DERECHO Y GÉNERO

María Emilia Casas Baamonde
(Directora)
Daniel Pérez del Prado
(Coordinador)

frA HAND books

frA | FUNDACIÓN RAMÓN ARECES

DERECHO Y GÉNERO

María Emilia Casas Baamonde
(Directora)
Daniel Pérez del Prado
(Coordinador)

DERECHO Y GÉNERO

FUNDACIÓN
RAMÓN ARECES

Reservados todos los derechos.

Ni la totalidad ni parte de esta obra puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso de los titulares de derechos, y del editor.

El contenido expuesto en este libro es responsabilidad exclusiva de sus autores.

© El Corte Inglés, S.A.
Hermosilla, 112
28009 Madrid

© Fundación Ramón Areces
Vitruvio, 5 - 28006 Madrid (España)
www.fundacionareces.es

ISBN-13: 978-84-9961-505-9
Depósito legal: M-18631-2026

Impreso por:
Campillo Nevado, S.A.
Desierto de Tabernas, 8
28320 Pinto (Madrid)

Impreso en España / *Printed in Spain*

ÍNDICE

Prólogo. DERECHO Y BRECHA DE GÉNERO: ITINERARIOS JURÍDICOS HACIA LA NO DISCRIMINACIÓN Y LA IGUALDAD DE LAS MUJERES (María Emilia Casas Baamonde) 15

Capítulo 1. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y GÉNERO (María Lourdes Arastey Sahún) 35

1. Introducción 35
2. Defrenne: primeros pasos hacia la igualdad 37
3. Segunda etapa: desarrollo legislativo 40
   3.1. Legislación derivada en materia social 40
   3.2. Los cambios tras el Tratado de Lisboa 46
4. Posteriores hitos interpretativos en la protección de las mujeres 49
   4.1. Interrelación de marcos de protección en materia laboral 49
   4.2. Mantenimiento de la litigiosidad en materia salarial 49
   4.3. Los retos de la discriminación indirecta 51
   4.4. Indemnización por daños y perjuicios 54
   4.5. Las acciones positivas 59
   4.6. La discriminación múltiple o la discriminación interseccional 62
   4.7. La atribución de los trabajos de cuidado y la incidencia de la discriminación por asociación 68
5. La igualdad más allá del ámbito del Derecho Social 69
   5.1. Política común de asilo y de protección internacional 69
   5.2. Identidad de género y protección de datos de carácter personal de las personas físicas 72
   5.3. Identidad de género y libertad de circulación 74
6. Conclusiones 78

Capítulo 2. DEL GÉNERO EN LA CONSTITUCIÓN A LA CONSTITUCIÓN CON ENFOQUE DE GÉNERO (Fernando Rey Martínez) 79
1. ¿Es feminista la constitución de 1978? 79
2. Jurisprudencia relevante sobre la igualdad de género constitucional: discriminaciones directas, indirectas y acciones positivas 89
2.1. Discriminaciones directas 89
2.2. Discriminaciones indirectas 100
2.3. Acciones positivas 110
3. La denominada "perspectiva de género" en la interpretación constitucional: algunos ejemplos controvertidos 115
4. Conclusiones: nuestra constitución es feminista y todo el Derecho debe adoptar una perspectiva de género en su interpretación y aplicación, pero esta perspectiva ni es fácil de determinar, a veces, ni hay una sola manera "canónica" de entenderla 122

Capítulo 3. ACCIÓN POSITIVA Y GÉNERO: ANÁLISIS EVOLUTIVO Y PROPUESTAS (Mª Ángeles (Maggy) Barrère Unzueta) 125
1. Introducción 125
2. La acción positiva en el Derecho antidiscriminatorio 131
2.1. El Estado interventor 131
2.2. La relación con la igualdad de oportunidades y el uso de la sinécdoque 132
2.3. Acciones positivas diferenciadoras y meritocracia 135
2.4. Vaivenes jurisprudenciales 137
3. Acción positiva y género en el Espacio Europeo 139
3.1. Aclaraciones sobre el uso de "género" 139
3.2. La normativa de la Unión Europea sobre la acción positiva y la delimitación de su legitimidad por el TJUE 141
3.3. La acción positiva en el Consejo de Europa y en la jurisprudencia del TEDH 151
3.4. La acción positiva en el Derecho estatal legislado y jurisprudencial 154
4. La acción positiva en el Derecho antisubordiscriminatorio 160
4.1. Una acción positiva *reactiva* 160

4.2. Novedades de la Ley 15/2022 162
4.3. La LO 2/2024 como acción positiva 169
5. Conclusiones 170

Capítulo 4. PANORÁMICA SOBRE SESGOS DE GÉNERO EN EL DERECHO CIVIL (María Pilar Álvarez Olalla) 175
1. Introducción 175
2. Sesgos y Derecho de Familia 183
2.1. Régimen económico matrimonial. Defensa del régimen separatista 185
2.2. La compensación por trabajo en el hogar en separación de bienes. Evolución en la doctrina del TS 189
2.3. La paradoja de la custodia compartida 192
3. Género y derecho de daños. Especial referencia a la indemnización en caso de violencia de género ¿sesgos a la hora de cuantificar la indemnización? 199
4. Discriminación por género en la contratación 208
4.1. La normativa antidiscriminación por razón de sexo 208
4.2. La normativa "integral" antidiscriminación 211
4.3. Sesgo en el derecho de contratos y algoritmo 212
5. Conclusiones 214

Capítulo 5. EDUCACIÓN Y GÉNERO BINARIO DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO (José Antonio Tardío Pato) 217
1. La igualdad entre las personas, con independencia de cuál sea su sexo y su género y la denominada perspectiva de género y otros conceptos utilizados al efecto 217
2. Normativa internacional y foros y documentos internacionales 227
3. Los preceptos de la Constitución española y los principales textos normativos españoles que afectan a la igualdad de género 236
4. Las principales cuestiones que plantea la educación como derecho en el que se debe garantizar la igualdad de las personas, con independencia de cuál sea su sexo 237
4.1. El acceso igualitario a la educación, sin distinción de sexos y géneros 237

4.2. La cuestión de la educación separada de sexos frente a la coeducación (o educación conjunta de ellos) 239
4.3. El acoso escolar por razón de sexo 243
4.4. El acoso sexual docente 247
5. Las principales cuestiones que suscita la enseñanza de la necesidad de garantizar la igualdad de las personas, con independencia de cuál sea su sexo 251
5.1. La educación sobre la necesidad de garantizar la igualdad de sexo, en currículos, planes de estudio y material didáctico, en equilibrio con la libertad ideológica y religiosa, el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones y el derecho a la protección de la juventud y de la infancia 251
5.2. La inclusión, en los planes de estudio universitarios que proceda, de enseñanzas en materia de igualdad entre mujeres y hombres y la creación de postgrados universitarios específicos 267
5.3. El tratamiento de la igualdad de sexo en los procesos selectivos del profesorado para acceso y provisión de plazas 268

Capítulo 6. TRABAJO Y GÉNERO (José Fernando Lousada Arochena) 273
1. División sexual del trabajo y sistema económico de producción: estereotipos y prejuicios 273
2. El trabajo de las mujeres: de la economía industrial a la economía digital 277
3. Leyes de igualdad clásicas y leyes de igualdad modernas 282
4. Una breve referencia a las fuentes normativas 287
5. Principio de igual retribución por trabajo igual o trabajo de igual valor. 290
6. Desigualdades, brechas y discriminaciones en el empleo 294
7. El muro maternal 299
8. Derechos de conciliación versus derechos de corresponsabilidad 303
9. Violencias de género en el mundo del trabajo 306
10. La protección frente a represalias 311
11. Mujeres trabajadoras y discriminación interseccional 313
12. Conclusiones 317

Capítulo 7. RESPONSABILIDAD SOCIAL Y GÉNERO (María José Senent Vidal) 319
1. De la Responsabilidad Social Empresarial a la Sostenibilidad Empresarial 319
1.1. Concepto de RSE 319
1.2. El Buen Gobierno Corporativo como modalidad de RSE 330
1.3. Evolución de la RSE hacia la SE 334
2. La igualdad como valor inescindible de la RSE/SE 337
2.1. La igualdad en la RSE/SE 337
2.2. La Responsabilidad Social de Género (RSG) 339
3. La normativa reguladora y otros instrumentos para promover la igualdad en la RSE/SE 341
3.1. Normativa de "derecho duro" 342
3.2. Normativa de "derecho blando" 356
4. Conclusiones 358

Capítulo 8. IGUALDAD Y BRECHAS DE GÉNERO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: EL EMPLEO PÚBLICO (Mª Consuelo Alonso García) 361
1. Introducción: las importantes brechas de género en el empleo público: situación, razones, consecuencias y medidas 361
1.1. La situación de partida: la necesidad de afrontar el problema de las desigualdades y brechas de género desde las políticas públicas 361
1.2. Razones de las dificultades de las mujeres para el acceso, el desarrollo profesional y la promoción en el empleo público y la escasa representación femenina en los puestos de dirección y responsabilidad en la función pública 364
1.3. Consecuencias del estancamiento o freno de la vida laboral de la mujer 368
1.4. Acciones para evitar la desigualdad y la discriminación 370
2. Las novedades jurídicas para evitar la desigualdad y la brecha de género en el empleo público 374
2.1. Medidas conducentes a garantizar el acceso al empleo público 374
2.2. Medidas para el desarrollo y promoción de la carrera profesional .. 381

2.3. Presencia femenina en los puestos de dirección y responsabilidad de las Administraciones públicas 397
3. Conclusiones 408

Capítulo 9. SALUD Y GÉNERO. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA CORPOREIDAD SOCIO-SEXUAL Y SU IMPACTO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES (María Concepción Torres Díaz) 413
1. Introducción 413
2. Marco teórico-conceptual 420
3. La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero. Giro normativo en el reconocimiento de la corporeidad socio-sexual de las mujeres 424
4. Blindaje constitucional de la autonomía de las mujeres en la toma de decisiones reproductivas 433
5. Cuestiones jurídicas conflictivas 442
5.1. La propuesta de reforma del artículo 43 de la CE 442
5.2. La objeción de conciencia sanitaria y los registros autonómicos .. 445
6. Conclusiones 447
Anexo. Jurisprudencial del Tribunal Constitucional 449

Capítulo 10. SEGURIDAD SOCIAL Y GÉNERO (Daniel Pérez del Prado) 451
1. De la brecha en el mercado de trabajo a la brecha de prestaciones 451
2. La brecha de prestaciones contributivas como lógica consecuencia del principio contributivo 456
3. El nivel asistencial desde la perspectiva de género 469
4. Medidas que se han puesto encima de la mesa 473
5. Conclusiones 485

Capítulo 11. LA PREVENCIÓN PENAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO (Juan Antonio Lascuraín Sánchez) 487
1. Introducción: ¿de qué trata este capítulo? 487
2. Las conductas de violencia de género 487

2.1. De género ... 488
2.2. Violencia ... 489
2.3. Violencia de género ... 491
2.4. Características y no características ... 495
3. La violencia de género en el Código Penal español ... 497
3.1. Delitos de género ... 498
3.2. Delitos que no son de género ... 503
3.3. Balance ... 504
4. La confirmación constitucional ... 505
4.1. Las sentencias del Tribunal Constitucional ... 505
4.2. El Tribunal Supremo ... 512
5. Balance y propuesta ... 516
5.1. Balance ... 516
5.2. Criterios ... 518
5.3. Propuesta ... 519
6. Conclusiones ... 521

Capítulo 12. LA BRECHA DE GÉNERO COMO PROBLEMA CONSTITUCIONAL (EVIDENCIA EMPÍRICA, DESIGUALDAD ESTRUCTURAL Y DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO) (María Emilia Casas Baamonde) ... 523
1. El enfoque interdisciplinar ... 523
2. La evidencia empírica de la brecha de género ... 526
3. División sexual del trabajo, cuidados, penalización por maternidad y segregación ocupacional, factores estructurales de la brecha de género ... 530
3.1. El trabajo del cuidado ... 532
3.2. La penalización por maternidad ... 536
3.3. La segregación ocupacional y la brecha de liderazgo de las mujeres: consolidación estructural de la brecha de género ... 539
4. La función del derecho ante la brecha de género ... 544
4.1. El fundamento constitucional: igualdad jurídica, no discriminación e igualdad real y efectiva ... 544
4.2. La negación de un derecho constitucional a la diferencia y de la indiferenciación como discriminación ... 551

4.3. La apertura al Derecho de la Unión Europea, del Consejo de Europa e internacional 553
5. Los instrumentos jurídicos frente a la brecha de género 557
5.1. Las prohibiciones de discriminación directa e indirecta: avances reales y límites persistentes 558
5.2. La transparencia retributiva, un cambio de paradigma frente a la brecha de género: la Directiva (UE) 2023/970 562
5.3. La acción positiva, el instrumento jurídico de mayor potencia frente a la brecha de género 566
5.4. La justificación jurídica de las cuotas de género a la luz de la evidencia empírica 573

Prólogo
DERECHO Y BRECHA DE GÉNERO: ITINERARIOS JURÍDICOS HACIA LA NO DISCRIMINACIÓN Y LA IGUALDAD DE LAS MUJERES

María Emilia Casas Baamonde
Consejo de Ciencias Sociales
de la Fundación Ramón Areces
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

La relación entre el Derecho y el sexo y el género constituye uno de los campos de análisis más fecundos y, al mismo tiempo, más urgentes del pensamiento jurídico contemporáneo. Lejos de tratarse de una cuestión periférica, la igualdad de mujeres y hombres atraviesa de forma transversal el conjunto del ordenamiento jurídico: desde sus fundamentos constitucionales hasta las ramas especializadas del Derecho privado y público, desde los sistemas supranacionales hasta los mecanismos nacionales de tutela jurisdiccional, también en el ámbito penal. Esta obra colectiva nace de la convicción de que abordar la brecha de género desde el Derecho exige una perspectiva plural, crítica e interdisciplinar, capaz de dar cuenta tanto de los avances normativos y jurisprudenciales acumulados en las últimas décadas como de la persistencia de la desigualdad en la realidad socioeconómica y laboral, y de la tensión entre la capacidad transformadora del Derecho y los límites de su intervención frente a discriminaciones enraizadas en la organización social del cuidado, las pautas culturales, la segmentación del mercado de trabajo y las dinámicas empresariales.

El análisis jurídico de la brecha de género exige, simultáneamente, rigor técnico y conciencia crítica. No basta con catalogar normas y sentencias; es necesario interrogar las categorías dogmáticas que estructuran el Derecho positivo y preguntar si estas categorías, en su configuración actual, son herramientas suficientes para transformar una realidad que el dato empírico certifica como persistente. La reacción del Derecho ante la desigualdad ha sido históricamente

ambivalente: los ordenamientos democráticos contemporáneos han consagrado la igualdad como principio constitucional y han producido un denso tejido normativo de protección antidiscriminatoria, pero ese mismo Derecho operó durante siglos como mecanismo de producción y legitimación de la desigualdad de género –desde la incapacidad jurídica de la mujer casada hasta la exclusión del sufragio, pasando por la invisibilización sistemática del trabajo reproductivo–. Los sesgos que esa tradición ha sedimentado en las instituciones jurídicas no desaparecen por la sola promulgación de normas igualitarias.

Este libro reúne las aportaciones de once especialistas de reconocido prestigio –procedentes de la jurisdicción europea y nacional y de la investigación científica en distintas disciplinas jurídicas– que han aceptado el reto de examinar, desde sus respectivos ámbitos de competencia, el modo en que el Derecho vigente aborda la desigualdad entre mujeres y hombres: cuándo se integra como herramienta hermenéutica de transformación social, cuándo es soslayada perpetuando asimetrías de poder y cuándo su articulación técnico-jurídica resulta deficiente o conceptualmente imprecisa, frustrando la eficacia de la norma y neutralizando su potencial emancipador. La diversidad de enfoques y materias no obsta a la cohesión doctrinal del volumen: cada capítulo parte de la premisa de que la igualdad formal, presupuesto inalienable del constitucionalismo liberal, resulta insuficiente si carece de mecanismos orientados a revertir la discriminación estructural de las mujeres que el Derecho ha contribuido históricamente a reproducir. La expresión "brecha de género", tal como se usa en esta obra, designa la discriminación estructural que afecta a las mujeres en el acceso y el ejercicio de derechos, recursos y reconocimiento; algún capítulo aborda también cuestiones relativas a la identidad de género y la diversidad sexual en la medida en que se entrecruzan con ese objeto principal.

El momento de su publicación es especialmente adecuado. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, inició en España un ciclo normativo que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres –cumplirá en 2027 veinte años de vigencia–, desarrolló y consolidó, y que se ha retomado con renovado impulso con la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres. Son todas ellas leyes de desarrollo del artículo 9.2 de la

Constitución, y, además, según sus contenidos, de desarrollo de los artículos 15 y 14, sin dejar de encontrar fundamento en el artículo 10.1 de la Constitución. Ha actuado así el legislador de los derechos fundamentales, con lo que ello significa para la definición del contenido constitucionalmente relevante de los derechos a la igualdad y a la no discriminación y para las condiciones de su efectividad.

Algunas de dichas leyes traen origen de sucesivas directivas de igualdad de trato y antidiscriminatorias de la Unión Europea, y, en tal sentido, son leyes de incorporación de las europeas a nuestro ordenamiento. No han dejado de proclamar, sin embargo, su decisión de acogerse a la regla del mayor favor o de la protección más favorable y de afirmar la mayor ambición de su objeto respecto de la mera transposición de las directivas 2000/43 y 2000/78, de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y general de igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y (UE) 2022/2381, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas, para "colocar la garantía de la igualdad y la no discriminación en el lugar que le corresponde, situar a España entre los Estados de nuestro entorno que cuentan con las instituciones, instrumentos y técnicas jurídicas de igualdad de trato y no discriminación más eficaces y avanzados" (Ley 15/2022, II).

Y, sin embargo, pese a ese "importante *corpus* normativo de protección frente a la discriminación", los datos de brecha salarial, de brecha de pensiones, de segregación ocupacional y de distribución del trabajo de cuidados no registran una convergencia proporcional a esa densidad normativa. En el ámbito de los permisos de conciliación, la intervención del legislador español se ha caracterizado por su carácter sucesivo y fragmentario, mediante reformas parciales carentes de una sistemática coherente, lo que ha impedido no solo una transposición completa de la Directiva (UE) 2019/1158, sino también la articulación efectiva de un sistema capaz de operar como instrumento de distribución corresponsable del trabajo de cuidado. Esa distancia entre el mandato de transformación social de las citadas leyes españolas y europeas y la persistencia de la discriminación de las mujeres es el problema estructural que este libro afronta con solidez y sin complacencia.

1. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA IGUALDAD DE GÉNERO: DE DEFRENNE AL TJUE DE 2025

María Lourdes Arastey Sahún, Jueza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ofrece una panorámica de la construcción jurisprudencial del principio de igualdad de género en el Derecho de la Unión desde sus orígenes hasta

la jurisprudencia más reciente de 2025. La perspectiva es la del Tribunal que ha protagonizado esa construcción, lo que confiere al análisis una autoridad y un dominio técnico difícilmente alcanzables desde el exterior.

El punto de partida es paradójico: el Tratado de Roma de 1957 no contenía un principio general de igualdad entre mujeres y hombres. Su único precepto relevante –el artículo 119 TCEE– establecía la igualdad salarial no como objetivo de política social, sino como instrumento de nivelación competitiva entre Estados miembros. Fue precisamente esa estrechez normativa la que forzó al Tribunal de Justicia a asumir un papel creador que marcaría toda la evolución posterior. El asunto *Defrenne* –tres sentencias entre 1971 y 1978, originadas en la situación de una azafata belga cuyo contrato se extinguía automáticamente al cumplir cuarenta años– fue el punto de partida: el artículo 119 TCEE tenía efecto directo y horizontal frente a particulares, si bien limitado a los supuestos de discriminación directa; el principio de igualdad retributiva se extendió al trabajo de igual valor; la discriminación directa e indirecta fueron categorías operativas antes de que el legislador europeo las positivizase; y la igualdad entre mujeres y hombres pasó a formar parte de los fundamentos de la Comunidad. Tras el Tratado de Lisboa, el artículo 2 TUE consagró ese derecho como valor fundacional de la Unión, compartido por los Estados miembros, y la Carta de Derechos Fundamentales reforzó su protección en sus artículos 20, 21 y 23.

Sobre esa base jurisprudencial se construyó la segunda etapa, de desarrollo legislativo: una sucesión de directivas sobre empleo, seguridad social, maternidad y permiso parental que la autora recorre con exhaustividad. Especial atención merecen dos líneas jurisprudenciales de alcance directo sobre la brecha de género. La primera es la relativa al despido de la trabajadora embarazada –discriminación directa desde *Dekker* (1990), extendida a la lactancia en *Otero Ramos* (2017) y a la fecundación in vitro en *Mayr* (2008)–. La segunda, de mayor impacto sobre la brecha estructural, declara como discriminación indirecta el trato menos favorable de los contratos a tiempo parcial –con la histórica sentencia *Bilka* de 1986 como referencia–, doctrina que ha evolucionado hasta la sentencia *KfH* (2024), donde el Tribunal precisa que la discriminación indirecta tiene una perspectiva cualitativa y no requiere que el grupo favorecido tenga un número considerablemente superior de hombres.

El episodio más revelador sobre la dificultad de corregir la brecha a través del Derecho de la Unión es el de la saga del complemento de pensión español. Desde la sentencia *INSS c. W* (2019), que declaró discriminatorio

el complemento de maternidad por reconocerse solo a las mujeres, hasta las sentencias *Melbán y Sergamo* (mayo de 2025), que declaran igualmente contrario al Derecho de la Unión el complemento reformado por exigir a los hombres requisitos adicionales, el legislador español ha reformado tres veces la misma medida, a golpe de jurisprudencia, sin lograr un complemento que simultáneamente corrija la brecha de pensiones y supere el control del Tribunal. La autora identifica el nudo con precisión: el artículo 157.4 TFUE solo autoriza medidas de acción positiva que ayuden a las mujeres en su carrera profesional, no que les otorguen ventajas en el momento del reconocimiento de la pensión sin conexión con esas desventajas previas.

La parte más innovadora del capítulo documenta la expansión de la igualdad de género más allá del Derecho social: el reconocimiento de las mujeres como grupo social perseguido en materia de asilo –asuntos *WS* (2024) y *Mujeres afganas* (2024)–; la obligación de rectificar datos registrales sin exigir cirugía de reasignación (*Deldits*, 2025); y la declaración de que la recogida obligatoria del dato de género binario en formularios de contratación puede generar riesgos de discriminación (*Mousse*, 2025). Sobre la discriminación interseccional, el Tribunal no la ha abordado de forma directa y explícita; el Derecho derivado solo ha comenzado a incorporarla con la Directiva de transparencia retributiva (2023/970) y la Directiva sobre violencia contra las mujeres (2024/1385). La conclusión conecta directamente con el objeto del libro: la numerosa jurisprudencia recorrida no es señal de éxito sino de fracaso. En proporción a las situaciones reales de infracción, la litigiosidad es escasa –las víctimas de discriminación rara vez denuncian y ejercen la acción judicial–, de modo que las sentencias del Tribunal son, en palabras de la autora, la "punta de un iceberg" cuya masa sumergida son las brechas salariales, de pensiones y de representación que los datos estadísticos siguen registrando sin que el Derecho, por sí solo, haya conseguido eliminar.

2. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL: ¿ES FEMINISTA LA CONSTITUCIÓN DE 1978?

Fernando Rey Martínez, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, aborda una pregunta que parece sencilla y no lo es: ¿es feminista la Constitución de 1978? La respuesta es afirmativa, pero construida con un análisis depurado que evita tanto la complacencia como el reduccionismo. La Constitución es feminista en el sentido más exigente del término –igualdad real y efectiva

de derechos entre mujeres y hombres– y lo es por primera vez en la historia constitucional española. Pero ese reconocimiento formal llegó cuando los cambios culturales y económicos que harían posible la igualdad real apenas comenzaban, lo que explica que cuatro décadas y media después el texto constitucional siga siendo un programa en ejecución más que un objetivo cumplido.

El núcleo del capítulo es el análisis sistemático de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 14 CE, organizado en tres ámbitos. En discriminaciones directas, la jurisprudencia ha sido netamente garantista: protección de la trabajadora embarazada extendida desde el despido hasta el período de prueba, la no renovación del contrato y los salarios de tramitación; reconocimiento del acoso sexual como discriminación (STC 224/1999); incorporación de la discriminación por asociación o refleja (STC 71/2020); y fundamentación del derecho al aborto en la dignidad y la autonomía personal en conexión con el artículo 14 CE. No faltan, sin embargo, decisiones opinables: la validez de la preferencia del varón en los títulos nobiliarios –revisada más tarde por el legislador– o los casos de violencia obstétrica en los que el Tribunal no apreció lesión de los derechos a la libertad y a la intimidad de la gestante, en sentencias que los votos discrepantes cuestionaron desde la perspectiva de la autonomía corporal y el consentimiento informado.

En discriminaciones indirectas, el capítulo aporta una de sus reflexiones más originales al reencuadrar las cuotas electorales de género. Rey Martínez argumenta que no son ni una discriminación positiva ni, en rigor, una acción positiva en sentido técnico, sino el remedio frente a una discriminación indirecta estructural e institucional: el fallo colectivo de los partidos políticos para seleccionar candidatas, sostenido por estereotipos que expulsan a las mujeres de los espacios públicos de decisión. Esta reconducción transforma lo que habitualmente se presenta como una opción de política legislativa en una obligación constitucional. El análisis de las pensiones de las personas trabajadoras a tiempo parcial –cuyo régimen de cálculo el Tribunal declaró inconstitucional por discriminación indirecta en la STC 88/2019– y el de los permisos parentales –donde el autor hace suya la posición de la magistrada Balaguer en las sentencias que desestimaron las reclamaciones de padres trabajadores que exigían la equiparación con el permiso de maternidad (SSTC 111/2018 y siguientes)– completan una visión de la discriminación indirecta como fenómeno sistémico cuya corrección no es una opción del legislador sino una obligación constitucional.

Sobre acciones positivas, el autor propone una distinción que considera decisiva: en Europa, a diferencia de Estados Unidos, la igualdad de oportunidades

no es una excepción a la igualdad de trato sino su complemento necesario, derivado del Estado social. La importación acrítica del modelo norteamericano por las directivas europeas antidiscriminatorias del año 2000 introdujo una confusión cuyos efectos se hacen sentir en la jurisprudencia ordinaria, donde se cataloga como discriminación positiva lo que es acción positiva, imponiendo un estándar de validez más restrictivo que el constitucionalmente exigible. La reflexión final no formula una propuesta de reforma sino una advertencia de método: la perspectiva de género en la interpretación constitucional no es un principio automático ni unidireccional. Rey Martínez ilustra la tensión con dos series de casos opuestos –sentencias ciegas a la discriminación estructural y la STC 54/2025 donde la perspectiva de género desplazó garantías procesales fundamentales– y defiende un término medio exigente: una perspectiva que tome en serio la desigualdad estructural pero que no renuncie a ponderar con los demás derechos en juego. En esa tensión, irresoluble en abstracto y solo resoluble caso a caso, reside la dificultad y la responsabilidad de aplicar la Constitución con enfoque de género.

3. LA ACCIÓN POSITIVA: DEL MARCO LIBERAL AL DERECHO ANTISUBORDISCRIMINATORIO

Maggy Barrère Unzueta, Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad del País Vasco, afronta uno de los debates más persistentes y peor resueltos del Derecho antidiscriminatorio contemporáneo: el de la acción positiva. Su punto de partida es una constatación que el análisis jurídico suele eludir: la acción positiva no es un concepto técnico neutro, sino un concepto político en disputa, cuya configuración actual en el ordenamiento europeo y español refleja la victoria de una determinada manera de entender la discriminación –individualista, formalista, anclada en la igualdad de trato– frente a otra que la entiende como fenómeno estructural y sistémico, inscrito en relaciones de poder que el Derecho produce y reproduce.

La autora demuestra que el Derecho de la Unión Europea ha operado una reducción conceptual que denomina "sinécdoque": ha tomado la parte –las medidas diferenciadoras de trato, sometidas a la lógica meritocrática y a la prueba de la igualdad de méritos– por el todo de la acción positiva, que en su origen designaba cualquier política de intervención activa contra la discriminación estructural. El recorrido por la jurisprudencia del TJUE –desde *Kalanke* (1995) hasta *Christensen* (2005), pasando por *Marschall*, *Badeck* y *Abrahamsson*– revela una paradoja que la doctrina no ha subrayado con suficiente contundencia: el Tratado de

Ámsterdam redefinió la acción positiva como garantía de la igualdad plena entre mujeres y hombres, abandonando su caracterización como excepción al principio de igualdad de trato, pero el Tribunal de Justicia no extrajo ninguna consecuencia práctica de ese cambio normativo. La crítica al Tribunal Constitucional español es igualmente precisa: su Auto 119/2018 ignora el artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, sigue fundando las acciones positivas en la excepcionalidad que el TJUE había abandonado desde *Badeck*, y utiliza sin advertencia crítica el término "discriminación inversa", cuya carga tendenciosa el trabajo desmonta.

Frente a este diagnóstico, la aportación propositiva construye un marco jurídico alternativo que la autora comprende bajo la calificación "Derecho antisubordiscriminatorio": un Derecho que concibe la discriminación no como ruptura puntual de la igualdad de trato individual, sino como un continuo de tratos significados en sistemas de poder que "subordiscriminan" a las mujeres de forma estructural y sistémica. El instrumental normativo que hace posible dar ese paso se encuentra en la Ley 15/2022, que ha introducido la "discriminación por inacción" como categoría autónoma: si los poderes públicos omiten actuar frente a la discriminación estructural, esa omisión es ella misma discriminatoria. Ello exige repensar la relación entre los artículos 14 y 9.2 de la Constitución: no como complementariedad –en la que el segundo añade un mandato de igualdad material al primero–, sino como dependencia –en la que la efectividad de la prohibición de discriminación del artículo 14 requiere el cumplimiento del deber de igualdad real del artículo 9.2–. Sin duda, una cuestión absolutamente central en la interpretación de la Constitución.

Dos advertencias cierran el capítulo. La primera: que la Ley Orgánica 2/2024 de representación paritaria, pese a ser en sí misma un ejemplo de acción positiva en sentido amplio –que desborda con mucho el ámbito laboral–, justifica conceptualmente sus medidas apelando al artículo 157.4 del TFUE, cuyo alcance se limita a la vida profesional, quedando así atrapada la ley en el lenguaje liberal que el propio texto legal pretende superar. La segunda, quizá la más decepcionante: que ni la Ley 15/2022, ni la LO 2/2024, abordan la acción positiva interseccional. Mientras el sujeto beneficiario de las políticas de igualdad siga siendo implícitamente la mujer blanca, de clase media, sin discapacidad y heterosexual, la legitimidad de esas políticas estará minada desde dentro, no solo desde la oposición conservadora. Esta advertencia es también una invitación al diálogo con el resto de los capítulos del volumen.

4. SESGOS DE GÉNERO EN EL DERECHO CIVIL: LOS ENEMIGOS SILENCIOSOS DE LA IGUALDAD

María Pilar Álvarez Olalla, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Rey Juan Carlos, ofrece una panorámica sistemática de los sesgos de género en el Derecho civil español, partiendo de una realidad incontestable que estructura su análisis: las discriminaciones explícitas han desaparecido del ordenamiento positivo tras la Constitución de 1978, pero los sesgos que "gobiernan nuestra vida" persisten de forma subliminal –en la aplicación judicial de normas aparentemente neutras, en la arquitectura misma de las instituciones civiles y, cada vez más, en los algoritmos que adoptan decisiones contractuales masivas–. Son, como señala expresivamente la autora, "los enemigos silenciosos de la igualdad": más difíciles de detectar que las discriminaciones directas y, precisamente por ello, más difíciles de erradicar.

El capítulo sitúa su punto de partida en la incapacidad jurídica de la mujer casada que el Código Civil arrastró desde 1889 hasta bien entrado el siglo XX, para mostrar que los sesgos actuales no son anomalías sino sedimentos de una tradición jurídica patriarcal que la Constitución interrumpió, pero no liquidó. Como residuo simbólico de ese pasado, la autora denuncia la pervivencia del estándar del "buen padre de familia" en diez preceptos del Código Civil –que el Ministerio de Justicia anunció en 2022 que estudiaría suprimir sin que la reforma haya llegado a producirse–, cuya perpetuación consolida la idea de que la conducta del varón es el referente de lo humano en el Derecho privado.

En Derecho de familia, el análisis recorre tres instituciones con evoluciones dispares. Sobre el régimen económico matrimonial, la autora defiende que la sociedad de gananciales, mantenida como régimen supletorio desde 1981, ha perdido su justificación original y perpetúa hoy una lógica de dependencia incompatible con la igualdad económica entre cónyuges. La compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes es objeto de un análisis jurisprudencial minucioso que conecta directamente con la brecha de género: la doctrina del Tribunal Supremo iniciada en 2014 –que exigía dedicación exclusiva al hogar como requisito– penalizaba a quienes habían conciliado trabajo remunerado y cuidados, y la evolución hacia las sentencias de 2023 y 2024, que reconducen la compensación a la regla de proporcionalidad, supone un avance en la valoración jurídica de quienes asumen el cuidado. La infravaloración del trabajo doméstico es uno de los mecanismos por los que la asunción del cuidado se traduce en pérdida patrimonial a largo plazo. La custodia compartida como régimen preferente es tratada con la ambivalencia que su título anticipa: un

régimen formalmente igualitario puede operar en perjuicio de la mujer cuando se impone sin corresponsabilidad previa real o cuando se utiliza como instrumento de presión en la negociación de la ruptura.

En Derecho de daños, el capítulo aborda la infraindemnización de las víctimas de violencia de género –documentada con la comparación entre indemnizaciones por inclusión indebida en registros de morosos y las otorgadas por violación en el ámbito conyugal– y valora positivamente la enumeración expresa de partidas indemnizables introducida por la Ley 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual, que incluye el daño al proyecto de vida y la pérdida de oportunidades laborales. Un último bloque aborda los sesgos de género en la contratación mediada por inteligencia artificial: los algoritmos de evaluación crediticia reproducen de forma automática las desigualdades acumuladas –el historial crediticio masculino es más dilatado que el femenino–, y la autora advierte que la Propuesta de Ley Ómnibus Digital en tramitación podría flexibilizar las garantías del Reglamento de IA de la UE, consolidando la discriminación algorítmica como una nueva forma de brecha invisible y de difícil impugnación.

5. EDUCACIÓN E IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES: DEL ACCESO IGUALITARIO A LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS CURRÍCULOS

José Antonio Tardío Pato, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Miguel Hernández de Elche, examina la garantía de la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito educativo en sus dos dimensiones: la educación como derecho, en el que debe asegurarse la igualdad de sexo, y la educación como instrumento para enseñar la necesidad de esa igualdad. El recorrido por el marco normativo multinivel es exhaustivo: desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y la CEDAW de 1979, pasando por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las recomendaciones del Consejo de Europa, hasta los Tratados de la Unión Europea y la legislación orgánica española. En todos esos textos, la igualdad de género en la educación opera en dos sentidos: garantizar el acceso igualitario y utilizar la educación como mecanismo de transformación cultural.

En la primera vertiente, el debate más relevante es el de la educación diferenciada por sexo frente a la coeducación. El autor documenta la evolución legislativa pendular según la mayoría parlamentaria de turno y el giro jurisprudencial del Tribunal Constitucional: las SSTC 31/2018 y 74/2018 validaban la

educación diferenciada como opción financiable; las SSTC 34/2023 y 89/2024 avalan la exclusión del régimen de concierto como opción constitucionalmente legítima, fundada en los artículos 1 y 9.2 CE. La posición actual es que los centros con separación de sexos son lícitos, pero quedan fuera de la financiación pública. El acoso escolar por razón de sexo y el acoso sexual docente son tratados con finura analítica que distingue ambas figuras –el primero implica menosprecio determinado por el sexo de la víctima sin componente libidinal; el segundo añade una solicitud de naturaleza sexual–, con recorrido por los tipos penales aplicables y la jurisprudencia relevante, incluida la SAP de Barcelona de 2023 sobre acoso sexual de un catedrático a una doctoranda. Una observación empírica del autor merece atención: el rastreo jurisprudencial no muestra casos relevantes de acoso escolar por razón de sexo *stricto sensu*, lo que sugiere que la brecha de protección real se desplaza hacia el ámbito de la orientación o identidad sexual.

En la segunda vertiente –la enseñanza de la igualdad en currículos y planes de estudio–, el autor analiza las SSTC 34/2023, 44/2023, 89/2024 y 92/2024, que han desestimado sistemáticamente los recursos que impugnaban la perspectiva de género en la normativa educativa como adoctrinamiento contrario a la libertad ideológica y al derecho de los padres del artículo 27.3 CE. La doctrina consolidada es que esa perspectiva es un canon metodológico orientado a garantizar la igualdad constitucional, no una ideología imponible, y que su presencia en los currículos no vulnera la neutralidad del Estado siempre que los contenidos se transmitan de forma objetiva, crítica y pluralista. En ese marco, la STC 34/2023 recoge el argumento del Gobierno de que la perspectiva de género en la educación tiene por objeto corregir, entre otras desigualdades, la brecha digital de género y la segregación en la elección de estudios científicos y tecnológicos –identificada como causa estructural de la desigualdad laboral posterior–, cuya corrección la LOE encomienda a las administraciones educativas como obligación derivada del artículo 9.2 CE.

6. TRABAJO, GÉNERO Y BRECHA: DISCRIMINACIÓN SISTÉMICA Y REMEDIOS INSUFICIENTES

José Fernando Lousada Arochena, Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y Profesor de la Universidad de A Coruña, construye su contribución sobre una arquitectura deliberada: primero el diagnóstico estructural de por qué la desigualdad laboral de las mujeres persiste pese a décadas de legislación de igualdad, después los instrumentos conceptuales

necesarios para combatirla y finalmente su aplicación a cada uno de los planos donde la brecha se manifiesta.

La tesis de fondo es que la división sexual del trabajo –que asigna a los hombres las tareas productivas de mayor valor social y a las mujeres las reproductivas y de cuidado– no es una consecuencia de la naturaleza sino un constructo sociocultural sostenido por estereotipos que el autor califica de "resilientes: versátiles, invisibles, mutables y adaptativos", capaces de renovarse con cada cambio en el modelo productivo antes de que las leyes de igualdad los contemplen. El sistema capitalista se ha servido de esa división para maximizar la producción, consolidando el modelo del *male breadwinner* como norma implícita del contrato de trabajo, ecuación que pervive en la economía digital a través de los sesgos algorítmicos, el teletrabajo impuesto como conciliación impropia y las violencias digitales de género.

La distinción entre leyes de igualdad clásicas y modernas es el segundo eje conceptual. Las primeras –construidas sobre la comparación con un modelo masculino– son condición necesaria pero no suficiente: exigen un tercero comparable que a menudo no existe, asimilan a la mujer a un patrón que no contempla la maternidad ni las particularidades de su salud, tratan cada discriminación como un episodio puntual cuando es sistémica, y son ciegas al género en la creencia de que el cambio legal traerá por sí solo el cambio social. Las leyes modernas responden con la transversalidad de la perspectiva de género: la obligación de integrar la igualdad en todas las normas jurídicas, tanto en su elaboración como en su aplicación e interpretación.

La brecha retributiva ocupa el centro del análisis jurídico-positivo. El autor la caracteriza como el paradigma de la discriminación sistémica: no obedece solo a discriminaciones en las retribuciones, sino que concentra y hace visible el efecto acumulado de todas las desigualdades previas de empleo, segregación ocupacional y condiciones de trabajo. El mero reconocimiento del principio de igual retribución por trabajo de igual valor –incluso al más alto nivel normativo– no ha bastado para erradicarla; ha hecho falta transitar a leyes proactivas de transparencia retributiva, cuyo exponente más avanzado es la Directiva (UE) 2023/970, cuya transposición, pendiente en España, el autor analiza con detalle técnico, identificando cinco mecanismos de transparencia, varios de ellos completamente inéditos en el Derecho interno. El análisis del *muro maternal* y de los derechos de conciliación conduce a una tesis precisa: los derechos de conciliación que no alteran el reparto doméstico perpetúan la asunción femenina de las responsabilidades familiares y acaban siendo causa

de la propia brecha que pretenden paliar. El capítulo concluye con la discriminación interseccional como el mayor desafío pendiente: las leyes construidas verticalmente para cada causa de discriminación no llegan a las mujeres en los márgenes –racializadas, con discapacidad, mayores, migrantes–, precisamente a quienes más necesitarían su protección.

7. RESPONSABILIDAD SOCIAL DE GÉNERO Y GOBIERNO CORPORATIVO: ENTRE LA VOLUNTARIEDAD INOPERANTE Y LA OBLIGACIÓN PENDIENTE

María José Senent Vidal, Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Jaume I, examina la intersección entre la Responsabilidad Social Empresarial y la igualdad de género, con particular atención a la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de representación y dirección de las empresas. La denominación Responsabilidad Social de Género –RSG–, que la autora construye y propone, designa la obligación de integrar la perspectiva de género de forma transversal en toda la actividad empresarial, no como acción aislada o cosmética sino como eje de la cultura organizacional. Su tesis central es inequívoca: fiar esa igualdad a la autorregulación voluntaria se ha revelado inoperante, como lo demuestra el incumplimiento masivo del plazo previsto en el artículo 75 de la LO 3/2007. Los datos de la CNMV (2024) cifran la presencia femenina en los consejos de las sociedades cotizadas en el 36,58 %, lejos del 40% exigido, y solo el 8,55% de las consejeras eran ejecutivas –con capacidad real de decisión–, mientras que en la alta dirección las mujeres representaban el 24,83%.

El análisis de la legislación imperativa se articula en tres planos: el artículo 75 de la LO 3/2007, cuyo incumplimiento puede sancionarse mediante la acción social de responsabilidad de los administradores o la impugnación de acuerdos; la LO 2/2024 de representación paritaria –avance cualitativo que no distingue entre consejeras ejecutivas y no ejecutivas, permite aplazar el cumplimiento mediante el "cumple o explica", no prevé la sanción de la "silla vacía" que autorizaba la Directiva 2022/2381, y excluye a las pymes–; y la Ley 35/2011 sobre titularidad compartida de explotaciones agrarias, valorada positivamente como instrumento de visibilización de las mujeres rurales pero con apenas 1.558 titularidades compartidas en todo el Estado quince años después de su promulgación, resultado de la insuficiente dotación de recursos y voluntad política. En materia de autorregulación y códigos de conducta, la autora documenta un proceso de difuminación: la recomendación concreta y mensurable del Código de Buen Gobierno de 2006

ha sido progresivamente diluida en una política genérica de "diversidad de conocimientos, experiencias, edad y género" que a nada compromete.

La brecha de género –salarial, de acceso a la dirección, de invisibilización del cuidado y de titularidad empresarial– es el punto de partida y el horizonte constante del análisis. Su conclusión es que ninguna de estas dimensiones podrá corregirse mientras el ordenamiento no establezca obligaciones imperativas con sanciones disuasorias para todo tipo de empresas, no solo para las grandes sociedades cotizadas. El capítulo advierte además sobre el riesgo de que la Propuesta Ómnibus I de la Comisión Europea desmantele, bajo presiones de competitividad y simplificación regulatoria, los avances en sostenibilidad social –incluida la igualdad de género– recién alcanzados.

8. IGUALDAD Y BRECHAS DE GÉNERO EN EL EMPLEO PÚBLICO: ACCESO, PROMOCIÓN Y REPRESENTACIÓN

Mª Consuelo Alonso García, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha, analiza las brechas de género en el empleo público español a partir de una tesis central que articula todo el capítulo: el empleo público debería ser el ámbito más avanzado en igualdad de género –dado que el Estado tiene la obligación constitucional de promoverla– y, sin embargo, acumula algunas de las manifestaciones más enquistadas de la desigualdad estructural.

La autora delimita las brechas con exactitud. La feminización del empleo público es un hecho –las mujeres son mayoría en la judicatura, la docencia, la sanidad y la administración general–, pero coexiste con una infrarrepresentación sistemática en los puestos de dirección: solo el 27,37% de las cátedras universitarias están ocupadas por mujeres; en la carrera judicial, las mujeres representan el 57,2% del total pero apenas el 21,1% de los magistrados del Tribunal Supremo y menos de un tercio de las presidencias de órganos colegiados. La especificidad del empleo público es la temporalidad como mecanismo de perpetuación de la brecha: de los 1.047.700 empleados públicos en situación de temporalidad en marzo de 2024, el 66% eran mujeres, atrapadas en un bucle en el que las responsabilidades de cuidado impiden preparar oposiciones en condiciones y superar procesos de consolidación, lo que genera brechas salariales y de pensiones que se arrastran de por vida. La supresión de criterios aparentemente neutros –la altura mínima igual para todos los aspirantes, las pruebas físicas idénticas– ha requerido intervención judicial y ha tardado décadas en producirse, lo que ilustra hasta

qué punto los sesgos estructurales se incrustan en los procedimientos selectivos, aunque nadie los haya diseñado deliberadamente.

El análisis más extenso y original del capítulo es el que dedica al complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género, cuya historia legislativa y jurisprudencial –declarado discriminatorio por segunda vez por el TJUE en las sentencias de mayo de 2025– la autora recorre calificándola, con razón, de "largo calvario", análisis que se enlaza con el que M.L. Arastey realiza desde la perspectiva del Derecho de la Unión y con el que Pérez del Prado aborda desde el Derecho de la Seguridad Social: tres miradas convergentes sobre el mismo fracaso normativo. El capítulo concluye con dos advertencias de alcance creciente: la primera, sobre los sesgos algorítmicos en decisiones administrativas –los sistemas VioGén y BOSCO como casos documentados de discriminación automatizada que afecta de forma desproporcionada a las mujeres–; la segunda, sobre el vínculo entre solidez institucional e igualdad de género que el Informe del Instituto Europeo de la Igualdad de 2025 acredita: los países con marcos institucionales más sólidos obtienen sistemáticamente mejores resultados en el índice de igualdad, una advertencia pertinente en un contexto de presiones desreguladoras.

9. SALUD, GÉNERO Y AUTONOMÍA CORPORAL: EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES

La "corporeidad socio-sexual" de las mujeres –el reconocimiento del cuerpo femenino no como objeto de tutela biomédica sino como territorio de derechos y autonomía política– vertebra la contribución de María Concepción Torres Díaz, Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante, sobre salud, género y derechos sexuales y reproductivos. La perspectiva sexo-género que la autora adopta no es una opción interpretativa sino una exigencia metodológica derivada del principio de igualdad material: las decisiones administrativas y resoluciones judiciales que omiten esa metodología producen efectos discriminatorios sobre las mujeres, aunque no lo pretendan.

