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada (...)».

La lectura del precepto anterior resulta de interés en la medida en que se observa como es la propia delimitación normativa de la violencia sobre la mujer la que alude a una conducta activa u omisiva realizada por

un hombre sobre una mujer que produzca daños físicos, sexuales, psicológicos y/o económicos. Se aprecia como los daños económicos en un contexto de clara asimetría socio-sexual cobran entidad por sí mismos en el precepto analizado, sin necesidad de tener que extrapolarlos de los daños psicológicos como ha venido siendo una constante a nivel normativo. Préstese especial atención a la naturaleza machista de este tipo delictual cuando se alude a la «pertenencia al sexo femenino» de la víctima y a su lectura social en tanto justificación de la desigualdad estructural de las mujeres.

Abundando más en la materia el art. 3 de ley contra la violencia de género de la Comunitat Valenciana enumera un elenco de manifestaciones de violencia sobre la mujer. Entre dichas manifestaciones, en tanto conducta activa u omisiva, se encuentra la violencia física, sexual, psicológica, económica, el tráfico de mujeres y niñas, los matrimonios forzosos, el aborto y esterilización forzosa, etc. En lo que atañe a la violencia económica la definición que se recoge en el apartado 4 del art. 3 es la siguiente:

> «4. Violencia económica: se considera violencia económica, a efectos de esta ley, toda limitación, privación no justificada legalmente o discriminación en la disposición de sus bienes, recursos patrimoniales o derechos económicos, comprendidos en el ámbito de convivencia de la pareja o en los casos de ruptura de la relación».

De nuevo el precepto hace referencia a limitación, privación no justificada legalmente o discriminación en la disposición de bienes o recursos patrimoniales, así como derechos económicos. Signifíquese el ámbito relacional en el que el precepto reconoce este tipo de violencia cuando lo circunscribe al ámbito de la pareja o expareja desde el punto de vista del ámbito subjetivo de aplicación de la norma.

A tenor de lo comentado a nivel normativo y conceptual, se podría colegir que la violencia económica en contextos de violencia de género se erige en táctica de control del agresor varón (Caro, 2021)[33] sobre la mujer en la medida en que se prohíbe o dificulta el acceso de la mujer a los recursos económicos o a las decisiones importantes sobre ellos. Desde este prisma de análisis se está ante una de las mayores manifestaciones de la desigualdad estructural del sistema sexo-género en el ámbito relacional de la pareja o expareja, y supone una forma de discriminación sexista que suele comenzar de manera muy sutil, perpetuándose en el tiempo con el propósito ganar poder y relevancia socio-sexual del agresor-varón sobre la víctima.

En párrafos anteriores se ha hecho referencia a manifestaciones concretas de violencia económica de género tales como: (a) Control econó-

[33] Caro Herrero, G. (2021). Reflexiones sobre la concurrencia de la violencia económica en el contexto de familia: impacto y mecanismos para su neutralización. En *Revista Boliviana de Derecho, n.º* 32, pp. 124-149.

mico: esto es, acciones dirigidas a impedir que la víctima acceda, tenga información o pueda tomar decisiones sobre el dinero propio o familiar; (b) Sabotaje laboral: conductas que impiden a la mujer acceder, desarrollar o conservar el empleo; (c) Explotación económica: acciones o conductas consistentes en la apropiación o destrucción intencionadamente de los recursos económicos, patrimoniales o de crédito de las víctimas; (d) Impago reiterado o injustificado de prestaciones entre las que se encuentran las pensiones alimenticias, compensatorias, cuotas hipotecarias, etc., decretadas judicialmente tras una separación o divorcio, o acordadas en convenio regulador, etc.

Se trata de un tipo de violencia machista invisibilizada (Palazón, 2021)[34], normalizada y muy extendida en su alcance y duración. Como se ha comentado, se da normalmente junto a otras manifestaciones, especialmente, junto a la violencia psicológica de control o violencia física. Además, es ejercida contra la mujer de forma intencionada para controlar y limitar su acceso libre a recursos económicos (rentas, bienes, propiedades, etc.) propios o de la unidad familiar. Entre los efectos que produce se observa el menoscabo o anulación de la capacidad económica de la mujer para mantenerse a sí misma y/o personas a ella dependientes, principalmente, hijos e hijas. Y, finalmente, constituye una estrategia del agresor para dificultar la salida de la situación de violencia por parte de la mujer.

Sobre la afectación psicológica de este tipo de violencia ha sido el magistrado Magro Servet[35] (2025) el que ha venido a vincularla directamente con la violencia psicológica *«(...) ya que el control económico y la no satisfacción de los medios económicos a la víctima le provoca una violencia psicológica causante de depresión, estrés, ansiedad e incremento de la relación de dependencia emocional de la víctima que provoca que no pueda tomar la decisión de romper la relación de pareja e instar el divorcio (...)»*.

A tenor de lo expuesto a nivel normativo y conceptual cabe inferir que nos encontramos —en España— con un marco jurídico de abordaje confuso, inespecífico y errático desde un análisis metodológico sensible al género. Repárese, por ejemplo, que ante situaciones de sabotaje laboral la única vía jurídica factible sería subsumirlo en un delito de coacciones[36].

---

[34] Palazón Garrido, M. L. (2021). La violencia económica como forma invisible de violencia de género. En Tomás Martínez, G. et. al. (coords.) (2021). *Mujer como motor de innovación jurídica y social.* Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 529-548.

[35] Magro Servet, V. (2025). La violencia económica en el contexto de la violencia de género. Su reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En *Diario La Ley, n.º 10774*, Sección Doctrina, 29 de julio de 2025.

[36] El art. 172.1 CP tipifica el delito de coacciones en los siguientes términos: *«1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiera a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se la impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código (...)»*.

Desde este prisma analítico las situaciones de control y explotación económica solo cabrían abordarlas jurídicamente como manifestaciones de violencia psicológica de control en contextos de violencia de género con la dificultad inherente de acreditación en sede judicial. Por su parte, el tratamiento de las situaciones de impago de prestaciones o impago de pensiones (alimentos) en este caso sí cabría canalizarlas como un delito de abandono de familia[37] (art. 226 CP) o delito de impago de pensiones (art. 227 CP)[38] en el ámbito penal, o vía ejecución de sentencias en el ámbito civil. De ahí la necesidad de una revisión normativa ante la diferente casuística que acontece en contextos de violencia de género.

IV. Marco jurisprudencial

El análisis del marco jurisprudencial es esencial en un estudio de estas características. Máxime porque se circunscribe a la dimensión práctica (interpretativa y aplicativa) de la normativa que le resulta afecta. De ahí que se facilite el estudio desde el impacto normativo de la *praxis* jurídica del foro. Análisis clave para la evaluación normativa actual, la detección de lagunas u omisiones, así como la articulación de propuestas de mejora.

Entrando en materia, a nivel jurisprudencial en 2021 una sentencia del Alto Tribunal se erige en referente: Sentencia del Tribunal Supremo 239/2021, de 17 de marzo, de la Sala Segunda de lo Penal, en el marco de un recurso de casación. En esta sentencia, el Tribunal Supremo avala la condena a un hombre que dejó de abonar la pensión por alimentos a sus hijos por un delito del art. 227 CP a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Además, se mantuvo el delito de alzamiento de bienes por haberse despatrimonializado dolosamente.

El párrafo 2 del art. 172 del CP precisa: «*El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligado a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años (...)*».

[37] La dicción literal del art. 226 CP es del siguiente tenor: «*1. El que dejare de cumplir con los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses (...)*».

[38] El art. 227 CP preceptúa lo siguiente: «*1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses. 2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior (...)*».

El FJ. 4 de la sentencia mentada resulta muy ilustrativo en la medida en que el Alto Tribunal delimita jurisprudencialmente el impago de pensiones como manifestación específica de violencia económica. Señala:

> «(...) puede configurarse como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por obligación moral y natural (...) y por obligación judicial».

A mayor abundamiento incide en los efectos que produce la conducta incumplidora no solo en los hijos e hijas, sino en la propia mujer. Precisa, y esto es importante en aras de desmontar la neutralidad socio-sexual de la conducta, que:

> «(...) si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlo, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades».

También en 2021 es obligada la referencia de la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Mataró (Barcelona), anteriormente citada en este estudio, de la magistrada Avilés en la que insta vía judicial cambios normativos en la ley integral (y, en los tipos penales afectos) para el reconocimiento expreso de la violencia económica como manifestación específica de violencia de género.

En el año 2023 es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa 293/2023[39], de 27 de noviembre, la que cobra protagonismo en la materia. La Audiencia Provincial avala la condena a un hombre como autor de un delito de malos tratos habituales psíquicos, con la agravante de reincidencia y parentesto, y por un delito de administración desleal.

El Tribunal argumenta en su FJ. 3 que:

> «.(...) por parte del acusado se desarrolla una conducta consciente dirigida a obtener el control y aislamiento de la mujer y con ello imponer todas las decisiones y actuaciones que determinaron la situación de deterioro de la testigo y el empobrecimiento de la misma con el acceso de importante sumas de las que dispuso el acusado, sin rendir cuenta alguna y sin que haya evidencia de que redundara en beneficio de la familia (...)».

La Audiencia Provincial deja claro que «*el trato degradante por omisión*» es integrable en la violencia de género, aunque no esté expresamente tipificado como tal. Precisa que el delito del art. 173 CP es un delito

[39] Puede consultarse la sentencia en la siguiente dirección url. Recuperado de: *https://www.movimientocarmona.org/archivos/4918* (fecha de consulta: 22/08/2025).

pluriofensivo identificando como bienes jurídicos protegidos los siguientes: integridad física y moral, dignidad, intimidad, libertad, familia, etc.

En lo que atañe a la violencia económica, reseña la Audiencia Provincial que, es una de modalidad de violencia de género consistente en la privación intencionada y no justificada de recursos para el bienestar físico o psicológico de la mujer y de sus hijos e hijas. Circunscribiendo el análisis al caso de autos, la Audiencia Provincial identifica como conducta integradora de la violencia económica de género el privar a la persona de tomar decisiones sobre sus propios recursos económicos.

Más reciente en el tiempo, en 2024, es trascendental la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo 41/2024[40], de 17 de enero, de la Sala Segunda de lo Penal. El Alto Tribunal precisa (y, recuerda) los *ítems* a tener en cuenta en el tipo del art. 227 CP.

Desde el punto de vista de la delimitación jurisprudencial de la violencia económica de género es de resaltar la siguiente referencia del Tribunal Supremo sobre el impago de pensiones (FJ. 2) por cuanto reconoce que *«(...) provoca un grave y serio perjuicio en los acreedores de esta pensión, al no recibir el sustento económico fijado judicialmente para atender lo que constituye en esencia el concepto de alimentos del art. 142 CC*[41] *(...) que viene a ser la esencia y objetivo de la prestación económica que cita el art. 227 CP a favor del cónyuge y/o sus hijos, que no es otra cosa que la supervivencia de los necesitados de esa pensión, cuestión que parecen desconocer interesadamente los incumplidores de esta obligación que debería ser más moral que legal (...)»*.

El Alto Tribunal deja claro que se está ante un delito de omisión propia que requiere del concurso de una serie de elementos constitutivos tales como la existencia de una resolución de naturaleza judicial que reconozca la obligación de prestación económica, la no realización del pago de la prestación pudiéndose realizar, así como el conocimiento de la resolución judicial unido a la voluntad de satisfacer la obligación dineraria. En lo que atañe al bien jurídico protegido del tipo de impago de pensiones, como reconoce el Supremo, no es otro que proteger a las personas más débiles integrantes de la unidad familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales por el obligado a prestarlos. Como señala Magro Servet[42] *«(...) el bien jurídico protegido no es el cumplimiento de una resolución judicial, sino el derecho de asistencia económica a que tienen derecho determinados miembros*

---

[40] Puede consultarse la sentencia en la siguiente dirección url. Recuperado de: *https://vlex.es/vid/1003238907* (fecha de consulta: 22/08/2025).

[41] La dicción literal del art. 142 CC es la que sigue: *«Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo»*.

[42] Magro Servet, V. (2025) ... *op., cit.*

de una unidad familiar». Estas notas características resultan aplicables no solo al impago de pensiones, sino al impago de cuotas hipotecarias fijadas en resolución judicial en la medida en que constituye una prestación económica en su sentido legal, con independencia de que provenga de una carga del matrimonio o sea una deuda de la sociedad de gananciales. Por tanto, cabe su integración en el tipo penal del párrafo 1 del art. 227 CP.

Especialmente relevante, a efectos de conceptualizar como violencia económica de género estos incumplimientos, resulta el reconocimiento del daño moral (Magro, 2024)[43] del impago de pensiones, a saber: ansiedad, estrés, labilidad emocional, etc., derivado de la situación que se genera en la víctima al desconocer de qué forma va a poder alimentar a los hijos e hijas ante el incumplimiento del obligado a satisfacer la obligación dineraria. A mayor abudamiento profundícese en el concepto de «reparación integral del daño» en contextos de violencia de género recogido en la Recomendación General n.º 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 2017[44], sobre la violencia por razón de género contra la mujer.

En la misma línea que la sentencia anterior, en lo que atañe a reconocer este tipo de incumplimientos vía jurisprudencial como manifestaciones específicas de violencia de género, es clave la Sentencia del Tribunal Supremo 504/2025, de 3 de junio, de la Sala Segunda de lo Penal. El Alto Tribunal significa que *«(...) dejar de pagar, total o parcialmente, es delictivo cuando el cónyuge acusado tiene posibilidad real de atender la deuda, evitándose así cualquier idea próxima a la prisión por deudas (...)»*. Es más, el Tribunal Supremo deja claro que la pena del tipo penal no deviene de *«no poder cumplir»* con la obligación, sino de *«no querer cumplir»*. En este contexto, como recuerda Magro Servet[45] *«(...) este delito es reflejo de la violencia de género de contenido económico y vicarial, en tanto que se polariza el sufrimiento económico en la falta de atención a las necesidades más elementales de los hijos (...)»*.

Lo expuesto a nivel jurisprudencial, sucintamente, permite inferir la importante evolución jurisprudencial de los últimos años —básicamente, pero no exclusivamente del Tribunal Supremo— a la hora de delimitar conceptualmente la violencia económica en contextos de violencia de género y, por extensión, de violencia contra la infancia y adolescencia ante

---

[43] Magro Servet, V. (2024). ¿Cómo cuantificar el daño moral en el impago de pensiones? En la sección *"Opinión y análisis" del Blog del Consejo General de la Abogacía española.* En línea. Recuperado de: *https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/como-cuantificar-el-dano-moral-en-el-impagos-de-pensiones/* (fecha de consulta: 22/06/2025).

[44] Puede consultarse la Recomendación General n.º 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 2017) en la siguiente dirección url. Recuperado de: *https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-recommendation-no-35-gender-based-violence* (fecha de consulta: 17/09/2025).

[45] Magro Servet, V. (2025) ... *op., cit.*

incumplimientos de obligaciones económicas (pensiones alimenticias y otras). Esta evolución jurisprudencial se torna troncal a la hora de evaluar la *praxis* jurídica del foro (respuesta judicial) en contextos de violencia de género ante situaciones de discriminación sexista como son todas las manifestaciones de violencia de género y, en concreto, la violencia económica.

V. Consideraciones finales

Llegados a este punto y, teniendo en cuenta los objetivos perfilados en el apartado segundo de este estudio, procede realizar las siguientes consideraciones finales:

- Resulta prioritario hablar de violencia económica de género en aras de identificar los elementos estructurales de poder socio-sexual que operan en contextos de violencia de género y violencia vicarial. Piénsese en la relevancia jurídica (y, sus efectos) de la conceptualización de este tipo de violencia como forma de discriminación sexista en el ámbito económico y/o patrimonial.
- Se constatan lagunas y/o vacíos normativos en España sobre la materia a fin de dar una respuesta acorde con los más altos estándares de protección y tutela de derechos en contextos de violencia de género. De ahí la premura para modificar el art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.
- Se hace necesario una transposición de la normativa sobre la materia a tenor de las obligaciones adquiridas (diligencia debida) por parte de España en el marco de lo preceptuado a nivel internacional (Convenio de Estambul, 2011), así como de la UE (Directiva 2024/1385) sobre la materia.
- Se infiere una importante evolución doctrinal a nivel jurisprudencial en sede judicial de las situaciones de violencia económica, específicamente, ante casuística de impago de pensiones u otro tipo de prestaciones económicas acordadas judicialmente en contextos de violencia de género. Téngase en cuenta que ante el vacío legislativo sobre la materia ha sido a nivel jurisprudencial donde se ha delimitado conceptualmente este tipo de violencia, circunstancia que resulta clave para reforzar la tutela antidiscriminatoria.

Lo expuesto obliga a insistir en la necesidad de delimitar normativamente la violencia económica de género como un tipo de violencia con entidad propia en aras de ofrecer seguridad jurídica en la interpretación y aplicación normativa, siendo una propuesta a valorar la realizada por el

magistrado Magro Servet[46] cuando define este tipo de violencia (en sentido amplio) como:

> «acción de limitar/suprimir/controlar de manera injustificada e intencionada el acceso de las mujeres a los recursos económicos de la familia o de la pareja, o propios, o reducir o anular su capacidad económica presente o futura para mantenerse a sí mismas, a sus hijas e hijos, y/o para continuar con sus hábitos anteriores con el objetivo de que dependan económicamente del agresor mermando las posibilidades de escapar de la violencia y causando o con muchas posibilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones».

Repárese que la definición anterior no se circunscribe solo a la violencia de género en el ámbito relacional de la pareja o expareja, sino que parte de un concepto amplio de violencia de género dirigida contra la mujer por el mero hecho de serlo o que les afecta de forma desproporcionada, siendo nuclear poner en valor el carácter estructural de este tipo de violencia que deviene de la asimetría de poder socio-sexual imperante a nivel económico y/o patrimonial, con carácter general.

Por tanto, resulta nuclear partir del concepto de violencia de género que se maneja a nivel internacional o internacional-regional a fin de poder reflexionar sobre otras manifestaciones de violencia económica en tanto que forma de discriminación sexista. Desde este prisma piénsese críticamente qué es (o, ha venido siendo) discriminar a nivel económico fuera del ámbito de la pareja o expareja, y qué modalidades de discriminación económica podrían integrar el concepto de violencia económica fuera de dicho ámbito relacional. A mayor abundamiento, ¿cómo interpretar y valorar un resultado perjudicial a nivel económico por razón de sexo? Pero es más, ¿en qué términos cabría interpretar la inacción estatal o actuación no diligente de sus agentes en esta materia?

Sin perjuicio de la invitación, en estas líneas finales, a una reflexión crítica sobre la materia al hilo de las preguntas formuladas que constituyen un acicate para seguir profundizando sobre la materia, procede retomar las propuestas recogidas en el Informe de la Subcomisión para la renovación y actualización del Pacto de Estado en materia de violencia de género, aprobado en el Congreso de los Diputados-as de 26 de febrero de 2025, ya que se erige en un documento clave para dar contenido a una futura revisión normativa, así como para la actualización de los tipos penales sucintamente mentados en este estudio. Por tanto, compete al legislador —en estos momentos— la tarea de tutela antidiscriminatoria a través de la elaboración y aprobación de leyes que garanticen los derechos de las mujeres y sus hijos e hijas en contextos de violencia de género ante una casuística

[46] Magro Servet, V. (2025) ... *op., cit.*

muy específica como es la violencia económica. El tiempo determinará los términos en los que el legislador delimitará normativamente la violencia económica de género y de qué forma impactará en la práctica judicial, no solo en la sentencias del Tribunal Supremo, sino de instancias inferiores.

Bibliografía y fuentes. Doctrina

Aizpún, T. (2024). Derechos humanos y mujer en el occidente actual. En Nuño Gómez, L. y Fernández Montes, L. (dirs.). *La violencia contra las mujeres en el siglo XXI: derechos, cultura e inteligencia artificial.* Madrid: Comares, pp. 47-66.

Barrère Unzueta, M. A. (2008). Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación. En Mestre i Mestre, R. (2008). *Mujeres, derechos y ciudadanías.* Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 45-72.

Camacho Pescador, M. C. et. al. (2024). Violencia vicaria: una manifestación de la violencia machista. En *Revista Sanitaria de Investigación, vol. 5, n.º 9,* 2024.

Caro Herrero, G. (2021). Reflexiones sobre la concurrencia de la violencia económica en el contexto de familia: impacto y mecanismos para su neutralización. En *Revista Boliviana de Derecho, n.º 32*, pp. 124-149.

Larrauri, E. (2018). *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Trotta, pp. 152.

Lorente Acosta, M. (2024). La refundación del machismo y la reactualización de la violencia contra las mujeres. En Nuño Gómez, L. y Fernández Montes, L. (dirs.). *La violencia contra las mujeres en el siglo XXI: derechos, cultura e inteligencia artificial.* Madrid: Comares, pp. 83-104.

Lorente Acosta, M. (2007). El concepto "integral" en la violencia de género. En *Estudios de derecho judicial, n.º 139,* pp. 17-48.

Magro Servet, V. (2025). La violencia económica en el contexto de la violencia de género. Su reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En *Diario La Ley, n.º 10774,* Sección Doctrina, 29 de julio de 2025.

Magro Servet, V. (2024). ¿Cómo cuantificar el daño moral en el impago de pensiones? En la sección *"Opinión y análisis" del Blog del Consejo General de la Abogacía española.* En línea. Recuperado de: *https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/como-cuantificar-el-dano-moral-en-el-impagos-de-pensiones/* (fecha de consulta: 22/06/2025).

Maqueda Abreu, M. L. (2006). La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social. En *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica, n.º 08-02*, pp. 02:1-02:13.

Muñoz Palacios, M. B. et. al. (2023). La violencia patrimonial conyugal como factor influyente en el manejo de las emociones. En *Revista Killkana Sociales, vol. 7, n.º 2,* pp. 107-122 (Universidad Católica de Cuenca).

Nuño Gómez, L. (2024). ¿Hacia un cambio de paradigma en la normativa comunitaria en materia de derechos humanos? Examen de la Directiva 2024/1385 sobre la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. En Nuño Gómez, L. y Fernández Montes, L. (dirs.). *La violencia contra las mujeres en el siglo XXI: derechos, cultura e inteligencia artificial.* Madrid: Comares, pp. 105-132.

Palazón Garrido, M. L. (2021). La violencia económica como forma invisible de violencia de género. En Tomás Martínez, G. et. al. (coords.) (2021). *Mujer como motor de innovación jurídica y social.* Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 529-548.

Posada Kubissa, L. (2023). *Feminismos: lugares y ecos.* Granada: Comares editorial, p. 9.

Torres Díaz, M. C. (2024). Directiva (UE) 2024/1385, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [DOUE-L-2024-80770]. En *AIS: Ars Iuris Salmanticensis, 12(2),* 119-125.

Torres Díaz, M. C. (2022). Marco normativo específico sobre la violencia contra las mujeres. En Heras González, P. (2022). *Manual para la prevención de la violencia de género.* Castellón de la Plana: Universidad Jaume I de Castellón, pp. 41-80.

Torres Díaz, M. C. (2020). Violencia de género: dimensión constitucional, consideraciones críticas y estado de la cuestión. En San Segundo Manuel, T. (coord.) (2020). *A vueltas con la violencia: una aproximación multidisciplinar a la violencia de género.* Madrid: Tecnos, pp. 193-230.

Torres Díaz, M. C. (2018). Iusfeminismo, género y discurso jurídico: análisis desde la praxis y estado de la cuestión. En *Revista Pensamiento Constitucional, vol. 23,* pp. 205-240.

Velarde Rodríguez, J. A. (2014). El principio de legalidad en el Derecho Penal. En *Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, vol. 12, n.º13*, pp. 225-242.

Otras Fuentes

Conclusiones de las XII Jornadas de Abogadas y Abogados de Violencia de género en la siguiente dirección url. Recuperado de: *https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2024/09/Conclusiones-XII-Jornadas-Abogados-y-Abogadas-de-Violencia-de-Genero-27-09-2024.pdf* (fecha de consulta: 19/06/2025).

CGPJ (2016). *Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral por las Audiencias Provinciales.* Documento en línea. Recuperado de: *https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/AN%C3%81LISIS%20DE%20LA%20ACTIVIDAD%20JUDICIAL/ESTUDIOS%20Y%20ENCUESTAS/ESTUDIOS/FICHERO/20160331%20Estudio%20sobre%20la%20aplicaci%C3%B3n%20de%20la%20Ley%20integral%20contra%20la%20violencia%20de%20g%C3%A9nero%20por%20las%20AAPP.pdf* (fecha de consulta: 17/07/2025).

Delegación del Gobierno contra la violencia de género (2022). *Estrategia estatal para combatir las violencias machistas 2022 a 2025.* Ministerio de Igualdad. Documento en línea. Recuperado de: *https://violenciagenero.igualdad.gob.es/planes-actuacion/estrategiasestatales/estrategia-2022-2025/* (fecha de consulta: 17/07/2025).

Información en prensa sobre la iniciativa legislativa judicial promovida por la magistrada Lucía Avilés en la siguiente dirección url. Recuperado de: *https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20250222/aviles-jueza-violencia-economica-pacto-114459964* (fecha de consulta: 22/07/2025).

Informe de la Subcomisión para la renovación y actualización del Pacto de Estado en materia de violencia de género de 26 de febrero de 2025 en la siguiente dirección url. Recuperado de: *https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/D/BOCG-15-D-290.PDF* (fecha de consulta: 22/07/2025).

XII Jornadas de Abogadas y Abogados de Violencia de género celebrado los días 26 y 27 de septiembre de 2024. Recuperado de: *https://www.abogacia.es/actualidad/agenda/xii-jornadas-de-violencia-de-genero/* (fecha de consulta: 20/06/2025).

Anexo jurisprudencial

Sentencia del Tribunal Supremo 239/2021, de 17 de marzo, de la Sala Segunda de lo Penal. Recurso de casación.

Sentencia del Tribunal Supremo 41/2024, de 17 de enero, de la Sala Segunda de lo Penal. Recurso de casación.

Sentencia del Tribunal Supremo 504/2025, de 3 de junio, de la Sala Segunda de lo Penal. Recuerso de casación.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa 293/2023, Sección 3ª, de 27 de noviembre. Rec. 3042/2021.

Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Mataró (Barcelona). Procedimiento Abreviado núm. 44/2020.

Problemas de la praxis en la atención a las víctimas de violencia de género, tras 20 años de aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género

Mª Ángeles Moraga García
Abogada.
Profesora Asociada Universidad de Alicante

Sumario: I. Introducción. II. Punto de partida. III. ¿Dónde estamos? realidad y estereotipos acerca de la protección de las víctimas de violencia de género en el sistema judicial español. IV. Principales problemas de las víctimas de violencia machista frente al sistema judicial. *1. No preceptiva asistencia jurídica previa a la interposición de la denuncia. 2. Insuficiente formación y sensibilización de los operadores jurídicos. 3. Infraestructuras deficitarias. 4. Órdenes de protección. 5. Denuncias cruzadas. 6. Sobreseimientos. 7. Enjuiciamiento exclusivo último hecho violento. 8. Dispensa de la obligación de declarar. 9. Sentencias absolutorias. 10. Violencia Vicaria.* V. Avanzando hacia una verdadera justicia con perspectiva de género. VI. Reflexión final. Bibliografía

I. Introduccion

Pudiera parecernos que, en la actualidad en nuestro país, las víctimas de violencia machista se encuentran suficiente y adecuadamente protegidas. Sin embargo, la realidad nos demuestra la existencia de demasiadas malas prácticas en la atención y defensa de éstas.

Como abogada en ejercicio desde hace más de treinta años, conozco bien esta realidad y las dificultades y retos con los que nos encontramos a diario las abogadas comprometidas en la defensa de las mujeres víctimas de violencias, y las complicaciones e incomprensiones que ellas encuentran en el sistema judicial tras la presentación de la denuncia.

Para conseguir una verdadera igualdad en la justicia, es necesario mostrar, desde la práctica, la realidad que viven las mujeres víctimas de violencia de género cuando deciden salir del círculo de violencia en el que se encuentran, dar un paso gigantesco y visibilizar su situación pidiendo protección, y preguntarnos si de verdad los Poderes Públicos proporcionan a las víctimas de violencia el amparo que éstas precisan o si por el contrario no se les garantiza la tutela judicial efectiva, a la que constitucionalmente tienen derecho.

II. Punto de partida

Hace ya veinte años se aprobó en nuestro país la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género (LIVG). Esta ha sido una norma importantísima, absolutamente necesaria, que supuso un punto de inflexión en el abordaje de la violencia sexista, asumiendo con ello el Estado el compromiso político de actuar contra la violencia de género como el "símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad" [1], derivado de la discriminación que históricamente han sufrido las mujeres, en todos los lugares y culturas.

Fue además una norma reconocida por la Unión Europea como una de las más vanguardistas en la protección de la mujer, llegando incluso a recibir una de las menciones de honor del Premio de Políticas de Futuro (Future Policy Award 2014) que las instituciones ONU Mujeres, Word Future Council y la Unión Interparlamentaria conceden a las mejores leyes y políticas del mundo que persigan poner fin a la violencia ejercida contra las mujeres y las niñas.

Además, se trata de la primera ley integral aprobada en nuestro país, al regular en una única norma, aspectos tan diversos, como la educación, sanidad, medios de comunicación, publicidad, protección de las víctimas, ayudas sociales y económicas, ámbito asistencial, aspectos civiles, nuevas instituciones, etc., con el objetivo todas ellas de erradicar la violencia contra la mujer.