El punto de partida es preciso: una sentencia de enero de 2026 del Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Barcelona declara nula una prueba biomecánica en un accidente de tráfico porque los maniquíes de choque –diseñados sobre morfología masculina– no representan adecuadamente la anatomía femenina, y concluye que

valorar el daño corporal de una mujer con parámetros diseñados para el varón constituye discriminación indirecta por razón de sexo. La resolución no es una anécdota procesal: es la formulación más reciente de un sesgo androcéntrico estructural que afecta a los estándares científicos, técnicos y jurídicos proyectados sobre el cuerpo de las mujeres, y que el capítulo rastrea en múltiples planos del ordenamiento.

El núcleo del análisis es la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, descrita como un giro normativo en el reconocimiento de la corporeidad socio-sexual: conceptualización de los derechos sexuales y reproductivos como derechos fundamentales; consagración de la autonomía corporal y el consentimiento informado como principios rectores; reconocimiento jurídico de la salud menstrual –con la baja laboral por menstruación incapacitante y el acceso gratuito a productos de gestión menstrual–; y tipificación de las violencias reproductivas como formas de discriminación sexista. El recorrido jurisprudencial abarca las SSTC 44/2023, 78/2023, 75/2024 y 92/2024, que consolidan la perspectiva de género como canon hermenéutico transversal derivado del artículo 9.2 CE. La autora advierte que el Tribunal habla de "libertad razonable" y no de "libertad garantizada" –expresión que sí utilizó Francia al incorporar la interrupción voluntaria del embarazo en su Constitución en 2024–, distinción que revela los límites del blindaje jurisprudencial frente a posibles regresiones normativas.

Dos nudos críticos cierran el capítulo: la propuesta de reforma del artículo 43 CE –cuya ubicación en el Capítulo III del Título I podría degradar la garantía a principio rector regulable por ley ordinaria, con riesgo real de regresión–, y la negativa de algunas comunidades autónomas a crear los registros de personal objetor previstos en la LO 1/2023, que la autora considera constitucionalmente infundada: la objeción es un derecho individual, no institucional, y el registro es un instrumento organizativo necesario para que la Administración garantice la prestación; su ausencia genera barreras de acceso e inseguridad jurídica que menoscaban la autonomía corporal de las mujeres y vulneran el principio de igualdad territorial. Sin referencias estadísticas a la brecha, la aportación de este capítulo al objeto del libro opera en un plano previo e indispensable: el reconocimiento de la corporeidad socio-sexual es la condición de posibilidad de que las políticas de igualdad no sean ciegas a la realidad biológica y social de quienes son sus destinatarias.

10. SEGURIDAD SOCIAL Y BRECHA DE GÉNERO: DE LA DESIGUALDAD EN EL EMPLEO A LA DESIGUALDAD EN LAS PRESTACIONES

El estudio de Daniel Pérez del Prado, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid, demuestra que la brecha de género no termina en el mercado de trabajo, sino que la prolonga y amplifica en el sistema de protección social. En un sistema contributivo como el español, las brechas en el empleo se convierten, con retraso y con interés acumulado, en brechas de prestaciones.

El diagnóstico estadístico es el más preciso y actualizado del volumen. Con datos del INE (EPA cuarto trimestre 2025, EAES 2023), del INSS y de Eurostat, el autor documenta: brecha salarial del 15,74%, que se mantiene en el 13,2% midiendo por hora trabajada, lo que descarta la jornada parcial como factor explicativo único; tasa de actividad femenina 10,35 puntos inferior a la masculina, con acentuación a partir de los treinta años por la asunción de cuidados; maternidad que contrae la tasa de empleo femenina del 78,1% al 71,5%, mientras la paternidad la eleva hasta el 88%; y 72,8% del trabajo a tiempo parcial femenino, con una involuntariedad del 48,5% y motivaciones de cuidado que los hombres prácticamente no declaran. Estas fracturas se traducen en una brecha de pensiones del 27,3% en España para 2025, por encima de la media de la UE-27, con el 60% de las pensionistas percibiendo importes inferiores al SMI. La señal de alarma más preocupante que el autor identifica es la consolidación de un modelo dual: un subsistema contributivo robusto de predominio masculino y un subsistema asistencial feminizado, con menores cuantías y menores expectativas de reincorporación laboral.

El autor examina las medidas correctoras articuladas por el ordenamiento y acota sus límites reales: la equiparación de la cotización a tiempo parcial con la de jornada completa (RDL 2/2023), que elimina los coeficientes declarados discriminatorios por el TJUE en *Villar Láiz* (C-161/18) y por el Tribunal Constitucional en la STC 91/2019; el mecanismo de cotizaciones ficticias por periodos de cuidado, con las limitaciones que el autor señala; y el complemento para la reducción de la brecha de género, declarado discriminatorio por segunda vez por el TJUE en mayo de 2025 –en análisis que converge con el de M. L. Arastey y M. C. Alonso–. La reforma que el profesor Pérez del Prado defiende como constitucionalmente sostenible combina la neutralidad de acceso –asignar el complemento al progenitor con pensión menor– con su extensión a pensiones

ya causadas y a modalidades no contributivas, aunque advierte que la tensión entre el mandato de igualdad formal del TJUE y el objetivo de reducir la brecha de género seguirá siendo el nudo irresuelto de cualquier reforma futura.

11. LA PREVENCIÓN PENAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: DIAGNÓSTICO, CRÍTICA Y PROPUESTA DE REFORMA

Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, efectúa un análisis que anuncia su objeto con nitidez: describir qué ha hecho el ordenamiento penal español para combatir la violencia de género y evaluar si la estrategia ha sido correcta. El resultado combina dogmática penal rigurosa con posiciones propias inequívocas sobre dos cuestiones que el autor considera mal resueltas: la definición jurídico-penal de la violencia de género y la interpretación de los tipos penales específicos por parte del Tribunal Supremo.

Su propuesta definitoria es exigente: a efectos penales, violencia de género es la comisión de delitos que tienen como víctima a una mujer y cuya motivación radica en la reacción frente a su desajuste a un estereotipo de subordinación femenina, o en la prevención de ese desajuste. Es violencia de dominación –reactiva o preventiva– que no se identifica con toda violencia contra la mujer ni con los delitos de odio. La definición del Convenio de Estambul –violencia que afecta a las mujeres "de manera desproporcionada"– le parece inadecuada a efectos de normación penal porque el sexo mayoritario de las víctimas no configura por sí solo un mayor desvalor de la conducta ni justifica una agravación. El recorrido sistemático por el Código Penal identifica cinco delitos específicos de género, la agravante genérica del artículo 22.4ª CP y el delito de captación terrorista, detectando en varios de ellos una probable confusión del legislador entre discriminación de género y violencia de género en sentido estricto.

El juicio sobre las SSTC 59/2008 y siguientes es matizado: el Tribunal acertó en elegir el canon genérico de igualdad –la diferenciación opera en sentido inverso al históricamente opresivo– pero erró en el fallo, que debería haber sido interpretativo exigiendo el elemento de dominación. La STS 677/2018 merece crítica más dura: al declarar que la aplicación del tipo agravado no requiere acreditar ese elemento, aplica una sanción agravada a supuestos que carecen del desvalor añadido que la legitima, creando una suprainclusividad que el autor considera probablemente contraria al principio de igualdad. La propuesta final

es nítida: derogar los tipos específicos y sustituirlos por una única circunstancia agravante general que capture la lesividad de género en todos los delitos donde concurra –incluidos los patrimoniales–, con el siguiente enunciado: "Cometer el delito por razones de género. Concurren tales razones cuando la víctima sea una mujer y el delito pretenda situarla o mantenerla en el ámbito privado o en el ámbito público en un rol subordinado respecto al varón". La violencia de género es el mecanismo más extremo de imposición del rol subordinado que genera y perpetúa la desigualdad estructural entre mujeres y hombres; el Derecho penal es el último recurso del ordenamiento para su prevención, y su eficacia depende de que los tipos penales describan con precisión lo que quieren prevenir.

El duodécimo y último capítulo cierra el libro con una reflexión constitucional sobre la brecha de género, integrando la evidencia empírica sobre sus causas estructurales con el análisis de los instrumentos del Derecho antidiscriminatorio dirigidos a combatirla. Parte de la convicción de que ni el mercado ni la evolución espontánea de la sociedad pueden corregir por sí solos la brecha de género y de que tanto la Constitución como el Derecho de la Unión Europea imponen a los poderes públicos obligaciones positivas dirigidas a hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres y a combatir las discriminaciones que obstaculizan su realización. Conviene recordar, además, que la Unión Europea es mucho más que un mercado: es una comunidad de Derecho dotada de un marco constitucional propio, integrado por los valores del artículo 2 TUE, los principios generales del Derecho de la Unión, la Carta de los Derechos Fundamentales y los Tratados. Bajo este prisma, el estudio final dialoga con los datos y construcciones de referencia que aportan los magníficos análisis que vertebran este volumen y analiza las consecuencias que la evidencia empírica sobre la brecha de género plantea para la efectividad de los mandatos constitucionales de no discriminación e igualdad efectiva.La estructura del libro responde a una elección editorial consciente: avanzar desde los marcos más generales –el Derecho de la Unión Europea, el fundamento constitucional y los instrumentos teóricos de la acción positiva– hacia los ámbitos de aplicación más específicos, sin perder en ningún momento la perspectiva de conjunto. Los capítulos son autónomos y pueden leerse de manera independiente, pero juntos conforman un mapa intelectual coherente de los principales desafíos que el Derecho de género afronta en el momento presente.

La estructura del libro responde a una elección editorial consciente: avanzar desde los marcos más generales –el Derecho de la Unión Europea, el fundamento constitucional y los instrumentos teóricos de la acción positiva– hacia los ámbitos

de aplicación más específicos, sin perder en ningún momento la perspectiva de conjunto. Sus capítulos son autónomos y pueden leerse de manera independiente, pero juntos conforman un mapa intelectual coherente de los principales desafíos que el Derecho de género afronta en el momento presente.

Varios hilos conductores atraviesan la obra en su totalidad. El primero es la brecha entre norma y realidad: el ordenamiento jurídico español y europeo ha acumulado un cuerpo normativo antidiscriminatorio de considerable densidad, pero los datos acreditan que esa densidad no se ha traducido en paridad real. El segundo hilo, que varios capítulos recogen desde ángulos distintos, es que la brecha retributiva constituye la expresión más precisa y acumulada de la desigualdad sistémica –concentra en el salario el efecto de todas las desigualdades previas de empleo, segregación y condiciones de trabajo–, mientras que la penalización por maternidad y la economía y el trabajo del cuidado operan como los mecanismos que más decisivamente determinan la trayectoria laboral desigual de mujeres y hombres a lo largo del ciclo vital. El tercero es la emergencia de nuevas formas de discriminación –algorítmica, interseccional, procesal– que los marcos conceptuales clásicos del Derecho antidiscriminatorio no están equipados para detectar ni corregir, y que exigen una renovación dogmática que este volumen contribuye a impulsar.

En fin, los estudios de este libro acreditan que el análisis jurídico de la brecha de género admite el más alto nivel de exigencia técnica sin sacrificar la capacidad crítica de sus autoras y autores, condición indispensable para que este volumen aspire a convertirse en una referencia científica en el ámbito del Derecho y el género.

Su propósito no es clausurar debates abiertos, sino ofrecer herramientas conceptuales, normativas y jurisprudenciales que permitan abordarlos esos interrogantes con mayor rigor y plena conciencia de lo que está en juego cuando el Derecho decide –o deja de decidir– sobre la igualdad de mujeres y hombres.

Capítulo 1
DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y GÉNERO
Apuntes sobre la óptica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

María Lourdes Arastey Sahún
Juez del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Magistrada del Tribunal Supremo (Sala Social/IVª), en servicios especiales

1. INTRODUCCIÓN

Para comprender la evolución experimentada en relación con la protección frente a la discriminación de las mujeres en el Derecho de la Unión Europea, debemos retrotraernos a los inicios del proyecto europeo, al Tratado de Roma (1957). Paradójicamente, en ese texto no aparecía, de forma expresa, un marco jurídico general sobre la igualdad. No obstante, es en ese contexto de inexistencia de reconocimiento explícito donde cabe encontrar el origen del papel crucial que ha jugado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (a partir de 2009, TJUE; con anterioridad TJCE) en la conformación del sistema legal sobre igualdad de mujeres y hombres, hasta llegar a la consagración de la protección actualmente plasmada en los Tratados y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[1] (la Carta) y en la concreción y desarrollo producidos a través del derecho derivado

En efecto, el Tratado de Roma (TCEE) contenía una única disposición relativa a la igualdad. Su artículo 119 enunciaba el principio de igualdad salarial. No solo era la única y limitadísima regla que abordaba la igualdad entre mujeres y hombres, sino que, además, era una disposición que no perseguía un objetivo de política social en sí mismo. Su razón de ser cabía encontrarla en la contribución a la finalidad económica a la que el Tratado se dirigía, sirviendo de mero

[1] De 7 de diciembre de 2000, adaptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007.

instrumento a tal fin. El Tratado no buscaba la prohibición de discriminación con carácter general, ni configuraba un derecho a la igualdad entre mujeres y hombres por sí mismo.

Esa regla sobre la igualdad salarial dio lugar a una sentencia que sería clave para que el TJCE arrancara su labor de integración en materia de derechos sociales. En la sentencia Defrenne II, (8 de abril 1976, 43/75, ECLI:EU:C:1976:56) se analizó el alcance del citado artículo 119 TCEE –posteriormente artículo 141 TCE y que hoy se corresponde con el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)–, para declarar que dicho precepto era aplicable no solo en relación con los actos de las autoridades públicas, sino también a los acuerdos que pretenden reglar colectivamente el trabajo retribuido, así como a los contratos entre particulares. Tal afirmación se producía pese a que el texto del precepto estaba dirigido a los Estados miembros y podría entenderse que iba dirigido únicamente a ellos.

El TJCE sostuvo que el principio de la igualdad de retribución del artículo 119 TCEE puede ser invocado ante los órganos jurisdiccionales nacionales y que estos tienen el deber de garantizar la protección de los derechos que tal precepto confiere a los justiciables, en particular en el caso de discriminaciones cuya causa directa sean disposiciones legislativas o convenios colectivos de trabajo, así como en el supuesto de retribución desigual de trabajadores femeninos y masculinos para un mismo trabajo, cuando este último se realice en un mismo establecimiento o servicio, privado o público.

Partiendo de que, en efecto, el artículo 119 TCEE tenía por finalidad evitar las desventajas concurrenciales entre empresas situadas en distintos Estados miembros en que existían diferencias niveles salariales para las mujeres, el TJCE añadió que también debía considerarse un elemento de los objetivos sociales de la Comunidad en la medida en que esta perseguía el progreso social y la mejora de las condiciones de vida y de empleo. Esa doble finalidad, económica y social, hace que se declare que el principio de igualdad de retribución forma parte de los fundamentos de la Comunidad.

Ciertamente, aquella limitadísima disposición del Tratado de Roma sirvió de detonante para que, gracias al empuje del TJUE, el legislador de la Unión interviniera. Conviene, pues, recordar cómo la bola de nieve empezó a formarse y a rodar.

2. DEFRENNE: PRIMEROS PASOS HACIA LA IGUALDAD

Pese a que el Reino de Bélgica era uno de los Estados fundadores de la Comunidad Económica Europea, su compañía aérea de bandera (SABENA) regía sus relaciones laborales con el personal de cabina de tal suerte que, al tratarse de mujeres, el contrato de trabajo se extinguía por el matrimonio, la situación de embarazo o al alcanzar los 40 años de edad. En paralelo la legislación en materia de seguridad social exigía un mínimo de 23 años de carencia para tener derecho a pensión de jubilación.

En febrero de 1968, la azafata Gabrielle Defrenne cumplió 40 años y, consecuentemente, vio extinguido su contrato de trabajo. Fue la imposibilidad de acceder a la pensión de jubilación lo que motivó la primera demanda de la Sra. Defrenne, dirigida contra el Ministerio de Previsión Social belga, sobre la base de una discriminación por razón de sexo. La jurisdicción nacional competente planteó cuestión prejudicial, dando lugar al asunto Defrenne I (sentencia de 25 de mayo de 1971, 80/70, ECLI:EU:C:1971:55), en el que el Tribunal se vio obligado a poner de relieve los limitados contornos del articulo 119 TCEE, que no incluía el sistema de pensiones de Seguridad Social, lo que llevaba a declarar que el litigio quedaba fuera del Derecho de las Comunidades.

Pese a ello, el asunto sirvió para evidenciar la carencia normativa que se repararía años después, cuando el legislador aprobó la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (hoy aún en vigor).

Como se ha visto, la Sra. Defrenne no se rindió en su lucha por la igualdad e impugnó también su indemnización en el momento del cese, calculada sobre un salario que difería del de los trabajadores masculinos que efectuaban el mismo trabajo. El Tribunal de Trabajo de Bruselas planteó la cuestión prejudicial que dio origen al caso Defrenne II. El Tribunal de Justicia elaboró en su sentencia nociones básicas que habría de dar lugar, con posterioridad, a un enorme desarrollo normativo.

En primer lugar, aparece en la doctrina jurisprudencial la configuración de las formas de discriminación. La discriminación directa (o abierta) será definida como la que se identifica sobre la base de los criterios de identidad de trabajo e igualdad de retribución a los que se refería el artículo 119 TCEE. La discriminación indirecta (o encubierta) existe en aquellos casos en que pueda ser identificada en base a reglas comunitarias o nacionales más explícitas.

Conviene poner de relieve que las definiciones de las formas de discriminación no se llevarán a una plasmación positivizada en el Derecho de la Unión hasta el año 2000, a través de las Directivas 2000/43[2] y 2000/78[3], a las que seguirá la Directiva 2006/56/CE[4], 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). No obstante, lo cierto es que el Tribunal de Justicia comenzó a usar de forma constante y firme la calificación de la discriminación antes de que las definiciones fueran incorporadas de forma expresa en los textos normativos, para afirmar que el despido de la trabajadora embarazada constituye una discriminación directa basada en el sexo contraria al artículo 5.1 de la Directiva 76/207[5], pese a que dicho precepto no incorporaba una definición de la discriminación directa. Así puede observarse, por ejemplo, en las sentencias de 8 de noviembre de 1990 dictadas en los asuntos Dekker (C-177/88, ECLI:EU:C:1990:383, ap. 12) y Handel- og Kontorfunktionaerernes Forbund (C-179/88, ECLI:EU:C:1990:384, ap. 13), 5 de mayo de 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, ECLI:EU:C:1994:187, ap. 15) o 14 de julio de 1994, Webb (C-32/93, ECLI:EU:C:1994:300, ap. 19).

Precisamente, esta jurisprudencia se halla en la base de la justificación de la Directiva 2006/54, expresada en su Considerando 23, para incluir el embarazo en la configuración de la noción de discriminación [art. 1.2 c)].

Más tarde, vigente ya la Directiva 2006/54, el Tribunal de Justicia declarará que, puesto que la condición de mujer en período de lactancia está estrechamente

---

2 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.

3 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.

4 Directiva 2006/56/CE, 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).
Véase 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.

5 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.
Hoy derogada tras la refundición en la Directiva 2006/54 (véase nota anterior).

ligada a la maternidad, la trabajadora en período de lactancia debe tener la misma protección que la trabajadora embarazada o que ha dado a luz. En consecuencia, el trato menos favorable a una trabajadora debido a su condición de mujer en período de lactancia constituye una discriminación directa por razón de sexo (sentencia de 19 de octubre de 2017, Otero Ramos, C-531/15, ECLI:EU:C:2017:789, ap. 59 y 60).

En segundo lugar, Defrenne II sirvió para perfilar la extensión del principio de igualdad en relación con el trabajo que, no siendo igual, puede tener el mismo valor. De este modo se incorporó al Derecho de la Comunidad el criterio que se plasmaba en el Convenio núm. 100 OIT (1951), relativo a la igualdad de remuneración, en cuyo artículo 2 se consagra la igualdad de retribución de los trabajos de igual valor.

Cabe decir que esta noción había sido incluida ya en la Directiva 75/117[6], cuyo plazo de transposición había expirado en la fecha en que se dicta la sentencia de Defrenne II. Sin embargo, los hechos eran anteriores y, por ello, el Tribunal de Justicia no duda en acudir a la incorporación de dicha noción en la interpretación del propio precepto del Tratado.

Finalmente, como se ha apuntado, el Tribunal de Justicia declaró que la regla de Derecho Primario que consagra la igualad retributiva es de efecto directo, creando derechos para los particulares que los tribunales nacionales deben salvaguardar (véase, como recordatorio, la sentencia de 28 de septiembre de 1994, van den Akker, ECLI:EU:C:1994:351, C-28/93). Más recientemente, el Tribunal de Justicia recuerda que tal efecto directo, que ahora cabe predicar del artículo 157 TFUE, no se limita a las situaciones en las que los trabajadores de distinto sexo comparados efectúan un mismo trabajo, sino que abarca a todos los supuestos de trabajo de igual valor (sentencia de 3 de junio de 2021, Tesco Stores, ECLI:EU:C:2021:429, C-624/19, ap. 29).

El punto de partida del asunto Defrenne II servirá mucho después para construir la doctrina sobre el tratamiento especial y privilegiado de la igualdad de trato y el derecho a la no discriminación, tanto antes como después

---

6 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 (igualmente, derogada con la refundición de la Directiva 2006/54).

de la incorporación de la Carta al Derecho primario. Siguiendo esa estela de la igualdad retributiva, los artículos 20 y 21 de la Carta se interpretan en el sentido de que imponen a los jueces nacionales la obligación de otorgar la protección a los particulares y garantizar la plena efectividad de los derechos allí reconocidos, dejando inaplicable, si es necesario, cualquier regla nacional contraria. Que las directivas contengan el marco delimitador de la protección antidiscriminatoria en materia de empleo no implica que sean ellas las que hayan creado tales derechos. De ahí que en el asunto Kücükdeveci (sentencia de 19 de enero de 2010, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21) el Tribunal de Justicia acabe alcanzando la conclusión de que el principio reconocido por el artículo 21.1 de la Carta es suficiente por sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal. Esta configuración de derecho fundamental privilegiado permite la protección frente a todos, sin necesitar de una plasmación concreta en la legislación nacional.

Volviendo, por última vez, a Gabrielle Defrenne, merece recordar que dicha trabajadora impugnó también la extinción de su contrato de trabajo sosteniendo que la cláusula de cese por el cumplimiento de la edad, incluida en los contratos de las azafatas no aparecía en los de los auxiliares de vuelos (denominación dada a los trabajadores masculinos con idénticas funciones). Lo cierto es que su demanda se adelantó a la evolución necesaria que acabaría produciéndose lentamente en el ordenamiento jurídico de la Unión. Como se ha mencionado el artículo 119 TCEE cubría solo la retribución y no las condiciones de empleo o de trabajo, las cuales solo habría de tener protección con la Directiva 76/207 ya citada. Por consiguiente, aun cuando el Tribunal recordó en su sentencia que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo constituye uno de los derechos humanos fundamentales, el asunto Defrenne III (sentencia de 15 de julio de 1978, 149/77, ECLI:EU:C:1978:130) correría la misma suerte que el asunto Defrenne I, al quedar fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

3. SEGUNDA ETAPA: DESARROLLO LEGISLATIVO

3.1. Legislación derivada en materia social

Partiendo de los orígenes indicados, la igualdad entre mujeres y hombres pasará a experimentar un avance a través de medidas de carácter normativo plasmadas por medio de sucesivas directivas, en las que se irá concretando el

principio de igualdad en asuntos de empleo y ocupación[7], en materia de seguridad social[8], así como en el ejercicio de una actividad autónoma[9].