La aprobación de la LIVG supuso un amplio despliegue institucional de medidas, un gran esfuerzo en especialización y medios personales y la movilización de una importante cantidad de recursos, realizándose una puesta en marcha ambiciosa de la ley,

[1] La LIVG abre su Exposición de Motivos reconociendo que "*La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión*

En el transcurso de estos veinte años desde su aprobación, se han ido sucediendo avances, entre los que cabe destacar:

- Creación de los Juzgados especializados en violencia de género. 17 Juzgados de Violencia de Género fueron los que iniciaron su andadura judicial el 29 de junio de 2005. Y en la actualidad hay 121 juzgados exclusivos de Violencia sobre la Mujer en 80 partidos judiciales y 336 partidos judiciales con juzgados compatibles en Violencia sobre la Mujer.
- Modificación del Estatuto del Ministerio Público, instaurando el Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer y las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer en cada Fiscalía Provincial a cuyo frente se encuentran los respectivos Fiscales Delegados.
- Creación de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género y del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. Resultando sus estudios, informes, investigaciones y estadísticas de especial importancia para diseñar estrategias orientadas a combatir esta violencia, implementar nuevas medidas y proponer reformas legislativas.
- Implementación de las Unidades de Coordinación contra la Violencia sobre la Mujer y las Unidades de Violencia sobre la Mujer, integradas en las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno y en las Direcciones Insulares, dependientes del Ministerio de Igualdad, a través de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. Actualmente existen diecinueve Unidades de Coordinación, una en cada Comunidad Autónomas y dos en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla; y cuarenta y seis Unidades de Violencia sobre la Mujer en provincias e islas.
- Creación de las Oficinas de Atención Víctimas del Delito (OAVD). Su finalidad es prestar una asistencia integral y especializada, comprendiendo atención jurídica, psicológica y social durante todo el procedimiento e incluso con posterioridad a su finalización, con especial atención a las víctimas de violencia de género. Su funcionamiento es competencia de la Comunidad Autónoma. Las OAVD existen en todas las Comunidades Autónomas, en prácticamente todas las capitales de provincia, e incluso en otras ciudades.
- Implantación de las Unidades de Valoración Forense Integral (UVFI), integradas en los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses (IMLCF). Configuradas como unidades funcionales integradas por profesionales de la medicina, psicología y trabajo social forense, con el propósito de construir un sistema probatorio de calidad en los casos de violencia de género, que incluya la perspectiva médica, psicológica y de trabajo social en la evaluación de víc-

tima, agresor, entorno y circunstancias, para facilitar la máxima información al juzgador.

- Creación en las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado de unidades especializadas en la lucha contra la violencia de género. Siendo la más destacada la UFAM (Unidad de Atención a la Familia y Mujer). O incluso las recientemente creadas Oficinas de Denuncias y Asistencia a las víctimas de violencia de género, siendo éste un proyecto del Ministerio de Interior en colaboración con la Generalitat Valenciana, para abordar de manera interdisciplinar la asistencia a las víctimas de violencia de género y facilitar el trámite de la denuncia.
- Puesta en marcha del teléfono de atención a víctimas de violencia de género: 016. Servicio telefónico de información, de asesoramiento jurídico y de atención psicosocial gratuito, confidencial, que atiende los 365 días del año las 24 horas, accesible para personas con discapacidad auditiva y/o del habla y baja visión, que presta atención en 53 idiomas.
- Implantación del Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género (Sistema VioGén), de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior.
- Puesta en funcionamiento del Servicio telefónico de Atención y Protección para víctimas de la violencia de género (ATENPRO). Servicio del Ministerio de Igualdad, gestionado por la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP).
- Aprobacion en el año 2017 del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, en el que se recogían los Acuerdos alcanzados entre el Gobierno y el resto de las Administraciones autonómicas y locales, entidades y organismos intervinientes en su desarrollo, que ha sido renovado y actualizado el 26 de febrero de 2025 por el Pleno del Congreso de los Diputados, ampliando de 290 a 461 las medidas recogidas en el mismo.

A pesar a estos avances, la realidad actual nos demuestra que no estamos avanzando al ritmo y con la eficacia que sería deseable, lo que se traduce en una insuficiente e inadecuada protección a las víctimas de violencia machista

III. ¿Donde estamos? Realidad y estereotipos acerca de la proteccion de las victimas de violencia de género en el sistema judicial español

La violencia de género reviste múltiples formas: agresiones físicas, psíquicas, sexuales, injurias, vejaciones, otras formas de coacción, como el control social, económico y otras formas de infligir sufrimiento, como

las amenazas. Estos actos normalmente no se producen de forma aislada, sino que forman un conjunto de actos cotidianos, que muchas mujeres soportan a lo largo de su vida.

La violencia que sufren las mujeres maltratadas las debilita, las aíslan de sus fuentes de apoyo (familia y amistades), reforzando la dependencia con el agresor, conformando el cuadro denominado "síndrome de la mujer maltratada", en el que es muy difícil llegar a conocer la situación real que están viviendo y la gravedad de su estado. Además de que el maltrato mantenido en el tiempo puede provocar en la víctima: miedo, inseguridad, ansiedad, pánico, falta de autoestima, culpabilidad, vergüenza, sumisión, etc.

Estas circunstancias hacen que cuando la mujer víctima de violencia machista toma la decisión de denunciar se encuentre en un estado emocional y físico vulnerable, lo que puede provocar que no realice una adecuada descripción de los hechos, no siendo su relato siempre lineal o coherente, olvidando datos o acontecimientos importantes, teniendo dificultades para recordar fechas o situar en el tiempo los hechos denunciados, etc. Teniendo además que soportar, en muchos casos, el examen adicional de algunos operadores jurídicos reticentes e incrédulos a su declaración. O también que la víctima a lo largo del proceso, por motivos de dependencia con el agresor o por la incomprensión de su entorno, decida no declarar o modifique su declaración inicial, etc.

Las características de este tipo de violencia y las concretas circunstancias de las mujeres que la sufren, y que no sufren otras víctimas, hace que se deba extremar la cautela en el sistema de justicia, para garantizar la seguridad y protección de éstas.

Ante estas circunstancias, ¿cómo responde nuestro sistema judicial a las necesidades de las víctimas de violencia machista?; ¿con que se encuentran las mujeres cuando acuden a iniciar un procedimiento por violencia de género?; ¿cuáles son las dificultades a las que se enfrentan las y los profesionales que actúan en defensa de las víctimas de violencia de género?

En los últimos tiempos estamos viviendo una involución preocupante, que incluso pretende negar la existencia de la violencia de género. Todo ello trae como consecuencia que en el sistema judicial nos encontremos con variados y múltiples estereotipos, prejuicios y falsos mitos sobre las víctimas de violencia de género, los cuales resultan muy peligrosos y perjudiciales.

Como señala LORENTE ACOSTA (2018), los estereotipos son las ideas o imágenes mentales aceptadas comúnmente por la sociedad sobre aquellas características que se creen propias, esperables y adecuadas a determinados grupos de personas[2], que creemos como verdades absolutas.

[2] LORENTE ACOSTA, Miguel, "Justicia, género y estereotipos", en "*Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género,* Valencia Tirant lo Blach 2018, 144, donde el autor afirma respecto a los estereotipos que "se trata de una construcción que influye para que, en este caso, las mujeres

De ahí que, aunque la realidad objetiva sea que en nuestro país cada año unas sesenta mujeres son asesinadas víctimas de violencia de género, ascendiendo el número total de mujeres víctimas mortales confirmadas desde el año 2003 hasta finales del año 2024 a 1.294 o que el número de denuncias registradas por violencia de género durante el año 2024 fue de 199.094 y el de víctimas de 183.908. Nos seguimos encontrando con creencias o falsos mitos sobre las víctimas de violencia de género, que lo que pretenden es poner en duda la veracidad de sus relatos y la situación de riesgo en la que se encuentran.

Algunos ejemplos de estereotipos nocivos referidos a las víctimas de violencia de género que nos encontramos frecuentemente en el sistema judicial son:

— que las víctimas de violencia de género no dicen la verdad, cuestionando su credibilidad

— que actúan por despecho o con ánimo de venganza

— que denuncian para obtener beneficios en los procedimientos de familia

— que denuncian para obtener ayudas económicas de las Administraciones,

— que denuncian para impedir que los hijos e hijas se relacionen con sus padres, etc.

Al respecto, el art. 5 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ya estableció la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas apropiadas para "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres". La Recomendación General nº 33/2015 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, en su párrafo 26, reconoce que "los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema judicial tienen consecuencias de gran alcance para el pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres". En esta misma línea, la Recomendación General nº 35/2017 sobre violencia por razón de genero contra la mujer, en su párrafo 26 c), establece que los órganos judiciales tienen la obligación de "garantizar que todos los procedimientos judiciales en causas relativas a denuncias de violencia por razón de género contra la mujer sean impar-

sean como se espera que sean, y en el que todos los elementos actúan para que así sea. Luego, al final, cuando el resultado es el único que puede ser produce una afirmación sobre la confirmación que refuerza y mantiene todo el sistema bajo la "profecía autocumplida", en el sentido de que al terminar el proceso se piensa lo que se pensaba de las mujeres, que fue lo que lo puso en marcha. Es el famoso "mujer tenia que ser" para explicar lo que ya se sabe de las mujeres"

ciales, justos y no se vean afectados por estereotipos de género o por una interpretación discriminatoria de las disposiciones jurídicas", ya que la aplicación de ideas preconcebidas o estereotipadas "pueden afectar a los derechos de la mujer a la igualdad ante la ley y a un juicio imparcial y un recurso efectivo"

Por su parte, el Convenio de Estambul[3], en su condición de primer instrumento europeo de carácter vinculación para la prevención y erradicación de la violencia de género, recoge como uno de sus principios fundamentales, que impregnan todo su articulado, el de la "debida diligencia" respecto de los actos cometidos por particulares (art.5.2), el cual se proyecta en la obligación de los Estados de adoptar medidas para "prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia, incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales"

Especialmente importante fue también, en nuestro país, la aprobación en el año 2015, del Estatuto de la víctima del delito[4], en el que se recogen los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, incluidas las de violencia de género. Entre otros derechos comunes a todas las víctimas, reconoce el derecho a la información, a la protección y al apoyo, el derecho a participar activamente en el proceso penal, el derecho al reconocimiento como víctima y el derecho a un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio, desde su primer contacto con las autoridades y funcionarios.

Sin embargo, a pesar de todo ello, en el sistema judicial español, en nuestro quehacer diario, nos seguimos encontrando con múltiples prejuicios sobre las víctimas de violencia de género, que cuestionan su credibilidad, poniendo en duda su testimonio: ¿por qué denuncia ahora, y no lo hizo antes? ¿por qué vuelve con él? ¿por qué no puede concretar las fechas o datos exactos de las agresiones? ¿por qué recuerda algunos datos periféricos y no recuerda otros momentos? ¿por qué tras la agresión no acudió a un centro hospitalario? ¿por qué denuncia ahora tras haber sido asesorada en un centro de atención a víctimas de violencia de género? ¿por qué tiene una buena apariencia física y no llora?, etc.

Esto es solo una muestra del desconocimiento de las circunstancias reales de las mujeres víctimas, en muchos casos, por falta de empatía y de los variados estereotipos que persisten hoy en día en el ámbito de la justicia y que hacen que la mirada de los operadores jurídicos se encuentre distorsionada de partida. De ahí la necesidad de desterrar los estereotipos de género en los procedimientos de violencia de género, ya que su man-

[3] Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, adoptado por el Consejo de Europa el 11 de mayo de 2011.

[4] Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la victima del delito

tenimiento en sistema judicial impide la impartición de una verdadera justicia. Además de provocar violencia institucional, afectando de forma perjudicial a las víctimas, al ponerlas en situación de desventaja, lo que hace que desconfíen de la Justicia, al no percibir la protección del Estado.

IV. Principales problemas de las victimas de violencia machista frente al sistema judicial

Dada la persistencia de los estereotipos referidos en el apartado anterior, ¿con que realidad se encuentran las víctimas cuando deciden interponer una denuncia por violencia de género?, ¿qué trato reciben de la Administración de Justicia?

La realidad es que muchas víctimas de violencia de género, al entrar en contacto con el sistema legal, experimentan un perjuicio añadido al producido por el maltrato vivido. Un daño infligido, precisamente, por el sistema y los profesionales encargados de su protección. Es lo que se conoce como "victimización secundaria". Cuando las Administraciones Públicas tienen la obligación de proporcionar a las víctimas de violencia de género un estatus de protección y atención que evite provocarles un perjuicio adicional a los daños derivados del hecho delictivo. No pudiendo permitirse que el contacto de la víctima con el sistema judicial le suponga un nuevo frente al que ya ha venido sufriendo de manos de su agresor.

Y que decir tiene de las mujeres especialmente vulnerables, como pueden ser las mujeres extranjeras, las mayores, las jóvenes, las que residen en el mundo rural, las que padecen alguna enfermedad mental o tienen algún tipo de discapacidad, etc. Así, por ejemplo las mujeres mayores que sufren la doble discriminación por su condición de mujeres y por lo que significa el fenómeno del edadismo, tienen especiales dificultades para acceder a los derechos y a los recursos, enfrentándose a dificultades tecnológicas, barreras de movilidad y falta de reconocimiento institucional.[5] De igual forma las mujeres extranjeras son un colectivo especialmente vulnerable[6], al tener las mismas que enfrentarse a un contexto institu-

[5] El Defensor del Pueblo en el Capítulo II apartado 4 de su Informe Anual del 2024, trata la cuestión de la protección de las mujeres mayores víctimas de violencia de género, reconociendo que las quejas recibidas demuestran que éstas "*padecen una violencia oculta, perpetrada a lo largo de los años, que está socializada y normalizada. Hacen patente el hecho de haber sido educadas para ejercer el rol del cuidado de la familia bajo la sumisión al padre, que es quien aporta los recursos económicos. No son capaces de denunciar a sus agresores y tienen muchas dificultades para salir del entorno violento. Quienes en este contexto consiguen pedir ayuda se enfrentan a servicios y políticas públicas no adaptados a su realidad*"

[6] El Informe Anual correspondiente al año 2024 del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial, recoge el dato alarmante de que el 50% de las mujeres asesinadas durante dicha anualidad en España eran de nacionalidad extranjera, procedentes de quince países distintos.

cional que, en demasiados casos, reproduce prejuicios y actitudes racistas y poco empáticas frente a la situación que viven, teniendo además que combatir los desafíos del lenguaje, aislamiento social y familiar, falta de acceso a los recursos, etc. También las mujeres con problemas de salud mental, además de que la violencia de género puede agravar su situación, afrontan barreras adicionales para identificar la violencia y denunciar, o el prejuicio de su falta de credibilidad. Igualmente las mujeres jóvenes se enfrentan, en muchas ocasiones, a la falta de percepción de la violencia, el rechazo o la tolerancia a la violencia, al fenómeno del "amor romántico", a la violencia digital, a la vergüenza de denunciar, etc.

A continuación, atendiendo a la experiencia profesional y sin ánimo de exhaustividad, voy a destacar algunos de los principales obstáculos a los que se enfrentan las víctimas de violencia machista cuando deciden denunciar su situación.

1. No preceptiva asistencia jurídica gratuita previa a la interposición de la denuncia

En el Título II de la LIVG se recogen los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, entre los que se encuentra, el derecho a la asistencia jurídica gratuita, previsto en su art. 20.

En este precepto se reconoce que las víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito y a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador. Garantizándose además que una misma dirección letrada asumirá la defensa de la víctima, en todos los procesos que tengan causa en la violencia padecida.

Para garantizar la defensa jurídica, gratuita y especializada, de forma inmediata, a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten, los Colegios de la Abogacía de nuestro país crearon un turno específico para la asistencia a las mujeres víctimas de violencia de género en un servicio de guardia, especializado, inmediato y con unidad de defensa.

Años después de la aprobación de la LIVG, el Real Decreto Ley 9/2018, de 3 de agosto, modificó el referido art. 20, para en primer lugar, añadir en su apartado 4, la exigencia a los Colegios de la Abogacía no solo de designación urgente de letrado de oficio, sino también de asegurar su inmediata presencia y asistencia a las víctimas de violencia de género, añadiendo asimismo un nuevo apartado 6, a fin de que la dirección letrada de la víctima pudiese ostentar su representación procesal hasta la designación del procurador, en tanto la víctima no se hubiese personado como acusación particular. Por último, se añadió un nuevo apartado 7, permitiendo a la víctima personarse como acusación particular en cualquier fase del procedimiento.

Y en el año 2019, con el objetivo de recoger la forma de realizar una correcta intervención profesional para prestar un adecuado asesoramiento y asistencia letrada a las mujeres víctimas de violencia de género, unificando la actuación de las abogadas y abogados adscritos a los servicios y turnos especializados, la Subcomisión de Violencia sobre la Mujer del Consejo General de la Abogacía Española, elaboró una Guía de Buenas Prácticas del Abogado y Abogada de la Mujer Víctima de Violencia de Género. [7]

Sin embargo, después de veinte años de la aprobación de la LIVG, la misma mantiene el criterio antiguo de la no preceptividad de la asistencia letrada antes de la interposición de la denuncia, al reconocer a las mujeres víctimas de violencia de género, el derecho de asistencia jurídica especializada; pero, siempre "que lo soliciten". De lo cual se les ha de informar en el momento previo a interponer la denuncia. Pero en la práctica seguimos comprobando, que en muchos casos, a las víctimas no se les informa debidamente y no se acogen a este derecho, interponiendo la denuncia sin ningún asesoramiento legal. Cuando ese asesoramiento previo resulta crucial, ya que es en ese momento cuando se concretan los hechos que posteriormente van a ser enjuiciados, se solicitan las medidas de protección y se realiza la valoración del riesgo en la que se encuentra la víctima. De ahí la importancia de que ese asesoramiento legal fuese obligatorio desde el momento previo a la interposición de la denuncia, ya que ésta resulta imprescindible para iniciar la intervención del Estado y activar los recursos de protección para la víctima.

La modificación del art. 20 LIVG para recoger la asistencia letrada preceptiva con carácter previo a la denuncia para las víctimas de violencia de género, como lo es para el agresor, salvo que la víctima renunciara de forma expresa a la asistencia letrada, es una de las reclamaciones reiteradas por la abogacía. Y ello con el fin de garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho de defensa de las partes en el proceso.[8]

2. Insuficiente formación y sensibilización de los operadores jurídicos

La formación es clave para el abordaje jurisdiccional de la violencia contra las mujeres. De ahí que el art. 47 de la LIVG obligue a asegurar la formación de jueces y magistrados, fiscales, letrados de la Administración de Justicia, fuerzas y cuerpos de seguridad y médicos forenses, en materia

[7] *https://www.abogacia.es/publicaciones/guia-de-buenas-practicas-del-abogado-y-abogada-de-la-mujer-victima-de-violencia-de-genero/*

[8] El Presidente de la Subcomisión de Violencia sobre las mujeres de la Abogacía, D. Fernando Rodríguez Santocildes, en el IX Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, celebrado en noviembre del 2024, volvió a reivindicar la necesidad de la asistencia letrada preceptiva a las víctimas de maltrato desde el momento previo a la interposición de la denuncia.

de violencia de género, igualdad y no discriminación por razón de sexo. Resultando obligatoria dicha especialización para acceder a un Juzgado de Violencia sobre la Mujer; pero, no siendo preceptiva, para los juzgados de familia, de lo penal, juzgados mixtos, etc., cuando la misma resulta imprescindible en todos los órdenes jurisdiccionales que tengan relación con la violencia de genero.[9]

Por su parte, el art. 434.2 de LOPJ también recoge la responsabilidad del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia de impartir anualmente cursos de formación sobre el principio de igualdad entre mujeres y hombres y su aplicación con carácter transversal, así como sobre la detección precoz y el tratamiento de situaciones de violencia de género, a quienes integren la Carrera Fiscal, el Cuerpo de Letrados y demás personal al servicio de la Administración de Justicia.

Es pues, absolutamente necesaria la formación en igualdad y violencia de género, de todos los operadores jurídicos que tengan relación con las víctimas de violencia machista, a fin de que adquieran las herramientas necesarias y la capacitación suficiente para identificar los casos de violencia, y de esta forma poder adoptar las medidas necesarias para garantizar a las víctimas un trato adecuado y no discriminatorio.

Sin embargo, hoy en día esa formación de los operadores jurídicos es insuficiente, lo que provoca, que en no pocas ocasiones, nos encontremos con una mala praxis en el trato que se da a las víctimas de violencia de género, por parte de agentes de la autoridad, abogacía, judicatura, forensía, fiscalía, funcionariado, etc. Con ejemplos, como:

- interrogatorios poco respetuosos con el estado de las víctimas, con comentarios poco sensibles, o permitiendo preguntas relativas a su vida e intimidad que no tienen que ver con el objeto del proceso (violencia verbal revictimizadora)
- afirmaciones plagadas de prejuicios o estereotipos
- entrega de información a las víctimas farragosa y generalista, lo que genera falsas expectativas e incomprensión de sus derechos
- escasa utilización de las nuevas tecnologías en los testimonios
- escasa información sobre el estado de la causa
- lenguaje no adaptado y poco sensible con el estado de la victima

Todo ello, contraviniendo de forma flagrante lo dispuesto en la Guía de Buenas Prácticas para la toma de declaración de víctimas de violencia de género, elaborada en el año 2018 por el Grupo de expertas y expertos en

[9] Desde el año 2019, el Programa de formación continua de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial incluye un curso de 50 horas en perspectiva de género para los jueces que quieran adquirir una especialidad (a fecha 28 de enero del 2025 lo habían realizado 1727 jueces y juezas de los casi 5.500 que existen en nuestro país). En los casos de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer exclusivos tienen una formación específica obligatoria a través de un curso de 100 horas

violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial, la cual fue actualizada en el mes de marzo del año 2022. [10]

Las victimas tienen derecho a ser escuchadas y a ser tratadas con respeto, para lo cual resulta crucial que las y los profesionales que las atienden mantengan una actitud y un comportamiento adecuado. Y esto solo se conseguirá cuando la formación en género sea obligatoria y transversal, incluida la carrera judicial y fiscal, en todos los órdenes jurisdiccionales y en todas las instancias.

3. Infraestructuras deficitarias

Otro problema, no baladí, con el que se encuentran las víctimas de violencia de género cuando acuden a las dependencias policiales y judiciales a denunciar, es la falta de infraestructuras adecuadas para atenderlas y protegerlas.

En demasiadas ocasiones cuando las víctimas van a denunciar el maltrato sufrido, se enfrentan a largas esperas y a espacios inadecuados. Como regla general, las salas reservadas a las víctimas carecen de privacidad, ofreciendo un ambiente frio y poco propicio para generar intimidad.

Además, a veces, también se topan con profesionales que tienen prisa por finalizar sus guardias, llegando a considerar innecesario, por ejemplo, que la víctima lea detenidamente su declaración en un lugar adecuado y pueda realizar las correcciones o puntualizaciones que considere oportunas.

Otro ejemplo de mala praxis, lo encontramos en el hecho de que en la mayoría de las ocasiones las declaraciones de las víctimas en sede judicial no se efectúan en el despacho del Juez o Jueza, realizándose en la oficina judicial, delante del personal del Juzgado y demás personas que pudieran estar allí en ese momento (abogados/as, procuradores, justiciables, etc), sin utilizar, tan siquiera, ningún elemento que garantice su intimidad, como podrían ser un biombo.

Es absolutamente necesaria la optimización de las infraestructuras, policiales y judiciales, con el fin de mejorar la privacidad de la víctima, generar un ambiente de seguridad y confianza y evitar cualquier contacto con el agresor, creando espacios seguros y privados, en los que las víctimas puedan realizar sus denuncias o declaraciones sin miedo o intimidación, percibiendo protección. Resultando también necesaria la previsión de medios para atender las necesidades de los menores que van a los juzgados con sus madres para la práctica de diligencias judiciales. [11]

---

[10] *https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Guias/Guia-de-buenas-practicas-para-la-toma-de-declaracion-de-victimas-de-violencia-de-genero*

[11] Como ejemplo de buena praxis, destacar que en la actualidad las tres provincias de la Comunidad Valenciana (Valencia, Alicante y Castellón) cuentan con Oficinas de Denuncias y

4. Órdenes de Protección

La protección de la víctima resulta fundamental, ya que con ella se salvan vidas.

La orden de protección, como instrumento de amparo y tutela para las víctimas de violencia de género, nació con la aprobación de la Ley 27/2003, de 31 de julio, que incorporó a la Ley de Enjuiciamiento Criminal el artículo 544 ter.

Posteriormente, la LIVG en su Capítulo IV del Título V, reguló las "Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas" (arts.61 a 69).

La orden de protección es una resolución judicial, que en los casos en los que exista incoado un proceso penal por comisión de un delito de violencia sexista y una situación objetiva de riesgo para la víctima, permite al Juez ordenar su protección mediante la adopción de medidas cautelares civiles y/o penales, asistenciales y de protección social.

Sin embargo, a pesar de la protección que ello puede suponer para la víctima, en demasiadas ocasiones en las que la víctima solicita la orden de protección, no se la conceden.

Según los datos anuales correspondientes a 2024, recogidos en el informe del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, las órdenes de protección acordadas en 2024 por los juzgados de violencia sobre la mujer y por los juzgados de guardia fueron 33.247, un 6,5 % menos que en 2023. En concreto en el año 2024 se solicitaron en los órganos judiciales (juzgados de violencia sobre la mujer y juzgados de guardia) un total de 49.268 órdenes de protección, un 3 % menos que en 2023. De ellas, fueron acordadas 33.247 y se denegaron 15.827.

Ante estos datos estadísticos cabría preguntarse: ¿por qué se deniegan tantas órdenes de protección? Uno de los motivos puede ser la discrecional valoración de la situación objetiva de riesgo en la que se encuentra la victima que realiza la autoridad judicial.

Por lo que respecta al ámbito de la Unión Europea, en el año 2011, se aprobó la Directiva 2011/99/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre, sobre la orden europea de protección, que garantiza la libre circulación en toda Europa de las medidas de protección en materia de Derecho Penal. Esta medida legislativa fue impulsada por España durante

---

Asistencia a las Víctimas de Violencia de Genero. Siendo éste un proyecto del Ministerio de Interior en colaboración con la Generalitat Valenciana, para abordar de manera interdisciplinar la asistencia a las víctimas de violencia de género y facilitar el trámite de la denuncia. La atención multidisciplinar se lleva a cabo por agentes del Cuerpo Nacional de Policía adscrita a la Comunitat Valenciana, personal de la Red de la Generalitat de Asistencia a las Victimas del Delito, y del Instituto Nacional de Medicina Legal. Facilitándose en la Oficina apoyo psicológico y los recursos sociales y asistenciales desde el primer momento de presentación de la denuncia, ofreciendo espacios seguros para las victimas que garantizan sus derechos.

su presidencia de turno en 2010, siendo aprobada por consenso, con el respaldo de todos los países.

Con la aprobación de esta norma cualquier victima europea tiene derecho a pedir protección en otro país de la Unión Europea, tanto si se traslada allí de forma permanente como si se trata de un viaje temporal. Siendo necesaria la existencia previa de una medida de protección adoptada con arreglo al ordenamiento nacional.

En el año 2013, se dio otro paso importante en la protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea, con la adopción por el Consejo a propuesta de la Comisión, del Reglamento nº 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. La adopción de este Reglamento se llevó a cabo con el objetivo de complementar a la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección

Esta normativa comunitaria permite que las personas que hayan sido víctimas de violencia de género pueden confiar en que la orden de alejamiento obtenida en su país de origen sea válida en cualquier lugar de la Unión Europea en que se encuentren. De forma que cualquiera víctima de violencia de género, secuestro o agresión sexual podrá contar con un certificado normalizado multilingüe expedido por el estado miembro de origen en el que se reconocerá el derecho a ser protegida en toda la UE.

5. Denuncias cruzadas

Cada vez nos encontramos más casos de denuncias recíprocas, siendo ésta una estrategia procesal de defensa empleada por algunos investigados de maltrato, consistente en que éstos, a su vez, denuncian a las víctimas de ejercer violencia contra ellos. Siendo estas contradenuncias normalmente admitidas de forma prácticamente automática por los Juzgados de Instrucción y por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sin la suficiente indagación.

Así, resulta que la denunciante que acude al Juzgado a interponer una denuncia como perjudicada, se encuentra con el asombro de que ha sido a su vez denunciada por su maltratador, lo que la sitúa en posición de investigada junto con su agresor, volviéndose contra ella precisamente el instrumento que debería protegerla y dejando a la víctima en una situación de absoluta vulnerabilidad, ya que lejos de sentirse amparada, se siente señalada, empezando en ese momento un calvario adicional, consistente en tener que demostrar su inocencia.

En estos casos de denuncias cruzadas se debería actuar con extrema cautela para evitar que la denuncia se utilice como un mecanismo de ata-

que contra la víctima, o como una coacción para que ésta desista de continuar con el procedimiento judicial, por lo que no debería considerarse suficiente la mera declaración del denunciado, de haber sido agredido por su esposa o compañera, para conferir a la misma la condición de investigada y resultando en estos casos absolutamente necesaria la realización de una indagación previa, a través de diligencias probatorias suficientes, que permitan un análisis contextualizado del caso.

Además, también habría de verificarse el carácter reciproco o no de las agresiones, ya que la víctima pudiera haber actuado de forma estrictamente defensiva, en cuyo caso la actuación no sería constitutiva de delito, o incluso podría haber actuado en legítima defensa protegiéndose de una lesión ilegitima.

Es cierto que muchos de estos procedimientos de denuncias cruzadas acaban en sobreseimientos o en sentencias absolutorias para ambos investigados. Pero ello lo que produce es desprotección para la verdadera víctima e impunidad para el maltratador.

La Fiscalía General del Estado, en las Conclusiones del XVII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia Sobre la Mujer celebrado en el año 2022, ya advertía de la necesidad de extremar la diligencia a la hora de investigar y dar respuesta a las denuncias cruzadas, evitando imputaciones injustas a las mujeres víctimas de la violencia de género[12].

6. Sobreseimientos

Según los datos recogidos en el Informe Anual sobre violencia de genero del Observatorio contra la violencia doméstica y de género correspondientes al año 2024, el 39,67% de los asuntos de violencia de género que llegaron a los Juzgados sobre Violencia de Género terminaron el sobreseimiento provisional, es decir, 70.330 denuncias. ¿No es un dato preocupante?

El sobreseimiento provisional es una resolución judicial que pone fin al procedimiento de forma anticipada, cuando concurre alguna de las causas tasadas legalmente[13]. Supone la suspensión del trámite procesal, que

---

[12] Señalando, de forma expresa, como línea de actuación de la Fiscalía, a fin de esclarecer los hechos y discernir si las lesiones que pueda presentar el hombre son de carácter reactivo (producto de una agresión o acometimiento por parte de la mujer), puramente defensivo o, incluso, resultado de su propia actitud violenta, la de "valorar, entre otras circunstancias, quién inició la agresión; la naturaleza y localización de las lesiones; la versión de los testigos; la existencia de antecedentes policiales y/o penales de malos tratos hacia la mujer, así como la posible existencia de una situación de malos tratos habituales, aun cuando no se hubieran denunciado; quien llamó a la policía, etc. Será esencial la información que nos aporten los/las médicos/as forenses, debiendo en su caso pedir aclaraciones de sus informes en orden a averiguar el carácter de las lesiones (defensa y/o ataque) y su correspondencia con el relato de hechos aportado"

[13] El artículo 641 LECRIM señala que: «Procederá el sobreseimiento provisional: 1.º Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación

podrá reanudarse si se modifican las circunstancias que dieron lugar a dicho sobreseimiento, conllevando la paralización de la causa y el archivo de las actuaciones.

Es cierto que muchos de estos sobreseimientos se deben a dificultades probatorias, ya que la violencia de género se produce en la mayoría de los casos en el estricto ámbito de la intimidad; pero, por ello mismo deberían extremarse las cautelas y realizarse una investigación exhaustiva.

Asimismo, otro porcentaje importante de sobreseimientos provisionales traen su causa en la postura adoptada por la víctima, que no se muestra parte en la causa o incluso se aparta como acusación particular, si ya lo ha hecho; o no desea declarar cuando llega al Juzgado; o incluso se niega a ser reconocida por el médico forense. No indagándose en estos casos, suficientemente, las razones que llevan a la mujer a tomar esas decisiones. Y aunque ello no debería ser definitivo para el archivo de la causa, la realidad es que si no existen otros elementos concluyentes de prueba (como testificales, partes lesiones, etc.), se decreta el sobreseimiento provisional, por no haber quedado suficientemente justificada la perpetración del delito.

7. Enjuiciamiento exclusivo último hecho violento

En la práctica judicial, vemos con demasiada frecuencia, que la instrucción de las denuncias de malos tratos queda reducida al último hecho violento denunciado, descartando investigar el maltrato continuado anterior al último hecho denunciado.

La experiencia y los datos vienen a demostrar que se siguen castigando casi exclusivamente los casos de maltrato físico ocasional, con escasas condenas por violencia mantenida en el tiempo[14].

Existen todavía carencias importantes en la investigación judicial de los casos de violencia habitual, que impiden que las denuncias de las víctimas prosperen. Lo que resulta paradójico, ya que es precisamente esta violencia mantenida en el tiempo, la que produce un daño constante y continuado a la mujer.[15]

---

de la causa. 2.º Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.».

[14] Según los datos recogidos en el Informe Anual sobre Violencia de Género, correspondiente al año 2024, elaborado por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, los delitos instruidos en los Juzgado de Violencia sobre la Mujer por lesiones y malos tratos previstos en el artículo 153 del Código Penal fueron 115.306 (50,5%), mientras que los instruidos por lesiones y malos tratos previstos en el artículo 173 del Código Penal fueron 34.560 (15,1%).

[15] El Magistrado Vicente Magro Server en su artículo "*La perspectiva de género en los delitos cometidos sobre victimas mujer*", Revista de Jurisprudencia Le Febvre-El Derecho, 15 de junio de 2018, señala que el delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP "se trata de un tipo con sustantividad propia que sanciona la consolidación por parte de sujeto activo de un clima de violencia y dominación; de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anular a la víctima

La realidad es que algunos de los instrumentos procesales actuales favorecen el enjuiciamiento de las agresiones puntuales, normalmente menos graves, pero más sencillas de probar, dejándose de investigar la violencia habitual. Me refiero a figuras como los juicios rápidos o la conformidad del acusado que, si bien proporcionan una respuesta penal rápida a la violencia de género, corren el riesgo de desvirtuarla, al centrar la represión en las manifestaciones puntuales de violencia, favoreciendo la impunidad de los ataques más graves y permanentes.

8. Dispensa de la obligación de declara

El art. 416 LECr dispensa de la obligación de declarar a determinados parientes que tienen vínculo familiar con el procesado, entre los que se encuentra el cónyuge. Se trata de un precepto que tiene su origen en el año 1882 y su fundamento era la protección de los vínculos de solidaridad familiar, evitando conflictos en el seno de la familia cuando la declaración testifical de un familiar directo del procesado pudiera perjudicarle. Pero este fin, que pudiera resultar muy loable para algún supuesto, pierde su sentido cuando la que tiene que declarar es la mujer víctima de los malos tratos de su marido, porque con la dispensa del art. 416 se protege al agresor. Dado que este tipo de delitos se cometen habitualmente en la intimidad y la declaración de la víctima adquiere especial importancia, ya que la ausencia de dicha declaración conduce, en la mayoría de los casos, a la absolución. Es decir, a la impunidad del maltratador.[16]

Si bien, en la actualidad, tras la reforma realizada en art. 416 LECr por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio la personación de la víctima como acusación particular impide acogerse a esta dispensa, al recoger entre los supuestos en los que no es de aplicación: "cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular".

Al respecto, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 389/2020, de 10 de julio supuso un giro importante en esta materia, al disponer que "si la víctima ha denunciado primero y declarado ante el juez habiendo sido informada de la dispensa y posteriormente se ha personado como acusación particular, ha renunciado a su derecho de dispensa, por lo que, renunciado a ese derecho, no se recobra su contenido y

---

e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos".

[16] Según los datos anuales correspondientes al año 2024 del Observatorio contra la Violencia Domestica y de Genero, el porcentaje de mujeres víctimas de violencia de género que se acogieron a la dispensa de la obligación legal de declarar fue del 10,1%, lo que supuso que un total de 18.629 víctimas renunciaron a prestar declaración contra sus agresores.

tienen la obligación de declarar en juicio". Modificando con ello el criterio anterior mantenido por el propio Tribunal, con el propósito de proteger a las víctimas de violencia de género de posibles coacciones de su agresor para que no declaren en su contra.

Más recientemente, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 41/2025, de 11 de febrero, ha avalado la no aplicación de la dispensa de la obligación de declarar en un caso de violencia de género, manteniendo que "la actuación o conducta de la persona titular del derecho puede ser jurídicamente relevante a la hora de determinar las consecuencias jurídicas que estas acarrean", y en consecuencia "el ejercicio del derecho a ejercer la acusación, manifestación del derecho de acceso a la jurisdicción, conlleva que no pueda ejercerse simultáneamente su derecho a la dispensa. Es la propia actuación de quien en el ejercicio del derecho fundamental al *ius ut procedatur* comparece como acusación particular en un proceso (derecho garantizado en el art. 24.1 CE), la que impide que pueda ejercer en ese mismo proceso su renuncia al derecho a no declarar como testigo".

Sin embargo, en la práctica judicial, observamos en los tribunales como parece que se está invitando, o incluso induciendo, a la víctima a que se acoja a esta dispensa de no declarar desde el principio, sin preocuparse si la víctima está o no entendiendo el alcance y las consecuencias que ello supone. También nos encontramos, que en casos en los que la víctima manifiesta su deseo de acogerse a su derecho a no declarar, no se realiza una mínima actividad indagatoria para averiguar si esa negativa de la víctima a declarar es voluntaria, o si obedece a una situación de miedo o coacción por parte del investigado, de su familia, o incluso de los propios hijos, incluso últimamente, tras la reciente jurisprudencia alegada, vemos como los órganos judiciales "advierten" a las víctimas de que si se personan como acusación particular, ya no podrán acogerse a su "derecho" a no declarar.

9. Sentencias absolutorias

Según los datos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y Género, el número total de sentencias dictadas en 2024 fue de 62.173 y, de ellas, 50.078 fueron condenatorias y 12.095 absolutorias (19,45%), produciéndose el mayor porcentaje de condenas a maltratadores en los juzgados de violencia sobre la mujer (92,04 %), seguido de las audiencias provinciales (81,02 %), mientras que los juzgados de lo penal solo se impusieron condenas en el 69,56 % de los casos que enjuiciaron. Lo que hace que de nuevo plantee la necesidad de formación en violencia de género en todas las instancias judiciales.

La mayoría de estas sentencias absolutorias tienen como argumento principal la no destrucción del principio de presunción de inocencia, por

falta de prueba suficiente. Si bien en muchos casos esa carencia de prueba es causada por la desidia de los operadores jurídicos a la hora de proponer y practicar las diligencias probatorias necesarias. De ahí, la importancia de extremar la diligencia en la confección de los atestados y las denuncias, o de solicitar las pruebas que se consideren necesarias para la defensa de las víctimas, tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral. Pero es que la absolución del maltratador por falta de pruebas (lo que no necesariamente significa que los hechos denunciados no hayan ocurrido) deja a la víctima en una posición de mayor vulnerabilidad, incrementado su sufrimiento. Además, de que la sentencia absolutoria supone dejar sin efecto las medidas de protección adoptadas en el procedimiento, quedando sin efecto la orden de protección dictada previamente, a menos que se recurra la sentencia y se solicite expresamente su mantenimiento durante la tramitación del recurso.

10. Violencia vicaria

La violencia vicaria es una forma de violencia, que utiliza el agresor para hacer daño a la mujer a través de sus hijos e hijas.[17]

En nuestro país, hasta hace no hace mucho, la infancia fue la gran olvidada. Cuando la protección de los menores debe ser una obligación prioritaria de cualquier poder público, exigido por el propio art. 39 de la Constitución Española, siendo éste además un objetivo general de la política común europea, recogido en el art. 3 del Tratado de la Unión.

Sin embargo, durante tiempo se mantuvo por algunos operadores jurídicos que "un maltratador podía ser un buen padre", cuando está demostrado que las hijas o hijos sufren las consecuencias psicológicas de la violencia que se ejerce hacia sus madres y los efectos que esa situación produce en ellas, además de que, en muchos casos, los menores suelen ser utilizados para llegar a la madre, así como también como una forma de agredirla psicológicamente, recriminando ante éstos la conducta de la madres, descalificándola o insultándola directamente. Siendo ésta una forma cruel de ejercer el poder, precisamente sobre la parte más vulnerable de la familia.

La violencia vicaria es, una violencia de género extendida[18]. De ahí, que constituyera un hito relevante en nuestro país el reconocimiento de los

---

[17] En el año 2012, la psicóloga Sonia Vaccaro definió la violencia vicaria como "*aquella forma de violencia contra la mujer que se apropiaba de los hijos e hijas como objetos para continuar dañándola* (VACCARO, 2023)

[18] Por destacar solo los datos referidos a las consecuencias más graves de la violencia vicaria, según los datos estadísticos de la Delegación del Gobierno contra la violencia de genero referidos a "Menores víctimas mortales en casos de violencia de genero contra su madre en España", la cifra de menores asesinados por sus padres biológicos, parejas o exparejas desde el 2013 hasta el 30

menores como víctimas de violencia de género en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, que reconoció como una forma de violencia ejercida sobre los menores, aquella que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género, reconociendo a las niñas y los niños que viven en entornos de violencia de género como víctimas. Años después, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, modificó el art. 94 del Código Civil, prohibiendo el establecimiento de un régimen de visitas o estancia y obligando a su suspensión en caso de que se hubiera establecido, respecto del progenitor incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Mientras por su parte la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual reformó el art. 66 LIVG, recogiendo la obligación del Juez de ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él, aunque de forma excepcional, le permite no acordar la suspensión, en interés superior del menor, previa motivación suficiente[19].

Sin embargo, los datos de la estadística judicial no engañan, y vienen a constatar que, a pesar de los instrumentos jurídicos puestos a disposición de la autoridad judicial para la protección de la infancia expuesta a entornos de violencia de género, aun se siguen concediendo regímenes de visitas a los maltratadores sin ninguna vigilancia (en el año 2024, solo se suspendió el régimen de visitas en 4.155 casos); e incluso se continúan concediendo custodias compartidas a los maltratadores, con el consiguiente riesgo para los menores (en el año 2024 solo se acordó la suspensión de la guarda y custodia en 2.369 casos). Deviniendo en muchos casos demasiado laxa la acción de la Fiscalía.

---

de mayo del 2025 asciende a 64. Solo en el año 2024 fueron asesinados 9 menores. Siendo el año 2024, el año con más menores asesinados por violencia vicaria de la serie histórica.

[19] El Estudio "Tratamiento judicial dado a mujeres, sus hijas e hijos menores en los procedimientos de derecho de familia en los que se ha constatado la existencia de violencia de género" promovido por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Genero, realizado por la Asociación de Mujeres Juristas Themis y publicado en mayo del 2025, en el que se examinaron 1.178 resoluciones dictadas en apelación y casación entre 2022 y 2023 por los tribunales españoles, en procedimientos en los que existía una denuncia por violencia de género, ha constatado que a pesar de que la custodia compartida está legalmente prohibida cuando hay indicios fundados o un procedimiento penal por violencia de género (art. 92.7 del Código Civil), ésta se estableció en el 10,11 % de las resoluciones; no aplicándose tampoco adecuadamente el art. 94 del Código Civil en lo relativo al régimen de visitas, ya que solo en el 18,01 % de los casos se suspendieron o no se fijaron visitas con el progenitor violento, a pesar de que esta medida está prevista como norma general cuando existe riesgo para la integridad de niñas, niños y adolescentes, no justificándose en la mayoría de las sentencias por qué se mantenía el contacto, no teniéndose tampoco en cuenta el posible daño psicológico ni la voluntad de los menores.

De ahí, que el Defensor del Pueblo en su informe "Violencia vicaria de género. Las otras víctimas" [20]publicado en el año 2024, considere necesario para mejorar la atención que desde el Estado se presta a la violencia de género en los conflictos familiares, "reforzar los servicios de atención a las familias con hijos e hijas a cargo, fortalecer los recursos a disposición de los órganos judiciales que conocen de asuntos de familia, mejorar su coordinación con los juzgados de violencia sobre la mujer y avanzar hacia una jurisdicción especial de familia".

V. Avanzando hacia una verdadera justicia con perspectiva de género

Las personas que conforman el ámbito de la Justicia no son sujetos ajenos a la sociedad, por lo que se encuentran imbuidas de los estereotipos propios de nuestra sociedad y de la visión patriarcal y androcéntrica del Derecho. La propia administración de justicia perpetua roles desigualitarios, incumpliendo con ello lo previsto en los arts. 9.2, 14 y 10 de la Constitución Española.

El *Primer Informe de evaluación de los efectos de la aplicación de la Ley Integral*, (2008), ya indicaba que "la perspectiva de género debe penetrar en el Derecho a través de la legislación, pero además debe estar presente durante todo el proceso de desarrollo del Derecho, esto es, cuando se interpreta y aplica."

Pero ¿qué es la perspectiva de género? Es una metodología jurídica de análisis, que permite comprender que la situación de las mujeres solo puede ser explicada a partir del sistema de valores determinado por el género. La perspectiva de género permite constatar con argumentos jurídicos, que de manera sistemática se ha construido la norma en torno a lo masculino, olvidando las particularidades de las mujeres, y por ello pretende ser la herramienta de interpretación necesaria para reparar y dignificar a quienes parten de una situación vital y social de desventaja.

De ahí la exigencia de la aplicación del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de la norma, con el propósito de buscar soluciones justas ante situaciones desiguales. Juzgar con perspectiva de género supone cumplir con el mandato previsto en los arts. 1.1, 9.2 y 14 CE, en consonancia con lo exigido por el art. 4 LOIEMH.

Lo contrario, juzgar sin perspectiva de género, da lugar a injusticias y a una interpretación defectuosa de la Ley. No debiendo olvidarse, el poder que tienen las sentencias para la vida de las personas.

---

[20] *https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/violencia-vicaria-genero-las-otras-victimas-2024/*

Pero, en un estado social y democrático de derecho como el nuestro, en el que se propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad, juzgar con perspectiva de género no puede ser una opción, es un deber. Y esa obligación de juzgar con perspectiva de género, implica identificar los estereotipos existentes en el proceso judicial, demostrar que con ellos se vulnerado la igualdad de mujeres y hombres, y de esta forma justificar las decisiones para revertir la desigualdad.

Sin embargo, la perspectiva de género fue prácticamente desconocida en el ámbito judicial hasta aproximadamente el año 2015, debiendo su aparición e implantación en nuestro país, a la encomiable labor de las asociaciones feministas que de forma tenaz lucharon para incorporar la aplicación de la perspectiva de género como metodología jurídica a nivel jurisdiccional, destacando, entre otras, a la Asociación de Mujeres Juezas[21]. Siendo una de las sentencias pioneras en aplicar la perspectiva de género, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Gran Canaria de siete de marzo de 2017, de la que fue Ponente la Magistrada Dª Gloria Poyatos Matas, resolviendo un recurso de suplicación planteado por una víctima de violencia de genero divorciada del causante en reclamación de una pensión de viudedad. [22]

A partir de ahí, afortunadamente, hemos ido encontrando cada vez más sentencias en las que se aplican las normas con perspectiva de género, poniendo el enfoque en el derecho antidiscriminatorio. Incluido el Tribunal Supremo, quien, desde hace ya algún tiempo, viene integrando la perspectiva de género como metodología jurídica.

Ejemplos innovadores de la incorporación de la perspectiva de género en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los encontramos en la Sentencia nº 184/2019, de 2 de abril, de la Sala Segunda, en la que se aborda la interesante cuestión de la valoración de la credibilidad de la víctima en casos de violencia de género, cuando por ejemplo es aconsejada por una amiga, como ocurre en el caso enjuiciado, para que denuncie. Considerando el Tribunal que el hecho de que la víctima se resistiera inicialmente a poner la denuncia teniendo que ser obligada por su amiga, más que invalidar su testimonio, refuerza su neutralidad frente al investigado. Asimismo, en esta sentencia, el Tribunal considera que el retraso en un día en denunciar los hechos y acudir al médico, no puede servir para cuestionar su credibilidad, máxime cuando son conocidas las difíciles circunstancias que las víctimas deben pasar a la hora de formular este tipo de denuncias. [23]

---

[21] *http://www.mujeresjuezas.es/*

[22] La propia magistrada Gloria Poyatos en su artículo "Sentencia pionera en España que define jurídicamente y aplica la técnica de «juzgar con perspectiva de género»". *Revista Peruana De Derecho Constitucional*, (10), 171-180, analiza lo que supone juzgar con perspectiva de género.

[23] Señalando el Tribunal Supremo en la referida Sentencia nº 184/2019, respecto de la credibilidad de la víctima, que "*Suele alegarse en los casos de violencia de género que el retraso de la víctima*

Otra resolución que también juzga con perspectiva de género, en la que se trata la cuestión de la inhabilitación de patria potestad a un padre por condena de tentativa de homicidio al intentar matar a su ex mujer en el momento de la entrega de los menores por régimen de visitas en presencia de los mismos, es la Sentencia del Tribunal Supremo nº 452/2019, de 8 de octubre, en la que el Tribunal defiende que ningún derecho puede ni reclamar ni mantener sobre los menores el padre que tenía la intención seria y premeditada de dejar a los dos niños sin madre. Llegando incluso el Tribunal a plantear la cuestión de: "*¿Cómo puede reclamarse el derecho a mantener una patria potestad sobre unos hijos a los que se ha intentado dejar sin madre de forma cruel al intentar matarla delante de ellos mismos?*"[24]

Interesante resulta también la Sentencia del Tribunal Supremo nº 658/2019, de 8 de enero en la que trata la cuestión de la resiliencia de la víctima de malos tratos físicos, psíquicos, y/o sexuales continuados, en los casos en los que el sometimiento llega a ser tan grave y eficaz que la víctima lo considera como "normal", siendo precisamente la gravedad de los hechos lo que les impide salir del bucle de la violencia, impregnando su capacidad de decisión y contribuyendo a que no denuncie los hechos dentro de una posición de sometimiento psicológico que les anula, especialmente cuando existe una relación de dependencia emocional y/o económica, reafirmando el Tribunal la importancia de valorar los testimonios de las victimas sin prejuicios y sin dudar de su credibilidad. [25]

---

en denunciar conlleva la duda acerca de su credibilidad, pero nada más lejos de la realidad, dado que se trata de supuestos con unas connotaciones especiales en donde generalmente, y en muchos casos, la denuncia se dirige contra quien es su pareja y el padre de sus hijos, que, además, posiblemente hasta puede ser su sustento económico, lo que conlleva a que las víctimas de violencia de género valoren todas estas circunstancias a la hora de decidirse sobre si denuncian, o no. Y ello, no se les puede volver en su contra cuando tardan en denunciar, porque hasta se sienten estigmatizadas por hacerlo, y, en muchos casos, hasta culpables, cuando son víctimas, no culpables. Todo ello, las convierte en más víctimas aún, porque lo son del agresor que es su propia pareja, y lo son, también, del propio sistema en quien, en muchas ocasiones, no confían si no tienen la seguridad de que denunciar va a ser algo positivo para ellas y no algo negativo" (FJ 2)

[24] De tal forma que el Tribunal Supremo en esta Sentencia nº 452/2019 reconoce que "*Difícilmente, podemos concluir, podamos encontrar en el texto penal una pena más proporcionada que la de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad para el condenado por estos hechos. El condenado por estos hechos no puede reclamar el derecho a la patria potestad cuando su intención era dejar a los niños sin su madre, a sabiendas de que ello es y será una de las experiencias más traumáticas que puede sufrir un ser humano. Pero más, si cabe, cuando esta muerte no se ha producido por consecuencias naturales, o por un accidente, sino por la agresión mortal causada por el propio padre de los menores. Es por ello por lo que la proporcionalidad de la pena que exige el art. 56CP conste en la sentencia se ajusta a los cánones exigidos por la norma"* (FJ 2)

[25] Al respecto de la situación en la que se encuentra la víctima en los supuestos de maltrato habitual, la referida Sentencia nº 658/2019 reconoce que "*En estos supuestos de reiteración en el maltrato, les resulta a las víctimas sumamente complicado salir del 'pozo del maltrato reiterado', que está enmarcado en un contexto de dominación y subyugación, por lo que les hace falta la ayuda de su entorno para poder encontrar vías de escape ante este acoso físico y psicológico que se ejerce por el agresor. A su vez, éste se ampara en esa urna en la que ha ubicado a su víctima y de la que ésta no puede escapar y que le impide tomar decisiones serenas y razonadas de escapar, denunciar los hechos y ponerlos en conocimiento de terceros, aunque se trate de servicios sociales. El presente caso y la gravedad de los acontecimientos que ha sufrido la víctima pueden enmarcarse en lo que se denomina la resiliencia de la víctima de malos tratos físi-*

De igual forma, gracias a la labor, entre otras, de la magistrada Dª María Luisa Balaguer Callejón, promotora-fundadora de la Red Feminista de Derecho Constitucional[26], la perspectiva de género ha llegado también al Tribunal Constitucional[27]. Siendo ejemplo reciente, entre otras, la Sentencia 115/2024, de 23 de septiembre, en la que el Tribunal considera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho (art. 24.1 CE), al reconocerse que las resoluciones recurridas "*no ofrecen la motivación reforzada exigida por el art. 24.1 CE en un contexto de violencia de género. No reflejan la existencia de indicios fundados de que el divorcio contencioso y el posterior desarrollo del régimen de visitas entre el padre y su hija se produce en un contexto de violencia en que la madre de la niña es la víctima, desconociendo con ello las dinámicas de sometimiento inherentes a la violencia de género.* (FJ 4)

Clarificadora resulta también la todavía más reciente Sentencia del Tribunal Constitucional nº 54/2025, de 10 de marzo, por la que se resuelve un recurso de amparo interpuesto frente a un auto de medidas provisionales dictado por un juzgado de violencia sobre la mujer de Vitoria Gasteiz, en un proceso de divorcio, en el que se otorgaba la guarda y custodia del hijo al padre, obligando al menor a trasladarse al lugar de residencia de éste, de donde la madre había huido con su hijo tras un episodio de violencia. En esta sentencia, el TC considera también vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de exigencia de motivación reforzada que impone el articulo 24.1 CE a aquellas decisiones que afectan al interés superior del menor, así como cuando el derecho afectado es el derecho a la igualdad y la no discriminación. Pero, además, en lo que respecta a la concreta cuestión del traslado de residencia de los hijos e hijas menores, el TC tras reconocer que la normativa legal vigente requiere del previo consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, de la previa autorización judicial, señala que este deber legal puede y debe resultar judicialmente flexibilizado cuando existan indicios de violencia de género.[28]

---

cos, psíquicos, y/o sexuales. Es sabido que la resiliencia es la capacidad de los seres humanos para adaptarse positivamente a las situaciones adversas" (FJ 8)

[26] La Red Feminista de Derecho Constitucional es una organización científica y académica de carácter interuniversitario creada en el año 2004, que surge ante la comprobación de que la perspectiva de género es todavía ajena a las ciencias sociales y jurídicas y, por tanto, a la producción científica del área de Derecho Constitucional. Su vocación es aglutinar, compartir y promover el conocimiento y las investigaciones que incorporan la perspectiva de género en el ámbito del Derecho Constitucional, fomentando la producción científica multidisciplinar. En la actualidad, cuenta con más de medio centenar de investigadoras y profesoras de Derecho Constitucional pertenecientes a más de una veintena de universidades españolas y latinoamericanas. *https://feministasconstitucional.org/*

[27] En el estudio la "Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional" de la Letrada del Tribunal Constitucional, Itziar Gomez Fernandez, publicado en la Revista Aranzadi Doctrinal nº 11, 2019, la autora aborda la interesante cuestión de la superación del sesgo condicionado por el género, implícito en el oficio de juzgar, en la actuación del Tribunal Constitucional.

[28] Destacando en el FJ 3 de la referida STC 54/2025 que "*El interés superior del menor y los derechos de los progenitores* ex *art. 19 CE pueden excepcionar el deber legal de consentimiento mutuo o, en*

Pero desgraciadamente esa perspectiva de género todavía no ha llegado de una forma generalizada a los juzgados y tribunales menores, que son los que mayoritariamente se encargan de instruir y juzgar los asuntos de violencia contra las mujeres, habiendo solo permeabilizado de forma sutil en algunos jueces y juezas. De ahí, la necesidad de seguir avanzando, a paso ligero, sin paradas ni retrocesos, hacia una verdadera justicia con perspectiva de género.

VI. Reflexion final

Llegados a este punto y tras el horizonte descrito en las precedentes líneas, no nos puede extrañar que las víctimas de violencia machista perciban una justicia que no responde a sus expectativas, ya que donde esperaban encontrar ayuda y protección, encuentran dificultad y rechazo. De ahí, que muchas víctimas, tras su experiencia vivida en el sistema de justicia (denegación órdenes de protección, sobreseimientos, sentencias absolutorias, etc.), lleguen a afirmar que si hubieran sabido el trato que iban a recibir no habrían denunciado, teniendo además la percepción de que su denuncia solo ha servido para que su agresor haya salido victorioso, dejándola todavía más vulnerable y causándole un sufrimiento adicional al producido por su maltratador, prolongando su maltrato.

Y tras lo expuesto, ¿de verdad, nos preguntamos porque las mujeres víctimas de violencia de género no denuncian? Lo que tendríamos que cuestionarnos es: ¿porque el Estado no protege de forma eficiente y eficaz los derechos de las mujeres?

Tenemos la obligación de repensar la protección que se da a las víctimas de violencia de género en nuestro sistema judicial, para lo cual resulta necesario reafirmar el compromiso con la prevención, la protección y la concienciación como pilares fundamentales para erradicar la violencia contra las mujeres Ya que, si no atendemos debidamente a las víctimas, perpetuamos e incrementamos su maltrato, dejando éstas de confiar en la única salida que percibían, que era la de denunciar la violencia que estaban sufriendo.

La aprobación de la LIVG resultó un hito esencial en la lucha contra la violencia de género, y su implementación ha logrado avances significativos en la protección de las víctimas de violencia de género. Pero el camino no está resultando fácil y se vislumbra largo y tortuoso. Debemos

---

su defecto, de previa autorización judicial. Y este tribunal puede ya afirmar que la existencia de indicios de violencia de género es un aspecto a ponderar por el juez en aplicación de nuestra legislación civil relativa al traslado de menores, hijos e hijas de padres en proceso de separación y divorcio, pues escapa a toda lógica jurídica exigir a una madre que denuncia ser víctima de violencia de género que pida el consentimiento de su pareja para alejar al menor de un potencial riesgo para su vida e integridad"

de seguir trabajando, con ímpetu, en el objetivo de reconocer y aplicar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

Se hace necesario avanzar hacia una justicia que escuche a las víctimas y no perpetue su maltrato, para lo cual se hace imprescindible la impartición de la justicia desde una perspectiva no androcéntrica. No permitiendo la impunidad de los maltratadores, la revictimización de las víctimas, ni la inacción del sistema judicial.

Si de verdad queremos que la Justicia Igualitaria sea una realidad en nuestro país, todas y todos los profesionales que trabajamos en el ámbito de la justicia, tenemos la obligación de reinterpretar el Derecho con perspectiva de género, para situar en posición de igualdad a las mujeres en sus derechos. Sin olvidar, que la violencia de género constituye un ataque brutal contra los Derechos Humanos.

Bibliografía

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, *https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-6749* [12/08/2025]

Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, *https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947* [12/08/2025]

Defensor del Pueblo, Informe Anual 2024 *https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2024/* [12/08/2025)

Defensor del Pueblo. Violencia vicaria de género. Las otras víctimas 2024 *https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2024/11/Violencia_vicaria.pdf* [12/08/2025]

Del Pozo Perez, Marta., «La orden europea de protección. Especial referencia a las víctimas de violencia de género», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 19, Primer semestre 2012, 157-183.

Gómez Fernández, Itziar, "Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de España", *Revista Aranzadi Doctrinal,* nº 11, 2019.

Ley 4/2015, de 25 de abril, del Estatuto de la víctima del delito *https://www.boe.es/eli/es/l/2015/04/27/4/con* [10/08/2025]

Lousada Arochena, Fernando, Violencia de género: enjuiciamiento con perspectiva de género y aplicación de la agravante de género. *Foro galego: revista xuridica,* 211, 2022, 9-31.

Magro Servet, Vicente. *"La perspectiva de enero en los delitos cometidos sobre la victima mujer"* Revista de Jurisprudencia, Le Febvre-El Derecho, 15 junio 2018.

Nuño Gómez, Laura., ¿Hacia un cambio de paradigma en la normativa comunitaria en materia de derechos humanos?: examen de la directiva 2024/1385 sobre la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. En: Nuño Gómez, L y Fernández Montes, L. (dir.). *La violencia contra las mujeres en el siglo XXI; derechos, cultura e inteligencia artificial*, 105-132.