El desarrollo de la regulación de derecho derivado permitirá abarcar la discriminación en materia de seguridad social. El Tribunal de Justicia ha señalado que, si bien una pensión contributiva no está incluida en el concepto de retribución, sí es susceptible de determinar la existencia de discriminación por razón del sexo, gracias a la protección impuesta por la Directiva 79/7 (sentencias de 13 de febrero de 1996, Gillespie, C-342/93, ECLI:EU:C:1996:46, ap. 14; 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11, ECLI:EU:C:2012:746, ap. 25; o 14 de julio de 2016, Ornano, C-335/15, ECLI:EU:C:2016:564, ap. 38).

Al mismo tiempo, para el Tribunal de Justicia todas las otras formas de pensiones profesionales (a las que iba destinada la Directiva 86/378) constituyen un elemento de la retribución a los efectos del principio de igualdad salarial consagrado en el Tratado (sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber, C-262/88, ECLI:EU:C:1990:209; 28 de agosto de 1994, Beune, C-7/93, ECLI:EU:C:1994:350; y 12 de agosto de 2002, Pirkko Niemi, C-351/00, ECLI:EU:C:2002:480). Por consiguiente, cuando las prestaciones se abonan a los trabajadores en razón de su relación laboral, se les aplica el mismo régimen de protección antidiscriminatoria que a las retribuciones. Tal doctrina jurisprudencial aparece recogida en el Considerando 14 de la Directiva 2006/54 (refundición).

---

7 La Directiva 2006/54, ya citada, llevó a cabo la refundición de las directivas sobre igualdad retributiva (Directiva 75/117), acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo (Directiva 76/207), así como la igualdad en los regímenes no profesionales de la seguridad social (Directiva 86/378/CEE del Consejo de 24 de julio de 1986) y la relativa a la carga de la prueba (Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997).

8 Directiva 79/7, ya citada.

9 Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad (derogada por la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma).
Véase, asimismo, 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.

La aparición de las directivas dio lugar a nuevos avances jurisprudenciales. Así, en relación con la noción de discriminación, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se asienta sobre la premisa de que aquella consiste en el trato diferente de situaciones comparables o en la homogeneización de situaciones que son diferentes (sentencia de 8 de mayo de 2019, Praxair, C-486/18, ECLI:EU:C:2019:379, ap. 13). Ahora bien, la exigencia del carácter comparable no implica que las situaciones a comparar sean idénticas, bastando con que sean análogas [sentencia de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C-451/14, ECLI:EU:C:2018:492, ap. 41].

De otra parte, la interdicción de discriminación no puede implicar una protección de las mujeres que las aleje de la efectividad de la igualdad. Cabe recordar la doctrina sentada respecto de la interdicción de la contratación de mujeres para llevar a cabo trabajos nocturnos. En el asunto Stoeckel (sentencia de 25 de julio de 1991, C-345/89, ECLI:EU:C:1991:324) se señaló que los objetivos de protección de la mano de obra femenina solo pueden admitirse legalmente, a la luz de los principios de igualdad de trato de mujeres y hombres en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo, en aquellos casos en que la diferencia de trato esté justificada. El Tribunal analiza, para desmontarlos, los elementos aportados para justificar la legislación francesa que prohibía tales trabajos: en primer lugar, salvo el caso de embarazo o maternidad, los riesgos no difieren entre hombres y mujeres; en segundo lugar, de existir un mayor riesgo de sufrir agresiones durante la noche, sería exigible adoptar medidas que no implicaran lesionar el principio fundamental de igualdad. Posteriormente, en el asunto Comisión c. Italia (sentencia de 4 de diciembre de 1997, C-207/96, ECLI:EU:C:1997:583), el Tribunal declaró que dicho Estado Miembro, había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho de las Comunidades, al mantener en vigor en su ordenamiento jurídico interno normas que establecían la prohibición del trabajo nocturno para las mujeres, en contra de lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE

En esa misma línea, en el asunto Comisión c. Austria (sentencia de 1 de febrero de 2005, C-203/03, ECLI:EU:C:2005:76), se declaró que ese Estado Miembro incumplía las obligaciones de la Directiva 76/207 al mantener una legislación que prohibía con carácter general el empleo de mujeres para trabajos en medios hiperbáricos, así como trabajos de buceo.

Junto a la interdicción de la discriminación en el empleo y en la seguridad social, el legislador de las Comunidades abordará la protección de la mujer desde

la óptica de la salud (Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia –décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE–).

El Tribunal de Justicia ha reconocido de modo reiterado que, en lo que respecta al principio de igualdad de trato, es legítimo proteger la condición biológica de una mujer durante el embarazo y la maternidad, así como prever medidas de protección de la maternidad con el fin de lograr la verdadera igualdad. La trabajadora embarazada, que haya dado a luz o que se halle en periodo de lactancia se halla en una situación específica de vulnerabilidad que, no solo requiere que se le otorgue un permiso por tales causas, sino que, además, no pueda ser comparada ni con un hombre, ni con otra mujer que estén en situación de baja por enfermedad (sentencia de 27 de octubre de 1998, Boyle y otras, C-411/96, ECLI:EU:C:1998:506, ap. 40; y 18 de marzo de 2014, D., C-167/12, ECLI:EU:C:2014:169, ap. 33).

En tal sentido la jurisprudencia de la Unión sostiene que el permiso de maternidad tiene por objeto, no solo la protección biológica de la mujer trabajadora durante el embarazo y después de este, sino también la de las relaciones entre ella y su hijo durante el periodo que sigue al alumbramiento, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe tales relaciones (sentencia de 12 julio de 1984, Hofmann, 184/83, ECLI:EU:C:1984:273, ap. 25; 14 de julio de 1994, Webb, C-32/93, ECLI:EU:C:1994:300; 4 de octubre de 2018, Dicu, C-12/17, ECLI:EU:C:2018:799, ap. 34; o 18 de noviembre de 2020, Syndicat CFTC, C-463/19, ECLI:EU:C:2020:932, ap. 53).

Nada impide a los Estados miembros ampliar ese permiso de descanso vinculado a la situación de la maternidad. Ahora bien, el Tribunal de Justicia distingue entre la permanencia de tal vínculo y la condición de progenitor, siendo esta última un elemento que deja de regirse por el marco de protección de la condición biológica a la que se refiere la Directiva, para entrar en el terreno de la protección de la igualdad entre mujeres y hombres. Por tanto, la situación de un trabajador y la de una trabajadora que tengan la condición de progenitores son comparables en cuanto al cuidado de los hijos [sentencias de 25 de octubre de 1988, Comisión c. Francia, C-312/86, EU:C:1988:485, ap. 14;

29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, ap. 44; 12 de diciembre de 2019, INSS (Complemento de pensión para las madres), C-450/18, EU:C:2019:1075, ap. 51...]. Para el Tribunal de Justicia, no puede excluirse que los trabajadores y las trabajadoras que han asumido el cuidado de sus hijos se encuentren en una situación comparable, en la medida en que unos y otras pueden sufrir, debido a su implicación en el cuidado de sus hijos, las mismas desventajas en sus carreras, apreciación que no queda desvirtuada por la circunstancia, subrayada por el INSS y el Gobierno español, de que, en la práctica, las tareas vinculadas al cuidado de los hijos sean asumidas mayoritariamente por las mujeres [asunto (Complemento de pensión para las madres), C-450/18, EU:C:2019:1075, ap. 50 a 52; y sentencia de 15 de mayo de 2025, Melbán y Sergamo, C-623/23 y C-626/23, ECLI:EU:C:2025:358, p. 60].

Respecto del despido de la trabajadora embarazada, en el asunto Pontin (sentencia de 29 de octubre de 2009, C-63/08, EU:C:2009:666) el Tribunal de Justicia puso de relieve el alcance de la protección en relación con los plazos procesales establecidos por las legislaciones de los Estados miembros para recurrir frente a la decisión del empleador. Los plazos deberán calificarse de modo negativo cuando su corta duración ponga en riesgo el principio de efectividad. De ahí que en aquel caso, caracterizado por tratarse de la fase inicial del embarazo, se considerara que una normativa nacional que establecía un plazo de caducidad de quince días para el ejercicio de la acción de nulidad del despido, era contrario al Derecho europeo dada la situación en que una mujer se encuentra al principio de su embarazo y la dificultad para la trabajadora despedida durante su embarazo de asesorarse eficazmente y, llegado el caso, redactar e interponer un recurso. Esa doctrina ha sido aplicada en el asunto Haus Jacobus (sentencia de 27 de junio de 2024, C-284/23, ECLI:EU:C:2024:558) para evaluar las consecuencias de plazos procesales complejos establecidos por la legislación alemana.

Particular mención merece en este punto la consideración de la situación de los tratamientos de fecundación in vitro que el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de analizar en el asunto Mayr (sentencia de 26 de mayo de 2008, C-506/06, ECLI:EU:C:2008:119), en la que negó que estuviéramos en el campo de aplicación de protección de la Directiva 92/85, pero sí ante la aplicabilidad de la protección contra la discriminación por sexo de la Directiva 76/207, en el sentido de que esta se opone al despido de una trabajadora que, "en circunstancias como las del asunto principal, se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación in vitro, es decir, entre la punción folicular y la transferencia

inmediata de los óvulos fecundados in vitro al útero de dicha trabajadora, en la medida en que se demuestre que este despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento".

El Derecho de las Comunidades también intervendrá en el ámbito de las cargas familiares mediante disposiciones sobre permiso parental con la aprobación de la Directiva 96/34/CE[10], posteriormente sustituida por la Directiva 2010/18[11]. Ahora bien, la Directiva no contenía regulación alguna sobre las posibilidades de adaptación de jornada (sentencias de 16 de junio de 2016, Rodríguez Sánchez, C-351/14, ECLI:EU:C:2016:447; y de 18 de septiembre de 2019, Ortiz Mesonero, C-366/18, ECLI:EU:C:2019:757).

Dicha Directiva ha dado lugar a una multiplicidad de pronunciamientos que han abordado cuestiones relacionadas con la protección frente al despido de quienes disfrutan del permiso parental a tiempo parcial. En el asunto Praxair (sentencia de 8 de mayo de 2019, C-486/18, ECLI:EU:C:2019:379) el Tribunal de Justicia rechazó que los efectos económicos del despido pudieran ser menos favorables para dichos trabajadores y, además, tuvo en cuenta la posibilidad de discriminación indirecta en perjuicio de las mujeres de sistemas de cálculo de dicha índole dado el número considerablemente mayor de mujeres que de hombres deciden disfrutar de un permiso parental a tiempo parcial y cuando la diferencia de trato que de ello resulta no puede explicarse por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

En el asunto Caisse pour l'avenir des enfants (sentencia de 25 de febrero de 2021, C-129/20, ECLI:EU:C:2021:140) se acepta, no obstante, una legislación nacional, como la luxemburguesa que condiciona el derecho al permiso parental a un periodo de ocupación previa.

Finalmente, la jurisprudencia ha tenido ocasión de examinar la incidencia del permiso parental en el derecho de vacaciones anuales retribuidas (sentencia de 4 de octubre de 2018, Dicu, C-12/17, ECLI:EU:C:2018:799); el derecho a ocupar el mismo puesto anterior al permiso (sentencia de 7 de septiembre de

---

10 Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

11 Directiva 2010/18, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

2017, H, C-174/16, ECLI:EU:C:2017:637); así como y los efectos de la discriminación indirecta por el ejercicio del derecho al disfrute del permiso parental (sentencia de 20 de junio de 2013, Riežniece, C-7/12, ECLI:EU:C:2013:410).

3.2. Los cambios tras el Tratado de Lisboa

3.2.1. *El Derecho Primario*

Tras el Tratado de Lisboa, el marco normativo muestra un espectro muchísimo más amplio, no solo por la consagración de la igualdad desde la óptica del Derecho Primario, sino también por un desarrollo de derecho derivado que extiende la intervención e incorpora nuevas nociones y áreas de protección.

El artículo 2 del Tratado de la Unión (TUE) incluye la igualdad entre mujeres y hombres como un valor que caracteriza a la propia Unión y a sus Estados miembros. La Unión se obliga a fomentar la igualdad entre mujeres y hombres (art. 3 TUE) y se fija, como objetivo en todas sus acciones, el eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad (art. 8 TFUE[12]). Asimismo, para la consecución de los objetivos de la política social (citados en el art. 151 TFUE) la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo (art. 153.1 i) TFUE). Finalmente, la garantía del principio de igualdad de retribución se desarrolla de forma completa en el artículo 157 TFUE.

Además, la Carta, que, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 TUE), no solo declara la igualdad de todas las personas ante la ley (art. 20) y la prohibición de toda discriminación (art. 21), sino que, de forma específica, consagra la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos (art. 23), en consonancia con el artículo 3 TUE y los artículos 8 y 157 TFUE.

3.2.2. *El Derecho derivado de la Unión Europea*

En primer lugar, el Derecho derivado más reciente ha llevado a cabo modificaciones conceptualmente importantes en relación con el permiso parental al

---

12 Antiguo artículo 3, apartado 2, TCE.

derogar la Directiva 2010/18 y aprobar la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

La Directiva conciliación ha dado lugar a sentencias de incumplimiento de los Estados miembros en los asuntos Comisión c. Bélgica (sentencia de 1 de agosto de 2025, C-68/24, ECLI:EU:C:2025:607), Comisión c. Irlanda (sentencia de 1 de agosto de 2025, C-69/24, ECLI:EU:C:2025:612) y Comisión c. España (sentencia de 1 agosto 2025, C-70/24, ECLI:EU:C:2025:615).

En esta última se declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de dicha Directiva 2019/1158, al no haber adoptado, al expirar el plazo fijado en el dictamen motivado de la Comisión Europea, todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva y, por tanto, al no haber comunicado a la Comisión tales disposiciones[13].

En efecto, la Directiva establece que los Estados miembros debían poner en vigor las reglas contenidas en la misma, a más tardar, el 2 de agosto de 2022.

Con amparo en el artículo 258 TFUE, el 21 de septiembre de 2022 la Comisión requirió a España porque no había efectuado la notificación de la transposición de la Directiva. El Estado español contestó al requerimiento informando a la Comisión de que la transposición de la Directiva al Derecho nacional adoptaría la forma de una ley y de un real decreto y de que llevaría a cabo la notificación lo antes posible, de manera precisa y detallada, de las disposiciones de dicha ley y de otros preceptos nacionales que ya aplicaban determinadas disposiciones de la citada Directiva.

No obstante, el 19 de abril de 2023, al no haber recibido ninguna ulterior notificación sobre la transposición de la citada Directiva 2019/1158, la Comisión remitió un dictamen motivado a España en el que instaba a adoptar las medidas necesarias para atenerse a las exigencias de la Directiva en un plazo de dos meses a partir de la recepción de dicho dictamen motivado.

---

13 La sentencia impone a España una suma a tanto alzado de 6.832.000 €, así como una multa coercitiva diaria de 19.700 € desde la fecha de la sentencia y hasta que dicho Estado Miembro ponga fin al incumplimiento.

La respuesta de España incluyó una tabla de correspondencias entre los artículos de la Directiva 2019/1158 y las disposiciones nacionales, así como un informe del Ministerio de Trabajo y Economía Social que indicaba que se había abandonado un proyecto de ley sobre las familias cuyo objeto era garantizar la transposición de dicha Directiva, a raíz de la disolución del Parlamento español.

El 16 de noviembre de 2023, considerando que España aún no había adoptado todas las medidas necesarias para transponer al Derecho interno el artículo 8, ap. 3 y los artículos 9 y 12 de la Directiva 2019/1158, la Comisión decidió interponer el recurso de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión[14].

En segundo lugar, el principio de igualdad de retribución dio lugar a 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.

Cabe añadir, por último, que la cuestión de la integración de la perspectiva de género se ha visto reforzada desde la óptica del legislador de la Unión en otros ámbitos ajenos al empleo. Sirva de muestra la Directiva (UE) 2022/2381, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas.

---

[14] En fechas posteriores España notificó a la Comisión el RD-L 7/2023, de 19 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes, para completar la transposición de la Directiva (BOE de 20 diciembre 2023), así como dos nuevas tablas de correspondencias entre el articulado de la Directiva y las disposiciones nacionales. Sin embargo, el 10 de enero de 2024 el Congreso de los Diputados rechazó la convalidación del RD-L 7/2023.
A continuación, España comunicó a la Comisión que el Gobierno tenía la intención de introducir, en el Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2024, medidas que completaran la transposición de los artículos 8, ap. 3 y 9 de la Directiva.
Finalmente, el Real Decreto Ley 2/2024, de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 fue convalidado por el Parlamento español el 20 de junio de 2024.
No obstante, la Comisión estimó que dicho acto no ponía fin a la infracción y mantuvo las pretensiones formuladas en el recurso.

4. POSTERIORES HITOS INTERPRETATIVOS EN LA PROTECCION DE LAS MUJERES

4.1. Interrelación de marcos de protección en materia laboral

La conceptuación normativa de la discriminación directa en relación con la igualdad de trato entre mujeres y hombres ha llevado a la doctrina del Tribunal de Justicia a efectuar interrelaciones con las disposiciones relativas a la prevención y protección de la salud de los trabajadores.

Así, la falta de evaluación adecuada de los riesgos del puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia (ex art. 4, ap. 1 de la Directiva 92/85), que debe incluir el examen específico de su situación individual a fin de determinar si su salud o su seguridad, o las de su hijo, están expuestas a un riesgo, constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, ap. 2 c) de la Directiva 2006/54. Ello tiene consecuencias sobre la distribución de la carga de la prueba, en el sentido de que si bien incumbe a la trabajadora afectada acreditar hechos que puedan sugerir que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo adecuadamente, y que permitan así presumir de la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, corresponde a la parte demandada demostrar que dicha evaluación de los riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de esta disposición y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación (asunto Otero Ramos, ya citado; así como sentencia de 19 de septiembre de 2018, González Castro, C-41/17, ECLI:EU:C:2018:736).

4.2. Mantenimiento de la litigiosidad en materia salarial

La evolución jurisprudencial no ha impedidoa que siguan presentándose problemas relacionados con las controversias clásicas, como la de la histórica desigualdad salarial. Puede observarse en el asunto Air Nostrum (sentencia de 4 de octubre de 2024, C-314/23, ECLI:EU:C:2024:842), en el que el Tribunal de Justicia ha tenido que concentrarse en primer lugar en la noción de "retribución" para poder dar respuesta al juez nacional de remisión (la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, España) a la cuestión de si las diferencias en la compensación de los gastos soportados por los empleados de la aerolínea, durante sus vuelos, constituía una discriminación indirecta.

El planteamiento de la cuestión prejudicial se produjo en un litigio que enfrentaba a la organización sindical representante del personal de cabina

con la empresa, a causa del tenor del convenio colectivo de empresa aplicable exclusivamente a dicho personal. La demanda del sindicato buscaba la declaración de nulidad de la regla del convenio que establecía la compensación, sobre la base de que esta era inferior a la fijada en una disposición de naturaleza análoga en el convenio colectivo aplicable a los pilotos.

El juez nacional remitente señalaba que el 94% del personal de cabina lo constituían mujeres, mientras que un porcentaje similar de pilotos eran hombres. También indicaba que la compensación en cuestión estaba fijada en ambos convenios en una cantidad a tanto alzado. Ahora bien, dicho órgano jurisdiccional español entendía que la citada compensación no podía ser calificada como salario y, por consiguiente, la diferencia no cabía justificarse por la diferencia de valor del trabajo efectuado por los dos colectivos del personal comparados.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia entendió que la compensación litigiosa sí debía ser entendida como "retribución". El concepto de "retribución", que aparece en el artículo 2.1 e) de la Directiva 2006/54, es una noción autónoma del Derecho de la Unión a la que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha dada una interpretación amplia.

Con arreglo a dicho precepto, la retribución cubre no solo el salario, sino también "cualesquiera otras gratificaciones abonadas directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo". De ahí que el Tribunal de Justicia concluya que la compensación diaria en cuestión claramente constituía una indemnización que, en dinero y a tanto alzado, abonaba el empresario por los gastos en que pudieran incurrir los trabajadores en el desempeño de sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo, sin que sea necesario que la retribución haya de referirse a la remuneración del trabajo específico, sino que basta con que sea percibida por los trabajadores en razón de su contrato de trabajo.

Siendo así, la compensación en litigio no podía calificarse como "condición de trabajo", en el sentido del artículo 14 de la citada Directiva 2006/54, sino como "retribución", lo que lleva a exigir que cualquier diferencia sea evaluada a la luz del requisito de la existencia de una situación de trabajo de igual valor. Ahora bien, llegados a este punto, no parece difícil aceptar que el personal de cabina y el que pilota la aeronave llevan a cabo tareas distintas, con formación previa y con responsabilidades también diferentes. En consecuencia, la sentencia rechazar que pueda apreciarse una discriminación indirecta por razón de sexo en el sentido del Derecho de la Unión.

4.3. Los retos de la discriminación indirecta

El asunto Air Nostrum muestra, una vez más, que uno de los aspectos controvertidos más recurrentes en relación con principio de igualdad de género en el ámbito del empleo –y, también, de la seguridad social– es de la calificación de las situaciones en las que la noción de discriminación indirecta puede ser aplicada.

El artículo 2.1 b) de la Directiva 2006/54 define la discriminación indirecta como la situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios. Así, el trato menos favorable de los trabajadores a tiempo parcial suele resultar en una discriminación indirecta en relación con las mujeres al ser estas, en una gran mayoría, más propicias a ser titulares de este tipo de contratos de trabajo (véase la sentencia de 13 de mayo de 1986, Bilka, C-170/84, ECLI:EU:C:1986:204). Otro ejemplo emblemático de discriminación indirecta lo hallamos en el asunto Kalliri (sentencia de 18 de octubre de 2017, C-409/16, ECLI:EU:C:2017:767), en el que el Tribunal de Justicia declaró que el requisito de una altura mínima (de 170 centímetros), idéntica para mujeres y hombres, para ingresar en la academia de policía en Grecia debía ser considerado como una discriminación indirecta por razón de sexo dado que hay un número mucho menor de mujeres que pueden satisfacer tal criterio.

Dado que se trata de examinar si una medida concreta implica una desventaja para un grupo concreto (de mujeres o de hombres), los jueces nacionales parecen encontrar dificultades a la hora de analizar los datos a su disposición para concluir con la apreciación de un efectivo trato desfavorable.

En los casos en que el juez nacional posee datos estadísticos a su disposición, es a dicho órgano jurisdiccional competente para la solución del litigio a quien corresponderá decidir si puede tomarlos en consideración. El Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional está obligado a asegurarse de que los datos estadísticos son fiables, que no se limitan a expresar un fenómeno puramente fortuito o coyuntural y que son suficientemente significativos [sentencia de 30 de junio de 2022, INSS (acumulación de pensiones de incapacidad permanente total), C-625/20, ECLI:EU:C:2022:508, ap. 40 y 41]. Si, tras dicho análisis, el juez nacional llega a la conclusión de que uno de los colectivos está en situación

de desventaja, en comparación con el otro, habrá de considerar que se enfrente ante una discriminación indirecta por razón de sexo, salvo que exista una justificación derivada de factores objetivos distintas del sexo.