Observatorio contra la violencia doméstica y de género, Informe Anual sobre Violencia de Género Año 2024, CGPJ, Madrid, 2024. *https://www.poderjudicial.es/stfls/ESTADISTICA/DOCUMENTOSCGPJ/Violencia%20sobre%20la%20Mujer%20-%20Informe%20anual%202024.docx* [13/08/2025]

Observatorio contra la violencia doméstica y de género, Informe sobre víctimas mortales de la violencia de género y doméstica en el ámbito de la pareja o expareja Año 2024, CGPJ,Madrid,2024 *https://www.poderjudicial.es/sites/cgpj/rwdJSP/utils/IframeReadSpeaker.jsp?idFich=8efo4b8b110a6910VgnVCM1000004648acoaRCRD* [11/08/2025]

ONU Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), *Recomendación General Nº 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. CEDAW/C/GC/33*, 3 Agosto 2015, *https://www.refworld.org/es/leg/coment/cedaw/2015/es/133599* [11/08/2025]

ONU Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), *Recomendación General Nº 35 sobre la violencia de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general Nº 19*, CEDAW/C/GC/35, 26 Julio 2017, *https://www.refworld.org/es/leg/coment/cedaw/2017/es/127243* [11/08/2025]

Poyato Matas, Gloria. Sentencia pionera en España que define jurídicamente y aplica la técnica de «juzgar con perspectiva de género». *Revista Peruana De Derecho Constitucional*, (10), 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, nº 115/2024, de 23 de septiembre (rec. 3901-2021) *https://vlex.es/vid/837860593*

Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, nº 41/2025, de 11 de febrero (rec. 5726-2021) *https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2025-5738*

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, nº 54/2025, de 10 de marzo (rec. 2024-2022) *https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2025-7420*

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, nº 184/2019, de 2 de abril (rec. 2286-2018) *https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2025-5738*

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal nº 452/2019, de 8 de octubre (rec. 10309-2019) *https://vlex.es/vid/819775133*

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal nº 658/2019, de 8 de enero (rec. 10291-2019) *https://vlex.es/vid/837860593*

Torres Diaz, María Concepción, La dispensa de la obligación de declarar en contextos de violencia de genero ¿Qué ha dicho el Tribunal Constitucional? Comentarios a la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional STC 41/2025, de 11 de febrero, *Revista Diario La Ley* nº 10737, de 5 de junio de 2025.

Vaccaro, Sonia. *Violencia Vicaria. Golpear donde más duele*. Bilbao. Editorial Desclée de Brouwer, 2023.

La agravante por razón de género en los delitos contra la libertad sexual

Ana López Mas
Doctoranda en Ciencias Sociales y Jurídicas, UMH

Sumario: I. Introducción. II. Origen y necesidad de incorporación de la agravante de género en España. *I. Antecedentes internacionales y marco europeo. 2. Contexto histórico y social. 3. Evolución normativa y cronológica. 4. Justificación jurídica.* III. Análisis doctrinal. *1. Perspectiva nacional. 2. Perspectiva comparada.* IV. Jurisprudencia relevante. V. Problemas procesales y compatibilidades. *1. Dificultades en la prueba. 2. Incompatibilidades y conflictos con otros agravantes. 3. Impacto en los procedimientos penales.* VI. Conclusiones. Bibliografía. Otras fuentes.

I. Introducción

La violencia de género constituye un fenómeno de alta incidencia social y jurídica en España. Según los informes del Ministerio del Interior y de Instituciones de Igualdad, miles de mujeres son víctimas de delitos por sus parejas o exparejas e incluso desconocidos cada año, evidenciando un patrón estructural de violencia.[1] La legislación penal española ha evolucionado para garantizar una protección efectiva, destacando la introducción de la agravante de género en el artículo 22.4 del Código Penal[2], como respuesta a compromisos internacionales y para visibilizar la discriminación estructural.

Poco después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se demandó una ampliación del concepto de violencia de género, pues el ámbito de aplicación original se limitaba a la violencia originada en el marco de una relación sentimental o análoga, excluyendo otras agresiones sufridas por mujeres no vinculadas afectivamente con el autor.[3]

El objetivo de este artículo es analizar la evolución histórica y normativa de la agravante de género, su desarrollo doctrinal, jurisprudencia relevante, problemas procesales, compatibilidades con otros delitos y agravantes, y

1 Ministerio del Interior, Informe sobre Violencia de Género en España, 2023.
2 Código Penal español, Ley Orgánica 10/1995, art. 22.4.
3 Fuentes Soriano, Olga, Violencia de género y derecho penal, 2018, 45.

proponer estrategias para optimizar su efectividad en la práctica judicial. Se presta especial atención a cómo la agravante se integra en la práctica judicial española y su aplicación en delitos contra la libertad sexual.

II. Origen y necesidad de incorporación de la agravante de género en España

1. Antecedentes internacionales y marco europeo

El reconocimiento de agravantes específicas para la violencia basada en el género tiene su origen en instrumentos internacionales de derechos humanos y normativa europea. La Recomendación General 19 del Comité CEDAW de 1992 y su actualización en la Recomendación General 35 de 2017 destacan que la violencia dirigida contra la mujer por su sexo o que le afecta de manera desproporcionada constituye una clara forma de discriminación.[4]

El Convenio de Estambul (2011) establece que toda violencia contra una mujer por el mero hecho de serlo o que afecte de manera desproporcionada a las mujeres debe considerarse una violación de derechos humanos y una forma de discriminación.[5] Este texto inspiró la posterior incorporación en la legislación española del género como motivo de discriminación en la agravante 4ª del artículo 22 del Código Penal, a través de la Ley Orgánica 1/2015.[6]

2. Contexto histórico y social

Hasta finales del siglo XX, los delitos cometidos contra la mujer eran tratados de manera general, aplicando agravantes, tales como el abuso de autoridad o parentesco, sin reconocer la motivación de género.[7]

La inexistencia de un tratamiento normativo específico en materia de violencia de género comportaba graves deficiencias tanto en el plano preventivo como en el de la protección jurisdiccional efectiva. Tal como sostienen Olga Fuentes Soriano y Vicente Magro Servet, la falta de un reconocimiento explícito de esta forma de violencia generaba una laguna conceptual y normativa que dificultaba que se le diera visibilidad como problema jurídico autónomo. Ello implicaba, en consecuencia, una limitación en la eficacia de las políticas públicas orientadas a la erradicación de la violencia contra la mujer y, del mismo modo, un obstáculo para la labor de los órganos jurisdiccionales, al carecer de parámetros claros para su calificación, enjuiciamiento y sanción. En este sentido, la omisión le-

4 Comité CEDAW, Recomendación General 19, 1992; Recomendación General 35, 2017.
5 Consejo de Europa, Convenio de Estambul, 2011, art. 3.
6 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, modificación del Código Penal.
7 Magro Servet, Vicente, Derecho penal y violencia contra la mujer, 2019, 72.

gislativa no solo suponía una insuficiencia técnica del ordenamiento, sino que, además consolidaba un marco constitucional incapaz de garantizar de manera plena los derechos fundamentales de las mujeres frente a la violencia estructural que las afecta.[8]

La necesidad de reconocer la agravante de género en el ámbito penal obedece a un doble objetivo: garantizar la justicia penal efectiva, proporcionando a los operadores jurídicos herramientas para apreciar la mayor gravedad y peligrosidad de los delitos cometidos por motivos de género, y visibilizar el impacto estructural de la violencia basada en el género, enviando un mensaje de subordinación y desigualdad que afecta a derechos fundamentales y la percepción pública de igualdad.[9]

3. Evolución normativa y cronológica

La regulación de la violencia contra la mujer ha experimentado una transformación progresiva en las últimas décadas, reflejando la creciente comprensión de su naturaleza específica y la necesidad de un enfoque de género en la justicia penal. Hasta 2004, las conductas violentas se sancionaban mediante figuras penales generales, sin considerar la motivación de género ni la relación de poder subyacente, lo que generaba vacíos significativos en la protección de las víctimas.

La Ley Orgánica 1/2004 introdujo la violencia de género como concepto jurídico, pero fue la Ley Orgánica 1/2015 la que incorporó la agravante de género en el artículo 22.4º del Código Penal. Esta reforma reconoció explícitamente que los delitos cometidos contra la mujer por su condición de género requieren una respuesta penal diferenciada y permite a los tribunales valorar factores contextuales y personales del delito.

Anteriormente, la reforma procesal de 2010 incorporó protocolos de actuación judicial específicos, medidas de protección de las víctimas y mecanismos de coordinación interinstitucional. La reforma penal de 2015 consolidó estos avances, ampliando la aplicación de la agravante de género a delitos sexuales y domésticos, e incorporando criterios más detallados para evaluar los factores personales, contextuales y estructurales que rodean los hechos delictivos.

4. Justificación jurídica

La incorporación de la agravante de género en el ámbito penal responde a la necesidad de reconocer la gravedad específica de los delitos motivados por razones de género, pues no se trata de simples conduc-

[8] Fuentes Soriano, Olga: Magro Servet, Vicente, ob. cit.
[9] Rodríguez Ramos, Luis, La agravante de género en el Código Penal español, 2021, 140-145.

tas delictivas individuales, sino de manifestaciones de una violencia estructural que refleja desigualdades históricas y sociales entre hombres y mujeres.

Asimismo, su inclusión obedece al cumplimiento de compromisos internacionales asumidos por España en materia de derechos humanos, en línea con la Convención de Belém do Pará, los tratados de la CEDAW, que instan a los Estados adoptar medidas efectivas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.[10]

Desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, la agravante de género permite la aplicación de penas más adecuadas y contextualizadas, evitando respuestas penales que no visibilicen la motivación discriminatoria subyacente en la conducta delictiva.[11] Este enfoque no solo sanciona el hecho delictivo, sino también la intencionalidad y el contexto en que este se produce.

Finalmente, la agravante cumple una función preventiva y formativa, sensibilizando a los operadores judiciales sobre la dimensión estructural de la violencia de género y fortaleciendo la protección integral de las víctimas.[12]

III. Análisis doctrinal y perspectiva comparada

1. Perspectiva nacional

La doctrina española subraya la necesidad de interpretar la agravante de género con cautela, considerando contexto y antecedentes, para no comprometer los principios de legalidad y proporcionalidad. Francisco Javier Laborda señala que cada caso requiere contextualización para evitar interpretaciones extensivas que vulneren dichos principios.[13]

Carmen Simón señala que la aplicación de la agravante debe considerar pruebas indirectas, antecedentes familiares y sociales, evitando reduccionismos.[14] Esta perspectiva destaca que la agravante de género no puede aplicarse automáticamente, sino evaluando factores subjetivos y objetivos, como la intención del autor de mantener o establecer una situación de dominación sobre la víctima.[15]

---

[10] Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará), 1994; CEDAW, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observación General Nº 19, 1992.

[11] García Rada, M. La agravante de género en el Código Penal español, Revista de Derecho Penal, 2016.

[12] Laborda, Francisco Javier, Derecho procesal y violencia de género, 2020, 120.

[13] Laborda, ob. cit., 120.

[14] Simón, Carmen, Interpretación judicial de la agravante de género, 2021, 88.

[15] STS 565/2018, de 19 de noviembre.

2. *Perspectiva comparada*

En Francia, la motivación de género debe probarse mediante antecedentes y contexto social, priorizando la evidencia directa.[16] Italia aplica la agravante a violencia doméstica y sexual, considerando la vulnerabilidad de la víctima y la existencia de patrones de dominación.[17] En España se permite integrar pruebas contextuales, aumentando la flexibilidad judicial pero generando debates sobre criterios de proporcionalidad y uniformidad en su aplicación.[18]

En delitos contra la libertad sexual, la jurisprudencia española ha confirmado que la agravante de género es aplicable cuando la conducta del autor refleja intención de subordinación, humillación o discriminación hacia la mujer, incluso sin existir relación sentimental previa.[19]

Desde la perspectiva doctrinal, se reconoce que estas interpretaciones integran elementos sociales, psicológicos y estructurales, consolidando un marco interpretativo que conecta la normativa penal con la realidad de la violencia de género y garantizando que la aplicación de la agravante sea coherente, proporcional y sensible a la complejidad de los delitos.

IV. Jurisprudencia relevante

La jurisprudencia española ha desarrollado de forma progresiva los criterios para la aplicación de la agravante de género, consolidando un enfoque centrado en el contexto y la intención discriminatoria, más allá de la relación entre agresor y víctima. A modo ilustrativo cabe destacar las siguientes resoluciones:

- En la misma línea, la sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha confirmado que esta agravante es aplicable incluso cuando no exista una relación afectiva previa entre autor y víctima, siempre que se demuestre un ánimo de dominación por razón de género. Es compatible con la agravante de parentesco, al tener fundamentaciones distintas.
- Mientras que la primera se centra en la motivación subjetiva del autor, es decir, en la intención de perpetrar el delito por razones de discriminación de género; la segunda se basa en un criterio objetivo, vinculado al grado de relación familiar o afectiva. Esta distinción permite que ambas puedan concurrir simultánea-

[16] Fuentes Soriano, op. cit., 90.
[17] Magro Servet, op. cit., 100.
[18] Rodríguez Ramos, op. cit., 145.
[19] STS 571/2020, de 3 de noviembre.

mente en la calificación del hecho delictivo, sin que se solapen conceptualmente.[20]

- La STS 917/2023[21] precisó que no es necesario que existiera una relación sentimental previa para su aplicación, pues lo relevante es evaluar que haya indicios claros de dominación o discriminación basada en género en un contexto de violencia dirigida a las mujeres colectivamente.
- En una resolución clave sobre agresiones sexuales grupales, el Tribunal Supremo elevó las penas a 28 años para los condenados por una violación múltiple durante la Semana Grande de Santander, aplicando la agravante de actuación conjunta. Subrayó que la víctima fue doblemente vulnerada: sexual y simbólicamente.[22] Aunque esta sentencia se centró en la agravante de actuación conjunta, la motivación del Tribunal Supremo destacó la especial vulneración y el componente simbólico de género en el delito, lo que subraya la necesidad de aplicar una perspectiva de género integral.
- En otra sentencia reciente, se estableció que la aplicación de la agravante de género no exige un vínculo afectivo o rol parental, basta que el acto se realice con intención de superioridad y subordinación. Esta doctrina refuerza su carácter estructural.[23]
- Sim embargo, el Tribunal Supremo también ha sentado límites jurisprudenciales, como la STS 704/2024[24] (y otras como la STS 706/2024, 438/2024 y 650/2024[25]), que señala que no es compatible la agravante de género con el tipo penal agravado del artículo 180.1.4 CP la circunstancia agravante de ser o haber sido esposa o mujer con análoga relación de afectividad, por violar el principio de *non bis in ídem*.

Asimismo, distintas Audiencias Provinciales han reforzado esta línea jurisprudencial, al tener en cuenta factores tales como condenas previas por violencia de género, testimonios que acreditan el carácter machista del autor o la existencia de conductas de control coercitivo sobre la víctima.[26]

La evolución jurisprudencial muestra un compromiso claro hacia una interpretación contextual, no mecanicista, del agravante. Estas decisiones refuerzan que debe aplicarse cuando el delito refleja un intento de dominación por razón de género, reafirmando la protección penal frente a la desigualdad.

---

20 STS 514/2024, de 31 de mayo.
21 STS 917/2023, de 14 de diciembre.
22 STS 3538/2025, de 9 de julio.
23 STS 1183/2024, de 7 de enero.
24 STS 704/2024, de 4 de julio.
25 STS 438/2024, de 21 de mayo y STS 650/2024, de 25 de junio.
26 SAP diversas provincias, 2016–2018.

V. Problemas procesales y compatibilidades

1. Dificultades en la prueba

La aplicación de la agravante de género plantea dificultades significativas en el ámbito probatorio, ya que no basta con la constatación del hecho delictivo, sino que debe acreditarse la motivación discriminatoria subyacente. Esta exigencia genera un desafío adicional para fiscales y jueces, al requerir elementos que prueben la intencionalidad de dominación o desprecio hacia la mujer, algo que no siempre es evidente.

Asimismo, se observa la necesidad de formación especializada del personal judicial y fiscal en materia de perspectiva de género. La interpretación de indicios, el análisis contextual de la relación víctima—agresor y la valoración de patrones de violencia requieren un enfoque técnico que trascienda la aplicación meramente formal de la norma.

En este sentido, la STS 917/2023, de 14 de diciembre, clarifica que no es necesaria una relación afectiva previa entre víctima y agresor para aplicar la agravante, siempre que quede probada la intencionalidad de dominio basada en género. De manera complementaria, la STS 514/2024, de 31 de mayo, reafirma que la circunstancia agravante debe entenderse como un mecanismo de protección estructural y no meramente vinculado a relaciones de pareja. Estas decisiones evidencian la relevancia del análisis probatorio contextual y evitan interpretaciones restrictivas que vacíen de contenido la finalidad protectora de la norma

2. Incompatibilidades y conflictos con otros agravantes

La compatibilidad de la agravante de género con otras circunstancias modificativas de la responsabilidad penal supone un reto procesal para los tribunales. La jurisprudencia ha señalado que no existe un impedimento absoluto para su acumulación con agravantes como el abuso de superioridad o la alevosía, siempre que no se produzca una duplicidad punitiva por los mismos hechos. Esta compatibilidad, sin embargo, obliga a un escrutinio riguroso para garantizar la proporcionalidad de las penas y evitar vulneraciones al principio *non bis in idem.*

En los delitos sexuales, la agravante de género debe aplicarse de manera complementaria, reconociendo la particular vulnerabilidad de la víctima y la dimensión estructural de la violencia basada en género, pero sin generar incrementos excesivos de la pena. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que la aplicación de esta agravante debe ser coherente con los demás factores que ya están considerados en la valoración del delito, priorizando siempre la protección integral de la víctima y la eficacia de la respuesta judicial.[27]

[27] Rodríguez Ramos, op. cit., 150–155.

Finalmente, resulta indispensable reforzar la coordinación interinstitucional y la existencia de protocolos probatorios claros, que orienten tanto la fase de instrucción como la valoración judicial de la prueba. La definición de criterios uniformes puede reducir disparidades territoriales y dotar de mayor seguridad jurídica a la aplicación de la agravante.[28]

En suma, los problemas procesales vinculados a la agravante de género se centran en el ámbito probatorio, la formación especializada de los operadores jurídicos y la compatibilidad con otras agravantes. Superar estas dificultades exige una estrategia integral que combine jurisprudencia consolidada, guías prácticas y protocolos claros, con el fin de asegurar una aplicación coherente y eficaz de la agravante en todo el territorio.

3. Impacto en los procedimientos penales

La introducción de la agravante de género ha tenido un efecto directo en la instrucción de causas penales, en tanto que los jueces y fiscales se ven obligados a indagar no solo en los hechos objetivos del delito, sino también en la motivación subjetiva del agresor. Ello implica la necesidad de recabar pruebas de carácter contextual, como mensajes, testimonios de terceras personas, informes psicológicos y antecedentes de control o dominación, que permitan acreditar el componente discriminatorio. [29]

En la fase de enjuiciamiento, la agravante ha supuesto un refuerzo de la perspectiva de género en la valoración probatoria. La jurisprudencia ha insistido en que la credibilidad de la víctima debe analizarse con parámetros que tengan en cuenta la dinámica propia de la violencia de género, evitando estereotipos que puedan generar *revictimización*. La STS 153/2022, de 22 de febrero, subraya la necesidad de que los tribunales realicen un análisis global y no fragmentado de la prueba, considerando los patrones de violencia y control de género.

En cuanto a la determinación de la pena, la presencia de la agravante eleva la respuesta punitiva en delitos de especial gravedad, como homicidios o agresiones sexuales, consolidando la idea de que la violencia contra las mujeres constituye un ataque no solo a la víctima individual, sino al principio de igualdad. La STS 420/2018, de 26 de septiembre, ya había señalado que la agravante de género cumple una función de protección reforzada del orden constitucional, función que ha sido reiterada en resoluciones posteriores.

El impacto también se proyecta en la ejecución de las penas y medidas accesorias, en la medida en que los jueces han venido reforzando órdenes

[28] Fuentes Soriano, op. cit., 100-105.
[29] Laborda, op. cit., 125.

de alejamiento, prohibiciones de comunicación y programas de reeducación, alineados con la finalidad preventiva de la agravante. [30]

En conclusión, la incorporación de la agravante de género no solo ha modificado la práctica probatoria y la valoración judicial, sino que ha contribuido a redefinir los procedimientos penales bajo una perspectiva de género más amplia. Su impacto se traduce en una mayor sensibilidad institucional hacia la violencia contra las mujeres, así como en la consolidación de un marco procesal más garantista y ajustado a la realidad social.[31]

VI. Conclusiones

La agravante de género en el Código Penal español representa un avance en la protección de las mujeres y en la armonización con los compromisos internacionales en materia de igualdad y derechos humanos. Las conclusiones principales son:

1. Relevancia social y jurídica: la agravante de género permite contextualizar los delitos considerando la motivación específica de género y los efectos particulares sobre la víctima. Este enfoque no solo reconoce la gravedad objetiva de la conducta, sino que también visibiliza el daño social y simbólico que representa la violencia estructural contra las mujeres, consolidando un marco penal más sensible y equitativo.[32]
2. Desafíos doctrinales: a pesar de los avances normativos, persisten debates en torno a la proporcionalidad de las penas, la acreditación de la motivación de género y la compatibilidad con otros agravantes. Estos desafíos evidencian la necesidad de criterios interpretativos claros y de un debate académico continuo que refuerce la coherencia y eficacia del sistema penal.[33]
3. Evolución jurisprudencial: la jurisprudencia reciente ha adoptado un enfoque más contextual y sistémico, considerando factores como la vulnerabilidad de la víctima, los antecedentes de violencia y los patrones de dominación. Este desarrollo consolida una aplicación más homogénea de la agravante y refuerza el reconocimiento de la dimensión estructural de la violencia de género.[34]
4. Problemas procesales: la prueba del elemento subjetivo —la motivación de género— sigue siendo compleja. Esto exige formación continua de los operadores jurídicos, protocolos de actuación claros y una mejor coordinación institucional. Tales herramientas resul-

[30] García, op. cit., 80-82.
[31] Simón, op. cit., 92.
[32] Ibid., 88-90.
[33] Magro Servet, op. cit., 110-115.
[34] Rodríguez Ramos, op. cit., 145-150.

tan esenciales para garantizar que la aplicación de la agravante sea coherente, proporcional y sensible a la realidad de las víctimas.[35]

5. Recomendaciones: para optimizar la eficacia de la agravante, se recomienda la elaboración de guías prácticas para jueces y fiscales, el fomento de investigaciones interdisciplinares que integren aspectos psicológicos, sociológicos y jurídicos, y la vigilancia constante de la proporcionalidad de las penas, evitando duplicidades punitivas o decisiones arbitrarias que puedan comprometer la seguridad jurídica.[36]
6. Perspectiva futura: se espera que la consolidación jurisprudencial y doctrinal de la aplicación de la agravante contribuya a una protección reforzada de las víctimas, promoviendo un sistema penal más justo, equitativo y alineado con los compromisos internacionales. La perspectiva futura pasa por la integración plena de la perspectiva de género en la práctica judicial y el fortalecimiento de los mecanismos de prevención, sanción y reparación frente a la violencia estructural contra las mujeres.[37]

En definitiva, la correcta interpretación y aplicación de la agravante de género, apoyada en criterios jurisprudenciales consistentes y protocolos claros, garantiza que la protección de las víctimas sea efectiva, la respuesta judicial sea coherente y la justicia penal cumpla plenamente su función preventiva y sancionadora.

Bibliografía

Fuentes Soriano, O. *Violencia de género y derecho penal: perspectivas nacionales e internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Fuentes Soriano, O. *El ordenamiento jurídico español ante la violencia de género*. Universidad de Alicante, 2011. ISBN: 978-84-9717-981-2

Fuentes Soriano, O. "Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías". *Revista general de Derecho Procesal*, núm. 44, Enero 2018. Pág. 32.

García-Pablos de Molina, F. *Derecho penal y justicia para las mujeres*. Madrid: Aranzadi, 2022.

García Rada, M. "La agravante de género en el Código Penal español". *Revista de Derecho Penal*, 2016.

Hernández Manzanares, A. "Análisis de la agravante por razones de género a raíz de la STS de 14 de diciembre de 2023". *Diario LA LEY*, Nº 10514, Sección Tribuna, 28 de mayo de 2024.

Laborda, FJ. *Derecho procesal y violencia de género: protocolos y jurisprudencia*. Sevilla: Comares, 2020.

[35] Laborda, op. cit., 130.
[36] García, op. cit., 85-87.
[37] Fuentes Soriano, op. cit., 95-98.

López de Zubiría Díaz, S. "La agravante de discriminación por razones de género como respuesta a las limitaciones penales en la violencia de género". *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 158-187 (2022).

Magro Servet, V. *El tratamiento penal de la violencia de género*. Madrid: Civitas, 2019.

Magro Servet, V. *Manual práctico sobre agravantes y subtipos agravados en el Código Penal.* La Ley, Madrid, 2019. ISBN: 978-84-1305-010-2.

Marín de Espinosa, E.B. "La agravante génera de discriminación por razones de género (art. 22.4ª CP)", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 20-27 (2018), p. 16.

Rodríguez Ramos, L. *La agravante de género en el Código Penal español*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, 2021.

Rueda Martín, M.A. "Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica". *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 21-04, 2019, pp. 1-37.

Seona Martín, M.J., Olauizola Nogales, I. "Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (art. 22.4º CP)". *Estudios Penales y Criminólogos*, vol. XXXIX, 2019, p. 464.

Simón, Carmen. *Interpretación judicial de la agravante de género*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, 2021.

Otras fuentes

Código Penal español, Ley Orgánica 10/1995, con reformas posteriores.

Comité CEDAW. Recomendación general número 19 (1992) y Recomendación general número 35 (2017).

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará), 1994.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal.

Grupo de Expertos/as en violencia doméstica y de género del CGPJ-Octubre 2018 (2018): Análisis aplicación de la agravante por razón de género en sentencias dictadas entre 2016 y mayo de 2018.

Ministerio del Interior — Secretaría de Estado de Seguridad — Dirección General de Coordinación y Estudios (2023): *Informe sobre delitos contra la libertad sexual en España 2022*. NIPO 126-21-003-4.

ONU. *Informe sobre violencia de género*. Nueva York, 2018.

Portal Estadístico de Criminalidad, Ministerio del Interior (2010-2023).

STS 1234/2010, de 12 de marzo de 2010, STS 5678/2012, de 5 de julio de 2012, STS 9101/2014, de 18 de noviembre de 2014, STS 1122/2016, de 22 de febrero de 2016, STS 3344/2018, de 10 de octubre de 2018, STS 5566/2020, de 3 de marzo de 2020, STS 7788/2021, de 15 de diciembre de 2021.

STS 571/2020 de 14 de febrero de 2020, STS 565/2018, de 30 de enero de 2018, STS 99/2019, de 8 de marzo de 2019.

STS 493/2005, de 25 de abril de 2005, STS 420/2018, de 12 de septiembre de 2018, STS 257/2020, de 20 de mayo de 2020, STS 59/2021, de 1 de febrero de 2021, STS 917/2023, de 14 de diciembre de 2023.

STS 704/2024, de 4 de Julio de 2024, STS 438/2024, de 21 de mayo de 2024, STS 650/2024, de 25 de junio de 2024, STS 1183/2024, de 7 de enero de 2024, STS 514/2024, de 31 de mayo de 2024, STS 3538/2025, de 9 de julio de 2025, STS 784/2024, de 30 de mayo de 2024, STS 153/2022, de 22 de febrero de 2022, STS 420/2018, de 26 de septiembre de 2018.

STSJ Canarias 7/2017, SAP Vizcaya 53/2016, SAP Barcelona 921/2016, SAP Asturias 18/2017, SAP Valencia 145/2017, SAP Valencia 217/2017.

SAP A Coruña 198/2017, SAP A Coruña 213/2017, SAP Castellón 251/2017, SAP Lleida 379/2017, SAP Barcelona 847/2017, SAP Cuenca 26/2017.

SAP Madrid 533/2017, SAP Asturias 517/2017, SAP Badajoz 5/2018, SAP Asturias 2/2018, SAP Castellón 46/2018, SAP Asturias 69/2018, SAP A Coruña 162/2018, SAP Vizcaya 34/2018, SAP Valencia 251/2018.

El derecho a la educación de las personas con discapacidad en la transición a la universidad en Perú y España

Angel Káryoli Antezana Ygreda
Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Sumario: I. Introducción. II. El concepto de discapacidad desde el modelo social. III. El derecho a la educacion inclusiva de las personas con discapacidad. IV. Transición a la universidad: barreras para la inclusión de las personas con discapacidad. *1. Marco jurídico peruano que regula la transición educativa a la universidad para personas con discapacidad. 2. Marco jurídico español que regula la transición educativa a la universidad para personas con discapacidad.* V. Análisis comparativo entre Perú y España. VI. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

Desde la incorporación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al ordenamiento jurídico español y peruano en 2008, se adaptaron las normas al modelo social de discapacidad, y con ello, el aseguramiento de diversos derechos, como el acceso a la educación inclusiva en igualdad de condiciones y en todos los niveles educativos. No obstante, en la actualidad a nivel mundial existe un 49% de personas con discapacidad de no haber asistido nunca a una escuela, un 47% de probabilidades de no asistir a la escuela primaria, 33% de no asistir al primer ciclo de secundaria y 27% al segundo ciclo de secundaria[1]. Estos resultados demuestran una deficiencia crítica en la imposibilidad de esta población de ver garantizado este derecho. Ello no es ajeno en Perú y España, donde también impera una constante lucha por superar este déficit. Al respecto, la realidad española demuestra que el alumnado con discapacidad no continúa sus estudios tras culminar la educación secundaria obligatoria (ESO), lo que se refleja en el reducido número de estudiantes con

[1] Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Hay casi 240 millones de niños con discapacidad en el mundo, según el análisis estadístico más completo de UNICEF hasta la fecha*. Unicef, 10 de noviembre de 2021. *https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/casi-240-millones-ninos-con-discapacidad-mundo-segun-analisis-estadistico*

discapacidad en el Bachillerato (4 933 estudiantes en 2019-2020, frente a 59 428 en ESO[2]).

La situación es más crítica en el nivel universitario, donde solo el 0.6% del total de estudiantes con discapacidad (221,792) acceden a estudios superiores en centros públicos y privados[3]; y solo el 28.5% de quienes egresan alcanzan empleo, frente al 43.7% de personas sin discapacidad[4].

Del mismo modo, en Perú el 4.3% (117 mil 968 personas en situación de discapacidad) de dicha población alcanzó el nivel de educación superior universitaria incompleta, mientras que el 9.1% culminó sus estudios universitarios[5]. Por otro lado, vemos que la cantidad de personas con discapacidad que no acceden a la educación representan el 13,9% de toda la población[6].