Partiendo de los datos de la propia demandada, que el juez nacional consideraba fiables, en el asunto "TGSS – Desempleo de empleadas de hogar" (sentencia de 24 de febrero de 2022, C-389/20, ECLI:EU:C:2022:120) se consideró que cabía apreciar una desventaja particular para las mujeres con la exclusión de la protección del desempleo en el sistema especial de empleados de hogar, establecido por la legislación española artículo 251 d) de la Ley General de la Seguridad Social, salvo que el juez nacional pudiera considerar que tal desventaja estaba justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

El examen de la justificación implica analizar la legitimidad del objetivo, la adecuación de la medida para alcanzar el mismo y, finalmente, la necesidad de dicha medida. Cabe entender que puede ser considerada adecuada la medida únicamente si la misma persigue alcanzar el objetivo legítimo y, además, es puesta en práctica de forma consistente y sistemática. Tal sucedía en el asunto INSS (sentencia de 21 de enero de 2021, C-843/19, EU:C:2021:55, ap. 27), relativo al acceso a la jubilación anticipada por voluntad de la trabajadora, en el caso de una empleada de hogar que no alcanzaba la cuantía mínima de pensión. La legislación española (el art. 208.1 c) LGSS) permitía la jubilación anticipada siempre que, con ella, se alcanzara el importe mínimo[15]. El Tribunal de Justicia admitió que la garantía de la viabilidad y sostenibilidad del sistema puede constituir un objetivo legítimo. Sin embargo, negó que España pudiera justificar su legislación mediante la salvaguarda de la viabilidad del sistema en el asunto INSS (acumulación de pensiones de incapacidad permanente total), porque esa misma legislación nacional permitía la acumulación de las pensiones en otros supuestos distintos, lo que resulta incoherente con dicha invocación cuando puede suceder que la regla de la incompatibilidad de dos pensiones del mismo régimen afecte a más mujeres que hombres.

---

[15] En el asunto Bocero Torrico (sentencia de 5 de diciembre de 2019, C-398/18, ECLI:EU:C:2019:1050) ya se analizó esa misma disposición nacional, si bien, no en relación con la igualdad por razón de sexo, sino con la diferencia de trato afectante a quienes hubieran ejercido la libre circulación (Reglamento 883/2004).

En otros casos, la jurisprudencia europea ha admitido que el mantenimiento del empleo, el fomento de la contratación y la lucha contra el empleo ilegal puedan constituir objetivos generales de la propia Unión (art. 3 TUE y art. 9 TFUE) y, por consiguiente, podría justificarse la diferencia de trato (véanse sentencia de 16 de octubre de 2016, Palacios la Villa, C-411/05, ECLI:EU:C:2007:604 –en relación con la discriminación por discapacidad–; y 2 de abril de 2020, Comune di Gesturi, C-670/18, ECLI:EU:C:2020:272 –en relación con la discriminación por edad–).

Ahora bien, aun siendo legítimo el objetivo, la medida que provoca la desventaja debe ser adecuada para alcanzarlo. En este sentido, los Estados miembros tienen un amplio margen de maniobra para elegir las medidas que les permitan alcanzar tales objetivos legítimos de sus políticas sociales y de empleo (véase la sentencia de 20 de octubre de 2011, Brachner, C-123/10, ap. 73). En concreto, los Estados miembros tienen competencia para organizar sus sistemas de Seguridad Social y determinar, por tanto, los requisitos de concesión de las prestaciones (sentencia de 14 de abril de 2015, Cachaldora Fernández, C-527/13, ECLI:EU:C:2015:215, ap. 25). No obstante, ello no puede hacerse sin respetar el principio fundamental de igualdad.

En el citado asunto "TGSS –desempleo de empleadas de hogar–", el objetivo invocado por el Reino de España era el mantenimiento de la tasa de empleo y la lucha contra el fraude. Sin embargo, para el Tribunal de Justicia era necesario demostrar que el colectivo excluido –los empleados de hogar– se distingue de forma clara de otros colectivos no excluidos de la protección por desempleo, pese a tener características similares (como jardineros o conductores particulares, etc.). Además, no parecía justificado que las demás prestaciones estuvieran equiparadas y que, respecto de ellas, no pudiera pensarse que existiera el mismo riesgo de fraude por una contratación oculta[16].

El Tribunal de Justicia ha reforzado su jurisprudencia respecto a la discriminación indirecta en el asunto KfH Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation (sentencia de 29 de julio de 2024, C-184/22 y C-185/22, ECLI:EU:C:2024:637) señalando que ni la definición de discriminación indirecta del artículo 2.1 b) de la Directiva 2006/54, ni ninguna otra de las

---

16 Tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión, se publicó el Real Decreto Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

disposiciones de la misma hacen referencia a elementos de tipo cuantitativo para examinar la concurrencia de la misma. El concepto de discriminación indirecta se apoya en una perspectiva cualitativa para evaluar si una medida nacional es susceptible, por su naturaleza, de situar a personas de un sexo en posición de desventaja respecto de las del otro sexo. Por consiguiente, el juez nacional debe examinar todos los factores que tengan relevancia por su propia naturaleza para determinar si tal desventaja existe, lo que supone tomar en consideración a todos los trabajadores sujetos a esa medida o disposición nacional en la que se fundamenta la diferencia de trato.

En dicho asunto, el Tribunal Supremo de lo Laboral de la República Federal de Alemania preguntaba si la discriminación indirecta de las trabajadoras, con contratos a tiempo parcial, puede ser apreciada incluso cuando en el grupo favorecido, el de los trabajadores a tiempo completo, no existe un número considerable de hombres, al ser las mujeres las que integran en cualquier caso el grueso de la plantilla de la empresa. En su sentencia el Tribunal de Justicia establece que la desventaja debe afirmarse aun cuando el número de trabajadores masculinos no sea considerablemente superior al de mujeres en ese mismo grupo.

Finalmente, también en relación con el problema del análisis de los datos, en el asunto Alcampo (sentencia de 10 de abril de 2025, C-584/23, ECLI:EU:C:2025:261, ap. 35), relativo al método de cálculo de la pensión de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo y la consideración de la retribución efectiva en la fecha del accidente de trabajo (Directiva 79/7/CEE), el Tribunal de Justicia ha recordado que, en una situación en que la evidencia estadística se halla a disposición del juez nacional, este habrá de comparar, por un lado, la proporción de trabajadores afectados por la regla de cuya aplicación se trata respecto del número de hombres que integran la plantilla, y, por otro, la proporción de mujeres afectadas respecto del número de mujeres de la misma plantilla.

4.4. Indemnización por daños y perjuicios

La reparación de los perjuicios derivados de la discriminación ha dado lugar a una importante doctrina jurisprudencial que arranca en los asuntos en los que se apreció un tratamiento desigual de hombres y mujeres.

En el asunto "INSS – Complemento de pensión para las madres" (sentencia de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, ECLI:EU:C:2019:1075), el Tribunal de Justicia interpretó la Directiva 79/7/CEE concluyendo que esta se oponía

a una disposición nacional como el artículo 60 LGSS, que establecía el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hubieran tenido al menos dos hijos (biológicos o adoptados) y fueran beneficiarias de pensiones contributivas en cualquier régimen del sistema de seguridad social nacional, mientras que los hombres que se encontraran en una situación idéntica no tenían derecho a tal complemento de pensión. A juicio del Tribunal de Justicia esa distinción suponía una discriminación directa por razón de sexo en el sentido del artículo 4.1, tercer guión, de dicha Directiva.

Se trata de una cuestión que ha dado lugar, a nivel nacional, a secuelas legislativas[17], interpretativas y aplicativas[18], que siguieron a la citada sentencia del Tribunal de Justicia.

El controvertido complemento motivó una segunda demanda de decisión prejudicial que dio lugar al asunto "INSS – Complemento de pensión para las madres II" (sentencia de 12 de mayo de 2021, C-130/20, ECLI:EU:C:2021:381), en la que el Tribunal de Justicia rechazó que la exclusión de la jubilación anticipada para el acceso al complemento fuera contraria al Derecho de la Unión.

Posteriormente, entendiendo que se producía una interpretación y aplicación errónea de la primera de las sentencias del Tribunal de Justicia por parte de la Entidad Gestora, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia llevó a cabo un nuevo reenvío prejudicial dando lugar a un tercer asunto, "TGSS – Desestimación de complemento de maternidad" (sentencia de 14 de septiembre de 2023, C-113/22). El litigio principal tenía origen en la práctica del INSS consistente en paliar la falta de modificación del artículo 60 LGSS por la vía de reconocer el complemento a los hombres solo si este había sido obtenido mediante sentencia.

En esta tercera sentencia, el Tribunal de Justicia parte de la evidencia de que, una vez pronunciada la sentencia 12 de diciembre 2019, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, no solo siguió aplicando una norma nacional contraria

---

17 Véase el Real Decreto Ley 3/2021, de 2 de febrero –que sustituyó el complemento de maternidad por aportación demográfica de las pensiones contributivas por un complemento para la reducción de la brecha de género en las pensiones– y el Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, con vigencia desde el 18 de marzo de 2023.

18 Véase, como ejemplo, la sentencia de la Sala IV (Social) del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2024, rec. 862/2023, ES:TS:2024:1036.

a la Directiva 79/7, sino que también mantuvo una práctica administrativa (recogida en el Criterio de Gestión 1/2020, que se publicó a raíz de la citada sentencia), según la cual, a la espera de la adaptación del artículo 60 LGSS al Derecho de la Unión, se reconocía el complemento de pensión litigioso únicamente a las mujeres que cumplían los requisitos exigidos en tal polémico precepto, sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconocían el citado complemento de pensión a los hombres. Para el Tribunal de Justicia, con independencia de la discriminación directa por razón de sexo que se derivaba de los requisitos materiales previstos en la norma controvertida, sobre lo que ya se había pronunciado en la sentencia de 2019, los afiliados de sexo masculino se ven afectados con una nueva discriminación derivada de las exigencias procedimentales a las que se han de someter para alcanzar la concesión del complemento de pensión litigioso.

Añade el Tribunal que dicha práctica implica que únicamente los hombres se ven obligados a hacer valer por vía judicial su derecho al complemento; lo que, en particular, les expone a un plazo más largo para la obtención del mismo y, en su caso, a soportar gastos adicionales.

La consecuencia es que esa aplicación restrictiva y discriminatoria respecto de los varones debe llevar al juez nacional, que conoce de una demanda presentada frente a esa resolución denegatoria, a ordenar a la autoridad competente no solo que conceda al interesado el complemento de pensión solicitado, sino también que le abone una indemnización que permita compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación. Esto incluye las costas y los honorarios de abogado en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, en caso de que la resolución denegatoria se haya adoptado de conformidad con una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la referida norma a pesar de la citada sentencia. En suma, al obligar al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial se perpetúan los efectos discriminatorios con limitación del ejercicio de los derechos de esos ciudadanos.

Este aspecto de la sentencia de 2023 ("TGSS –Desestimación de complemento de maternidad–") reviste una enorme transcendencia. El pronunciamiento del Tribunal de Justicia contiene una noción novedosa que podría ser calificada de "discriminación procesal" y que pretende reforzar la obligación de las autoridades competentes (en este caso las de Seguridad Social española) de compensar inmediatamente el trato discriminatorio y, vinculado a ello, el papel

de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental inalienable desde la óptica del Derecho la Unión[19].

Debe recordarse que, en materia de discriminación en el ámbito de la seguridad social, la norma aplicable es la Directiva 79/7, la cual no establece la concreción de instrumentos procesales que sí aparecen en otras directivas antidiscriminación más moderas, como son las 2000/43 y 2000/78, así como en la directiva 2006/54. En efecto, la Directiva 79/7 solo se refiere a dos medidas expresas: de un lado, establece la obligación de los Estados miembros de tomar las medidas necesarias con el fin de suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato (art. 5); de otra parte, impone asimismo a los Estados miembros la obligación de introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona, que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato, pueda hacer valer sus derechos por la vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes (art. 6).

Precisamente por ello, mientras las tres directivas antidiscriminación citadas en primer lugar han dado lugar a una abundante jurisprudencia que incide en el aspecto de las sanciones y de las vías de recurso, en relación con la Directiva 79/7 solo puede destacarse el asunto Sutton (sentencia de 22 de abril de 1997, C-66/95, ECLI:EU:C:1997:207). Dicha resolución se refiere al derecho a obtener el pago de intereses sobre cantidades percibidas en concepto de atrasos de una prestación de seguridad social. En ella el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva no exigía que un particular pudiera obtener el pago de intereses

---

19 Conviene poner de relieve que el Tribunal Supremo se aprestó a seguir la interpretación del Tribunal de Justicia y la aplicó en su STS 977/2023 de 15 de noviembre de 2023, Rcud. 5547/2022.

Es más, el TS consideró que, "toda vez que la actuación del INSS que genera ese perjuicio es una y la misma para todos los afectados, lo razonable era fijar igualmente idéntica cuantía indemnizatoria para todos ellos, sin dar lugar a agravios comparativos derivados de posibles soluciones dispares que pudieren generar una desigualdad difícilmente justificable. Y puesto que la finalidad de la indemnización es la de compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, resulta objetivamente irrazonable considerar que en ese ámbito puedan presentarse diferencias relevantes en la valoración de esos perjuicios". Así, fijó una cantidad única (1.800 euros) con objeto de poner a fin a la multitud de litigios planteados en todo el territorio por esta misma cuestión.

sobre las cantidades abonadas en concepto de atrasos de prestaciones de seguridad social cuando el retraso en el pago de las prestaciones es consecuencia de una discriminación prohibida por la Directiva 79/7. No obstante, añadió que el Estado Miembro está obligado a reparar los perjuicios causados a un particular por la violación del Derecho comunitario (a la sazón). Por consiguiente, en el supuesto de que se reúnan los requisitos de dicha obligación del Estado Miembro concernido, corresponderá al órgano jurisdiccional nacional extraer las consecuencias de este principio (sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y Bonifaci, C-6/90 y C-9/91, ECLI:EU:C:1991:428).

Se entiende, pues, que la sentencia del asunto "TGSS – Desestimación de complemento de maternidad" pueda ser considerada como la apertura de un nuevo capítulo, con una solución que puede resultar mucho más interesante y satisfactoria para los afectados que la única y última posibilidad de acudir a la acción de responsabilidad del Estado en aplicación de la citada doctrina Francovich.

Con esa idea de discriminación procesal, se parte de la consideración de que la función de la protección judicial, que impone la directiva en favor de quienes sufren trato discriminación, no puede instrumentalizarse hasta el punto de que solo quienes sean combativos acaban siendo no discriminados. Esta noción permite a los jueces nacionales considerar de modo completo las consecuencias de los incumplimientos persistentes. El Tribunal de Justicia considera que una actitud recalcitrante como la de la Entidad Gestora debe comportar la calificación de desventaja autónoma, que ha de ser valorada por sí misma, y, en consecuencia, dar lugar a la sanción.

Sin embargo, la saga del complemento de pensión controvertido tiene aún otros capítulos. En los asuntos acumulados Melbán y Sergamo, (sentencia de 15 de mayo de 2025, C-623/23 y 626/23) –cuarta y quinta demanda de decisión prejudicial sobre la materia[20]–, el Tribunal responde a las dudas generadas por las modificaciones legales subsiguientes de la controvertida disposición española. En concreto, se suscitaba la cuestión del requisito adicional, exigido a los hombres, relativo a que sus carreras profesionales se hayan interrumpido o se hayan visto afectadas con ocasión del nacimiento o de la adopción de sus hijos.

---

20 Cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona y por Tribunal Superior de Justicia de Madrid, respectivamente.

En sus alegaciones ante el Tribunal de Justicia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social argumentó que la disposición nacional en cuestión debía ser calificada de medida de acción positiva, tendente a cerrar la brecha de género resultante de que las mujeres han asumido históricamente un papel principal en los cuidados de los hijos.

El artículo 23 de la Carta dispone, en su párrafo segundo, que el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado. Se trata de una disposición que recoge lo establecido en el artículo 157. 4 TFUE, el cual no se modifica por la Carta. Este último establece que, "con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado Miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales".

En la sentencia "INSS – Complemento de pensión para las madres" de 2019, el Tribunal de Justicia ya había declarado que el artículo 157.4 TFUE no puede aplicarse a una norma nacional, como el artículo 60.1 LGSS, que se limita a conceder a las mujeres un complemento de pensión en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, sin remediar los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional, en tanto en cuanto no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que están expuestas las mujeres, ayudándolas en sus carreras, y garantizar en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional. Esas mismas consideraciones resultan aplicables, a juicio del Tribunal, también a la modificación del artículo 60 LGG que estaba en cuestión en los asuntos Melbán y Sergamo, por lo que la sentencia dictada en estos alcanza la misma conclusión.

4.5. Las acciones positivas

La cuestión de las acciones positivas, a las que, hoy en día, se refieren tanto el artículo 157.4 TFUE, como el artículo 23, párrafo segundo, de la Carta, ha motivado escasa jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

El asunto Kalanke (sentencia de 17 de octubre de 1995, C-450/95, ECLI:EU:C:1995:322) planteó la cuestión de las acciones positivas en relación con una norma nacional sobre igualdad que contenía la regla según la cual, al

efectuar la selección para un puesto de funcionario o de juez se concedería preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación, en aquellos sectores en que estuvieran infrarrepresentadas. El Tribunal de Justicia partió de la evidencia de una discriminación en perjuicio de los hombres para pasar a examinar si cabía admitir la excepción del artículo 2.4 de la Directiva 76/207 –que recogía la cláusula de acción positiva–, señalando que dicha disposición pretende lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social y, de este modo, evitar o compensar las desventajas en la carrera profesional de las personas afectada. Pero, en el asunto Kalanke, el Tribunal de Justicia no consideró que la medida superara el filtro necesario para excluir la discriminación de los hombres, por cuanto la preferencia se establecía de forma incondicional y absoluta (ap. 22).

Esa misma respuesta basada en la que se dio en el asunto Briheche (sentencia de 30 de septiembre de 2004, C-319/03, ECLI:EU:C:2004:574), dada la incondicionalidad que regía una normativa nacional que reservaba la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público a las viudas que no se hubieran vuelto a casar y que se vieran en la necesidad de trabajar, con exclusión de los viudos que no se hubieran vuelto a casar y que se encontraran en la misma situación.

Dos años más tarde el asunto Marschall (sentencia de 11 de noviembre de 1997, C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533) supuso un importante paso al aceptar una regla de preferencia de la mujer, aun cuando el Tribunal llevó a cabo ciertas matizaciones respecto de los criterios que debían concurrir para su admisibilidad. Se trataba de un litigio alemán basado en una regla específica muy similar a la que había motivado el asunto Kalanke. No obstante, en esta ocasión, la disposición en cuestión dejaba un margen de flexibilidad al condicionar la preferencia de las mujeres al hecho de que no concurrieran en la persona del candidato motivos que inclinasen la balanza en su favor. La relevancia del debate se comprueba en las observaciones de los distintos Estados miembros que decidieron intervenir ante el Tribunal de Justicia: mientras que Austria, Finlandia, Suecia, Noruega y España, así como la Comisión Europea, defendieron que la norma alemana se ajustaba al artículo 2.4 de la Directiva 76/207, Francia y el Reino Unido abogaron por mantener la misma respuesta dada por la sentencia Kalanke.

La conclusión alcanzada en el asunto Marschall se reproduce en el asunto Badeck (sentencia de 28 de marzo de 2000, C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163), en relación con que incluía la condición de que la posibilidad de que, para la

cualificación profesional, se consideraran las capacidades y la experiencia adquiridas en el hogar mediante el cuidado de hijos o de personas necesitadas de cuidados (trabajo familiar), siempre que sean relevantes para la aptitud, la competencia y la capacidad de las candidatas y candidatos, así como el haber simultaneado un trabajo familiar con una actividad laboral por cuenta ajena. La doctrina del Tribunal de Justicia establece que una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en sectores de la función pública en los que están infrarrepresentadas puede considerarse compatible con el Derecho de la Unión siempre que, de un lado, no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que posean la misma cualificación que los candidatos masculinos; y, de otro lado, las candidaturas se aprecien de forma objetiva teniendo en cuenta la situación particular de los candidatos.

Esa misma doctrina ha sido aplicada en el asunto Abrahamsson (sentencia de 6 de julio de 2000, C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367), en relación a la provisión de una plaza vacante de profesor en la Universidad de Göteborg (Suecia). Igualmente, en el asunto Lommers (sentencia de 19 de marzo de 2002, C-476/99, ECLI:EU:C:2002:183), el Tribunal admitió la validez de la acción positiva respecto de una normativa que, para remediar la considerable infrarrespresentación de las funcionarias en un contexto de insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reserva a estas las plazas de guardería subvencionadas, mientras que los funcionarios solo pueden tener acceso a tales plazas en casos de urgencia acreditada, siempre que ese mismo acceso prioritario se otorgue también a los funcionarios que asuman solos la guarda de sus hijos.

Cabe detenerse en las consecuencias que estos criterios han tenido sobre la regulación española en materia de permisos por lactancia. En el asunto Roca Álvarez (sentencia de 30 de septiembre de 2010, C-104/09, ECLI:EU:C:2010:561), se puso de relieve que el permiso previsto, a la sazón, en el artículo 37.4 del Estatuto de los trabajadores[21], al estar desvinculado de la lactancia natural no podía ser considerado como una medida destinada a la protección de la condición biológica de la mujer después de su embarazo. A diferencia de lo que ocurría en el

---

21 El precepto ha sufrido sucesivas modificaciones por Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; por el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo; el Real Decreto Ley 7/2023, de 19 de diciembre (dejado sin efecto por Resolución de 10 de enero de 2024, que publica el Acuerdo del Congreso de los Diputados por el que se deroga el Real Decreto Ley 7/2023, de 19 de diciembre); y por el Real Decreto Ley 2/2024, de 21 de mayo.

asunto Hofmann (ya citado), en donde se trataba de un periodo de descanso por maternidad reservado a la madre con exclusión de otra persona, el permiso del caso español podía ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre, siempre que este también tuviera la condición de trabajador por cuenta ajena. Por consiguiente, el permiso se concede en atención a la condición de progenitores y no asegura la protección de la condición biológica de la madre después de su embarazo o la protección de las particulares relaciones entre la madre y su hijo (véase igualmente Hofmann y Webb, también ya citada).

El punto de conflicto se hallaba en el hecho de que la titularidad del derecho se otorgara a la madre y, sin embargo, al padre solo se le reconocía si la madre era también trabajadora por cuenta ajena. El Tribunal señala que, si bien la medida podía favorecer a las mujeres al permitir que las madres trabajadoras por cuenta ajena pudieran así conservar su empleo –lo que se reforzaba por el hecho de que, si el padre también era trabajador por cuenta ajena, podía disfrutar del permiso en lugar de la madre–, el hecho de que los padres trabajadores por cuenta ajena no pudieran disfrutarlo sin ser su titular implicaba un riesgo de perpetuación del reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental.

La conclusión que alcanzó el Tribunal de Justicia era que la disposición española no constituía una medida que tuviera como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social (art. 2. 4 de la Directiva 76/207), ni tampoco una medida de las mencionadas en el artículo 157.4 TFUE.