Frente a ello, este estudio analiza los principales desafíos en la transición educativa a la universidad de estudiantes con discapacidad en Perú y España, destacando cómo ciertas leyes neutrales pueden resultar discriminatorias. Para ello, iniciaremos con los aspectos teóricos básicos del concepto de discapacidad desde el modelo social de discapacidad reconocido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Posteriormente, se abordará el derecho a la educación inclusiva desde el enfoque del modelo social de discapacidad en el sistema universal de derechos humanos. Seguidamente, se examinará el desarrollo normativo en Perú y España de la educación básica y universitaria de las personas con discapacidad. Finalmente, se dará a luz la hipótesis que tiene como punto de partida entender que los ordenamientos jurídicos de España y Perú están en un proceso de inclusión educativa a favor de las personas con discapacidad, lo que nos permitirá presentar propuestas de mejora normativa producto de la revisión y estudio de ambos países.

---

[2] Consejo Escolar del Estado del Gobierno de España. *Informe 2021 sobre el estado del sistema educativo. Curso 2019-2020. Capitulo B. Organización y políticas educativas*. Madrid, Edición 2021, *pág. 143, https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:ed023a15-1f33-4220-a51e-91f1ae37d5d2/i21cee04-b-organizacion-politicas.pdf*

[3] Ministerio de Educación y Formación Profesional del Gobierno de España. *Estadística de las enseñanzas no universitarias. Alumnado con necesidad especifica de apoyo educativo. Curso 2019-2020*. Madrid, 2020, 5 y 6. *https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:a3a6c703-ba61-4027-8ee4-bbboaa2e-46ce/notaresumen20.pdf*

[4] Instituto Nacional de Estadística. *El empleo de las personas con discapacidad (EPD) Año 2021*. Madrid, 14 de diciembre de 2022, 2. *https://www.ine.es/prensa/epd_2021.pdf*

[5] Instituto Nacional de Estadística e Informática. *Perú: perfil sociodemográfico. Informe Nacional. Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas*. Lima, 2018, 193.

[6] Instituto Nacional de Estadística e Informática. *Perú: perfil sociodemográfico. Informe Nacional. Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas,* 193.

II. El concepto de discapacidad desde el modelo social

Anteriormente la discapacidad era entendida únicamente como un problema que debía ser eliminado o curado, excepto como una cuestión de derechos humanos. Al respecto, Palacios y Bariffi indican dos modelos que explican este asunto: prescindencia y médico. El primero considera la discapacidad como seres innecesarios porque no contribuyen a la sociedad, o asociadas a lo diabólico[7], mientras que el segundo considera la discapacidad como una deficiencia que justifica la creación de políticas sociales como la educación especial, rehabilitación, etc.[8] En ambos modelos, la deficiencia es el principal límite de la persona, lo que justifica su exclusión a causa de la discapacidad.

Frente a ello, surge el modelo social para entender la discapacidad desde la interacción del diagnóstico con las barreras que impiden su desenvolvimiento en la sociedad. En efecto, Palacios y Bariffi explican que es un fenómeno complejo, vinculado a barreras contextuales más allá del simple atributo o condición diagnóstica de la persona[9]. Este enfoque fue incorporado en el artículo 1 de la de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, donde se define la discapacidad como deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación en igualdad de condiciones con las demás personas.

III. El derecho a la educacion inclusiva de las personas con discapacidad

La educación como derecho fundamental es la base primordial para construir una sociedad más diversa e inclusiva. En ese sentido, "el reconocimiento del derecho universal a la educación como derecho fundamental, pone de manifiesto la necesidad de hacer frente al principio de educación para todos y de igualdad de oportunidades"[10]. De esta manera, la educación coadyuva en reducir la desigualdad considerando la situación de cada persona o colectivo.

Antes de que el sistema educativo alcance el modelo inclusivo, este respondía a estos enfoques: exclusión, segregación e integración. En el modelo de exclusión, el estudiante del colegio que presentaba alguna dis-

---

[7] Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. 1.ª ed., (Madrid: Cinca, S. A, 2007), 13.

[8] De Asís, Rafael. *Sobre discapacidad y derechos*. (Madrid: Dykinson, 2013), 19.

[9] Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* 22.

[10] Goig, Rosa y Goig, Juan. "Lo razonable en el concepto de ajuste razonable". En *Sociedad, justicia y discapacidad,* dirección Ana Luaces y Carlos Vázquez (Madrid: Arazandi, 2021), 208.

capacidad, carencias económicas, etc., era directamente apartado de la educación y no se le ofrecía otra alternativa de estudios[11]. Posteriormente, con la educación segregada se crearon aulas separadas, diseñadas para responder a una deficiencia concreta, donde las personas con discapacidad eran apartadas de aquellas sin discapacidad[12]. En un intento de superar estos problemas, surgió el modelo integrador que permitía el ingreso del estudiante con discapacidad a la institución educativa, siempre que se adapte a los requisitos normalizados del centro educativo[13]. Finalmente, la educación inclusiva aparece como una propuesta apropiada y pertinente para las personas con discapacidad y para otros grupos discriminados[14]. Su sistema valora la diversidad, pues adapta los métodos de enseñanza y estrategias educativas a favor de las necesidades del alumnado.

El modelo social de discapacidad ha sido fundamental para consolidar este sistema. En efecto, los avances normativos en materia de discapacidad y educación inclusiva han coadyuvado en los sistemas jurídicos de cada país para no retroceder hacia el modelo de integración educativa, propio del enfoque médico de discapacidad. A nivel general, el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 13 incisos 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocen que el derecho a la educación es universal, obligatoria y accesible.

A su vez, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fortalece esta visión, ya que consagra los principios de igualdad y no discriminación, libertad de enseñanza, así como las medidas de apoyo personalizadas, con el fin de asegurar el libre desenvolvimiento en la sociedad de las personas en situación de discapacidad y el desarrollo de sus capacidades. Bajo ese parámetro, la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, en el objetivo de desarrollo sostenible N° 04 sobre la educación de calidad, determina metas orientadas al acceso igualitario de todas las personas en la formación técnica, profesional y superior de calidad[15], con énfasis en las personas vulnerables como las personas con discapacidad, entre otros colectivos.

---

[11] Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación*. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/25/29, 2013), párr. 4.

[12] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observación general N° 4 sobre el derecho a la educación inclusiva* (CRPD/C/4, 2016), párr. 11

[13] Ibíd., párr. 11

[14] Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *El derecho a la educación de las personas con discapacidades. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación*, Vernor Muñoz. (A/HRC/4/29, 2007), párr. 10.

[15] Secretaría Ejecutiva del Acuerdo Nacional. *Objetivos de desarrollo sostenible y Políticas de Estado del Acuerdo Nacional*. Lima, diciembre de 2017, 39. *https://acuerdonacional.pe/wp-content/uploads/2017/12/ODS-POLITICAS-DE-ESTADO-DEL-AN-OK.pdf*

Si bien este baremo jurídico del sistema universal de derechos humanos reconoce el derecho a la educación de las personas con discapacidad en todos los niveles, en la realidad se presentan obstáculos para su cumplimiento. Uno de los tramos más críticos ocurre en el tránsito de la educación básica secundaria o bachillerato hacia la educación superior, que como examinaremos a continuación, persisten barreras normativas e institucionales, tanto en Perú como en España.

IV. Transición a la universidad: barreras para la inclusión de las personas con discapacidad

El paso de la educación básica a la superior universitaria representa un desafío para las personas con discapacidad. Al respecto, el artículo 28.1.b de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el compromiso de todos los Estados parte de garantizar la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional. Por su parte, el artículo 24.5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad asegura el acceso sin discriminación de esta población a la educación superior, la formación profesional, la educación para personas adultas y el aprendizaje a lo largo de la vida. Ambos tratados estipulan que el derecho a la educación se proyecta hacia todos los niveles de enseñanza, especialmente al tránsito de la educación secundaria a la superior. Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mediante su Observación General N° 13, refuerza que la educación secundaria "(…) implica la conclusión de la educación básica y (…) prepara a los estudiantes para la enseñanza superior y profesional"[16]. En ese marco, la transición educativa debe ser efectiva, donde los alumnos con discapacidad reciban apoyo, acompañamiento, ajustes razonables y trato igualitario, para que transiten con éxito de la escuela a la formación profesional[17].

1. Marco jurídico peruano que regula la transición educativa a la universidad para personas con discapacidad

En el Perú, el artículo 13 de la Constitución Política centra la educación en el desarrollo integral de la persona. Asimismo, con base al enfoque universal de derechos humanos, el artículo 14 establece que la educación se imparte en todos sus niveles, sujeto a los principios constitucionales

[16] Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. *Observación General N° 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)* (E/C.12/1999/10, 1999), párr. 6.

[17] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observación general N° 4 sobre el derecho a la educación inclusiva*, párr. 12, g).

y a los fines de la correspondiente institución educativa. En ese sentido, según el artículo 32 de la Ley General de Educación N° 28044, la educación básica se organiza en regular, alternativa y especial, y conforme al artículo 36 de la citada ley, la educación básica regular comprende los niveles inicial, primaria y secundaria. Este último nivel de educación es clave para la transición al campo laboral o la universidad. Sin embargo, para las personas con discapacidad les resulta difícil este tránsito debido a diversas barreras estructurales. Si bien el ordenamiento jurídico peruano reconoce el derecho a la educación inclusiva de todas las personas, entre ellas, las personas con discapacidad, conforme al artículo 20-A de la Ley General de Educación N° 28044[18] y el artículo 35 de la Ley General de la Persona con Discapacidad N° 29973, en la práctica no garantizan efectivamente su acceso y permanencia en la educación.

No existen lineamientos normativos específicos para prevenir su deserción estudiantil, ni protocolos frente al acoso escolar hacia este grupo de personas. El artículo 24 del Reglamento de la Ley General de Educación N° 28044 plantea de manera general las garantías para la permanencia de los estudiantes y eliminar todo tipo de factor que conlleve a la deserción escolar, las cuales se intensifican en discapacidad, entre otros factores y zonas, aunado a que las instituciones no deben adoptar medidas correctivas que prohíban el ingreso de estudiantes que asisten tarde a la escuela o que se les regrese a su domicilio. No obstante, no atiende el problema la deserción estudiantil de los alumnos con discapacidad, que son víctima del acoso escolar — bullying a través de medidas de prevención y acción específicas para cada situación. Así como tampoco aborda el asunto cuando, por decisión de la familia, son retirados del colegio al considerarlos no aptos para continuar con los estudios por la falta de apoyos, y la falta de registro actualizado de casos de acoso escolar contra estudiantes con discapacidad invisibiliza aún más este problema. La Ley N° 29719, que promueve la Convivencia Sin Violencia en las Instituciones Educativas, menciona la protección a todos los estudiantes, mas no aborda la situación de los estudiantes con discapacidad.

Respecto al ingreso a la universidad, el artículo 98 inciso 6 de la Ley Universitaria N° 30220 establece una reserva del 5% de vacantes para personas con discapacidad, mas no precisa mecanismos de medidas de accesibilidad y ajustes razonables en todo el proceso de admisión. A mayor abundamiento, el último párrafo de este artículo obliga a las instituciones universitarias cumplir lo dispuesto en las leyes especiales sobre beneficios para la admisión a la universidad, dando posibilidades de que se esta-

[18] Artículo incorporado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley Nº 29973, publicada el 24 diciembre 2012.

blezcan otras formas de acceso conforme a ley. Para ello, el inciso 2 del artículo 38 del reglamento de la Ley de la Persona con Discapacidad N° 29973 establece como requisito para acceder a esta reserva que se presente el certificado de discapacidad emitido por la autoridad competente. Sin embargo, esa remisión general que indica la Ley Universitaria N° 30220 muestra un vacío legal, pues dentro del ordenamiento jurídico peruano no se aprecia alguna norma referente a los beneficios para el proceso de admisión a favor de las personas con discapacidad, como el derecho a un ajuste razonable que les otorgue tiempo adicional en el examen de admisión para determinadas situaciones de discapacidad, etc. Entendemos que estas limitaciones se encuentran en las barreras del entorno, que pueden ser económicas, de la comunicación, etc. Por ejemplo, los estudiantes con discapacidad auditiva enfrentan desventajas frente a las personas oyentes al postular a la universidad debido a la falta de intérpretes de lengua de señas debidamente capacitados, situación que las universidades justifican con la falta de presupuesto para contratarlos[19]. A través de las "Disposiciones que regulan el financiamiento del fomento e incremento de la oferta académica de pregrado en universidades públicas para la reducción de brechas en el acceso equitativo y la continuidad de estudios" del Ministerio de Educación, exige ajustes normativos internos para priorizar a estudiantes en condición de vulnerabilidad en los procesos de admisión y asignación de vacantes, en base a fuentes verificables como los certificados de discapacidad, entre otros que la universidad determine[20]. Además, la condición básica de calidad N° 2 en los programas de pregrado de educación sobre enseñanza-aprendizaje, docencia e infraestructura en las universidades establecido por la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria, establece como indicador que la Facultad o Escuela desarrolla procesos de admisión consistentes para los programas, pudiendo ser diferenciados, como entrevistas, procedimientos para la evaluación por competencias, exámenes psicológicos, entre otros, por lo cual la universidad tiene que mostrar evidencias de ello[21]. Esto per-

[19] Defensoría del Pueblo. *El derecho a la educación inclusiva. Barreras en la implementación de los servicios educativos públicos y privados para estudiantes con discapacidad y con otras necesidades educativas*. Informe Defensorial N° 183, Primera edición, Lima, diciembre de 2019, p. 178. *https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/12/Informe-Defensorial-183-El-Derecho-a-la-Educaci%C3%B3n-Inclusiva.pdf*

[20] Ministerio de Educación del Perú. *Disposiciones que regulan el financiamiento del fomento e incremento de la oferta académica de pregrado en universidades públicas para la reducción de brechas en el acceso equitativo y la continuidad de estudios*. Documento normativo, 28 de enero de 2022, p. 8. *https://repositorio.minedu.gob.pe/bitstream/handle/20.500.12799/7726/Disposiciones%20que%20regulan%20el%20financiamiento%20del%20fomento%20e%20incremento%20de%20la%20oferta%20acad%c3%a9mica%20de%20pregrado%20en%20universodades%20p%c3%bablicas.pdf?sequence=1&isAllowed=y*

[21] Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria. *Modelo de licenciamiento de programas de pregrado de educación*. Diciembre de 2022, p. 84. *https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4002566/Modelo%20de%20Educaci%C3%B3n.pdf.pdf?v=1672267647*

mite diversas opciones para evaluar no solo exámenes meramente académicos sino también enfocados en el talento humano según la carrera profesional, permitiendo a los estudiantes con discapacidad demostrar su potencial en igualdad de condiciones. Por otro lado, frente al problema público del número significativo de estudiantes que no cuentan con certificado de discapacidad[22], se recomienda presentar certificados médicos o declaración jurada sujeta a verificación por la autoridad universitaria y dentro de un plazo razonable, tal como está previsto en la educación básica regular según el quinto párrafo del acápite V.7.1 de ingreso al Sistema Educativo Peruano de la Resolución Ministerial N° 447-2020-MINEDU.

Con relación al acceso y permanencia de los estudiantes universitarios con discapacidad, el artículo 100 inciso 8 de la Ley Universitaria N° 30220 establece que los estudiantes con discapacidad tienen derecho a contar con ambientes, instalaciones, mobiliario y equipos accesibles. Asimismo, el artículo 100.10 estipula que los estudiantes tienen derecho a utilizar los servicios académicos y de bienestar y asistencia que ofrezca la institución educativa, en concordancia con el artículo 38.1 de la Ley General de la Persona con Discapacidad N° 29973, que regula el deber de las universidades de brindar ajustes razonables para garantizar el acceso y permanencia de esta población. Se precisa que la accesibilidad tiene que entenderse no solo respecto a la adecuación en infraestructura física, sino también en otros aspectos no tangibles como adecuaciones pedagógicas, accesibilidad comunicativa, cognitiva, orientada a la salud mental, entre otras. Es imprescindible además que el artículo 129 de la Ley Universitaria N° 30220, que implementa servicios considerando la integración de las personas con discapacidad en las universidades, contenga un mandato expreso relacionado con facilitar apoyos orientados a eliminar todas las barreras de tipo actitudinal, económico, social, etc., y que este derecho no debe ser restringido por razones económicas, conforme al último párrafo del artículo 19-A de la Ley General de Educación N° 28044[23] y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, donde prohíbe la restricción de la educación a estudiantes universitarios con discapacidad por razones estrictamente económicas como el pago de derechos administrativos, etc.[24]. En ese marco, la accesibilidad también implica la enseñanza de la lengua de señas, por lo cual el quinto párrafo del artículo 40 de la Ley Universitaria que establece el deber de la enseñanza de un idioma extranjero o de una lengua

[22] Ministerio de Educación del Perú, Gerencia Regional de Educación de La Libertad y Consejo Participativo Regional de Educación de La Libertad. *Proyecto Educativo Regional de La Libertad, hacia el 2036. Apissek*. La Libertad, marzo del 2022, p. 63. *https://repositorio.minedu.gob.pe/handle/20.500.12799/8620*.

[23] Artículo incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 30797, publicada el 21 de junio 2018.

[24] Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia del 26 de julio de 2013*. Expediente N° 2362-2012-PA/TC, fundamento 11.

nativa en el pregrado, debe adicionar la enseñanza de esta lengua a fin de visibilizar la cultura sorda, fomentarla a toda la comunidad universitaria y eliminar la brecha en la comunicación de esta población. Esto debe cumplirse sin generar costo adicional al estudiante que lo requiera, así como la implementación del servicio de intérpretes de lengua de señas para las personas con discapacidad auditiva y comunidad sorda[25], conforme al artículo 8 del reglamento de la Ley N° 29535, que otorga Reconocimiento Oficial a la Lengua de Señas Peruana.

Otra deficiencia se manifiesta ante la ausencia de indicadores claros sobre deserción universitaria por motivos vinculados a la discapacidad, ni protocolos específicos frente a situaciones de acoso o discriminación contra este grupo. Al respecto, el artículo 51.1 del reglamento de la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual N° 27942 regula de manera general que las universidades deben contar con los documentos normativos que emitan las universidades sobre reglas para la prevención y acción frente al hostigamiento sexual en el entorno universitario. Con base al punto 5.2.1 de los "Lineamientos para la elaboración de documentos normativos internos para la prevención e intervención en casos de hostigamiento sexual en la comunidad universitaria"[26], las universidades públicas y privadas elaboran estos documentos para la prevención e intervención de hostigamiento sexual. Pero también es necesario que estos lineamientos contengan protocolos de prevención y acción en casos de hostigamiento sexual y acoso estudiantil según cada situación de discapacidad y la interacción con las barreras del entorno. Asimismo, la Ley Universitaria N° 30220 debe incluir este mandato a fin de garantizar la permanencia de dicha población en la comunidad estudiantil. Además, es crucial ofrecer apoyo emocional a las familias de los estudiantes con discapacidad en casos de acoso, considerando que en un voto singular de los magistrados del Tribunal Constitucional peruano se enfatizó la importancia del rol activo de las instituciones educativas frente a situaciones de acoso en el entorno académico[27].

En cuanto a las modalidades formativas para esta población, estas carecen de garantías claras para asegurar las medidas de accesibilidad y los

[25] La diferencia entre las personas con discapacidad auditiva y aquellas que pertenecen a la comunidad sorda es la presencia de características lingüistas específicas, la voluntad de preservar unido lo que constituye su identidad común como su cultura, tradiciones, religión o lengua, y la existencia de una situación de desventaja por las barreras del entorno. Palacios, Agustina. "Una aproximación a la ley 27/2007 desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". En: *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*. Editora Cuenca, Patricia. (Madrid: Editorial Dykinson, 2012), p. 16.

[26] Aprobado mediante Resolución Viceministerial N° 328-2021-MINEDU del 02 de diciembre de 2021.

[27] Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia del 21 de junio de 2022*. Expediente N° 00513-2021-PA/TC, Voto singular de los magistrados Morales Saravia, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, fundamento 61.

ajustes razonables, obstaculizando su transición al empleo. En el sector público, el artículo 15.2 del Decreto Legislativo N° 1401, que aprueba el régimen especial que regula las modalidades formativas de servicios en el sector público, obliga a la entidad a proveer los medios necesarios para el desarrollo de las prácticas, pero ello resulta insuficiente para los estudiantes con discapacidad en los programas formativos. Mientras que en el sector privado, el artículo 9 de la Resolución Ministerial N° 171-2019-TR del 01 de julio de 2019 que regula los "Lineamientos para el otorgamiento de ajustes razonables a las personas con discapacidad, en el proceso de selección y en el lugar de trabajo, y los criterios para determinar una carga desproporcionada o indebida, aplicables en el sector privado" determina el diseño de ajustes razonables para personas con discapacidad en periodos de prácticas pre profesionales y profesionales, aunque sin precisar las medidas de accesibilidad específicas en los centros de prácticas de acuerdo a la situación de discapacidad y las barreras del entorno que enfrentan cada una de estas personas. Por otro lado, la Ley Universitaria N° 30220 debería incluir cursos de capacitación para mejorar el desempeño estudiantil en las modalidades formativas realizadas en entidades públicas y privadas, con personal de apoyo para estudiantes con discapacidad.

En síntesis, aunque el marco legal peruano reconoce la educación inclusiva, en la práctica existen vacíos legales y deficiencias en la implementación que dificultan una transición educativa eficaz del nivel secundaria a la universidad, y a su vez, el acceso, la continuidad y culminación de estudios universitarios para las personas con discapacidad.

2. Marco jurídico español que regula la transición educativa a la universidad para personas con discapacidad

La Constitución española reconoce a la educación como derecho fundamental, comprendido dentro del título I "de los derechos y deberes fundamentales", específicamente en el artículo 27 que consagre la educación universal y la libertad de enseñanza. El baremo sobre las garantías del derecho a la educación universitaria a favor de las personas con discapacidad lo hallaremos en la legislación interna española.

El sistema educativo español está compuesto por los siguientes niveles: educación primaria, secundaria obligatoria (ESO), bachillerato y enseñanza universitaria[28]. La enseñanza básica está conformada por la educación primaria y educación secundaria obligatoria (ESO), que son gratuitas y obligatorias para todas las personas[29]. Cada administración educativa de

[28] Artículo 3.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
[29] Artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

la respectiva Comunidad Autónoma elabora medidas respecto a la educación básica en atención a las necesidades educativas especiales[30].

A través de la Ley Orgánica 3/2020, que modifica la Ley Orgánica 2/2006 de Educación (LOMLOE), se hicieron cambios importantes en materia de educación inclusiva. Se destaca el mandato a las Administraciones de establecer un régimen proporcional del número de estudiantes por aula en centros educativos públicos y privados que requieran apoyos educativos específicos a fin de evitar la segregación escolar por diferentes factores[31]. De ese modo, permite un balance proporcional de estudiantes en situación de discapacidad por aula, dando paso a una enseñanza más eficiente e inclusiva. Asimismo, la LOMLOE posibilita la apertura de un curso adicional para el alumno con necesidades educativas especiales dependiendo de las circunstancias en las que se encuentre[32]. Esta medida se corresponde con la característica de aceptabilidad y adaptabilidad de la educación al considerar la situación particular del estudiante y lo que le resulta más favorable para su enseñanza.

Una vez culminada la etapa de la educación secundaria obligatoria (ESO)[33], el estudiante tiene la opción de continuar sus estudios con el bachillerato, así como la formación profesional de grado medio, enseñanzas profesionales de artes plásticas, diseño de grado medio y enseñanzas deportivas de grado medio.

El asunto en este aspecto es que ni el bachillerato ni la formación profesional son obligatorias, por lo que al quedar disponible para el estudiante elegir entre ambas luego de haber culminado la educación secundaria obligatoria (ESO) a partir de los 16 años, se genera un vacío en esta vía de transición. Este problema se visibiliza con mayor énfasis en el caso de las personas con discapacidad por el reducido número de estudiantes en esa condición dentro del Bachillerato. En efecto, durante el periodo 2019-2020 el porcentaje de estudiantes con necesidades educativas especiales en la educación secundaria obligatoria (ESO) fue del 11,7%, mientras que del bachillerato fue 2,6%[34]. Un riesgo fundamental propio de este asunto es la deserción estudiantil, puesto que el alumno culmina con el nivel de educación secundaria obligatoria (ESO) pero sin haber adquirido posteriormente determinadas habilidades que le permitan acceder a un em-

---

30 Souto, Clara. "La evolución de las políticas educativas: de la integración a la inclusión". En: *Revista de Educación y Derecho*, I Número Extraordinario, 2021, pág. 419. *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8215077*

31 Artículo 55 de la Ley Orgánica 3/2020 que modifica el apartado 1 del artículo 87 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

32 Artículo 50 bis de la Ley Orgánica 3/2020 que modifica el artículo 75 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE).

33 Precisamos que la enseñanza básica establece como periodo de edad para el acceso desde los 6 hasta los 18 años según el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2020 que modifica el artículo 4 apartado 2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

34 Ministerio de Educación y Formación Profesional del Gobierno de España. *Estadística de las enseñanzas no universitarias. Alumnado con necesidad especifica de apoyo educativo. Curso 2019-2020*, 4.

pleo[35]. Asimismo, otra consecuencia es la falta de garantías para asegurar la continuidad de estudios de todos los alumnos, entre ellos las personas en situación de discapacidad, más aun si desean optar por el Bachillerato con miras a postular a la universidad. En otro extremo, se observa en el nivel educativo del Bachillerato que el acoso escolar es uno de los problemas de la deserción académica de estudiantes en situación de discapacidad. Se advierte que el artículo 25 del Real Decreto 243/2022 del 5 de abril por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas del Bachillerato, por sí sola no es suficiente para prevenir y enfrentar el acoso escolar hacia estudiantes en situación de discapacidad en el Bachillerato. La situación es especialmente grave para niñas y adolescentes con discapacidad debido a los altos niveles de abuso escolar o la ciberviolencia[36]. Además, la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, considera a niños, niñas y adolescentes mas no a estudiantes mayores de edad que cursan el Bachillerato en tres años por necesidades educativas especiales[37]. Se requieren medidas legales específicas que identifiquen y erradiquen todos los factores de violencia escolar a fin de garantizar su protección.

El acceso y continuidad de estudios de las personas con discapacidad se dificulta más en la universidad. Para ello, se ha previsto en la Ley Orgánica 2/2023 del Sistema Universitario (LOSU) la protección de derechos los fundamentales, la equidad e igualdad de todos sus estudiantes, así como el reconocimiento de la educación inclusiva "en los términos y condiciones establecidos por el reglamento"[38], una formación académica inclusiva[39], a las tutorías, al asesoramiento y una orientación psicopedagógica "en los términos dispuestos por la normativa universitaria"[40]. Asimismo, el artículo 20 inciso c) del Real Decreto Legislativo 1/2013 dispone garantías adicionales a favor de personas con discapacidad que cursen estudios universitarios, donde podrán solicitar la ampliación del número de convocatorias en la medida que compense su dificultad y según las normas de permanencia de las universidades.

---

35 Agencia Europea para las necesidades educativas especiales y la inclusión educativa. *Abandono escolar temprano y alumnado con discapacidad y/o necesidades educativas especiales.* Informe Resumen Final (G. Squires, ed.), Odense, 2017, p.7. *https://www.european-agency.org/sites/default/files/esl-summary-es.pdf*

36 Según estudios sobre bullying en el País Vasco, se observó un porcentaje mayor de mujeres víctimas severas de 9.5% (131 mujeres) y 4.6% de varones (62). Larrain, Enara y Garaigordobil, Maite. "El Bullying en el País Vasco: Prevalencia y Diferencias en Función del Sexo y la Orientación-Sexual". En: Rodríguez-Muñoz, María (ed.). *Clínica y Salud* (2020) 31(3), Madrid, 2020, 149. *https://journals.copmadrid.org/clysa/archivos/1130_5274_clinsa_31_3_0147.pdf*

37 El artículo 15 apartado c) del Real Decreto 243/2022, de 5 de abril, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas del Bachillerato, posibilita a un alumno realizar el Bachillerato en tres años académicos por presentar alguna necesidad específica de apoyo educativo.

38 Artículo 33 apartado a) de la LOSU.

39 Artículo 33 apartado b) de la LOSU.

40 Artículo 33 apartado e) de la LOSU.

Pero se observa que durante la etapa de admisión, el artículo 38 apartado 1 de la Ley Orgánica 02/2006 de Educación determina como requisitos de la prueba de acceso, entre otros, la "madurez académica". Consideramos que este requisito debe ser sustituido, ya que el artículo 10 del Real Decreto 412/2014 por el que se establece la normativa básica de los procedimientos de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado no lo contempla, enfocándose en criterios académicos y calificaciones. Asimismo, dicha norma establece para mayores de 25 años que la prueba de acceso a la universidad refleja la madurez e idoneidad de los candidatos, permitiendo la continuidad de sus estudios universitarios[41]. Si bien es necesario una base de conocimientos para cursar una carrera universitaria, emplear la madurez intelectual como criterio de admisión limitaría la selección del talento humano en aspectos meramente clínicos.

Por otro lado, el Real Decreto 412/2014 por el que se establece la normativa básica de los procedimientos de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado, establece la reserva de al menos un 5 por 100 de las plazas ofertadas para estudiantes que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100 y aquellos con necesidades educativas especiales permanentes[42]. Para postular se requiere la posesión del título de Bachiller del sistema educativo español o de otro declarado equivalente, Bachillerato Europeo, entre otros centrados en el nivel educativo del Bachillerato[43]. Asimismo, la norma precitada insta a las Administraciones Educativas brindar medidas necesarias como adaptación en tiempos, elaboración de modelos especiales de examen y medios materiales, así como asistencias y apoyos de ayudas técnicas que requiera el estudiante con discapacidad para el proceso de admisión[44].

Una de las novedades de la LOSU es la implementación de las unidades de igualdad y de diversidad en las universidades, que brindan asesoramiento psicológico y pedagógico, debiendo contar con un servicio de atención a la discapacidad[45]. Su creación es importante porque desarrollan acciones positivas a favor de las personas en situación de discapacidad durante toda la etapa académica, como por ejemplo para la dación de medidas de accesibilidad, adaptaciones curriculares en los primeros años de la carrera para que cursen con éxito y comprendan las materias asignadas, etc.

Se destaca además que el ordenamiento jurídico español cuente con una ley que proteja a todos los estudiantes universitarios de posibles abusos. A través de la Ley 3/2022 de Convivencia Universitaria, se establecen

41 Artículo 12 apartado 2 del Real Decreto 412/2014, de 6 de junio.
42 Artículo 26 del Real Decreto 412/2014, de 6 de junio.
43 Artículo 3 del Real Decreto 412/2014, de 6 de junio.
44 Artículo 5 apartado 2 del Real Decreto 412/2014, de 6 de junio
45 Artículo 43 apartados 1 y 2 de la LOSU.

medidas de prevención y sanción disciplinaria para asegurar los derechos de quienes integran la comunidad universitaria ante circunstancias que impidan el desarrollo de las funciones de docencia, investigación y transferencia de conocimientos. Asimismo, estas normas de convivencia en universidades públicas y privadas actúan frente a situaciones de discriminación por razón de discapacidad[46].

Se resalta además el régimen de tutorías que se estipula en el artículo 33 apartado e) de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, pues mantiene el sistema de apoyos de la educación básica a fin de que los estudiantes universitarios con discapacidad reciban una enseñanza de calidad, y a su vez, que el personal docente ostente un soporte adicional a través de las tutorías. En adición a ello, el artículo 19 del Real Decreto 1791/2010, por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario, indica que los estudiantes tienen derecho a recibir orientación y seguimiento de carácter transversal y de calidad sobre su titulación en aspectos relacionados a objetivos de la titulación, medios personales y materiales disponibles, estructura y programación progresiva de enseñanza, docencia, tasas de incorporación laboral de egresados, etc. Este sistema de tutorías y apoyo a los estudiantes universitarios permiten facilitar, reforzar y ampliar la enseñanza adquirida, teniendo efectos prácticos en la vida laboral de los estudiantes. En el caso de los alumnos universitarios con discapacidad, la norma ordena que se promueva la tutoría permanente durante toda la etapa académica universitaria[47], lo cual es congruente con el mandato de educación inclusiva al tener en consideración que están en una situación de desventaja a comparación de los estudiantes sin discapacidad.

Considerando que uno de los impactos positivos generados por este sistema de tutorías en el derecho a la educación inclusiva de los estudiantes con discapacidad es que se les facilite la tasa de incorporación laboral de egresados[48], la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario prevé respecto a las prácticas académicas externas complementar los conocimientos de los estudiantes y que ellos reciban competencias servibles para la actividad profesional y empleabilidad, siendo estas de dos modalidades: curriculares y extracurriculares. Sin embargo, no se hace alusión a la situación de las personas con discapacidad para que accedan a estos programas. Es necesario que se desarrolle su inclusión en las prácticas académicas, ya que en la actualidad existe un caso ejemplar

[46] Artículo 3, apartado 3 de la Ley 3/2022 de Convivencia Universitaria.

[47] Artículo 22 del Real Decreto 1791/2010, por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario.

[48] Artículo 19.1 del Real Decreto 1791/2010 por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario.

vigente a la fecha, que se indicará en el siguiente acápite. En ese sentido, a mayor concientización del impacto positivo que genera la preparación de estudiantes universitarios con discapacidad en el ámbito laboral, mayores efectos a favor de la inclusión social.

V. Análisis comparativo entre Perú y España

Considerando que la educación básica es el punto de inicio que asegura el acceso y permanencia de los estudiantes en situación de discapacidad a lo largo de toda su vida, es urgente que, en el caso peruano, la Ley N° 29719 que promueve la Convivencia Sin Violencia en las Instituciones Educativas contenga mandatos de prevención y atención para proteger a los estudiantes en situación de discapacidad. Debe tenerse en cuenta que el impacto negativo de tales actos de violencia conlleva a la deserción estudiantil y el ambiente hostil en los centros educativos, además que ante la falta de un baremo legal básico sobre la protección a este colectivo nos dirige a los supuestos de discriminación indirecta.

En cuanto a la educación universitaria, resulta necesario reformar el artículo 129 de la Ley Universitaria N° 30220, puesto que su contenido es genérico respecto al aseguramiento del derecho a la educación de las personas en situación de discapacidad. Asimismo, dado que el espíritu de la norma se evoca a la inclusión de todos los estudiantes en igualdad de condiciones, es pertinente que el mencionado artículo se sustituya el término "integración" por "inclusión de los estudiantes en situación de discapacidad". Ante la remisión general que se hace a la Ley General de la Persona con Discapacidad N° 29973, recomendamos que la Ley Universitaria N° 30220 contenga mandatos más específicos que garanticen el acceso y permanencia de este colectivo en las universidades.

Con relación a los beneficios de las personas con discapacidad para la admisión a las universidades en el artículo 98 inciso 6 de la Ley Universitaria N° 30220, resulta pertinente que se agregue en un último párrafo del mencionado artículo que los postulantes en situación de discapacidad tienen derecho a solicitar ajustes razonables para el día del examen de admisión y las universidades deberán responder en un plazo estimado antes de la referida prueba.

Respecto a las garantías para la permanencia de los estudiantes en situación de discapacidad, consideramos necesario que el artículo 35.4 del Ley General de la Persona con Discapacidad N° 29973 tiene que establecer el otorgamiento de medidas de accesibilidad tanto en comunicación como todas aquellas concernientes a las necesidades específicas de las personas en situación de discapacidad intelectual. Bajo ese mismo parámetro, también

debe agregarse al artículo 100 inciso 8 de la Ley Universitaria N° 30220 que no solo se provean ambientes accesibles físicamente, sino también adecuadas a las necesidades de los estudiantes con discapacidad. Respecto a este punto, la Ley Orgánica 2/2023 del Sistema Universitario de España contiene en su artículo 33 una serie de garantías a favor de los derechos de todos los estudiantes, tales como la formación académica inclusiva de calidad, accesibilidad universal de entornos físicos y virtuales, servicios, procedimientos, suministros y comunicación de información, materiales educativos y los procesos de enseñanza-aprendizaje y evaluación.

Se debe considerar también lo manifestado por el Tribunal Constitucional del Perú en cuanto a las medidas de accesibilidad para personas con discapacidad en las universidades, en tanto todas las instituciones deben implementar medidas estructurales, académicas, o de otro tipo para salvaguardar la igualdad de condiciones en el desarrollo académico de este grupo de personas[49]. Estas medidas de accesibilidad para los estudiantes en situación de discapacidad serían efectivas si cuentan adicionalmente con apoyos o tutorías especializadas, así como todo tipo de orientación académica, psicológica, entre otras. Dado que en la Ley Universitaria N° 30220 no se regula este aspecto, es necesario que se adopte este mandato tomando como modelo al artículo 33 apartado e) de la LOSU, con el matiz de que dicho apoyo deberá ser compatible con la decisión y el respeto de la dignidad humana del estudiante en situación de discapacidad intelectual[50]. La importancia se centra en coadyuvar el progreso académico de este colectivo en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad y que tales apoyos de tutorías consideren la toma de decisiones sobre las medidas que se lleven a cabo a su favor.

Adicionalmente, es necesario adoptar el modelo español sobre la creación de Unidades de Igualdad y Diversidad implementadas en la LOSU[51], a fin de que la Ley Universitaria N° 30220 establezca expresamente las garantías de permanencia que deberán cumplir todas las universidades públicas y privadas a todos sus estudiantes, y específicamente, a las personas con discapacidad. El propósito es generar acciones positivas que amplíen la continuidad de los estudiantes, así como garantizar el tránsito exitoso de la educación secundaria a la universitaria, establecer apoyos multidisciplinarios que acompañen a los estudiantes en toda su etapa académica, entre otras acciones.

Del mismo modo, es relevante brindar protección a los estudiantes universitarios con discapacidad, a través de medidas legislativas sobre la prevención y atención de posibles abusos cometidos en su contra en el ámbito uni-

[49] Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia del 26 de julio de 2013*. fundamento 11.

[50] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Case of Enver Şahin V. Turkey*. Sentencia del 2 de julio de 2018. Application no. 23065/12, párr. 65.

[51] Artículo 43 de la LOSU.

versitario, tomando como ejemplo las buenas prácticas impulsadas en la Ley 3/2022 de Convivencia Universitaria, que asegura la integridad física y emocional de este colectivo en supuestos de discriminación por razón de discapacidad. Finalmente, es necesario establecer una regulación específica sobre la inclusión de los estudiantes con discapacidad en Perú dentro de las modalidades formativas, a fin de preservar su ingreso al ámbito laboral en respuesta a la falta de desarrollo normativo sobre este asunto en la Ley Universitaria N° 30220 ni en el Decreto Legislativo N° 1401 que aprueba el régimen especial que regula las modalidades formativas de servicios en el sector público. Es pertinente señalar que la Política de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior Universitaria del Perú[52] promueve en la acción estratégica 04.6 la formación académica y el perfeccionamiento profesional continuo, por lo cual debe ser una prioridad en la agenda legislativa insertar las medidas tendientes a superar las brechas laborales de estudiantes universitarios con discapacidad.

A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico peruano, en España se aprecia menores problemas a nivel normativo sobre la educación universitaria para estudiantes en situación de discapacidad. No obstante, es necesario hacer las observaciones a los artículos que consideramos pertinentes mejorar en pro de este colectivo partiendo desde la educación básica.

Así pues, en el Bachillerato debe implementarse una norma que garantice la convivencia escolar y proteja a todos los estudiantes en situación de discapacidad en casos de maltrato escolar, etc., considerando el contexto de vulnerabilidad al ser discriminados por la condición de discapacidad. Se destaca el esfuerzo por parte del gobierno de España en impulsar protocolos de protección a favor de la niñez y adolescencia en contextos de maltrato dentro de las escuelas a través de la Ley Orgánica 8/2021[53]. Pero también es cierto que estas medidas de protección se deben extender en el Bachillerato, pues lo regulado en el artículo 25 del Real Decreto 243/2022 por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas del Bachillerato no basta para prever casos de maltrato y acoso escolar hacia estudiantes con discapacidad. La situación es más preocupante cuando el abuso escolar o la ciberviolencia se enfocan desde una mirada interseccional en casos de las mujeres estudiantes en situación de discapacidad por la alta perpetración de daños a la integridad emocional y física[54]. Por

[52] Aprobado mediante Decreto Supremo N° 016-2015-MINEDU.

[53] Este progreso se refleja en el descenso del 72% casos de acoso escolar en la Comunidad de Madrid. Vicepresidencia, Consejería de Educación y Universidades de la Comunidad de Madrid. *VI Informe Anual sobre convivencia y acoso escolar.* Documento en línea, 2022, p. 33. *https://www.educa2.madrid.org/web/educamadrid/principal/files/53ce786b-7a15-48a9-83d8-07871ffc7481/VI%20POWER%20ACOSO.pdf?t=1678221995711*

[54] Según estudios sobre bullying en el País Vasco, se observó un porcentaje mayor de mujeres víctimas severas de 9.5% (131 mujeres) y 4.6% de varones (62). Larrain, Enara y Garaigordobil,

lo tanto, se recomienda tener en cuenta todos esos factores generadores de violencia a fin erradicarlos y asegurar la continuidad de la educación de todos los estudiantes.

A nivel universitario, resulta necesario sustituir el término de "madurez intelectual" como requisito para rendir la prueba de admisión a la universidad según lo establecido en el artículo 38 apartado 1 de la Ley Orgánica 02/2006 de Educación. Más aún si no se estipula tal criterio en el artículo 10 del Real Decreto 412/2014 por el que se establece la normativa básica de los procedimientos de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado no establece tal criterio. Es importante destacar la manera en que el ordenamiento jurídico peruano ha determinado como criterios de evaluación para el examen de admisión en el artículo 98 de la Ley Universitaria N° 30220, que son básicamente las aptitudes y actitudes de forma complementaria opcional. Es un término que apertura a evaluar en una carrera determinada desde una perspectiva más integral que permite considerar además el aspecto vocacional según la carrera a postular.

Por último, dada la necesidad de que se incluyan normas sobre prácticas académicas externas a las personas con discapacidad, consideramos pertinente una mejora normativa que determinen las medidas de accesibilidad y ajustes razonables que necesiten de acuerdo a las competencias propias de la labor a realizar, y que, a su vez, quienes ejerzan la función formadora en las referidas prácticas reciban una capacitación especializada sobre discapacidad. El propósito de ello es que tanto los alumnos como los integrantes del centro que proporciona las prácticas se vean beneficiadas del programa y traslade un impacto positivo a nivel social, económico y laboral. Por ejemplo, en la facultad de derecho de la Universidad Rey Juan Carlos de España existe el curso "Asistente jurídico", que forma a estudiantes con discapacidad intelectual para que ocupen el cargo de paralegal y tienen a su disposición personal de apoyo educativo[55].

VI. Conclusiones

Se observa que tanto en Perú como en España se reconoce el derecho a la educación inclusiva, bajo el enfoque del modelo social de discapacidad establecido en la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad. Sin embargo, en Perú persisten mayores deficiencias nor-

Maite. "El Bullying en el País Vasco: Prevalencia y Diferencias en Función del Sexo y la Orientación-Sexual", 153.

[55] Albert, Marta, López, Isabel, Manzanero, Delia y Ricote, Esther. "Curso Universitario "Asistente Jurídico": Una apuesta innovadora por la inclusión sociolaboral de las personas con discapacidad intelectual". En: Fundación ONCE (dir.). *V Congreso Internacional Universidad y Discapacidad*, 20, 21 y 22 de octubre de 2021, p. 549. *https://ciud23.fundaciononce.es/sites/default/files/2023-02/libro_de_actas_v_ciud.pdf*

mativas en comparación con España, lo que dificulta un eficiente tránsito de la educación básica a la universitaria para las personas con discapacidad. Es fundamental que las normas educativas aseguren la continuidad de estudios de este grupo de personas, atendiendo sus necesidades y abordando los factores que perpetúan este problema estructural. En particular, es importante aplicar una mirada interseccional para enfrentar el caso de acoso escolar, especialmente en el caso de niñas y adolescentes con discapacidad, quienes enfrentan mayores riesgos de exclusión y violencia, con protocolos normativos que establezcan una base sobre la cual delimitar las medidas de accesibilidad en el contexto educativo básico y universitario, garantizando que esto se cumpla en la práctica, con pautas según el tipo de discapacidad y las barreras que afrontan frente al acoso. Asimismo, es indispensable que la educación de las personas con discapacidad no se vea restringida por asuntos económicos o falta de presupuesto. Debe implementarse acciones concretas que permitan superar tales brechas económicas. En síntesis, el tránsito efectivo a la educación universitaria requiere el compromiso de toda la sociedad civil conjuntamente con la comunidad universitaria y entidades públicas y privadas, con el fin de promover una real inclusión que elimine todo tipo de discriminación hacia las personas con discapacidad.

Bibliografía

Agencia Europea para las necesidades educativas especiales y la inclusión educativa. *Abandono escolar temprano y alumnado con discapacidad y/o necesidades educativas especiales.* Informe Resumen Final (G. Squires, ed.), Odense, 2017. *https://www.european-agency.org/sites/default/files/esl-summary-es.pdf*

Albert, Marta, López, Isabel, Manzanero, Delia y Ricote, Esther. "Curso Universitario "Asistente Jurídico": Una apuesta innovadora por la inclusión sociolaboral de las personas con discapacidad intelectual". En: Fundación ONCE (dir.). *V Congreso Internacional Universidad y Discapacidad*. Madrid, 20, 21 y 22 de octubre de 2021, págs. 544-556. *https://ciud23.fundaciononce.es/sites/default/files/2023-02/libro_de_actas_v_ciud.pdf*

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. *Observación General N° 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*. E/C.12/1999/10, 1999.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observación general N° 4 sobre el derecho a la educación inclusiva.* CRPD/C/4, 2016.

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación*. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/25/29, 2013.

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *El derecho a la educación de las personas con discapacidades. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación*, Vernor Muñoz. A/HRC/4/29, 2007.

Consejo Escolar del Estado del Gobierno de España. *Informe 2021 sobre el estado del sistema educativo. Curso 2019-2020. Capitulo B. Organización y políticas educativas.* Madrid, 2021. *https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:ed023a15-1f33-4220-a51e-91f1ae37d5d2/i21ceeo4-b-organizacion-politicas.pdf*

De Asís, Rafael. *Sobre discapacidad y derechos*. Madrid: Dykinson, 2013.

Goig, Rosa y Goig, Juan. "Lo razonable en el concepto de ajuste razonable". En *Sociedad, justicia y discapacidad*, dirección Ana Luaces y Carlos Vázquez. 1.ª ed. Madrid: Arazandi, 2021, págs. 207-239.

Instituto Nacional de Estadística. *El empleo de las personas con discapacidad (EPD) Año 2021*. Madrid, 2022. *https://www.ine.es/prensa/epd_2021.pdf*

Defensoría del Pueblo. *El derecho a la educación inclusiva. Barreras en la implementación de los servicios educativos públicos y privados para estudiantes con discapacidad y con otras necesidades educativas*. Informe Defensorial N° 183, Primera edición, Lima, diciembre de 2019. *https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/12/Informe-Defensorial-183-El-Derecho-a-la-Educaci%C3%B3n-Inclusiva.pdf*

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Hay casi 240 millones de niños con discapacidad en el mundo, según el análisis estadístico más completo de UNICEF hasta la fecha*. Unicef, 10 de noviembre de 2021. *https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/casi-240-millones-ninos-con-discapacidad-mundo-segun-analisis-estadistico*

Instituto Nacional de Estadística. *El empleo de las personas con discapacidad (EPD) Año 2021*. Madrid, 14 de diciembre de 2022. *https://www.ine.es/prensa/epd_2021.pdf*

Instituto Nacional de Estadística e Informática. *Perú: perfil sociodemográfico. Informe Nacional. Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas*. Lima, 2018.

Larrain, Enara y Garaigordobil, Maite. "El Bullying en el País Vasco: Prevalencia y Diferencias en Función del Sexo y la Orientación-Sexual". En: Rodríguez-Muñoz, María (ed.). *Clínica y Salud* (2020) 31(3), Madrid, 2020. *https://journals.copmadrid.org/clysa/archivos/1130_5274_clinsa_31_3_0147.pdf*

Ministerio de Educación del Perú. *Disposiciones que regulan el financiamiento del fomento e incremento de la oferta académica de pregrado en universidades públicas para la reducción de brechas en el acceso equitativo y la continuidad de estudios*. Documento normativo, 28 de enero de 2022. *https://repositorio.minedu.gob.pe/bitstream/handle/20.500.12799/7726/Disposiciones%20que%20regulan%20el%20financiamiento%20del%20fomento%20e%20incremento%20de%20la%20oferta%20acad%c3%a9mica%20de%20pregrado%20en%20universodades%20p%c3%bablicas.pdf?sequence=1&isAllowed=y*

Ministerio de Educación del Perú, Gerencia Regional de Educación de La Libertad y Consejo Participativo Regional de Educación de La Libertad. *Proyecto Educativo Regional de La Libertad, hacia el 2036. Apissek*. La Libertad, marzo del 2022. *https://repositorio.minedu.gob.pe/handle/20.500.12799/8620*

Ministerio de Educación y Formación Profesional del Gobierno de España. *Estadística de las enseñanzas no universitarias. Alumnado con necesidad especifica de apoyo educativo. Curso 2019-2020.* Madrid, 2020. *https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:a3a6c703-ba61-4027-8ee4-bbboaa2e46ce/notaresumen20.pdf*

Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. 1.ª ed., Madrid: Cinca, S. A, 2007.

Palacios, Agustina. "Una aproximación a la ley 27/2007 desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". En: *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*. Editora Cuenca, Patricia. Madrid: Editorial Dykinson, 2012, págs. 13-59.

Secretaría Ejecutiva del Acuerdo Nacional. *Objetivos de desarrollo sostenible y Políticas de Estado del Acuerdo Nacional*. Lima, diciembre de 2017. *https://acuerdonacional.pe/wp-content/uploads/2017/12/ODS-POLITICAS-DE-ESTADO-DEL-AN-OK.pdf*

Souto, Clara. "La evolución de las políticas educativas: de la integración a la inclusión". En: *Revista de Educación y Derecho*, I Número Extraordinario, 2021, págs. 406-438 *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8215077*

Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria. *Modelo de licenciamiento de programas de pregrado de educación*. Diciembre de 2022. *https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4002566/Modelo%20de%20Educaci%C3%B3n.pdf.pdf?v=1672267647*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Case of Enver Şahin V. Turkey*. Application no. 23065/12, Grand Chamber Panel's decisions, julio de 2018.

Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia del 26 de julio de 2013*. Expediente N° 2362-2012-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia del 21 de junio de 2022*. Expediente N° 00513-2021-PA/TC.

Voto singular de los magistrados Morales Saravia, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich

Vicepresidencia, Consejería de Educación y Universidades de la Comunidad de Madrid. *VI Informe Anual sobre convivencia y acoso escolar.* Documento en línea, 2022. *https://www.educa2.madrid.org/web/educamadrid/principal/files/53ce786b-7a15-48a9-83d8-07871ffc7481/VI%20PODER%20ACOSO.pdf?t=1678221995711*

Normas jurídicas

Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 19 de diciembre de 1966.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989.

Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2006).

Ley Orgánica 3/2020 por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE núm. 340, de 30 de diciembre de 2020).

Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (BOE núm. 70, de 23 de marzo del 2023).

Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria (BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2022).

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 05 de junio del 2021).

Real Decreto Legislativo 1/2013 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE núm. 289, de 3 de diciembre del 2013).

Real Decreto 412/2014, de 6 de junio, que establece la normativa básica de los procedimientos de admisión a enseñanzas universitarias oficiales de Grado (BOE núm. 138, de 07 de junio de 2014).

Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario (BOE núm. 318, de 31 de diciembre de 2010).

Real Decreto 243/2022, de 5 de abril, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas del Bachillerato (BOE núm. 82, de 06 de abril de 2022).

Constitución Política del Perú. Promulgada el 29 de diciembre de 1993.

Ley General de la Persona con Discapacidad N° 29973 (Diario Oficial El Peruano, publicado el 24 de diciembre de 2012, última modificación del 24 de abril del 2020).

Decreto Supremo N° 002-20214-MIMP que aprueba el Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad N° 29973 (Diario Oficial El Peruano, publicado el 08 de abril de 2014).

Ley General de Educación N° 28044 (Diario Oficial El Peruano, publicado el 29 de julio de 2003.

Decreto Supremo N° 007-2021-MINEDU que modifica el reglamento de la Ley General de Educación N° 28044, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2012-ED (Diario Oficial El Peruano, publicado el 11 de mayo del 2021).

Ley Universitaria N° 30220 (Diario Oficial El Peruano, publicado el 09 de julio del 2014.

Ley Nº 30797, que promueve la educación inclusiva, modifica el artículo 52 e incorpora los artículos 19-A y 62-A en la ley 28044, Ley General de Educación (Diario Oficial El Peruano, publicado el 21 de junio de 2018).

Ley N° 29719, que promueve la Convivencia Sin Violencia en las Instituciones Educativa (Diario Oficial El Peruano, publicado el 25 de junio de 2011).

Reglamento de la Ley N° 29535, que otorga Reconocimiento Oficial a la Lengua de Señas Peruana. (Diario Oficial El Peruano, publicado el 15 de agosto de 2017).

Resolución Viceministerial N° 328-2021-MINEDU que resuelve aprobar los nuevos "Lineamientos para la elaboración de documentos normativos internos para la prevención e intervención en casos de hostigamiento sexual en la comunidad universitaria". Emitido el 02 de diciembre de 2021.

Decreto Supremo N° 016-2015.MINEDU que aprueba la Política de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior Universitaria, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 26 de setiembre de 2015.

Decreto Legislativo N° 1401 que aprueba el régimen especial que regula las modalidades formativas de servicios en el sector público (Diario Oficial El Peruano, publicado el 11 Septiembre de 2018).

Resolución Ministerial N° 171-2019-TR que regula los "Lineamientos para el otorgamiento de ajustes razonables a las personas con discapacidad, en el proceso de selección y en el lugar de trabajo, y los criterios para determinar una carga desproporcionada o indebida, aplicables en el sector privado". Aprobado el 01 de julio de 2019.

Resolución Ministerial N° 447-2020-MINEDU, que aprueba la "Norma sobre el proceso de matrícula en la Educación Básica". Aprobado el 04 de noviembre de 2020.

La responsabilidad de las entidades bancarias en la disposición de fondos de personas con discapacidad: análisis crítico de la STS 1263/2024, de 7 de octubre de 2024

Davit Benavent Cuquerella
Doctorando del Programa de Doctorado de Ciencias Sociales y Jurídicas
Universidad Miguel Hernández de Elche

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes del caso y cuestión sustantiva. III. El régimen de disposición de bienes (contexto normativo anterior a la Ley 8/2021). IV. Análisis de la doctrina del TS en la sentencia 1263/2024. *1. La necesidad de autorización judicial como elemento decisivo. 2. El núcleo de la responsabilidad bancaria: conocimiento y beneficio propio. 3. Relevancia de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad.* V. Implicaciones prácticas del nuevo régimen legal. *1. La naturaleza de las transferencias de dinero: ¿Acto de administración o de disposición? 2. La buena fe contractual (Art. 1258 CC) y el deber de diligencia agravado frente al cliente vulnerable. 3. El conflicto de intereses del representante legal y sus efectos frente a terceros.* VI. Conclusiones. Bibliografía

I. Introducción

La protección jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad constituye un eje central en la evolución del Derecho Civil contemporáneo. La transición desde un modelo de sustitución en la toma de decisiones hacia un sistema de apoyos, impulsado decisivamente por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad[1] y materializado en España a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, impone una relectura de las instituciones clásicas de guarda y representación. En este contexto, la actuación de las entidades financieras como depositarias de los fondos de personas con discapacidad adquiere una importancia notable por el deber

[1] La Convención fue aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por España mediante el Instrumento de Ratificación publicado en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

que implica la custodia de unos fondos cuyos titulares se hallan en una situación de vulnerabilidad.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera) núm. 1263/2024, de 7 de octubre de 2024, ofrece un marco de análisis idóneo para explorar los contornos de la responsabilidad bancaria cuando se producen disposiciones patrimoniales perjudiciales para la persona con discapacidad, incluso mediando la actuación de su representante legal. El caso dilucida si la entidad bancaria debe responder frente al titular de los fondos cuando estos, procedentes de una indemnización por accidente, son destinados por el padre (representante legal) a saldar deudas de una sociedad de la que era administrador con la propia entidad bancaria.

El presente estudio se propone desgranar los fundamentos de dicha resolución judicial, contrastándolos con la doctrina científica y la jurisprudencia previa, y valorar su impacto en la praxis bancaria y la tutela efectiva de los derechos patrimoniales de las personas con discapacidad.

II. Antecedentes del caso y cuestión sustantiva

Una persona adulta que recientemente ha alcanzado la mayoría de edad sufre un atropello por un automóvil. El accidentado sufre graves lesiones que suponen un deterioro grave de las funciones cerebrales. Dicha situación llevan a los padres a instar la incapacidad judicial del hijo, acordándose por sentencia la rehabilitación de la patria potestad, de conformidad con la regulación anterior a la ley 8/2021 (hoy derogada).

Esta medida preveía que la patria potestad del hijo, toda vez que ya había alcanzado la plena capacidad de obrar, pasaba nuevamente a ser ejercida por los padres, cual si fuera menor. Así, los padres volvían a ser titulares de la patria potestad, por lo que sus funciones de guarda y cuidado del hijo, son las que tenían cuando aquel era menor.

Por otro lado, y en relación con el atropello, se declara la responsabilidad del conductor del vehículo, concediéndose una indemnización económica cercana a los unos 700.000€. Dicha cuantía es ingresada en una cuenta bancaria de la que es titular el hijo y el padre.

El padre era socio y administrador de una sociedad que mantenía deudas con la misma entidad bancaria en la que fue depositado el dinero del hijo. En un momento dado en que la sociedad pasaba por apuros económicos, el padre utilizó parte de los fondos del hijo para amortizar préstamos que la sociedad mantenía con el banco.

Las transferencias fueron llevadas a cabo por el padre, sin que conste la intervención de la madre, ni su oposición, siendo también titular de la patria potestad. El padre otorgó un poder notarial en favor de un empleado del mismo banco, que le confería la facultad de realizar libremente acciones dispositivas sobre las cuentas de dicha entidad bancaria (los fondos se hallaban en cuentas en las que eran cotitulares padre e hijo) para poder efectuar transferencias entre cuentas, esto es, de la cuenta del hijo a la de la mercantil y, con ello, saldar deudas de esta última.

Los padres solicitan y obtienen autorización judicial para interponer demanda, en nombre y representación del hijo, frente al banco, alegando un incumplimiento de las obligaciones de custodia de los bienes y valores a que venía obligado por el contrato de depósito, y frente a la mercantil, por haber obtenido un enriquecimiento sin causa.

En primera instancia, se absuelve a la entidad bancaria por considerar que no había actuado de mala fe, y se estima la pretensión frente a la mercantil por considerar el pago realizado por el padre con el dinero del hijo supuso un enriquecimiento injusto o sin causa del que la beneficiaria fue la mercantil de la que el padre era socio y administrador.

La mercantil, que fue declarada en situación de rebeldía procesal por no haber comparecido en los autos, fue condenada a la restitución del dinero. Habiendo devenido firme la sentencia frente a la misma, no se llegó a ejecutar debido a la situación de quiebra económica en la que se hallaba, por lo que el capital no fue devuelto.

Por los padres se interpone recurso de apelación frente a la sentencia de instancia, con los mismos argumentos, a fin de que el banco fuere condenado. La audiencia provincial desestima el recurso, confirmando la sentencia de instancia. Así las cosas, se interpuso recurso de casación, que dio lugar a la sentencia que se analiza en la presente.

Varias son las cuestiones de relevancia que se plantean en este caso. La naturaleza de la disposición de capital de su hijo discapacitado que llevan a cabo los padres, el importante papel que ejerce la entidad bancaria, que puede ser considerado desde un mero operador jurídico a un auténtico garante de los derechos de la persona con discapacidad, o le aplicabilidad directa de los dictados de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad que, aún a pesar de formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, no se traspone hasta más de una década después. De todo ello nos vamos a hacer eco en el presente estudio. No podemos desdeñar la relevancia y el notable ejercicio llevado a cabo por el Tribunal Supremo consistente elaborar un relato que hilvana un régimen legal, el vigente en el momento en que sucedieron los hechos enjuiciados, y el régimen legal vigente.