4.6. La discriminación múltiple o la discriminación interseccional

La discriminación múltiple, que se refiere a la discriminación basada simultáneamente en dos o más factores, y la discriminación interseccional[22], que es el resultado de la interacción de dos o más factores para generar un tipo de discriminación distinto, han sido objeto de escasísimo tratamiento en el Derecho de la Unión.

---

22 Terminología acuñada por Kimberlee Crenshaw (Crenshaw, K. "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", *University of Chicago Legal Forum*, vol. núm. 1, art. 8, 1989).

La única mención a la discriminación múltiple que cabía encontrar hasta hace poco en el derecho positivo es la del Considerando 14 de la Directiva 2000/43 y del Considerando 3 de la Directiva 2000/78, que se limitan a declarar que, "a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples". Pero ni existe una definición de la discriminación múltiple, ni se incluye en las directivas disposición alguna que contemple su alcance, su configuración o su sanción. Así pues, la mención a la figura de la discriminación múltiple aparece huérfana de contenido y hace difícil su concreción legal.

El escenario actual presenta nuevas aportaciones que, en su literalidad, suponen una opción del legislador de la Unión en favor de la noción de discriminación interseccional.

Un ejemplo de ello lo constituye la Directiva 2023/970 (Igualdad retributiva), cuyo Considerando 25 dispone que la discriminación retributiva por razón de género "...puede hallarse en la intersección de diversos ejes de discriminación o desigualdad cuando el trabajador pertenezca a uno o varios grupos protegidos contra la discriminación por razón de sexo, por una parte, y por origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual tal como están protegidos al amparo de las Directivas 2000/43/CE (7) o 2000/78/CE (8) del Consejo, por otra. Las mujeres con discapacidad, las mujeres de origen racial y étnico diverso, incluidas las mujeres gitanas, y las mujeres jóvenes o mayores se encuentran entre los grupos que pueden verse afectados por la discriminación interseccional. Por consiguiente, la Directiva debe aclarar que, en el contexto de la discriminación retributiva por razón de género, se debe poder tener presente tal combinación, disipando así cualquier duda que pueda existir a ese respecto en el marco jurídico vigente, de modo que los órganos jurisdiccionales nacionales, los organismos de fomento de la igualdad y otras autoridades competentes puedan tener debidamente en cuenta cualquier situación de desventaja derivada de la discriminación interseccional, en particular a efectos sustantivos y procesales y, más concretamente, a los efectos de reconocer la existencia de discriminación, adoptar una decisión sobre el referente de comparación adecuado, evaluar la proporcionalidad y determinar, cuando así proceda, el nivel de la indemnización concedida o de las sanciones impuestas".

En el artículo 3.2 e) de dicha Directiva se define la discriminación interseccional, a los efectos de la propia Directiva, como "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".

No obstante, dos son los aspectos que deben ser destacados en este marco. En primer lugar, la acción legislativa de la Unión se limita a la intersección entre los factores de las directivas 2000, de un lado, y el sexo (mujeres), de otro, sin que se contemple, por el momento, una intersección de todos los factores entre sí. Para la Directiva de igualdad retributiva el factor que deberá concurrir en todo caso es el del sexo.

En segundo lugar, hay que subrayar que aún resta por abordar la cuestión de cuáles son los efectos aparejados a las conductas discriminatorias de alcance múltiple o interseccional. Un debate que se suscita en sede nacional. Así, en Bélgica los tribunales han aceptado que la doble discriminación (por sexo y edad, por ejemplo) de lugar a una doble indemnización (Tribunal laboral de Lieja). Sin embargo, otros tribunales, como es el caso de Suecia, han venido entendiendo que la discriminación múltiple no provoca automáticamente una doble indemnización.

Ciertamente, la Directiva de igualdad retributiva tiene en cuenta esta cuestión y, en su artículo 16 impone a los Estados miembros el deber de asegurar el derecho de los perjudicados a un recurso y a la obtención de una indemnización o reparación íntegra, que, demás debe ser disuasoria y proporcionada e incluir "cualquier perjuicio causado por otros factores pertinentes, entre los que se puede incluir la discriminación interseccional, así como los intereses de demora" (ap. 3 del art. 16).

La Directiva 2024/1385[23], de lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, utiliza en su Considerando 6 un texto muy próximo al de la Directiva de igualdad retributiva. Partiendo de que la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica pueden agravarse cuando convergen con discriminación por razón de sexo combinada con discriminación por cualquier otro motivo o motivos del artículo 21 de la Carta, señala que los Estados miembros deben prestar la debida atención a las víctimas afectadas por la discriminación interseccional, adoptando medidas específicas, ya que dichas personas corren un mayor riesgo de sufrir violencia de género. El Considerando 71 añade igualmente otros factores, como mujeres con estatuto de residencia o con permiso de residencia con persona a cargo, mujeres migrantes indocumentadas, mujeres solicitantes de protección internacional, mujeres que huyen de conflictos

---

[23] 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.

armados, mujeres sin hogar, mujeres de origen racial o étnico minoritario, mujeres que viven en zonas rurales, mujeres que ejercen la prostitución, mujeres con bajos ingresos, mujeres detenidas, personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero o intersexuales, mujeres de edad avanzada o mujeres con trastornos relacionados con el consumo de alcohol y drogas.

En su articulado, la Directiva sobre violencia contra las mujeres y violencia doméstica incluye la discriminación interseccional en el contenido de la evaluación para determinar las necesidades de protección de las víctimas (art. 16.4), las directrices para las autoridades policiales y las encargadas de la persecución del delito (art. 21 g), así como en las actividades de formación e información para los profesionales (art. 36.10). Finalmente, se establece un apoyo específico para las víctimas con necesidades interseccionales (art. 33).

Además, las Directivas 2024/1499[24] y 2024/1500[25], sobre las normas relativas a los organismos de igualdad, destacan, en sus Considerandos 16 y 15, respectivamente, la importancia de que los organismos de igualdad presten especial atención a la discriminación interseccional, entendida como discriminación basada en una combinación de motivos protegidos en virtud de las Directivas 79/7/CEE, 2000/43/CE, 2000/78/CE o 2004/113/CE. En tal sentido en el artículo 5.2, de cada una de dichas directivas de 2024, se establece la posibilidad para los organismos de igualdad de tener en cuenta las situaciones específicas de desventaja resultantes de la indicada discriminación interseccional.

Lo cierto es que el Tribunal de Justicia no ha abordado de forma directa y explícita la cuestión de la interseccionalidad de los factores de discriminación. Quizás podríamos apreciar una ligera aproximación al concepto de discriminación interseccional, aunque no se definiera como tal, en el asunto Odar (sentencia de 6 de diciembre de 2012, C-152/11, ECLI:EU:C:2012:772) relativo al cálculo de la indemnización por extinción del contrato de trabajo a los 54 años,

---

24 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.

25 Ver nota 4.

en que el Tribunal apreciaba una mayor desventaja para los trabajadores por cuanto corrían mayor riesgo de no encontrar nuevo empleo, así como el de que sus necesidades económicas pueden aumentar con la edad. Esa ligera referencia a una posibilidad de intersección de factores se produjo también en el asunto Bedi (sentencia de 19 de septiembre de 2018, C- 312/17, ECLI:EU:C:2018:734).

Finalmente, en relación a la orientación sexual y el sexo, es necesario mencionar el asunto EB (sentencia de 15 de enero de 2019, C-258/17, ECLI:EU:C:2019:17), relativo a un funcionario que se vio obligado a jubilarse anticipadamente, con una reducción significativa de su pensión, por actos de carácter punible. Tales actos conllevaban la imposición de la jubilación en esas condiciones en caso de abuso por parte de un hombre de un menor del mismo sexo, pero no en caso de relaciones heterosexuales o entre mujeres. El Tribunal tuvo en cuenta la intersección entre el sexo y la orientación sexual porque entendió que se daba una situación de discriminación no solo por motivos de orientación sexual, sino también por pertenecer al género masculino.

Los asuntos más paradigmáticos han sido aquellos relativos al uso de símbolos religiosos en el lugar de trabajo, en su totalidad referidos a litigios originados por velo islámico. En todos los casos el factor de discriminación invocado era el de la religión o creencia, amparado por la Directiva 2000/78. Solo de forma más o menos implícita aparecía también la cuestión del sexo, dado que, lógicamente, se ha tratado siempre de trabajadoras femeninas. Ciertamente, lo que nunca se ha planteado ni analizado es el vínculo entre la creencia o religión de la persona afectada por la práctica discriminatoria y su origen étnico.

Los dos primeros casos relativos a reglas o códigos de vestimenta neutros en el lugar de trabajo se referían a demandas en que se alegaba exclusivamente la existencia de una discriminación basada en la religión. El asunto G4S Secure Solutions (sentencia de 14 de marzo de 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203) se refería a una trabajadora que había anunciado a su empleador que tenía intención de empezar a utilizar el velo. La trabajadora fue despedida al considerar el empleador que con aquella decisión se infringían las reglas no escritas sobre neutralidad en la empresa. En el caso Bougnaoui (sentencia de 14 de marzo de 2017, C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204), la trabajadora fue despedida sobre la base de las quejas de los clientes por ser atendidos por una persona que vestía el velo.

Aun cuando ambas sentencias provocaron grandes debates en torno a la cuestión de la interseccionalidad de la discriminación, lo cierto es que la cuestión de

la discriminación por sexo no se había suscitado y no formaba parte de las cuestiones prejudiciales dirigidas al Tribunal de Justicia.

Lo mismo sucedió en el asunto SCRL (sentencia de 13 de octubre de 2022, C-344/20, ECLI:EU:C:2022:774), pese a que, como señaló la Abogada General Medina en sus conclusiones, la trabajadora había invocado también la existencia de una discriminación por sexo ante el juez nacional (el Tribunal de Trabajo de Bélgica), alegación que el juez de remisión consideró que no cabía admitir tal pretensión y, por ello, no formuló duda alguna sobre el Derecho de la Unión.

Sin embargo, un cambio en el planteamiento del litigio principal cabe apreciar en los asuntos acumulados WABE y MH Müller Handels (sentencia de 15 de julio de 2021, C-804/18 y C 341/19, ECLI:EU:C:2021:594). Precisamente la demanda ante el juez nacional llevó a este a plantear la demanda de decisión prejudicial no solo en relación con el factor de la religión, sino también con el del sexo de la trabajadora. Ahora bien, el Tribunal de Justicia no analizó la posible discriminación por sexo dado que la pretensión de interpretación de Derecho de la Unión que remitía el juez nacional se limitaba a invocar la Directiva 2000/78, que no comprende la protección frente a ese tipo de discriminación.

Por último, en el asunto Commune d'Ans (sentencia de 28 de noviembre de 2023, C-148/22, ECLI:EU:C:2023:924), se planteó de nuevo el mismo esquema que en asunto WABE. Una vez más el juez nacional se limitó a la base jurídica de la Directiva 2000/78. La respuesta del Tribunal de Justicia no difirió en este aspecto, salvo en el hecho de incluir el razonamiento necesario para indicar el procedimiento a seguir en el planteamiento de cuestiones prejudicial, de forma tal que, la existencia de una eventual discriminación indirecta por razón de sexo, como se incluía en el auto de remisión del juez nacional, estaría comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54/CE y no en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, único acto al que se refería el órgano de remisión. Se añade que el auto de remisión no ofrecía tampoco elementos fácticos al respecto.

En suma, el Tribunal de Justicia recuerda en esa sentencia que la Directiva 2006/54 debe poder ser interpretada y analizada en relación con los problemas concretos de aplicación de la misma, pero siempre que estos se presenten ante el juez nacional en el litigio del que deba resolver de manera no hipotética.

4.7. La atribución de los trabajos de cuidado y la incidencia de la discriminación por asociación

El Tribunal de Justicia tuvo ocasión de enfrentarse con la necesidad de proteger a la personar cuidadora frente a las discriminaciones que, de manera indirecta, obedecían a las características propias de la persona que es objeto de sus cuidados en el asunto Coleman (sentencia de 17 de julio de 2008, C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415). Aunque se trata de una cuestión que no necesariamente lleva aparejado el elemento del sexo, la realidad pone de relieve que las tareas de cuidado han sido tradicionalmente atribuidas a las mujeres y que, en la actualidad, lo siguen siendo en su gran mayoría. De ahí la relevancia de la configuración jurisprudencial que permite vincular la discapacidad, como factor protegido, con las condiciones a las que pueda verse sometida la persona que se dedica al cuidado de la persona con dicha discapacidad.

En Coleman se trataba de una trabajadora, madre de un menor con necesidades específicas de cuidado que impugnaba su despido sosteniendo que había sido objeto de discriminación por tener un hijo discapacitado. La cuestión planteada por el juez nacional británico al Tribunal de Justicia se refería a la posibilidad de la trabajadora de invocar, como causa de discriminación, una circunstancia –la discapacidad– que no concurría en su persona.

En efecto, el Tribunal de Justicia concluyó que la prohibición de discriminación directa (que, en tal caso, se establece en la Directiva 2000/78) no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Tal discriminación directa existirá cuando el empresario trate de modo desfavorable a una persona trabajadora si dicho trato tiene por motivo la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien dicha persona prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere. Es más, cabe considerar que pudiera darse una situación de acoso por las mismas razones, si se demuestra que el comportamiento reúne las características como tal.

En el asunto Bervidi (sentencia de 11 de septiembre de 2025, C-38/24, ECLI:EU:C:2025:690), el Tribunal de Justicia ha fortalecido esta doctrina en el caso de una trabajadora que había solicitado reiteradamente a su empleador ser destinada, de forma permanente, a un puesto de trabajo con horarios fijos, aceptando incluso que se trataba de un puesto de menor cualificación, a fin de poder ocuparse de su hijo menor de edad, aquejado de una grave discapacidad y de una invalidez total, que vivía con ella y que debía seguir un programa de

cuidados en un horario fijo. En la sentencia se analiza la cuestión del alcance de la adaptación del puesto de trabajo (art. 5 de la Directiva 2000/78), desde la óptica de la protección frente a la discriminación. Sostiene el Tribunal de Justicia que también la discriminación indirecta puede plantearse mediante la figura de la discriminación por asociación. En este sentido, se sigue la línea marcada por el TEDH que, en el asunto Guberina c. Croacia (sentencia de 22 de marzo de 2016, CE:ECHR:2016:0322JUD002368213, ap. 79) declaró que el trato discriminatorio sufrido por una persona debido a la discapacidad de su hijo, con el que mantiene estrechos vínculos personales y al que dispensa cuidados, se considera una forma de discriminación por motivos de discapacidad, comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 14 del CEDH, sin distinguir según sea directa o indirecta esa discriminación.

5. LA IGUALDAD MÁS ALLÁ DEL ÁMBITO DEL DERECHO SOCIAL

Si se observa la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de los últimos tiempos, se podrá constatar que esta ha venido abarcando situaciones en las que el análisis de la igualdad de género cubre todo tipo de litigios y todas las áreas del derecho, no solo el inicial campo del derecho laboral. Además, el género se examina como un factor de discriminación tanto desde la óptica de su determinación jurídica, como de la de la propia identificación.

5.1. Política común de asilo y de protección internacional

En relación con el estatuto de refugiado, regulado en la Directiva 2011/95 ("directiva calificación"[26]), el Tribunal de Justicia ha avanzado una doctrina de enorme relevancia para la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito del asilo y la protección internacional.

Para afirmar tal relevancia basta con constatar cómo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha acudido a la integración en el Derecho de la Unión de la

---

26 Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición).

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Hay que recordar que la Unión Europea no es parte de la Convención; sin embargo, sí lo son todos los Estados miembros. Para el Tribunal de Justicia, la CEDAW puede constituir una herramienta de interpretación de las disposiciones en materia de política de asilo y protección internacional de la Unión, de conformidad con el artículo 78, apartado 1, del TFUE, el cual, además de remitirse a la Convención de Ginebra[27] y al Protocolo[28] sobre el estatuto de los refugiados, menciona "los demás tratados pertinentes".

Además, en lo que refiere al asilo y al principio de no devolución, el Tribunal de Justicia ha incorporado también, a la labor interpretativa que le corresponde, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia hacia las mujeres ("Convenio de Estambul")[29], al que se adhirió la Unión Europea con efectos del 1 de octubre de 2023[30], pese que, a dicha fecha, seis Estados miembros[31] no lo habían suscrito.

Ambos instrumentos se coordinan con lo establecido en la Directiva 2011/95, cuyo Considerando 30 indica que "A efectos de definir un determinado grupo social, se tendrán debidamente en cuenta, en la medida en que estén relacionadas con los temores fundados del solicitante a ser perseguido, las cuestiones relacionadas con el sexo del solicitante, incluida la identidad de género

---

27 28 de julio de 1951.

28 31 de enero de 1967.

29 *Vid.* Warin, C., "Gender in European Union Asylum Law: The Istanbul Convention as a Game Changer?", *International Journal of Refugee Law*, vol. 36(1-2), March/June 2024, pp. 93-105.

30 La UE firmó el convenio en junio de 2017. Durante su reunión del 21 de febrero de 2023, el Consejo solicitó el consentimiento del Parlamento Europeo para adoptar las decisiones sobre la ratificación del convenio. En la sesión plenaria de mayo de 2023, el Parlamento concedió su consentimiento por una mayoría significativa para que la UE pudiera adherirse al convenio. El 1 de junio de 2023, el Consejo finalizó el proceso de ratificación mediante la adopción de dos decisiones sobre la celebración del Convenio de Estambul por parte de la UE. Una de las decisiones se refería a la dimensión de género de las solicitudes de asilo en relación con la cooperación judicial en materia penal, el asilo y la no devolución, mientras que la otra se centraba en las instituciones y los organismos de la administración pública de la UE.
Véase el Dictamen 1/19 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictado el 6 de octubre de 2012.

31 Bulgaria, República Checa, Hungría, Letonia, Lituania y Eslovaquia.

y la orientación sexual, que pueden estar vinculadas a ciertas tradiciones jurídicas y costumbres de las que puede derivarse, por ejemplo, la mutilación genital, la esterilización forzada o el aborto forzado".

En el asunto "WS[32] – Mujeres víctimas de violencia doméstica" (sentencia de 16 de enero de 2024, C-621/21, ECLI:EU:C:2024:47), el Tribunal reconoció que las mujeres, como tales, podían constituir "un grupo social particular" en un país de origen concreto, a efectos de admitir la necesidad de protección internacional, cuando se demostrara que, por razón de su género, estaban expuestas a violencia física o mental, incluida la violencia sexual y la violencia doméstica. Téngase en cuenta que la noción de "refugiado" incluye, en particular, a un nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país (art. 2, letra d), de la Directiva 2011/95 –en el art. 1, sección A, apartado 2, de la Convención de Ginebra–).

La demandante inicial en dicho asunto era una nacional turca, de etnia kurda y de religión musulmana suní. Habiendo sido obligada a contraer matrimonio siendo menor y habiendo sido objeto de violencia conyugal, sin recibir apoyo de su propia familia, huyó del hogar y acabó obteniendo el divorcio, pese a la oposición del esposo, y contrayendo nuevo matrimonio. En su solicitud de protección internacional alegaba temer que la propia familia pudiera matarla, como consecuencia de todas esas circunstancias, si regresaba a Turquía.

A continuación, en el asunto Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid –Mujeres que se identifican con el valor de la igualdad de género– (sentencia de 11 de junio de 2024, C-646/21, ECLI:EU:C:2024:487) esa noción de grupo social, con aras al examen del acceso a la protección internacional, fue aclarada y extendida también a las mujeres de un país tercero que, debido a su estancia, como menores, en un Estado miembro han llevado una vida "occidentalizada" y se han identificado con el valor fundamental de la igualdad entre mujeres y hombres. Tal eras el caso de dos hermanas, adolescentes de nacionalidad iraquí, llegadas a Países Bajos siendo niñas, respecto de las cuales se hace necesario valorar el

---

32 Intervyuirasht organ na DAB pri MS.

riesgo real de ser perseguidas de no acomodarse a las costumbres culturales y sociales en su país de origen.

Por último, el Tribunal de Justicia dio un paso más en el asunto Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl –Mujeres afganas– (sentencia de 4 de octubre de 2024, C-608/22 y 607/22, ECLI:EU:C:2024:828). En la sentencia se declara que la acumulación de medidas discriminatorias contra las mujeres adoptadas o toleradas por el Estado o por otro "agentes de persecución", como las que soportan las mujeres en Afganistán, es, por sí misma, un acto de persecución contrario a la dignidad humana cuya salvaguarda impone con arreglo al artículo 1 de la Carta.

Por tanto, lo que se plantea es si sigue siendo exigible llevar a cabo un examen individualizado de cada caso cuando nos encontramos ante mueres que están sometidas a restricciones impuestas y apoyadas por el propio Estado de origen por el mero hecho de ser mujeres. Ciertamente, a tenor de las circunstancias a las que están sometidas todas las mujeres de nacionalidad afgana, ese examen casuístico no resulta necesario para afirmar que concurren los elementos que pueden dar lugar al reconocimiento de la protección internacional demandada en el territorio de la Unión.

Es relevante subrayar que la doctrina sentada implica la introducción de una noción de discriminación sistémica que implica una evolución destacable de la interpretación normativa acorde con una perspectiva de género.

5.2. Identidad de género y Protección de datos de carácter personal de las personas físicas

La identidad de género y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal[33] han dado lugar a posicionamientos del Tribunal de Justicia que merecen especial mención.

La discriminación basada en la identidad de género ha sido abordada en el asunto Mousse (sentencia de 9 de enero de 2025, C-394/23, ECLI:EU:C:2025:2). El litigio principal se originó por una reclamación que afectaba a la compañía francesa de ferrocarriles en la medida que en que, para llevar a cabo la compra de

---

33 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE –RGPD–.

billetes en línea, se hacía necesario completar un formulario en el que obligatoriamente había que responder a la cuestión de si el cliente debía ser tratado como "Señor" o "Señora". La parte demandante exigía que se eliminara de las bases de datos de la compañía la información obtenida por esa vía o que, en el caso de que la empresa deseara obtener el dato relativo al género del comprador, añadiera una opción más, no binaria, del tipo "Neutro" u "Otro".

Ninguna duda cabe que los datos relativos al género que eran solicitados afectaban, solo a la vida privada. Para el Tribunal de Justicia, sin embargo, no era ese el único efecto. Cabía también que pudieran derivarse consecuencias que incidieran en desigualdades o que provocaran riesgos de discriminación. En efecto, una situación como la subyacente en el litigio principal debía de llevar al juez nacional[34] a evaluar si existía riesgo de discriminación por razón de la identidad de género, en particular la luz de la Directiva 2004/113, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro[35]. A propósito de la invocación de dicha Directiva, el Tribunal precisa que la discriminación debe ser analizada no solo partiendo de que la persona concernida sea de uno u otro sexo, sino que, a la luz del objetivo de la Directiva y de la naturaleza de los derechos que protege, su ámbito abarca también la discriminación que se relacione con un cambio en la identidad de género de la persona en cuestión (se parte, de este modo, de una doctrina que ya aparece en las sentencias de 30 abril 1996, P., C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170, p. 20; y de 27 de abril de 2006, Richards, C-423/04, ECLI:EU:C:2006:256; y 26 de junio de 2018, MB –Cambio de sexo y pensión de jubilación–, ECLI:EU:C:2018:492, p. 51).

---

34 Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Francia.

35 Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

Véase la modificación operada por la Directiva (UE) 2024/1499 (nota 22) 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.

En el asunto Deldits (sentencia de 13 de marzo de 2025, C-247/23, ECLI:EU:C:2025:172) la identidad de género es analizada, no desde el punto de vista de la igualdad y la no-discriminación, sino en línea con el artículo 7 de la Carta, que consagra el derecho fundamental al respeto a la vida privada. El caso concernía la rectificación de datos relativos a la identidad de género que, con arreglo a la legislación nacional en cuestión[36], solo era posible de aportarse prueba de haberse sometido la persona interesada a una cirugía de cambio de sexo.

La jurisprudencia recuerda que el artículo 7 de la Carta, que se corresponde con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), ha de ser interpretado en el sentido de incluir la identidad de género de las personas. Por consiguiente, ello significa que abarca también el derecho de las personas transgénero al desarrollo personal y a la integridad física y moral, sí como el respeto y el reconocimiento de su identidad de género.

El Tribunal de Justicia concluye la autoridad nacional, encargada de la llevanza de un registro público, tiene el deber de rectificar datos personales relativos al sexo de una persona física cuando esos datos no sean exactos, sin que se pueda obligar a dicha persona a aportar la prueba de haberse sometida a cirugía de cambio de sexo.

5.3. Identidad de género y libertad de circulación

La identidad de género como objeto de la protección del marco de los derechos fundamentales garantizados por el derecho de la Unión surge también a propósito de la libre circulación de los ciudadanos.

En el asunto Mirin[37] (sentencia de 4 de octubre de 2024, C-4/23, ECLI:EU:C:2024:845) la decisión del Tribunal de Justicia se produce en el contexto de una demanda en la que se pedía que las autoridades rumanas llevaran a cabo una serie de cambio en el certificado de nacimiento de la parte actora. En concreto, el litigio principal tenía por objeto el cambio en la mención del sexo (de mujer a hombre), el cambio del nombre, y el cambio del código numérico con que, en el Estado Miembro en cuestión, se identifica el sexo. Se pretendía, igualmente, que, tras tales modificaciones, se librara un nuevo certificado de nacimiento.

---

36 Hungría.

37 Véanse las Conclusiones del Abogado General Richard de la Tour, de 4 de septiembre de 2025, en el asunto Shipov, C-43/24.

En el momento de su nacimiento en Rumanía, el demandante, ciudadano rumano, había sido inscrito como mujer. Tras trasladarse al Reino Unido, adquirió la nacionalidad británica, manteniendo al mismo tiempo la nacionalidad rumana de origen. Con posterioridad cambió los datos de su inscripción en Reino Unido, tanto su nombre, como el sexo, obteniendo el reconocimiento de la identidad de sexo como hombre, con arreglo a la legislación de dicho Estado, a la sazón aún integrado en la Unión Europea.

Para el Tribunal de Justicia la negativa a reconocer y consignar en el acta de nacimiento de un nacional de un Estado Miembro el cambio de su nombre y de su identidad, que sí había sido reconoció en otro Estado Miembro, resulta contrario al Derecho de la Unión. El que el Reino Unido dejara de pertenecer, posteriormente, a la Unión no tenía afectación alguna en el caso. En efecto, tal negativa de las autoridades del Estado miembro de origen y nacimiento, del que se posee la nacionalidad, supone una restricción al ejercicio del derecho a la libertad de circulación y de residencia.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sostiene la incompatibilidad de con el Derecho de la Unión de las legislaciones nacionales que impiden a las personas transgénero ejercitar derechos garantizados por aquel Derecho (sentencia de 27 de abril 2006, Richards, C 423/04, ECLI:EU:C:2006:256, p. 31).

A mayor abundamiento, el exigir a una persona que inicia nuevos procedimientos de cambio de identidad de sexo implica exponerla al riesgo de que tales procedimientos la aboquen al riesgo de obtener resultados contradictorios en comparación con los obtenidos ante las autoridades de un Estado Miembro distinto que ya haya reconocido dicho cambio. En sentencia de 19 de enero de 2012, asunto X and Y v. Romania, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) declare que el procedimiento rumano impuesto legalmente para el cambio de sexo era contrario al artículo 8 del CEDH.

El asunto Mirin ofrece reminiscencias de lo razonado por el Tribunal de Justicia en otros supuestos con los que, aunque no se referían a la identidad de género, sino a la orientación sexual, presenta claras analogías en la medida en que también estaba afectado el derecho a la libertad de circulación y de residencia.

Así, a efectos de la libertad de residencia, en el asunto Coman y otros (sentencia de 5 de junio de 2018, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385) el Tribunal llegaba a la conclusión de que Rumanía debía reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo a los efectos de garantizar la residencia de un ciudadano

de un país tercero que había contraído matrimonio con un ciudadano de la Unión. Conviene recordar que, en su sentencia de 23 de mayo de 2023, Buhuceanu y otros v. Rumanía, el TEDH ha declarado que el artículo 8 del CEDH exige que Rumanía otorgue reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo.

Por su parte, en el asunto Pancharevo (sentencia de 14 de diciembre de 2012, C-490/20 ECLI:EU:C:2021:1008) el estado civil se hallaba también en confrontación con el mantenimiento del derecho a la libre circulación y de residencia ante la legislación búlgara que impedía la reconocimiento de un certificado de nacimiento emitido por las autoridades españolas (el Registro Civil de Barcelona), y en el que aparecían dos mujeres como progenitoras de una menor, a los efectos de obtener los documentos de identificación dela menor. En base a la nacionalidad búlgara de una de las madres, dicha menor debería ser considerada también ciudadana búlgara siendo preciso el certificado a fin de identificarse y poder circular en condición de tal. La interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia llevó al juez nacional de remisión –el Tribunal administrativo de Sofía-Ciudad– a estimar la pretensión de la progenitora demandante y a anular la decisión administrativa del distrito de Pancharevo (Sofía) que había denegado el registro del nacimiento de la hija de la actora. Sin embargo, recurrida en casación dicha sentencia por el alcalde de tal distrito, en 21 de noviembre de 2022, el Tribunal Supremo Administrativo de la República de Bulgaria, casó y anuló la indicada sentencia sosteniendo que, no puede ser considerado ciudadano búlgaro quien no tiene al menos un progenitor búlgaro o ha nacido en territorio de Bulgaria, lo que exigía que se acreditara quién era la madre biológica, debiendo. La negativa a identificar tal elemento –amparada en la constatación legal de que ambas mujeres tenían la condición de madres con arreglo a la legislación española–, lleva a dicho Tribunal Supremo a negar que quepa reclamar la nacionalidad para la menor y por, consiguiente, no hay obligación para Bulgaria de expedir un documento de identidad o un pasaporte con arreglo al artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2004/38/CE. Curiosamente, el Tribunal Supremo Administrativo búlgaro lleva a cabo una interpretación de la legislación española para justificar que, en todo caso, no se estaría poniendo en riesgo la ciudadanía de la Unión, dado que, siempre a su juicio, a España le correspondería reconocer la nacionalidad para evitar la apatridia de la menor.

Como se ha indicado, el no reconocimiento del estado civil de un ciudadano de la Unión por parte de un Estado Miembro puede provocar una restricción inadmisible de sus derechos fundamentales a la libertad de movimiento dentro del territorio de la Unión. Por consiguiente, solo la existencia de objetivos

legítimos podría justificar tal limitación. En los tres supuestos citados el Tribunal de Justicia consideró injustificada la limitación.

En todo caso, el reconocimiento de situaciones de este tipo por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ve constreñido a ciertos márgenes en la medida que, como demuestra el resultado final del asunto Pancharevo, la regulación del estado civil constituye una competencia de los Estados miembros. Así, en el asunto Coman, el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo se circunscribía al otorgamiento de un permiso de residencia de larga duración para los cónyuges nacionales de Estados terceros, sin que pueda extraerse la conclusión de que Rumanía estuviera obligada a reconocer ese tipo de matrimonio con otros efectos. En el asunto Pancharevo, la consecuencia a extraer no era la de exigir que Bulgaria inscribiera a la menor con dos progenitores del mismo sexo, sino la de emitir los documentos de identificación, a efectos, de viajar, circular y residir en la Unión en calidad de ciudadana de esta. En el asunto Mirin cabe encontrar implicaciones más significativas puesto que, a tenor de la decisión del Tribunal de Justicia, Rumanía estaría obligada a modificar el nombre y el sexo en el certificado de nacimiento, con coherencia con los datos que figuraban en el certificado en otro Estado Miembro, por lo que, no cabe duda, que ello puede extender sus efectos a situaciones domésticas que vayan más allá del derecho a la libertad de circulación dentro de la Unión.

Finalmente, en el asunto Wojewoda Mazowiecki (sentencia de 25 de noviembre de 2025, C-713/23), el Tribunal de Justicia matiza que el principio según el cual las normas relativas al matrimonio son competencia de los Estados miembros está sometido a la condición de que, en el ejercicio de tal competencia, estos respeten el Derecho de la Unión. En este asunto el Tribunal de Justicia no solo pone en juego el derecho a la libre circulación y residencia, sino también el derecho fundamental a la vida privada y familiar del artículo 7 de la Carta.

En el litigio que motiva el pronunciamiento de Wojewoda Mazowiecki se refiere a dos ciudadanos polacos que habían contraído matrimonio en Alemania, donde residían, y, con la intención de trasladar su residencia a Polonia, solicitaron posteriormente la trascripción en el registro civil polaco, sobre la base de que el matrimonio entre personas del mismo sexo no está reconocido en Polonia, su petición fue rechazada. Lo mismo que sucedía en los asuntos Coman y Pancharevo, se suscita la cuestión de la identidad nacional de los Estados miembros (art. 4.2 TUE), pero en este caso el Tribunal de Justicia precisa que la obligación de reconocer el matrimonio celebrado en otro Estado miembro no atenta contra

tal identidad ya que no implica que esté obligado a incluir el matrimonio entre personas del mismo sexo en su ordenamiento jurídico nacional.

6. CONCLUSIONES

Los casos mencionados son solo ejemplos de la forma en que el Tribunal de Justicia ha desempeñado su papel en la defensa de los valores en los que se basa la UE, un papel que comparte con las demás instituciones de la Unión.

El ordenamiento jurídico europeo, integrado tanto por el Derecho de la Unión Europea, como por el de los Estados miembros, que debe ser conforme con el primero, ha experimentado un desarrollo exponencial transcendente en materia de igualdad y de equiparación de los derechos de las mujeres.

Pero no debe dejar de resaltarse que ello no significa que la realidad haya logrado el nivel de paridad entre mujeres y hombres al que aspira el orden jurídico por el que nos regimos en esta región del mundo.

La existencia de múltiples pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión, del que este capítulo ha dado una cuenta limitada y solo ejemplificativa, evidencia que la litigiosidad en esta materia es ciertamente numerosa. No obstante, en una sociedad europea tan avanzada en el plano teórico la violación reiterada de ese derecho fundamental inalienable sigue estando presente. Si muchas son las sentencias que los jueces europeos dictan en este campo, estas solo muestran la punta del iceberg. En proporción a las situaciones de infracción, existe poca litigiosidad. Las violaciones de la obligación del respeto a la igualdad alcanzan con dificultades la denuncia de sus víctimas y el ejercicio de la acción judicial. Por ello, resultan anecdóticas en relación con los datos estadísticos que continúan mostrando claramente la persistencia de la brecha salarial, las diferencias económicas de todo tipo, la desigual distribución de tareas y de acceso a puestos cualificados, el deterioro de las condiciones de trabajo en sectores de actividad feminizados, etc.[38]

---

38 Véase Informe anual sobre la igualdad de género, "2025 report on gender equality in the EU". *Publications Office of the European Union* (https://commission.europa.eu/document/download/055fdbab-5786-425e-a072-652bf53d8fe4_en?filename=Gender%20Equality%20Report.pdf&prefLang=es).

Capítulo 2
DEL GÉNERO EN LA CONSTITUCIÓN A LA CONSTITUCIÓN CON ENFOQUE DE GÉNERO

Fernando Rey Martínez
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid
https://orcid.org/0000–0002–5005–9401

1. ¿ES FEMINISTA LA CONSTITUCIÓN DE 1978?

La discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido, desde la simple y brutal violencia hasta los más sutiles comportamientos falsamente protectores –se trata mejor a las mujeres porque se las considera más débiles–, la que afecta al mayor número de personas –las mujeres no son una minoría, sino la mayoría social– y la más primaria, porque siempre se añade a las demás discriminaciones, combinando diversas formas de discriminaciones múltiples o interseccionales[1].

El artículo 14 CE prohíbe la discriminación por razón de "sexo". Sin embargo, las normas internacionales y nacionales más recientes emplean la palabra "género" (a partir de la palabra inglesa *gender*). Ambos términos no son, desde el punto de vista conceptual, equivalentes porque, como ha mostrado la literatura feminista, sobre todo a partir del influyente libro de Simone de Beauvoir, *El segundo sexo* (1949), la noción de "sexo" apunta solo a las características físicas del individuo, mientras que la idea de "género" remite a la construcción cultural

[1] Por las peculiares características de la desigualdad que sufren las mujeres, en particular, que son la mayoría de la población y que los prejuicios sexistas que pesan sobre ellas siempre perjudica cualquier otro tipo de discriminación (de modo que, si la mujer forma parte de una minoría étnica o si padece una discapacidad, etc. la situación es peor que la de un varón en situación similar), sucede que los casos más frecuentes y graves de discriminación múltiple acaban afectando particularmente a las mujeres.

que asigna diferentes funciones naturales y sociales a hombres y mujeres[2]. Beauvoir se propone liberar la comprensión de lo femenino de la cárcel determinista de la biología ("la mujer no se define por sus hormonas, ni por instintos misteriosos, sino por la forma en que se percibe, a través de las conciencias ajenas, su cuerpo y su relación con el mundo", p. 896), la economía (como sugería el marxismo, tan influyente en su época; "no hay que creer que baste modificar su condición económica para que la mujer se transforme... mientras no se hayan producido las consecuencias morales, sociales, culturales, etc., que anuncia y que exige, no podrá surgir la mujer nueva", p. 896) o la psicología (frente a los postulados, más bien sexistas –con esas teorías de la envidia del pene, etc.– de los pioneros del psicoanálisis, también tan de moda cuando escribe el libro). La mujer "no es víctima de ninguna fatalidad misteriosa" (p. 898). En definitiva, como reza la frase más conocida del libro en el capítulo sobre la educación (p. 371) "no se nace mujer: se llega a serlo". No obstante, el artículo 14 CE se refiere al "sexo" y desde el punto de vista jurídico, me parece correcto emplear esta palabra (teniendo en cuenta, de modo subyacente, su diferencia con la idea de "género"); incluso en diversas ocasiones es más preciso hablar de "sexo" que de "género"[3].

En España, es la Constitución de 1978 vigente la que reconoce por primera vez y en toda su plenitud la igualdad jurídica de género, aunque con el notable precedente republicano e incluso alguno anterior. Hubo, en efecto, interesantes intentos de reconocer cierta igualdad jurídica y política entre mujeres y hombres antes de 1931, en idéntica línea de lo que sucedía en otros países europeos. Las primeras protestas feministas del siglo XIX tenían, sin embargo, un objeto limitado; ni mucho menos pretendían la plena equiparación de derechos entre mujeres y hombres ni partían de la consideración de la radical igualdad entre

---

2 Resulta curioso que, ya en 1949, Beauvoir (utilizo la edición de Cátedra de 2008) comenzara su obra observando que escribir "un libro sobre la mujer... es un tema irritante, sobre todo para las mujeres y no es ninguna novedad" (p. 47) pues "la polémica del feminismo... está prácticamente cerrada".

3 Por ejemplo, cuando hablamos de escuelas diferenciadas, es más exacto referirse al sexo que al género porque el criterio de separación es exclusivamente el biológico: niños y niñas. O cuando nos referimos a la rectificación registral de las personas transexuales, donde el asiento que se modifica es, precisamente, el sexo, no el género (se rectifica el sexo para hacerlo coincidir con el género). La relación entre los conceptos de "sexo" y de "género" es crecientemente discutida en el ámbito de las ciencias sociales. Por otro lado, hay quien, directamente, se identifica como disidente de género por considerar las clasificaciones en este campo restos fósiles del patriarcado.

ambos, dado que aún las sociedades europeas (y mucho menos la nuestra) estaban lejos de secularizarse tanto como para convenir que mujeres y hombres no tuvieran distintas *funciones* sociales que cumplir (producción y mando, los hombres, reproducción y obediencia, las mujeres). Religiones y tradiciones, sobre todo ligadas a una cierta idea de "familia", venían a impedir cambios excesivamente bruscos en el imaginario social del periodo. En efecto, el primer feminismo de finales del siglo XIX y comienzos del XX, llevaba en el zurrón de sus propuestas temas tan concretos y limitados como el acceso de las mujeres solteras a las profesiones; el derecho de las mujeres casadas a administrar su propio patrimonio; la mejora de la educación de las mujeres y el ingreso de estas a los estudios superiores... y el sufragio femenino. Poco más. Aunque no era poco, ni poco importante, ni fácil de conseguir. Y eso que, como puede observarse, eran reivindicaciones propias no de todas las mujeres, sino de los grupos más activos de las mujeres de las clases burguesas, posidentes e ilustradas.

En mi opinión, el cambio cultural que lleva a considerar a mujeres (a todas ellas) y a hombres como sujetos plenamente iguales y, por tanto, con idénticos derechos, no empieza a abrirse paso, en realidad, sino a partir del cambio axiológico asociado al nivel de desarrollo económico y cultural de las sociedades europeas y norteamericanas alcanzado a partir de los años sesenta del siglo XX, en concreto a raiz de mayo del 68, que coincide, además, en el tiempo y creo que, de modo no casual, con la incipiente generalización de los anticonceptivos y, por tanto, con el control de la propia maternidad, lo que permite, por fin, la conciliación entre "producción" (trabajo extradoméstico) y "reproducción". De ahí que, a mi juicio, la plena igualdad entre mujeres y hombres, tal y como la entendemos contemporáneamente, en realidad arranca constitucionalmente de verdad en nuestro país con la Constitución de 1978.

Esto no empequeñece, por supuesto, el valor histórico de los antecedentes, sobre todo del republicano. Asombra, por ejemplo, la lucidez, actualidad y coraje de Clara Campoamor en los debates de elaboración de la Constitución de 1931[4].

---

[4] Pero hay, incluso, precedentes interesantes, empezando por la proposición de ley del conde de Casas-Valencia en el Senado de 1908 alegando que en España "las mujeres podían ser reinas, pero no electoras". O el intento, también en ese año, de reconocer el sufragio para las mujeres mayores de edad, emancipadas y cabezas de familia en las elecciones municipales (en 1907 se había generalizado el sufragio masculino), lo que fue rechazado en el Congreso por 65 votos en contra y 35 a favor. También cabe recordar el periodo de la Dictadura de Primo de Rivera

No cabe olvidar tampoco a las mujeres pioneras que fueron erosionando las barreras para acceder a universidades y profesiones liberales desde finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Ya durante el siglo XIX hubo un par de decenas de mujeres licenciadas y hasta cinco doctoras, entre ellas la palentina Trinidad Arroyo (en oftalmología) o la también palentina Carmen Cuesta del Muro, la primera mujer doctora en Derecho de nuestro país[5]. La revolución progresista de 1868 abrió tímidamente la puerta de las universidades a las mujeres, aunque estas necesitaban aún de un permiso especial ante "la superioridad" que definitivamente se abole en 1910. A partir de ese momento, las mujeres irrumpen en un lugar que hasta entonces les estaba vedado porque la (in)cultura dominante les reservaba el espacio doméstico y de cuidados, y no el del ejercicio de profesión alguna.

El Decreto de 8 de mayo de 1931, en los pródromos de la República, declaró a las mujeres elegibles, pero no electoras. En el Congreso republicano constituyente, solo hubo dos mujeres, Clara Campoamor, del Partido Radical, y Victoria Kent, del Partido Radical Socialista. La primera postuló el voto femenino con audacia y rigor lógico: ¿cómo reconocer constitucionalmente la igualdad en general y privar al mismo tiempo a las mujeres de sus derechos políticos? Tras el decisivo debate de la sesión de 1 de octubre de 1931 (un día que ella calificó "el gran día del histerismo masculino" por el tono de sus adversarios), se aprobó el histórico artículo 34: "Los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de 23 años, tendrán los mismos derechos electorales, conforme determinen las leyes" por 161 votos a favor, 121 en contra y 188 abstenciones. Solo estaba presente el 60% de miembros de la Cámara. Enfrente, Victoria Kent, quien expresó la "inoportunidad" de esta medida dada la tradicional dependencia de las mujeres del ideario conservador y religioso[6].

---

y su pretensión de reconocer el voto femenino para la Asamblea Nacional Consultiva y para las elecciones municipales, siempre que no fueran "casadas ni prostitutas".

5 Lee su tesis, bajo el título "La sociedad de gananciales", el 7 de diciembre de 1928 en la Universidad Central de Madrid, actual Complutense, el único lugar habilitado para ello de todo el territorio nacional, con una calificación de "sobresaliente". Se había licenciado en Derecho por la Universidad de Valladolid el 25 de febrero de 1926.

6 En sus propias palabras: "El voto femenino debe aplazarse... es necesario hacerlo porque yo necesitaría ver, para variar de criterio, a las madres en las calles pidiendo escuelas para sus hijos, yo necesitaría haber visto en las calles a las madres prohibiendo que sus hijos fueran a Marruecos... No es cuestión de capacidad, es cuestión de oportunidad para la República".

Incluso una vez aprobado el artículo 34, los detractores del voto femenino plantearon, y casi lograron (perdieron la votación por 131 a 127), que el derecho de sufragio femenino se aplazara, mediante la correspondiente disposición transitoria, hasta que no se renovaran los ayuntamientos entonces vigentes o, incluso, hasta ocho años después de aprobada la ley electoral.

A favor del voto femenino se pronunció el Partido Socialista (con alguna notable excepción, como la de Indalecio Prieto, que lo consideró "una puñalada" para la República), las derechas y algunos republicanos, sobre todo catalanes y vascos. En contra, los partidos republicanos (con la notoria excepción de Campoamor). En las elecciones siguientes, cuyo censo electoral pasó del 26% al 55% de la población, triunfó la derecha, la CEDA, pero es muy discutible que ello se debiera al voto femenino más que a los propios errores del gobierno anterior. Como curiosidad, solo cuatro mujeres resultaron elegidas diputadas y ni Campoamor ni Kent estaban entre ellas.

El franquismo hizo suyo un ideario de la mujer no ya ultraconservador, sino incluso pre-liberal, del Antiguo Régimen. El lugar de la mujer es la iglesia y el cuidado de la casa y del marido, los padres y los hijos. Obviamente, en el periodo de la transición, cuarenta años después, se habían producido cambios sociales y culturales de calado, pero aún carecían de la capacidad de imponerse rápidamente y con claridad al modelo patriarcal tradicional.