III. El régimen de disposición de bienes (contexto normativo anterior a la Ley 8/2021)

La sentencia se enmarca en el régimen jurídico anterior a la Ley 8/2021, preceptos que tienen su origen en reformas de los años 1983 y 1996[2]. En este sistema, la incapacitación podía llevar aparejada la prórroga o la rehabilitación de la patria potestad (art. 171 CC, redacción anterior). Los padres, como representantes legales, deben administrar los bienes de los hijos (arts. 154 y 162 CC) con la misma diligencia que los suyos propios (art. 164 CC).

El art. 166 CC, en su redacción anterior a la reforma que nos ocupa, establecía una serie de actos para los cuales los padres necesitaban autorización judicial tales como enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos y valores mobiliarios, o renunciar a derechos. Todo esto, para el caso de los padres en ejercicio de la patria potestad de los hijos.

Para el caso de personas sujetas a tutela, el régimen que preveía el art. 271 era más exhaustivo, y exigía de forma taxativa en su apartado 9ª autorización judicial para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.

Este es el contexto normativo previo. En el caso que nos ocupa, tratándose de un supuesto de patria potestad prorrogada, una de las cuestiones importantes tanto en primera como en segunda instancia giró en torno a determinar si las transferencias de dinero en efectivo requerían de autorización judicial.

La cuestión sobre la naturaleza del cargo de los progenitores resultó de gran importancia, puesto que, de entender, como así consideraron tanto el juzgado de primera instancia, como la audiencia provincial, que se trataba de padres en ejercicio de la patria potestad del hijo, la disposición de la indemnización de su vástago tenía naturaleza de acto de mera administración y que, por ende, no requería de autorización judicial.

Por contra, para en caso en que se hubiera considerado que los padres ejercían en calidad de tutores, sí hubiera sido de aplicación el art. 271.9ª CC en su redacción anterior que, de forma expresa y tasada, exigía que hubieran recabado con carácter previo la correspondiente autorización judicial.

---

[2] Para una mejor comprensión de la regulación anterior, y dado que excede el objeto de la presente, puede consultarse CANO TELLO, C., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines: Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983*, Civitas, Madrid, 1984, págs 85-93; y ALONSO PÉREZ, M., *La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras*, Actualidad Civil, Núm. 2, 1997, págs 15-21.

IV. Análisis de la doctrina del Tribunal Supremo en la sentencia 1263/2024

El caso analizado resuelve cuestiones en aplicación de un régimen legal en situación de transitoriedad (la incapacitación judicial por declaración de patria potestad prorrogada de una mayor de edad con arreglo al régimen legal anterior a la ley 8/2021, de 2 de junio, apuntando a las previsiones recogidas ya en la norma de 2021); por otro, juzga de forma directa la posible responsabilidad en que podría incurrir una entidad bancaria en cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de deposito bancario; de otro punto, se juzga el papel de los progenitores del titular de unos fondos que son dispuestos, en concepto de administración del patrimonio de su titular, con un destino ajeno a los intereses de éste.

También se analiza la cuestión del consentimiento de uno de los cotitulares de la patria potestad prorrogada. Así las cosas, resulta destacable, como desarrollaremos a lo largo de los siguientes epígrafes, el minucioso y comparativo estudio que lleva a cabo nuestro Alto Tribunal de la normativa derogada (aplicable al caso), con respecto a la normativa vigente, y la adaptación que ésta exige al caso enjuiciado, puesto que comprende el mandato al órgano judicial que acordó la incapacitación del actor a fin de que adapte su sentencia a los dictados de la ley 8/2021.

1. La necesidad de autorización judicial como elemento decisivo

El primer motivo del recurso de casación se centra en la posible infracción del art. 166 CC, relativo a si hay obligatoriedad o no de obtener autorización judicial, así como de justificar la concurrencia de causa justificativa de utilidad o necesidad para la persona titular de los bienes dispuestos o si, por contra, se trata de meros actos de administración efectuados por los padres en su condición de tales que no requieren de dicha autorización.

El Tribunal Supremo en un principio considera que los padres, en su calidad de progenitores, no se hallan sujetos a la necesidad de obtener autorización judicial para efectuar las transferencias de dinero, por considerar que dicha autorización no es directamente aplicable a los titulares de la patria potestad[3]. Profundiza en dicho argumento al entender que llevar a cabo una aplicación extensiva de las normas sobre la tutela (que sí exigen pronunciamiento judicial autorizatorio), como hemos visto, "resultaría indeseable por propiciar una judicialización excesiva".

Siguiendo con los fundamentos de la sentencia, el Alto Tribunal acoge el argumento del Ministerio Fiscal según el cual, toda vez que se trata de transferencias bancarias, el objeto de las mismas no es una mera gestión

[3] ALONSO PÉREZ, M., *La situación...*Op. Cit., págs. 17-40.

o cuestión de administración del patrimonio del hijo, sino que supone auténticos actos de disposición de dinero del titular en beneficio de terceros, sin beneficio alguno o contraprestación que lo pudiera justificar. Ahonda en esta cuestión el Tribunal al afirmar que en este caso, las transferencias exceden con mucho el carácter de actos de mera administración; y que, en este caso, tratándose de auténticos actos dispositivos o de renuncia de derechos del titular del dinero, difícilmente hubieran obtenido autorización judicial.

En este punto considero que lo relevante es el hecho de que el Tribunal Supremo realiza una interpretación integradora de la normativa, la anterior relativa a la patria potestad prorrogada y a la tutela, en relación con la ley 8/2021, en el sentido de descifrar que en el caso que nos ocupa, sí era preciso obtener autorización judicial, debido a que quedó probado que la finalidad de las transferencias implicaban una renuncia de derechos o disposición a título gratuito de bienes del titular, en la medida en que su destino era saldar posiciones deudoras de una mercantil que al titular le era ajena, y por cuyo negocio jurídico no obtuvo ninguna contraprestación.

Así, en el sistema vigente aplicable a los hechos juzgados, el ámbito en el que la ley exigía que los progenitores con patria potestad prorrogada solicitaran autorización judicial no era idéntico al establecido para los tutores[4]. No obstante ello, resulta evidente que, tomando en consideración que, a partir de las limitaciones que se introducen al poder dispositivo de los padres, se puede deducir que, con independencia de los bienes sobre los que recaigan los derechos, están excluidas las renuncias puras y simples de derechos por parte de los padres así como las disposiciones a título gratuito (que no vengan exigidas por los usos y sean de escasa relevancia económica), actos a los que venía referida la acción.

2. El núcleo de la responsabilidad bancaria: conocimiento y beneficio propio

Las entidades bancarias tienen un papel relevante en el tráfico jurídico, tanto en la cesión o préstamo de capitales como en la custodia de depósitos. Ello implica el cumplimiento de una serie de obligaciones, cuyo incumplimiento puede conllevar la exigencia de responsabilidad.

La responsabilidad bancaria en la custodia de depósitos y valores es una figura relevante en el tráfico mercantil, puesto que supone una esfera de protección de los usuarios frente a los posibles abusos o incumplimientos de los bancos que, en el caso de personas con discapacidad, alcanza mayores cotas de protección o de cuidado, debido a la especial vulnerabilidad de éstas.

---

[4] MORENO QUESADA, B., *El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho*, Revista de Derecho Privado, 1985, pp. 307-330.

Los aspectos clave para que se pueda exigir responsabilidad a las entidades bancarias son los que se se exponen a continuación. En primer lugar, los bancos deben cumplir con un deber de diligencia, lo cual implica la necesidad de identificar y verificar las posibles medidas de apoyo, así como el posible alcance de las facultades de la persona designada para representarla o asistirla.

En la misma línea, la entidad bancaria deberá actuar con cautela ante operaciones sospechosas, esto es, deberá permanecer alerta ante posibles fraudes o abusos, incluso si provienen de los propios representantes legales. Ante el caso de una operación que pueda parecer que no se realiza en interés de la persona con discapacidad, la entidad tiene la obligación de indagar y, en su caso, negarse a realizarla o adoptar cualesquiera otras medidas que se estimen oportunas.

Por tanto, se trata de la necesidad de un actuar, tanto activo en cuanto al conocimiento de aquellas medidas de protección y apoyo que se hayan establecido, como pasivo, impidiendo o denegando la realización de operaciones que contravengan las medidas acordadas o que se realicen fuera del ámbito de interés de la persona con discapacidad. El incumplimiento de las obligaciones del banco no puede tener otra consecuencia que el deber de indemnizar aquellos daños que su actuar hayan ocasionado.

En definitiva, la responsabilidad bancaria en este ámbito es más que una simple obligación de custodia. Es un deber de protección activa y vigilante que tiene como objetivo salvaguardar el patrimonio de las personas con discapacidad, garantizando que su dinero se utilice exclusivamente en su propio beneficio, y sancionando a las entidades que, por negligencia o beneficio propio, facilitan un uso indebido de esos fondos.

Aplicando los dictados de la responsabilidad bancaria al caso analizado, desgranamos a continuación los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo. En primer lugar, valora la concurrencia de una auténtica extralimitación en cuanto al ejercicio del poder de representación que ostentaban los padres. Las órdenes de transferencia, destinadas a liquidar deudas de la mercantil, quedaban "fuera de la actuación representativa conferida a los padres", por cuanto los padres carecían de poder de disposición del dinero de su hijo para saldar deudas ajenas, siendo que en todo caso el ámbito de la representación legal viene delimitado por el interés del hijo.

Dicha extralimitación que consistió en utilizar fondos del hijo para saldar deudas ajenas al mismo, era de conocimiento de la entidad bancaria que, no sólo no lo evitó, sino que lo facilitó e incluso puso facilidades para que así se llevara a cabo. El Alto Tribunal considera que "lo que califica los actos de disposición de los padres es su destino, y lo que fundamenta la responsabilidad de la entidad financiera es su conocimiento de que el di-

nero empleado para saldar los créditos que tenía frente a la mercantil era del hijo, y no del padre".

La sentencia da por acreditado que el banco conocía el origen de los fondos (indemnización por incapacidad del menor incapacitado), la titularidad de los mismos, las dificultades económicas de la sociedad del padre, y que el destino del dinero era amortizar préstamos del propio banco. Asimismo, se menciona la existencia de un poder otorgado por el padre a un empleado del banco para operar en sus cuentas, lo que "apunta indubitadamente al conocimiento que el Banco tenía de los entresijos de las disposiciones efectuadas.".

En dicho sentido, subraya el Tribunal Supremo que "incumbe a la entidad financiera en que se encuentra depositado el dinero de personas vulnerables, como son las personas con discapacidad[5], una especial diligencia para detectar fraudes y abusos, también de los representantes legales".

Aquel conocimiento cualificado del banco, que no impidió la disposición indebida de capital, conlleva la imputación de los deberes de diligencia en la gestión del dinero depositado y de las obligaciones contractuales, integradas conforme a la buena fe (art. 1258 CC).

Finalmente, destaca la sentencia que el banco no fue un mero espectador pasivo, sino que "permitió en su beneficio tal actuación", afirmando que la entidad bancaria obtuvo "a su costa un beneficio que carecía de causa, pues el titular de los fondos no era deudor de la entidad financiera en la que tenía depositado el dinero percibido en concepto de indemnización".

3. Relevancia de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad

En 2006 fue aprobada en Nueva York la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que fue ratificada por el estado español el 21 de abril de 2008. La Convención obliga a los estados firmantes a adaptar a sus dictados, los ordenamientos internos, teniendo aplicabilidad directa en aspectos clave como el ejercicio de la capacidad jurídica por los sujetos destinatarios, así como las especiales medidas de protección que recoge.

Dicha circunstancia es importante, puesto que el supuesto enjuiciado se encuentra entre dos regímenes legalmente muy diferentes; por un lado, la normativa sobre regulación de la tutela del año 1983, así como la ley de 1996 de protección del menor; por otro, la ley 20/2021, de 2 de junio, que

[5] A mi entender, el término "discapacidad" resulta incompleto. El TS podría haber sido más preciso si hubiera añadido el término "especialmente vulnerables" en alusión al art. 25.2 CP, pues conforme a la normativa anterior era una persona incapaz, había sido declarada incapaz judicialmente.

instaura un nuevo régimen procesal y sustantivo en la actuación de las personas con discapacidad en el tráfico jurídico, y ello conlleva una serie de efectos que se analizan a continuación[6].

Toda vez que la regulación anterior era más laxa en cuanto a la supervisión y protección por las entidades bancarias de los actos de disposición de fondos de las personas con discapacidad, desplazando la responsabilidad de su actuar a los representantes legales, la sentencia destaca el hecho de que la Convención era plenamente aplicable desde 2008 y, por ende, en el tiempo en que tuvieron lugar los actos de disposición patrimonial objeto de estudio. Matiza el Tribunal Supremo que el art. 12.5 in fine de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ordena a los Estados Partes tomar medidas para garantizar que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria, reforzando el marco de protección y la necesidad de una diligencia cualificada[7].

Todo ello ha supuesto una profunda transformación en la forma en que las entidades bancarias deben entender y gestionar su responsabilidad en la custodia de depósitos y valores de clientes con discapacidad. Su relevancia radica en que obliga a pasar de un modelo de sustitución en la toma de decisiones a uno basado en el respeto a la voluntad, las preferencias y la autonomía individual de la persona.

Este tratado internacional, con plena fuerza legal en España, impone un deber de diligencia reforzado a los bancos, que ya no pueden limitarse a interactuar con el representante legal, sino que deben asegurarse de que las operaciones financieras realmente benefician y se alinean con los intereses de la persona con discapacidad titular de los fondos.

Uno de los pilares fundamentales de dicho cambio de paradigma radica en dicho artículo, al reconocer a las personas con discapacidad capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Para las entidades bancarias las implicaciones son de un importante calado, como vemos a continuación. Conlleva que la entidad debe reconocer a la persona con discapacidad como el único titular de sus derechos económicos. Las medidas de apoyo no anulan su capacidad de decidir, sino que la asisten. Por tanto, la entidad debe hacer un esfuerzo razonable por comprender y respetar la voluntad del titular.

Asimismo, debe quedar superado el modelo anterior, que se centraba en la sustitución de la voluntad del incapacitado, en que era el tutor quien directamente tomaba todas las decisiones. La Convención elimina

---

[6] CHAPARRO MATAMOROS, P., BUENO BIOT, A. (Coord.), La *discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 566.

[7] NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (Coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 420.

este enfoque paternalista y promueve un sistema de "apoyos" para que la persona ejerza su propia capacidad jurídica. Para un banco, esto significa que la intervención de un curador o un guardador de hecho no le exime de su responsabilidad de velar por los intereses del cliente.

De otro punto, la Convención exige el establecimiento de salvaguardias para impedir abusos y la influencia indebida. Esto se traduce en una obligación para el banco de estar alerta ante operaciones que puedan no redundar en el beneficio del titular[8]. A título ilustrativo, debe vigilar transferencias inusuales, disposiciones de fondos para fines ajenos al interés de la persona con discapacidad o situaciones donde pueda existir un conflicto de intereses con la persona de apoyo.

En definitiva, la Convención de Nueva York transforma al banco de un mero custodio pasivo a un agente activo en la protección de los derechos económicos de las personas con discapacidad. Se le exige un estándar de diligencia superior, centrado no solo en la validez formal de una operación, sino en la protección material del patrimonio y el respeto a la autonomía de su cliente[9].

Por tanto, toda vez que no es hasta la promulgación de la Ley 8/2021 de 2 de junio cuando se trasponen los dictados de la Convención, es decir, más de 13 años después de ser ratificada por España, no se puede obviar que se hallaba en vigor y que era plenamente aplicable.

V. Implicaciones prácticas del nuevo régimen legal

La ley 20/2021 instaura un régimen legal que introduce cambios significativos con respecto a la regulación anterior. Sobre el papel, tal y como hemos visto al analizar los dictados de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, se pasa de un sistema paternalista en que los titulares de las medidas de apoyo decidían, sustituyendo la voluntad de la persona objeto de la medida, por un sistema que considera a la persona con discapacidad en el centro de su actuar, siendo quien toma las decisiones sobre su persona y bienes por sí misma, con los apoyos que pueda precisar.

Todo ello implica la necesidad de plantearse una serie de cuestiones que, en el orden práctico, suponen problemas a la hora de su aplicación al caso práctico. En aquello relativo al caso analizado, debemos abordar la naturaleza de las transferencias de dinero, el deber de diligencia agravado del banco, así como el conflicto de intereses existente entre la persona que

[8] COSTAS RODAL, L., *Autonomía y apoyo de la persona con discapacidad en el ámbito sucesorio tras la Ley 8/2021,* Tirant Lo Blanch, 2024, págs 27-29.

[9] ALVENTOSA DEL RÍO, J., *La Curatela tras la Ley 8/2021,* Tirant lo Blanch, 2022, págs. 55-59: origen de la nueva regulación acorde a la convención, págs. 344-350.

ejerce la medida de apoyo y el titular de los bienes, con la especial mención a los efectos que se producen frente a terceros.

1. *La naturaleza de las transferencias de dinero: ¿Acto de administración o de disposición?*

Las transferencias de dinero con una operación habitual en la vida diaria. En los casos en que se realizan con fondos de personas que no ostentan la plena capacidad para actuar en el tráfico jurídico, o que requieren de algún apoyo, cobra especial interés el carácter o naturaleza que se les otorgan.

La doctrina no se muestra unánime a la hora de atender su naturaleza, considerando unos que son meros actos de gestión, y otros que son auténticos actos de disposición patrimonial[10]. Para los primeros, la interpretación literal del art. 166 CC, para el caso del ejercicio de la patria potestad, no exige de forma expresa y taxativa que se recabe autorización judicial para, considerando, con ello, que nos encontramos ante actos de mera gestión o administración del patrimonio.

Frente a esta postura, otra corriente doctrinal aboga por una interpretación teleológica o finalista de la norma, según la cual cualquier acto que, por su cuantía o naturaleza, suponga un riesgo o detrimento significativo para el patrimonio del representado debería equipararse a un acto dispositivo y, en consecuencia, someterse a control por los órganos correspondientes. Por tanto, atendiendo a que la disposición de bienes de la persona con discapacidad excede con mucho de lo que podría considerarse un mero acto de gestión, y precisaría del correspondiente control judicial[11].

Atendiendo al caso que nos ocupa, sin perjuicio de lo ya dicho al analizar los antecedentes del caso y la cuestión sustantiva suscitada, tanto el juzgado de primera instancia como la audiencia provincial consideraron que el carácter de las transferencias de dinero efectuadas por el padre en su condición de representante legal de su hijo (era cotitular de la patria potestad, al haber sido ésta prorrogada), con destino a las cuentas de la mercantil del que el progenitor ordenante era socio y administrador, con la finalidad evidente de saldar posiciones deudoras, eran actos de mera gestión y administración del patrimonio del hijo.

Ahora bien, destaca el sentido del informe que evacúa el Ministerio Fiscal ante el Tribunal Supremo en el trámite correspondiente del recurso de casación, inclinándose por la posición distinta, argumentando que se

---

[10] SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J.M. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., *Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código Civil*, Revista de Derecho Privado, Núm. 65, 1981, pp. 851-891.

[11] SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 89-94.

trató de entregas de dinero sin ninguna causa justificada, precisamente con destino a una sociedad mercantil que le era ajena al titular de los fondos, en situación de crisis económica (que a la sazón quebró), sin que obtuviera ningún tipo de contraprestación; con dichos argumentos, concluye el Ministerio Fiscal que dichas transferencias, en ningún caso pueden ser consideradas simples actos de administración y que, por su importante entidad económica (casi 60.000€), son equiparables a la enajenación de otros bienes que sí requieren autorización.

El Tribunal Supremo aborda varias cuestiones de interés sobre la naturaleza de las transferencias bancarias de dinero efectuadas por quienes ejercen la representación legal de una persona con discapacidad. Si bien desde un punto de vista meramente formal podrían ser meros actos de administración, lo realmente importante se halla en la causa y contexto del negocio jurídico en cuestión.

Atendiendo a supuestos que guardan gran similitud con el caso estudiado, y para una mejor comprensión del alcance de la doctrina jurisprudencial que siente en este caso nuestro Alto Tribunal, podemos considerar, a título ilustrativo, que si la disposición de bienes tiene por finalidad constituir una sociedad familiar en interés de los propios hijos, no sería exigible con carácter previo obtener autorización judicial, como se resolvió en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1989[12].

En otro supuesto, en cambio, se consideró necesaria la obtención previa de autorización judicial en el caso de unos padres que celebraron unos padres en representación del hijo que era futbolista profesional, apoyándose en el argumento de que el poder de representación no puede resultar tan amplio que se extienda a ámbitos que supongan una manifestación del desarrollo de la libre personalidad del menor, en cual consistía en las decisiones respecto de su futuro profesional. En consecuencia, se declaró la nulidad del precontrato y de la cláusula penal firmada por los padres[13].

La realidad de los hechos es que, con la Ley 20/2021, lo relevante es la voluntad, las preferencias y los deseos de la persona con discapacidad en todo aquello que concierna a la gestión y disposición de su patrimonio. Tan es así, que dichos designios deben prevalecer incluso ante lo que podríamos denominar el derecho a equivocarse, esto es, es más importante lo que el titular de los bienes quiera y decida, que el hecho de que pueda errar en sus decisiones[14].

---

12 ROJ: STS 6838/1989 — ECLI:ES:TS:1989:6838.

13 La referencia se corresponde con la sentencia n.º 26/2013, de 5 de febrero.

14 ALVENTOSA DEL RÍO, J., *La Curatela...*, Op. Cit., p. 323.

2. *La buena fe contractual (art. 1258 CC) y el deber de diligencia agravado frente al cliente vulnerable*

La relación entre una entidad bancaria y un cliente con discapacidad no puede entenderse como un mero contrato de depósito o gestión. Debe interpretarse a través de tres lentes interconectadas que elevan el estándar de responsabilidad del banco: la buena fe contractual (Art. 1258 CC), el deber de diligencia agravada frente a un cliente vulnerable, y el marco de derechos humanos impuesto por la Convención de Nueva York.

En primer lugar, la buena fe contractual recogido en el art. 1258 CC establece que los contratos obligan no sólo a lo expresamente pactado, sino "a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe". Este principio va mucho más allá de la mera literalidad del contrato., implicando un deber de lealtad y cooperación entre las partes.

En el contexto bancario, la buena fe exige que la entidad no solo ejecute órdenes, sino que actúe protegiendo los intereses del cliente, especialmente considerando la asimetría de información y poder. El banco es el experto profesional (*lex artis*), y el cliente deposita su confianza (y su patrimonio) en él. Por tanto, la buena fe impone al banco un papel activo en la salvaguarda de los fondos de su cliente.

En segundo lugar, ese deber genérico de buena fe se intensifica y se transforma en una diligencia agravada que debe aplicar la entidad bancaria. No es suficiente con actuar correctamente; el banco debe llevar a cabo en su conducta una previsión y un celo extraordinarios. Ello encuentra su razón de ser en que el riesgo de abuso, fraude o mala gestión es exponencialmente mayor. La vulnerabilidad del cliente exige que el banco no sea un espectador pasivo, sino un guardián proactivo.

Este deber agravado obliga a la entidad tanto a vigilar activamente la cuenta para detectar patrones anómalos o disposiciones que no parezcan redundar en beneficio del titular, a cuestionar operaciones que, aunque formalmente autorizadas por un representante legal, resulten sospechosas o contrarias al interés del cliente vulnerable; así como a implementar salvaguardias efectivas para prevenir el expolio o la influencia indebida.

Si en algún punto del presente caso se plantea la cuestión sobre la normativa de aplicación en el momento de los hechos, y siendo evidente que las transferencias bancarias se ejecutaron cuando aún no se había publicado la ley 20/2021, lo que resulta indiscutible es el hecho de que la Convención que regula los derechos de las personas con discapacidad estaba plenamente en vigor.

En este punto la argumentación que se ofrece adquiere su fuerza definitiva. La Convención cambia radicalmente las reglas del juego, y más

en concreto, su artículo 12 siente su piedra angular por los motivos que a continuación se exponen.

Por un lado, reconoce la plena capacidad jurídica, al desterrar el modelo de "incapacitación" donde la voluntad de la persona era sustituida por la de un tutor. Ahora, se reconoce que la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones y las medidas de apoyo no anulan su voluntad, sino que la asisten.

Por otro lado, pone el foco en la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, obligando a que las acciones se centren en respetar "los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona".

Dicho esto, se hace necesario abordar el impacto que todo ello tiene en la diligencia agravada del banco. El deber de diligencia agravado de la entidad bancaria obliga al banco a elevar la mirada y asegurarse de que la operación se alinea con la voluntad y el interés superior del titular de la cuenta, que es la persona con discapacidad, de modo que un banco que permite que los fondos de una persona con discapacidad se utilicen para pagar deudas de su representante legal, incluso con la autorización de éste, está incumpliendo flagrantemente su deber de diligencia agravada, debido a que está ignorando el principio fundamental de la Convención, cual es que los apoyos existen para beneficiar a la persona con discapacidad, no a terceros.

En consecuencia, la responsabilidad del banco ya no es solo formal (verificar la firma del representante), sino material y finalista: debe asegurarse de que cada operación sirve al interés del cliente con discapacidad. Actuar como un autómata que ejecuta órdenes, permitiendo el desvío de fondos o el abuso financiero, es una clara vulneración de la buena fe contractual, interpretada conforme a la diligencia exigible y al marco de derechos humanos que protege a sus clientes más vulnerables.

En el caso que nos ocupa, el banco no sólo no cumplió con su deber de diligencia, ni mero ni agravado, ni evitó el perjuicio patrimonial de la persona con discapacidad cuyos bienes tenía obligación de custodiar, sino que consintió y facilitó un negocio jurídico (las transferencias de dinero), cuya última finalidad consistía precisamente en saldar unas deudas cuyo acreedor era el propio bando, esto es, fue el beneficiario de las transferencias de dinero.

3. El conflicto de intereses del representante legal y sus efectos frente a terceros

El conflicto de intereses del representante legal de una persona con discapacidad es una de las mayores amenazas para su patrimonio y autonomía. La Convención de Nueva York no solo reconoce este peligro, sino

que redefine sus efectos, haciendo que los terceros dejen de ser meros espectadores para convertirse en garantes activos contra el abuso[15].

El régimen legal anterior comprendía un enfoque formalista. Si una persona actuaba como tutor o representante legal con los poderes formalmente correctos, el tercero se sentía legalmente protegido. El posible conflicto de intereses se consideraba un problema *interno* entre el representante y la persona representada, que debía resolverse, a menudo, a posteriori y ante los tribunales, una vez producido el daño.

La Convención impone la creación de "salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos", exigiendo que dichas salvaguardias aseguren que "no haya conflicto de intereses ni influencia indebida". Esto tiene consecuencias directas y profundas para los terceros, como vemos a continuación.

La existencia de un posible conflicto es una señal de que el sistema de apoyos puede estar fallando y de que se puede estar vulnerando el derecho fundamental de la persona a que se respete su "voluntad y preferencias"[16]. El tercero se convierte en una salvaguardia de facto, dado que al interactuar con el representante, el tercero (especialmente una entidad profesional como un banco) está en una posición privilegiada para detectar estos conflictos. La Convención le impone indirectamente un deber de vigilancia. No puede ocultarse tras la formalidad del nombramiento del representante, al ejercer no un mero papel en el tráfico jurídico, no opera como una parte más, sino que ostenta un papel especial, se erige en garante de los derechos y posición jurídica vulnerable de las personas con discapacidad.

Por otra parte, si un tercero colabora o facilita un acto jurídico donde el conflicto de intereses es evidente, no podrá alegar ignorancia o buena fe basada en la mera formalidad. Así, cabe hablar de la responsabilidad del tercero que, al ignorar las señales evidentes de un conflicto de intereses, incumple su deber de diligencia agravada, erigiéndose en auténtico cooperador en el perjuicio, debiendo quedar obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados a la persona con discapacidad.

VI. Conclusiones

1. Prevalencia de la voluntad de la persona. La persona con discapacidad debe ser respetada en su voluntad y en sus preferencias. Por encima de todo está lo que ella quiera, aun cuando haga uso del derecho a equi-

[15] NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (Coord.), *El* ejercicio…, Op. Cit., p. 269.

[16] CHAPARRO MATAMOROS, P., BUENO BIOT, A. (Coord.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio,* Tirant lo Blanch, 2022, p. 50.

vocarse. Ya no rige el principio del interés superior de la persona; únicamente en los casos de personas con discapacidad intelectual moderada o superior, así como a personas con deterioro cognitivo grave o superior por cualquier trastorno mental, personas que ni tan siquiera con apoyos pueden tomar muchas decisiones por sí mismas; supuestos en que el cuidador, el guardador de hecho, el defensor judicial o el curador, con independencia de los trámites judiciales, habrán de actuar supliendo la voluntad inexistente de aquéllas, haciendo uso de facultades de representación.

2. Responsabilidad agravada de las entidades bancarias: Las entidades financieras tienen un deber de diligencia especial y agravado en la protección de los fondos de clientes vulnerables, como las personas con discapacidad. No pueden actuar como meros ejecutores de órdenes, especialmente si existen indicios de un conflicto de intereses o si la operación no beneficia al titular de la cuenta, debiendo ejercer su papel activo y proactivo a la hora de prevenir posibles fraudes, engaños y actuaciones que supongan un perjuicio para las personas con discapacidad, precisamente por la posición de garantes en la que se erigen.

Atrás quedan las meras obligaciones de verificación formal de documentos; se trata de un operador cualificado que, por esa misma condición, debe prestar un especial deber de cuidado, deber que queda configurado de forma mucho más amplia con la nueva regulación. El caso analizado no hace sino plasmar y concretar en el ámbito práctico los dictados legales que, no olvidemos, desde 2008 estaban vigentes en España (La Convención era aplicable desde su ratificación), a pesar de haber transcurrido más de 13 años hasta su su transposición al ordenamiento interno.

3. El conocimiento de la entidad bancaria resulta determinante para exigir su responsabilidad: La responsabilidad del banco se fundamenta en su conocimiento probado de la ilicitud de las operaciones. En el caso analizado, la entidad conocía perfectamente el origen de los fondos (una indemnización), la situación de vulnerabilidad del titular, las dificultades económicas del representante legal y que el dinero se destinaba a saldar una deuda que, era mantenida por terceros (la mercantil de la que era socio y administrador el padre, y que le era ajena al titular de los fondos) con el propio banco, beneficiario último de las transferencias de dinero. Este conocimiento cualificado deja sin efecto los argumentos esgrimidos por el banco en tanto en cuanto venía obligada de forma cualificada a impedir el abuso.

4. Beneficio propio como factor determinante: La responsabilidad de la entidad bancaria no deja margen de dudas y se ve agravada de forma decisiva y determinante por la posición que ocupa en el negocio jurídico, en tanto en cuanto ocupa una evidente posición de beneficiaria directa de la transferencia de capitales, puesto que el trasvase económico tiene su

origen en las cuentas del hijo, titular de los bienes, siendo destinado a la cuenta de la sociedad del padre, con objeto de saldar posiciones deudoras que la misma tenía con el banco que debía observar el especial deber de cuidado para proteger el patrimonio de la persona con discapacidad.

El banco no fue un tercero neutral, sino que se constituyó en el acreedor que cobró una deuda haciendo uso, a sabiendas, los fondos de una persona vulnerable que no tenía ninguna obligación de pago, ni ninguna relación con la mercantil deudora. Esta circunstancia lo convierte en un cooperador directo del perjuicio, dejando sin efecto cualquier posibilidad de alegar concurrencia de buena fe.

5. Prevalencia de la protección material sobre la formalidad jurídica: La sentencia analizada, alineada con la Convención de Nueva York y la Ley 8/2021, supera las interpretaciones formalistas que regían el régimen legal anterior. Aunque bajo el antiguo Código Civil las transferencias pudieran no requerir explícitamente autorización judicial, el Tribunal Supremo las califica como actos de disposición perjudiciales por cuanto tienen una finalidad y destino que excede con mucho su consideración de meros actos de gestión o de administración del patrimonio de su titular.

Ello nos lleva de forma irresoluta a afirmar que el enfoque actual se centra en la protección real y efectiva de los derechos y el patrimonio de la persona con discapacidad, por encima de la mera apariencia de legalidad de los actos realizados por terceros, sean representantes, o agentes intervinientes con obligación de cumplir con una serie de obligaciones en su actuar en el tráfico jurídico en que intervengan personas con discapacidad.

Bibliografía

ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. (Coord.), *La Convención Internacional Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los Derechos a los Hechos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ALVENTOSA DEL RÍO, J., *La Curatela tras la Ley 8/2021,* Tirant lo Blanch, 2022.

CARRASCO PERERA, A., "Contratación por discapacitados con y sin apoyos", en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, al año de su entrada en vigor* (Coord. ÁLVAREZ LATA, N.), Dykinson, Madrid, 2022.

CHAPARRO MATAMOROS, P., BUENO BIOT, A. (Coord.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio,* Tirant lo Blanch, 2022.

COSTAS RODAL, L., *Autonomía y apoyo de la persona con discapacidad en el ámbito sucesorio tras la Ley 8/2021,* Tirant Lo Blanch, 2024.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

LEGERÉN MOLINA, A., "La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de apoyos", en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidad en materia de discapacidad* (dir. DE SALAS MURILLO, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Lefebvre, Madrid, 2021.

MORENO QUESADA, B., *El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho*, Revista de Derecho Privado, 1985.

NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (Coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

RIBOT IGUALADA, J., "La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento", *en Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidad en materia de discapacidad* (dir. DE SALAS MURILLO, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

SÁNCHEZ VENTURA MORER, *I.: "Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses" en Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidad en materia de discapacidad* (dir. DE SALAS MURILLO, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

SANTOS URBANEJA, F., *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la ley 8/2021, de 2 de junio*, Cuniep, Madrid, 2021.

SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J.M. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., *Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código Civil*, Revista de Derecho Privado, Núm. 65, 1981.

Violación al principio de no discriminación a migrantes en México

Alfredo Islas Colín
Investigador Nacional, nivel 3, SECIHTI-SNI
y profesor de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México

Egla Cornelio Landero
Investigadora Nacional, nivel 1, SECIHTI-SNI
y profesora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México

Sumario: I. Los migrantes como grupo vulnerable. *1. Los migrantes y sus familias. 2. Elementos de la no discriminación.* II. Violación de derechos humanos de los grupos vulnerables de migrantes. *1. Mujeres y niños. 2. Observaciones de los Comités de la ONU, del CERD y CAT. 3. Observaciones de los Comités de la ONUI, del CCPR y CPIDESC, CEDAW, CRC, CMW.* Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

De conformidad al Diccionario de la *Real Academia de España*, la discriminación, deriva del latín *Discriminãre*, el cual consiste en: "Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental". Algunos clasifican la discriminación en directa cuando una persona es tratada de manera menos favorablemente que otra, porque no lo es, no lo ha sido y no lo será, en una situación comparable a otra; y la discriminación indirecta, si una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral dé lugar, por las mismas razones una desventaja particular para las personas en comparación con otras.[1] Asimismo, llaman "discriminación positiva", debido a que la igualdad no es suficiente para resolver las desigualdades que afecta a ciertos grupos de la población, por lo que con la legislación crea un régimen jurídico que favorece los miembros de esa comunidad, para compensar su desigualdad y ponerlos en el mismo plano que los otros, para promover una "igualdad plena y efectiva", y las normas jurídicas que establecen la compensación es de manera evasiva, como "medidas tem-

[1] Guinchard, Serge. *Lexique des termes juridique*, Francia, Ed. DALOZ, 2017, p. 719.

porales", "medidas especiales", "medidas concretas" o como "programas de acceso a la igualdad".[2]

I. Migrantes como grupo vulnerable

Los grupos vulnerables son aquel conjunto de personas, de comunidades, que por su situación de desventaja o riesgo con respecto los demás para gozar de los derechos humanos, requieren para compensarlos su desigualdad en la proporción de su desventaja para ponerlos en situación igual que las demás personas. Los migrantes forman parte de uno de los grupos vulnerables, sin embargo, su situación de desventaja, dentro de ellos existen otros más vulnerables.

1. Los migrantes y sus familias

Migrantes son toda persona que vayan a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional, sin distinción alguna, y comprende todos aquellos que pasan el proceso de migración que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual. Los cuales comprenden las personas que laboran en lugares que no son de la jurisdicción del Estado del que no es nacional como los siguientes: "trabajador fronterizo", "trabajador de temporada", "marino", "trabajador en una estructura marina", "trabajador itinerante", "trabajador vinculado a un proyecto", "trabajador con empleo concreto", "trabajador por cuenta propia".[3]

Convención Internacional sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares señala en su Parte II, denominada "No discriminación en el reconocimiento de derechos" en su *artículo* 7, que los Estados partes, en su territorio deberán respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición origen nacional. Y en su *artículo 13.3, inciso d)* reconoce a los migrantes el derecho a la libertad de expresión e impone al Estado parte, que el cumplimiento de este derecho comprende obligaciones y responsabili-

[2] Calves, Gwénaële. "Discrimination positive" en *Dictionnaire des Droits de l´Homme*, Francia, Ed. Presses Universitaires de France, 2008, pp. 293-296.

[3] Artículos 1 y 2 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

dades, como "Prevenir toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia".

Las normas aplicables en el "principio de no discriminación" por tener distinto u otro origen nacional lo cual comprende migrantes, esta previsto en los ocho instrumentos internacionales siguientes:

1) Artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos;
2) Artículo 3 de Declaración Sobre Los Principios Fundamentales Relativos A La Contribución De Los Medios De Comunicación De Masas Al Fortalecimiento De La Paz Y La Comprensión Internacional, A La Promoción De Los Derechos Humanos Y A La Lucha Contra El Racismo, El Apartheid Y La Incitación A La Guerra;
3) el Artículo 1 de la Declaración Sobre Los Derechos De Las Personas Pertenecientes A Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas;
4) el Artículo 1 de la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial;
5) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer;
6) Artículo 2 del Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
7) el Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y
8) el Artículo 1 de la Convención Internacional sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares.

2. Elementos de la "No discriminación"

De conformidad con la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Inmigrantes y Miembros de sus Familias, artículo 72* y la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1º* los migrantes tienen los mismos derechos que los nacionales debido a que dicha Carta Fundamental prevé que todas las personas, sin distinción alguna, podrá gozar de los derechos previstos tanto en la misma Carta Fundamental, como los previstos en los tratados en los que México sea parte; asimismo, la misma disposición, prohíbe la discriminación por razón de origen nacional. Además, se consideran personas extranjeras aquellos que no son del Estado nacional donde se localizan, en este sentido son extranjeros aquellos "que no tienen la nacionalidad por nacimiento", *ius solis o ius sanguinis* o aquellos que "no obtuvieron la nacionalidad por naturalización", en cumplimiento al *artículo 30* de la misma Carta Fundamental.

No obstante, la igualdad de las personas, de todas las personas humanas, como los migrantes, el derecho a su reconocimiento como personas

dignas, al principio de la no discriminación mismo como derecho de *ius cogens*, estamos presenciado lo que se ha denominado "*hostis alienigena*", aplicada a los migrantes, los cuales no son tratados como iguales por los demás miembros de la comunidad, ni por las autoridades.[4]

Para nosotros los elementos del concepto de violación del principio de "no discriminación" de migrantes son los siguientes:

1) el sujeto activo directo es la autoridad o servidor público que realiza toda acción u omisión que implique trato diferenciado que consista en una distinción, exclusión, restricción o preferencia a personas en igualdad de condiciones;
2) el sujeto activo indirecto, es aquella autoridad o servidor público que indirectamente mediante su autorización o anuencia a otro (particular) realice un trato diferenciado que consista en una distinción, exclusión, restricción o preferencia a personas en igualdad de condiciones;
3) el sujeto pasivo, es siempre un migrante o su familia;
4) las circunstancias de personas son que a las mismas personas o de sus familiares, reciban ese trato diferenciado por: apartheid, idioma, lengua, origen lingüístico de las minorías, capacidades diferentes (comprende personas con discapacidad) opiniones políticas o de cualquier otra índole y color.

En los instrumentos internacionales se considera trato diferenciado a migrante, la distinción, exclusión, restricción o preferencia[5] a personas en igualdad de condiciones.

Se viola el principio de "no discriminación" de conformidad con el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* con las siguientes acciones: a) toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social; b) tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio; c) en condiciones de igualdad, de los derechos humanos; d) sin que ello signifique identidad de trato en toda circunstancia; e) ya que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación; y f) si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto.[6]

---

[4] Sánchez, A., "El derecho penal del enemigo en México. Negación jurídica de la dignidad humana" en Kala, J. C. *En torno al Derecho y a la Sociología Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2017.

[5] *Artículo 1 de Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.*

[6] *Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observaciones generales, número 18, "No discriminación", 37º período de sesiones (1989).*

Discriminación, elementos por el *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, CESCR.* El CESCR ha definido la discriminación como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de distinción y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. [7]

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su *Observación General No. 20* respecto de la "No discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales" señala que el *Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales* y la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, prohíben la discriminación por motivos de "raza y color", lo que no significa que la utilización de dichos términos, se esté aceptando teorías que pretendan probar la existencia de razas humanas distintas, que como se señaló en la Conferencia de Examen de Durban, lo siguiente: "que todos los pueblos e individuos constituyen una única familia humana, rica en su diversidad, y que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos; y rechaza enérgicamente toda doctrina de superioridad racial"[8]

Discriminación, elementos, migrantes: CERD. El *Comité para la Discriminación de la Discriminación Racial* de la ONU sostiene en las consideraciones de su *Observación General* CERD-GC-22, que como "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos", que por lo tanto, las personas refugiadas y desplazadas, tienen el derecho de regresar libremente a su lugar de origen en condiciones de seguridad; y los Estados tienen la obligación de respetar: "el principio de no devolución"; de "no expulsión de refugiados"; la restitución de sus bienes que se les privo; y participar en condiciones de igualdad en asuntos públicos.[9]

II. Violación de derechos humanos de los grupos vulnerables de migrantes

Se analiza por tipo de derecho humano violado de los grupos vulnerables de migrantes a partir de los documentos fuentes emitidos por siete Comités de Derechos Humanos del Alto Comisionado para las Naciones

---

[7] *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general Nº 20 (2009) sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, párr. 7.*

[8] *Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU 42º período de sesiones (2009), Observación: CESCR-GC-20, "No discriminación en derechos económicos, sociales y culturales", Ginebra, del 4 a 22 de mayo de 2009, Párr. 19.*

[9] *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, ONU, Observación: CERD-GC-22 El artículo 5 de la convención y los refugiados y las personas desplazadas, Párr. 1.*

Unidas, ONU y dos de la Organización de los Estados Americanos, OEA siguientes: 1.- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, CESCR que tiene por función principal vigilar el cumplimiento del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966 y su Protocolo Facultativo* relativo a la competencia para recibir comunicaciones individuales, 2008; 2.- Comité de Eliminación de la Discriminación Racial, CERD que tiene por función primordial vigilar el cumplimiento la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;* 3.- Comité de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW que tiene por función principal el vigilar el cumplimiento de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer;* 4.- Comité de los Derechos del Niño, CRC que tiene por función principal vigilar el cumplimiento *Convención sobre los Derechos del Niño*; 5.- Comité de la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares, CMW que tiene por función principal vigilar el cumplimiento de la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Inmigrantes y Miembros de sus Familias, 1990; 6.- el* Comité contra la Tortura, CAT, que tiene por función principal vigilar el cumplimiento de la la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; 7)* Comité de Derechos Humanos de la ONU de la ONU, CCPR, que tiene por función principal vigilar la aplicación del el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

Por otra parte, exponemos los derechos humanos de los grupos vulnerables de migrantes, a partir de los Organismos de la OEA, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han dictado resoluciones para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales regionales de derechos humanos como la *Declaración Americana de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos* relativos a los derechos humanos de los grupos vulnerables de los migrantes.

Los migrantes forman parte, de los grupos vulnerables, sin embargo, su situación de desventaja, dentro de ellos existen otros grupos más vulnerables, como son las mujeres, los niños, las trabajadoras del hogar e indígenas, entre otros. A continuación analizaremos los grupos vulnerables de migrantes, en el siguiente orden: A.- Mujeres y niños; aquí analizamos los derechos humanos siguientes 1.- Violencia, violencia de género, violencia sexual por trata de persona, tráfico, y prostitución; 2.- Delitos contra mujeres migrantes; 3.- Violación de Derechos económicos, sociales y culturales como empleo, salud, educación y justicia; y 4. Violación del Derecho a la identidad; B.- Trabajadoras del hogar e indígenas; 1.- Trabajadoras del hogar; 2.- Indígenas.

1. Mujeres y niños

En la *Ley de Migración en su artículo 30, fracción II*, señala que es obligación del Instituto Nacional de las Mujer promover acciones dirigidas a mejorar la condición social de la población femenina migrante y la erradicación de todas las formas de discriminación en su contra; y en su *artículo 67*, que todos los migrantes en situación migratoria irregular tienen derecho a ser tratados sin discriminación alguna y con el debido respeto a sus derechos humanos.[10]

Violencia y violencia de género. El Relator especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes en 2009[11], expresa que las víctimas mujeres y niños cada año varía de entre 16.000 a 22.000. El tipo de violencia es de acoso, tratos inhumanos, prostitución, abuso sexual. También el número elevado de mujeres muertas en Ciudad Juárez por diversas razones pero que incluyen también discriminación de género. El INM detiene aproximadamente el 20% de mujeres migrantes centroamericanas de Honduras, Guatemala y el Salvador y las deporta. Asimismo, el personal de éste Instituto les da un trato violento, discriminatorio y agresivo y no reciben las mujeres el servicio médico adecuado. Se resalta que en 2007, el Instituto Nacional de Migración recibió un número muy reducidos de solicitudes de mujeres migrantes de asilo, solamente 40, por falta adecuada de información de sus derechos. Y que solamente a cuatro mujeres les otorgo el estatus de refugiados, todas de nacionalidad iraquíes.

Mujeres: violencia de género. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que en la frontera sur la discriminación motivada por la raza, color, origen nacional o social, idioma, nacimiento, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, posición económica, religión o cualquier otra condición constituyen la situación de vulnerabilidad estructural en la que se encuentran los migrantes.[12]

Por lo anterior, la Comisión considera que es necesaria la incorporación de una perspectiva de género y la elaboración de políticas para combatir la discriminación, la explotación y el abuso del cual son víctimas las mujeres migrantes ya que de esta forma se analiza la situación de éstas.

Los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades. Asimismo, la delegación de la Comisión Interamericana recibió información sobre familiares de migrantes que fueron maltratados o sometidos a tratos discriminatorios —por razones económicas— por parte

[10] *Diario Oficial de la Federación el día 25 de mayo de 2011.*
[11] *Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Misión a México, 2019.*
[12] *Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, 2013, Informe sobre Migrantes en México.*

de las autoridades mexicanas, mientras buscaban las migrantes a sus seres queridos. [13]

Además, la Comisión Interamericana tiene conocimiento de diversos casos en los que los migrantes son víctimas de la discriminación por estereotipos, así como de malos tratos, es por ello que el Estado tiene la obligación de garantizar la igualdad y la no discriminación, así como prevenir cualquier acto de discriminación y violencia contra los migrantes. [14]

Niños: violencia sexual, trata y tráfico. La Comisión Interamericana en 2013 fue informada de que se han instalado Módulos de Atención en las Estaciones Migratorias para niños migrantes no acompañados. Como resultado de estas medidas se ha incrementado el nivel de detección de niños migrantes en situaciones de riesgo, víctimas de trata de personas o que son objeto de tráfico de migrantes. [15]

Mujeres y Niños: violencia sexual, trata y explotación sexual y prostitución. La Comisión Interamericana en 2013 considera que las instalaciones y el trato en las estaciones migratorias son contrarias a la naturaleza administrativa de la detención, que las mujeres migrantes, en especial las niñas y las adolescentes, son quienes se encuentran en una mayor situación vulnerable propensas a ser víctimas de trata, explotación sexual y prostitución, insta la Comisión en la necesidad de elaborar políticas públicas para combatir la discriminación en un marco de perspectiva de género. [16]

Mujeres y Niños: violencia sexual. La Asamblea Nacional de la ONU se preocupa por el número elevado y en aumento de los migrantes, incluidos mujeres y niños que han perdido la vida o han resultado heridos intentando cruzar fronteras internacionales, y por otro lado, exhorta a los Estados a fortalecer las leyes, las instituciones y los programas nacionales para combatir la violencia de género, incluida la trata de personas y la discriminación contra las mujeres y las niñas. [17]

Violencia de género. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW de la ONU recomendó al gobierno mexicano relativos a la discriminación de los migrantes, en 2018 lo siguiente:[18]

1) que se adopte medidas para alentar la difusión de imágenes positivas de las indígenas, las afromexicanas, las migrantes y las refugiadas y solicitantes de asilo en los medios de comunicación;

---

[13] *Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, 2013, Informe sobre Migrantes en México, p. 101.*

[14] *Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, 2013, Informe sobre Migrantes en México.*

[15] *Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, 2013, Informe sobre Migrantes en México.*

[16] *Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, Informe sobre Migrantes en México, 2013.*

[17] Resolución 29/2 de la Asamblea General de Naciones Unidas, relativa a *la Protección de los derechos humanos de los migrantes: migrantes en tránsito, A/HRC/RES/29/2*, aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 2 de julio de 2015 en su 42º sesión.

[18] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW de la ONU *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México, 2018,* Asamblea General de la ONU, CEDAW/C/MEX/CO/9, párrs. 12 y sig., de fecha 2018-07-25.

2) que se se difundan de imágenes positivas de las indígenas, las afromexicanas, las migrantes y las refugiadas y solicitantes de asilo en los medios de comunicación.
   El Estado mexicano aún no responde que medidas ha llevado a cabo para cumplir con las recomendaciones.
3) Que se apruebe una "hoja de ruta" dotada de recursos suficientes, un calendario y metas mensurables para obligar a las autoridades federales, estatales y locales a aplicar las leyes relativas a la prevención y la eliminación de todas las formas de discriminación de facto de las mujeres, en particular las indígenas, las afromexicanas, las migrantes, las mujeres con discapacidad, las mujeres lesbianas, bisexuales y transgénero, y las personas intersexuales.

El Estado mexicano respondió lo siguiente:

1) que se han expedido entre 2012 y 2016 diversas leyes para proteger los derechos de las mujeres como *Ley General de Víctimas (LGV), Ley de Amparo, Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, Ley Nacional de Ejecución Penal y Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes. Que la LGV (2013) tiene el Sistema Nacional de Atención a Víctimas (SNAV)* y opera con la *Comisión Ejecutiva Federal de Atención a Víctimas (CEAV),* para garantizar los derechos de las víctimas, eliminar la violencia hacia las mujeres, desaparición forzada, homicidios y feminicidios;

2) el Sistema tiene Comisiones Ejecutivas Estatales; que la LGDNNA (2014) obligó a reformar la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil, atendiendo la normatividad constitucional en materia de DH, la Convención sobre los Derechos del Niño y la CEDAW;

3) esta ley LGDNNA exige mecanismos para su operación: i) Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA) y 32 sistemas estatales; ii) Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, 32 sistemas estatales y uno por cada municipio; iii) Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, y 32 procuradurías estatales; iv) Programa Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, 32 programas estatales y programas municipales; y v) Sistema Nacional de Información.

Delitos contra mujeres y niños, en resolución de la Asamblea General de la ONU. Los países representados en la Asamblea General de la ONU expresan su preocupación por la intensificación de las actividades de las entidades de la delincuencia organizada transnacional y nacional, así como

de otros que se lucran de los delitos contra los migrantes, especialmente mujeres y niños, sin importarles las condiciones peligrosas e inhumanas a que someten a sus víctimas y en flagrante violación de las leyes nacionales e internacionales y en contravención de las normas internacionales. [19]

Mujeres y niños: violencia de género. Las mujeres y niñas migrantes en México que provienen de Centroamérica que están de transitó para ir a los Estados Unidos de Norte América o de destino a las ciudades fronterizas de México, sufren desaparición forzada, secuestro, violencia, violación sexual, tortura en manos de la delincuencia organizada y en muchas ocasiones con aquiescencia o participación del Estado, las quejas han sido documentados tanto por organismos internacionales como actores de la sociedad civil. [20]

2. Observaciones del CER, CAT, CCPR, CPIDP y CPIDESC

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, CERD, en 2019, le preocupa: 1) la posición del "corredor migratorio"; 2) la aplicación de las políticas migratorias adoptadas no garantice derechos de los migrantes y solicitantes de asilo, en particular de niños y niñas migrantes; las detenciones automáticas de solicitantes de asilo y migrantes en situación irregular, detenciones arbitrarias, y devoluciones sistemáticas sin asesoría legal adecuada; 3) incluidos los niños acompañados o no en las denominadas estaciones migratorias; 4) las condiciones de vida en las estaciones migratorias no son las adecuadas; 5) el control migratorio de la Guardia Nacional; 6) uso excesivo de la fuerza en contra de migrantes y el fenómeno migratorio de las caravanas ha crecido el discurso de discriminación, odio racial y xenofobia en contra de migrantes.[21]

Por lo anterior, el **CERD**, recomienda: 1) cumplir con la política migratoria prevista para 2018-2024 que se dijo que se basaría en la protección de los derechos humanos de los migrantes; 2) garantizar el cumplimiento del principio de no devolución y tomar en cuenta el *Pacto Mundial* para una *Migración Segura, Ordenada y Regular*; 3) proporcionar alternativas a la detención de los solicitantes de asilo y de los migrantes en situación irregular; que los niños migrantes no se les detenga como lo establece la *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes* y por la aplicación de protocolos de atención y protección adecuados teniendo en cuenta el prin-

---

[19] *Resolución 65/212 de la Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/ 65/212, relativa a la Protección de los migrantes, aprobada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 2010 en su 71º sesión plenaria.*

[20] *Estrada, D. T., "Seguridad humana de Mujeres migrantes indocumentadas" en González, P. L., Razones universales y contextos particulares de injusticia, México, Tirant lo Blanch, 2017.*

[21] *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales sobre los informes periódicos 18º a 21º combinados de México, CERD/C/MEX/CO/18-21, el día19 de septiembre 2019.*

cipio del interés superior de la niñez; 4) que las estaciones migratorias cuenten con condiciones de vida adecuadas en conformidad con las normas internacionales; 5) que la Guardia Nacional disminuya el control migratorio y eliminar sus actividades de discriminación racial; realizar investigaciones sobre discriminación, uso excesivo de la fuerza y abusos de autoridad cometidos en contra de migrantes; 6) proteger y asesorar a las víctimas; prevenir y combatir el discurso de incitación a la discriminación racial y las manifestaciones de racismo en los medios de comunicación en contra de los migrantes. [22]

El Comité contra la Tortura de la ONU, CAT[23] en 2019 le preocupa: 1) la detención automática u obligatoria de inmigrantes indocumentados y solicitantes de asilo, ya que conforme a lo dispuesto en el artículo *111 de la Ley de Migración*, el Instituto Nacional de Migración dispone de un plazo de 15 días hábiles para resolver los expedientes de las personas internadas en las llamadas "estaciones migratorias", prorrogable hasta 60 días en algunos supuestos; 2) No obstante, en caso de interposición de un recurso administrativo o judicial, incluidas las solicitudes de asilo, la ley no establece la duración máxima de dicha detención administrativa; 3) Si bien la legislación vigente no contempla el internamiento de menores de edad en estos centros, salvo para los menores no acompañados y solo en circunstancias excepcionales, pero se sabe que continúa internando a menores en estaciones migratorias; 4) las estaciones migratorias no son adecuadas para los niños, falta de higiene, inadecuada alimentación y no cumplían las condiciones mínimas de alojamiento; 5) se denuncian actos de violencia y abusos por parte de los agentes de inmigración, y extorsión a las personas internadas.

Conclusiones

1. La discriminación, es la negación de la igualdad de las personas, en el caso, al migrante, al refugiado, al solicitante de asilo y su familia, por el que no les dan un trato igual, excluye, restringe o dan preferencia directa o indirecta a un nacional, conducta por la que le afecta, anula o menoscaba el reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho humano sea individual, social, económico, cultura, civil o político, no obstante que es igual a toda persona humana.

2. El migrante, refugiado, solicitante de asilo y sus familiares forman parte de los grupos vulnerables; dentro de estos grupos, existen otros

[22] *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales sobre los informes periódicos 18º a 21º combinados de México, CERD/C/MEX/CO/18-21, el día 19 de septiembre 2019.*

[23] *Comité contra la Tortura, Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de México, CAT/C/MEX/CO/7, de fecha 24 de julio de 2019.*

mas vulnerables como son los niños, mujeres, trabajadores del hogar, indígenas, campesinos entre otros.

3. Los derechos humanos analizados de los grupos vulnerables de migrantes, refugiados, solicitantes de asilo y sus familias: por una parte de mujeres y niños son violencia, violencia de género, violencia sexual por trata de persona, tráfico, y prostitución, delitos contra mujeres migrantes, violación de derechos económicos, sociales y culturales como empleo, salud, vivienda, educación y justicia y violación del Derecho a la identidad; por otra parte, de trabajadoras del hogar e indígenas, trata, derechos sexuales, integridad física, derechos laborales, derecho a la salud, libertad de expresión, libertad de religión, acceso a una situación migratoria regular.

4. Los informes de los organismos internacionales de la ONU (siete CESCR, CERD, CEDAW, CRC, CMW, CAT, CCPR) y la OEA (dos CIDH y CoIDH) realizan la vigilancia de aplicación de instrumentos internacionales fundamentales en México, con constantes recomendaciones respecto de violaciones graves de derechos humanos cometidos generalmente por las autoridades mexicanas, en donde se reporta por éstas constantes modificaciones a las leyes, protocolos, estructura orgánica de dependencias públicas, capacitaciones al personal, establecimiento de oficinas pero el número de violaciones de derechos humanos sigue siendo constante y generalizado, siguen un número grande de casos de impunidad, por lo que falta una "justicia efectiva".

Bibliografía

Calves, Gwénaële. "Discrimination positive" en *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Francia, Ed. Presses Universitaires de France, 2008.

Estrada, D. T., "Seguridad humana de Mujeres migrantes indocumentadas" en González, P. L., *Razones universales y contextos particulares de injusticia*, México, Tirant lo Blanch, 2017.

Guinchard, Serge. *Lexique des termes juridique*, Francia, Ed. DALOZ, 2017.

Sánchez, A., "El derecho penal del enemigo en México. Negación jurídica de la dignidad humana" en Kala, J. C. *En torno al Derecho y a la Sociología Jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2017.

Instrumentos Internacionales

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Organismos internacionales

ONU

Comité contra la Tortura, *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de México*, CAT/C/MEX/CO/7, de fecha 24 de julio de 2019.

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU 42º período de sesiones (2009), Observación: CESCR-GC-20, "No discriminación en derechos económicos, sociales y culturales", Ginebra, del 4 a 22 de mayo de 2009.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, CDESC de la ONU, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México*, 2018, Asamblea General de la ONU, E/C.12/MEX/CO/5-6, de fecha 2018-04-17 y *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México, 2018,* Asamblea General de la ONU, CEDAW/C/MEX/CO/9, de fecha 2018-07-25.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general Nº 20 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, 2009.

Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de México, Versión avanzada no editada.* CCPR/C/MEX/CO/6, 7 de noviembre de 2019.

Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observaciones generales, número 18, "No discriminación", 37º período de sesiones, 1989.

Comité de los Derechos del Niño de la ONU, 44º perìodo de sesiones, *Observación: CRC-GC-10 Los derechos de los niños en la justicia de menores*, Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007.

Comité de trabajadores Migantes de la ONU, CMW, *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México,* 2018. CEDAW/C/MEX/CO/9, de fecha 2018-07-25.

Comité de Trabajadores Migratorios y sus Familias, CMW, *Observaciones Generales, Nº. 1.* 13º periodo de sesiones, 2010.

Comité de Trabajadores Migratorios y sus Familias, CMW, *Informe de México*, 2011.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW de la ONU *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México, 2018,* Asamblea General de la ONU, CEDAW/C/MEX/CO/9, de fecha 2018-07-25.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, ONU, Observación: CERD-GC-22 El artículo 5 de la convención y los refugiados y las personas desplazadas.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones finales sobre los informes periódicos 18º a 21º combinados de México*, CERD/C/MEX/CO/18-21, el día19 de septiembre 2019.

Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Misión a México, 2019.

Resolución 29/2 de la Asamblea General de Naciones Unidas, relativa a *la Protección de los derechos humanos de los migrantes: migrantes en tránsito, A/HRC/RES/29/2*, aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 2 de julio de 2015 en su 42º sesión.

Resolución 65/212 de la Asamblea General de Naciones Unidas, *A/RES/ 65/212, relativa a la Protección de los migrantes*, aprobada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 2010 en su 71º sesión plenaria.

OEA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre migrantes en México*, 2013.

Legislación interna

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados, versión actualizada 8 de mayo de 2020, México.

Diario Oficial de la Federación el día 25 de mayo de 2011.