En las Cortes constituyentes de 1978 tan solo hubo 27 diputadas y 6 senadoras, pero su papel político fue menor. No hubo en este periodo algo parecido al brillante momento que protagonizaron Clara Campoamor y Victoria Kent en 1931. Tan solo algunos gestos testimoniales, sobre todo en relación con la preferencia del varón sobre la mujer en orden a la sucesión monárquica. Los partidos políticos impusieron su disciplina sin fisuras: el margen de libre actuación de las diputadas –y los diputados– era limitado; dudo que su participación hubiera sido más decisiva aunque hubieran sido muchas más; el texto constitucional reconoció la igualdad entre mujeres y hombres en diversos preceptos sin mayores problemas (salvo la cuestión pendiente, pero aún lejana, del aborto); en ese periodo existía la impresión de que había muchas otras cuestiones políticas de mayor envergadura que la de la igualdad entre mujeres y hombres (la recuperación plena de la democracia y los derechos; la cuestión territorial; la correcta ocupación en el espacio institucional de los denominados "poderes fácticos", etc.); por otro lado, las doctrinas tradicionales de izquierda postulaban la emancipación de los obreros en general, sin

enfoque de género; la situación de la igualdad de género tampoco era en la España de los años setenta notablemente distinta y peor que en la mayoría de Estados que ya eran democráticos por entonces... Todo esto explica que, inicialmente, la igualdad entre mujeres y hombres no pareciera una de las cuestiones constitucionales centrales. A pesar, por supuesto, de la existencia de pequeños, pero muy activos, grupos de feministas[7].

A mi juicio, el cambio cualitativo se producirá cuando, en los primeros años ochenta, el PSOE incorpora los postulados de las feministas socialistas del momento, con hitos como el de la creación del Instituto de la Mujer y, sobre todo, por influencia del partido socialdemócrata alemán, de la cuota del 25% para los cargos orgánicos y los puestos de representación. Las críticas recibidas fueron enormes y provinieron de todos los lados, pero esta dinámica se acabó imponiendo de modo formal o fáctico, en todos los partidos.

La Constitución recoge la igualdad entre mujeres y hombres de modo impecable. La cláusula general antidiscriminatoria se halla en el artículo 14, pero también hay previsiones expresas respecto del matrimonio (art. 32) o del trabajo (art. 35) y de modo implícito en la educación (art. 27.2). Otra cosa es que las inercias patriarcales sean robustas y cueste conseguir la igualdad real.

Nada hacía suponer en 1978 que la cuestión de la igualdad jurídica y real entre mujeres y hombres se iría a convertir varias décadas después en uno de los temas constitucionales centrales. Tanto como para sustituir, como enfoque ideológico/metodológico *par excellence*, a otros criterios que en el pasado (y hoy, de forma más residual) cumplieron funciones parecidas, como el religioso, el marxista, etc. Pero, en 1978, en la agenda de la igualdad de género figuraban cosas diferentes que en la actual. Entonces, sobre todo, el divorcio, aún no reconocido, y, en menor medida, el aborto. Hoy, la lucha contra la violencia de género en todas sus formas y la plena igualdad ciudadana entre mujeres y hombres –lo que afecta a ámbitos tan cruciales como el empleo, los seguros sociales o la educación, entre otros–.

---

7 Miguel Delibes expresa magistralmente esto en su novela *El disputado voto del señor Cayo*, escrita en el mismo año de la aprobación de la Constitución de 1978. Una de las políticas protagonistas, Laly, a la que no dejaban sus compañeros de partido mitinear sobre la igualdad de las mujeres, estalla: "No te engañes, Víctor, nuestra lucha se acepta como un coñazo social, no nos la tomamos en serio más que cuatro docenas de mujeres" (Delibes, 2017, 54).

Los cambios sucedidos en estos cuarenta años han sido radicales. Y no solo respecto de la situación episódica del franquismo, sino de toda la historia. La autonomía personal, social, económica y cultural de las mujeres nunca antes había sido tan plena. Tampoco la consciencia de ello. Esto marca un antes y un después histórico que hemos podido observar (e, incluso, participar, de alguna manera) los españoles y españolas que hemos vivido en las postrimerías del siglo XX y el comienzo del siglo XXI.

La igualdad real entre mujeres y hombres, en todos los ámbitos de la vida social, comienza, a mi juicio, sobre todo, con la autonomía económica de las mujeres respecto del varón (lo cual supone, previamente, autonomía educativa), es decir, con la irrupción masiva de las mujeres en el trabajo extradoméstico. Por supuesto, los prejuicios sexistas se resisten a desaparecer; de hecho, en este campo hay avances, pero también retrocesos: la igualdad no cae como fruta madura, es una conquista diaria de la civilización. En el ámbito laboral se mantienen fenómenos obstinados: el menor salario por trabajos de igual valor, la segregación horizontal y vertical, el acoso laboral y el acoso de género, etc. En conjunto, las mujeres siguen ocupando en todo el mundo el trabajo de peor calidad y más precario. Esto se debe a que muchas personas siguen pensando, a pesar de todo e incluso a veces de manera poco consciente, que deben ser las mujeres quienes deben ocuparse exclusiva o preferentemente del cuidado de los hijos y de los familiares. Mujeres "cuidadanas", no "ciudadanas". Esto no es la igualdad, que requiere un intercambio potencial de papeles sociales entre mujeres y hombres. Para que las mujeres entren de verdad en el espacio extradoméstico, los hombres debemos entrar de verdad en el espacio doméstico. La cuestión de la conciliación entre vida privada y laboral se convierte, así, a mi juicio, en una de las cuestiones capitales de nuestros días. Normalmente, el enfoque normativo tiende a facilitar dicha conciliación a costa de fragilizar la carrera profesional de quienes la eligen; como abrumadoramente son las mujeres, tales medidas de conciliación lo que hacen es consagrar aún más la desigualdad entre mujeres y hombres. La legislación sobre conciliación es, en líneas generales, una legislación bumerán que, frecuentemente, consigue justo lo contrario de lo que pretende.

El otro campo principal de preocupación es el de la violencia en todas sus formas. Se ha avanzado mucho, pero los datos son brutales. La cifra negra seguro que es mayor. Espacios también sensibles donde aún no se logrado la igualdad real son el de la imagen social de las mujeres y los medios de comunicación; el campo de la educación, en el que la ciencia y la tecnología sigue siendo predominantemente masculinas; el del poder y la toma de decisiones, aun fuertemente desequilibrada

a favor de los varones en todos los ámbitos, públicos y no digamos ya privados (creo que no es ajeno a ello el problema capital no resuelto, antes mencionado, de la conciliación entre vida profesional y vida privada); y, finalmente (aunque la lista podría ser mayor), la situación de ciertos colectivos concretos de mujeres, desde las mujeres de minorías étnicas, como inmigrantes y gitanas, pasando por las reclusas, a las mujeres en prostitución, etc.

El derecho internacional ha jugado un papel clave en la penetración del derecho antidiscriminatorio en nuestro país. Naciones Unidas cuenta con un importante tratado, la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres (1979 –normalmente–, citado por sus siglas en inglés CEDAW), publicado en España el 21 de abril de 1984. Nuestro país ha suscrito el Protocolo Facultativo que permite a particulares y asociaciones elevar denuncias directamente al Comité CEDAW. Este Comité evacúa interesantes informes periódicos sobre la situación de la igualdad de género en España y formula valiosas recomendaciones, aunque no son vinculantes.

Un hito en la evolución de este derecho en nuestro país y en todo el mundo es la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la Mujer celebrada en Beijing entre el 4 y el 15 de septiembre de 1995. En esta Conferencia se sustituye la noción de "igualdad de la mujer" por la contemporánea "igualdad de género"; se introducen conceptos clave como el de empoderamiento o transversalidad; se reconoce claramente la igualdad de género como un derecho humano; se introducen nuevas garantías institucionales y se indican las áreas u objetivos estratégicos de lucha por la igualdad (educación, economía, pobreza, poder, medios de comunicación, salud, violencia, conflictos armados, las niñas, medio ambiente). La nueva metodología fue implantada en España a través de los planes estatales, autonómicos e incluso locales de igualdad de género.

La igualdad entre mujeres y hombres forma parte de la política social de la Unión Europea e integra el acervo comunitario. La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (de 2 de octubre de 1997), el 1 de mayo de 1999, marcó un hito en la política de igualdad de la UE. Hasta entonces, los textos constitutivos tan solo mencionaban el principio de igualdad de retribución en una disposición aislada, el antiguo artículo 119 del Tratado Fundacional de 1957. Tan limitado fundamento legal no impidió que la Comisión Europea impulsara desde principios de los años setenta directivas, programas e iniciativas de financiación, a la vez que abanderaba campañas de sensibilización. La "percha" del artículo 119 TCE

resultó así ser el útil fundamento jurídico sobre el que se fue abriendo camino, vía derecho derivado, la política europea de la igualdad de género. La disposición más importante e influyente del derecho comunitario en esta materia ha sido la Directiva 76/207/CEE sobre 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 profesional, así como a las condiciones de trabajo. Esta Directiva ha sido modificada el 23 de septiembre de 2002 para adaptarla a la evolución de la jurisprudencia y al Tratado de Ámsterdam, así como para incluir nuevas disposiciones relativas a cuestiones importantes, como el acoso sexual y su consideración como una discriminación directa, y finalmente, ha sido "codificada" junto con el resto de Directivas sobre igualdad entre mujeres y hombres por la Directiva 2006/54. Por supuesto, el Derecho originario reconoce expresamente la igualdad y la igualdad entre mujeres y hombres: art. del Tratado de la Unión Europea, art. 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y arts. 21.1 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, es la norma que, fundamentalmente, transpone en nuestro ordenamiento los principios y reglas provenientes del derecho europeo, junto con la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Hay que tener en cuenta también la relevante Ley Orgánica 1/2004, de violencia de género.

Este impresionante desarrollo del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo/género puede llevar a preguntarnos si nuestra Constitución es, ideológicamente, un texto feminista. La Constitución es una norma jurídica plagada de valores, no es ideológicamente neutra, porque contiene rasgos distintivos o expresivos, ni tampoco es axiológicamente neutral, porque sí elige determinadas posiciones frente a otras antitéticas (democracia frente a autoritarismo; paz frente a conflicto; libertad e igualdad reales y efectivas frente a injusticia, etc.). Sin embargo, hay diversas maneras de entender el feminismo, por lo que la respuesta no es tan sencilla porque dependerá del enfoque escogido. No obstante, si partimos de la pulcra definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, que define el feminismo como "el principio de igualdad de derechos de la mujer y el hombre"[8], podremos concluir sin demasiada dificultad que nuestra

---

8 La segunda acepción hace referencia al "movimiento que lucha por la realización efectiva en todos los órdenes del feminismo". El Diccionario no se detiene, por tanto, en un simple

Constitución es precisamente eso, feminista, y lo es por primera vez en nuestra historia. La definición de la Academia coincide perfectamente con la definición constitucional del artículo 14 CE.

El contenido constitucional de la igualdad de género ya no es el de 1978, se ha ido densificando por la vía internacional, la legal y la jurisprudencial. Es de tal magnitud que, en realidad, no se trataría tan solo, ante una eventual futura reforma de la Constitución, de añadir un artículo dedicado exclusivamente a ella, que incluyera la protección contra la violencia de género, la representación política paritaria, etc., o de modificar alguna otra disposición, como la preferencia de los varones a la hora de acceder al trono del artículo 57.1 CE[9], sino de *leer* todos y cada uno de los preceptos constitucionales desde un enfoque de género, esto es, de valorar la,

---

reconocimiento formal de la igualdad de derechos entre mujeres y hombres, sino que abraza también la idea de la igualdad real y efectiva del artículo 9.2 CE. Desde mi punto de vista, sería preferible aludir a "mujeres" y "hombres" en plural para destacar la pluralidad y diversidad de las mujeres y de los varones no solo entre ellos, sino también entre sí. Desde luego, es mucho mejor la redacción actual de la palabra "feminismo" que la de la edición del Diccionario de 2001, que lo definía como una "doctrina social favorable a la mujer, a quien concede capacidades y derechos reservados antes a los hombres". El feminismo, en una sociedad democrática, no es una doctrina solo favorable a "la mujer", sino a todos y porque en ningún caso se trata del resultado de una "concesión", sino de la expresión de un nuevo contrato social/sexual. Ya advirtió J. Stuart Mill en su obra *The Subjection of Women* (1869) que la humanidad entera gana mucho con la libertad de las mujeres: duplica la suma de facultades intelectuales para el bien de la especie humana, conduce a la felicidad de todos y, finalmente, libera a los varones de la corrupción que recae también sobre el déspota (*ibidem*, 365 ss.).

9 En 2005, el Gobierno de la época intentó, sin éxito, la reforma de, entre otros asuntos (*vid.:* Rubio Llorente, F. y Álvarez Junco, J. (editores): *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional*, Consejo de Estado y CEPCO, Madrid, 2006, sobre todo, pp. 273-456), la regla de la preferencia de los varones sobre las mujeres en la sucesión al trono del artículo 57.1 CE: "La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S.M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón sobre la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos".
El artículo 57.1 CE no es una disposición formalmente inconstitucional, pero es evidente que tensiona de una manera irrazonable y desproporcionada, desde el punto de vista de su contenido, la coherencia interna del texto constitucional en la medida en que pugna contra el derecho fundamental de igualdad de género (art. 14 CE). En cuanto al contenido de la reforma, a mi juicio, en primer lugar, habría que suprimir diez palabras de la redacción actual del artículo 57.1 CE: "... el varón sobre la mujer, y en el mismo sexo...". Personalmente, optaría por una fórmula como la siguiente: "La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S.M. D. Felipe VI. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre

en su caso, desigual aplicación real de la Constitución a hombres y mujeres para, desde ahí, realizar los ajustes correspondientes.

Para comprender cabalmente el significado constitucional del artículo 14 CE es necesario analizar la relevante jurisprudencia constitucional sobre él.

2. JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE LA IGUALDAD DE GÉNERO CONSTITUCIONAL: DISCRIMINACIONES DIRECTAS, INDIRECTAS Y ACCIONES POSITIVAS

La interpretación que ha venido realizando el Tribunal Constitucional de la prohibición de discriminación por sexo del artículo 14 CE ha transitado desde "el terreno de lo reactivo" hacia "la adopción de una actividad enormemente proactiva o propositiva" (Ana Carmona[10]). El Tribunal ha identificado, fundamentalmente, discriminaciones directas e indirectas y también se ha pronunciado sobre diversas acciones positivas, a veces sin demasiada precisión conceptual.

2.1. Discriminaciones directas

El Tribunal Constitucional ha considerado como discriminaciones directas, prohibidas por la Constitución, por ejemplo, medidas como las denominadas "cláusulas de celibato", es decir, las normas que suspendían el contrato de trabajo para el personal femenino al contraer matrimonio (se referían a Telefónica: STC 7/1983 y posteriores); o la disposición pre-constitucional que otorgaba la condición de cabeza de familia solo al varón (STC 241/1988); o las numerosas discriminaciones por razón de embarazo: el Tribunal mantiene en

---

la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; y en el mismo grado la persona de más edad a la de menos".

10 "La igualdad efectiva entre mujeres y hombres", en *La democracia y sus derechos. La legislatura que cambió España*, Rodríguez Zapatero, J. L. (coord.), ed. Península, Barcelona, 2024, p. 94. Un análisis reciente de la jurisprudencia puede hallarse en el sugerente libro de Alicia Cárdenas: *La jurisdicción constitucional de la igualdad. Una revisión crítica del papel del Tribunal Constitucional en la superación del orden de género*, Dykinson, Madrid, 2025. Una lectura crítica de los conceptos de discriminación directa e indirecta por ser deudores de "una visión formalista, individualista y bilateral de la discriminación" (p. 149), así como, lógicamente, de la jurisprudencia, criticable "desde una perspectiva iusfeminista y analítica" (p. 150) se puede encontrar en Barrère Unzueta, M.: "El principio de igualdad de trato vinculado a la discriminación directa o indirecta", en *El Derecho a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hiombres. Una evaluación del Primer Decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Thomson Reuters y Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 119-153.

este punto una tendencia inequívocamente garantista, pues ha extendido la protección de la trabajadora embarazada no solo a los despidos (por todas: STC 136/1996), sino incluso, al período de prueba –STC 166/1988–, a la no renovación del contrato de trabajo –STC 173/1994–, a las funcionarias interinas –STC 20/2001–, a las discriminaciones ocultas –por ejemplo, en la Sentencia 98/2003 el Tribunal estimó el amparo presentado por una trabajadora que ocupaba la jefatura de la secretaría de un consejero regional pues fue cesada formalmente por "errores e incumplimientos en el desempeño de sus funciones" pero, en realidad, por haberse quedado embarazada–, el no dar opción a la trabajadora a mejorar sus condiciones laborales por encontrarse de baja por embarazo de riesgo (STC 3/2017) e incluso a no pagar los salarios de tramitación a la trabajadora embarazada que es despedida alegando que su despido fue nulo (STC 22/2024).

En casos de discriminación se invierte la carga de la prueba, esto es, corresponde a la trabajadora acreditar la existencia de indicios de que ha sufrido la discriminación, pero es el empleador quien debe probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable su decisión y destruir así la sospecha de lesión constitucional generada por los indicios. En la STC 162/2016 el Tribunal otorga el amparo a una magistrada a quien se niega los derechos económicos y profesionales inherentes al cargo por no haber podido tomar posesión de la plaza al disponer de licencia por embarazo; y en la STC 2/2017 se dispensa el amparo a una trabajadora a la que, con posterioridad a su embarazo y maternidad, se le impide ejercer su derecho preferente de modificación de las condiciones laborales reconocido por convenio.

También en el capítulo de las discriminaciones directas, hay que llamar la atención sobre algunas sentencias de gran valor simbólico e histórico: la que considera, por ejemplo, que la inadmisión por el Ministerio de Defensa de una mujer a las pruebas para el ingreso en la Academia General del Aire es una medida contraria al artículo 14 CE (STC 216/1991), y la que declara inconstitucional el artículo 1 del Decreto de 26 de julio de 1957 que prohibía el trabajo de la mujer en el interior de las minas (STC 229/1992).

La STC 224/1999 tiene el mérito de haber catalogado por primera vez el acoso sexual como una forma de discriminación sexual (así como una violación del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE). Para que pueda apreciarse un acoso sexual el Tribunal exige "una conducta de tal talante por medio de

un comportamiento físico o verbal manifestado en actos, gestos o palabras", comportamiento "que se perciba como indeseado e indeseable por su víctima" y que "sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato".

El Tribunal Constitucional ha identificado la figura de las discriminaciones de género directas por asociación (a las que ha llamado "reflejas") en la STC 71/2020, de 29 de junio[11]. Una enfermera del hospital público de Galdakao solicita dos días de licencia por cuidado de familiar hospitalizado, en su caso, una hermana que había dado a luz. La Administración se la deniega por entender que las licencias se concedían por enfermedad, pero un parto no es una enfermedad. El Tribunal Constitucional no duda en afirmar, con buen criterio, que estamos en presencia de una discriminación por género porque solo las mujeres pueden parir y esta exclusión de la licencia las perjudica a ellas. Ahora bien, el asunto es más complejo como se señala en el interesante fundamento jurídico cuarto. En primer lugar, no sería una discriminación indirecta porque excluir de la licencia a los alumbramientos no es una medida "aparentemente neutra" de diferenciación de trato como son las que requieren las discriminaciones indirectas o de impacto, sino que es una diferenciación que discrimina directamente a las mujeres. En segundo lugar, el Tribunal repara en que la discriminación de género no la sufre la persona que solicita la licencia, porque también incluye a posibles varones que pudieran pedirla, no solo a mujeres. La discriminación la sufre la persona que solicita la licencia, pero no por su género, sino por el del familiar hospitalizado. Es decir, "los familiares sufren las consecuencias de una discriminación por razón de sexo de manera refleja por su vinculación familiar con la mujer que está hospitalizada por parto".

---

11 Por influencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha sostenido que las discriminaciones por asociación derivadas de una discapacidad están prohibidas por la Directiva 2000/78. Así lo dispuso en la sentencia de 17 de julio de 2008 (Coleman v. Attridge Law, C-303/06, apartado 56): "cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el artículo 2, apartado 2, letra a) de la Directiva 2000/78". En la reciente sentencia C-38/24 (Bervidi), de 11 de septiembre de 2025, ha extendido la protección contra las discriminaciones por asociación (también por discapacidad) a las de tipo indirecto. El caso se refería a una empleada del metro de Roma que cuidaba a su hijo con una gran discapacidad, pese a lo cual su empresa no le habría ofrecido ajustes razonables, especialmente de su horario.

Una Sentencia o, por mejor decir, dos, que llaman la atención tienen que ver con un caso que, para alguna magistrada en su voto discrepante, es de violencia obstétrica. Una mujer quiere parir en su casa, pero acude a urgencias porque el parto se retrasa y allí, ante el riesgo derivado de ello, le recomiendan la inducción al parto en el hospital. La gestante regresa a su casa, pero el hospital de Oviedo lo comunica al juzgado de guardia, que ordenó el ingreso de la embarazada en el hospital, donde fue trasladada en ambulancia acompañada por la Guardia Urbana. Finalmente, se le practicó una cesárea. En la primera Sentencia (STC 66/2022), planteada por la mujer, se discute si la decisión judicial del ingreso hospitalario forzoso, carente de habilitación legal expresa y sin audiencia previa a la afectada, lesionó el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y a la intimidad de la recurrente (art. 18 CE). El Tribunal consideró que no, desestimando la demanda, porque el juez defendió la vida del *nasciturus* en un contexto de extraordinaria urgencia. El voto discrepante de XIOL enfatiza que la ausencia de audiencia previa ha provocado la "cosificación" de la mujer en el debate judicial ya que se desaprobó su voluntad en relación con un tratamiento sanitario invasivo. La segunda Sentencia (STC 11/2023) versa sobre si se violó el derecho de la gestante a dar luz en su domicilio, derecho que, en principio y según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (sobre todo en Dubská y Krejzová v. Chequia, de 2016) se incluye dentro del derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio de Roma. El Tribunal Constitucional también desestima este amparo porque sostiene que el derecho a dar a luz en casa no es ilimitado, pues también se deben preservar otros bienes jurídicos en presencia, como la vida del feto, y porque la gestante sí prestó su consentimiento para la cesárea. Las magistradas Montalbán y Balaguer, en sus respectivas opiniones discrepantes, desde "una perspectiva de interpretación constitucional feminista", consideran, sin embargo, que la decisión de la gestante no fue libre por el contexto coactivo de la decisión y, por tanto, concluyen que sí hubo violencia obstétrica. El magistrado J. C. Campo, en su voto también discrepante, no opina que estemos en presencia de un caso de discriminación por género, sino, más bien de integridad corporal y consentimiento informado, de modo que el asunto estuvo finalmente "bien resuelto, pero mal argumentado".

Se hace necesario mencionar también la STC de 9 de mayo de 2023 que, desestimando el recurso de varios diputados del Grupo parlamentario popular en el Congreso contra la Ley orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de interrupción del embarazo, declara la plena validez del sistema de plazos del aborto que introduce dicha norma, reconociendo el derecho de las mujeres

a decidir libremente sobre su maternidad durante las primeras catorce semanas de gestación. Este derecho lo ancla el Tribunal en la dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y la integridad personal (art. 15 CE), en conexión con la prohibición de discriminación de género (art. 14 CE).

Un asunto de importancia práctica quizá menor, pero de enorme peso teórico es la validez constitucional de una norma penal que castiga más a los hombres cuando maltraten a sus mujeres o ex–mujeres que a las mujeres cuando maltraten a sus parejas varones. La violencia de género es, sin duda, el mayor ataque a la dignidad e igualdad de las mujeres. No insistiré más en ello porque es una materia que se trata en otra parte de este libro. El marco jurídico español relevante en este asunto se compone de la pionera Ley orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, de 22 de julio; de los preceptos aplicables del Código Penal; del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia de la mujer y la violencia doméstica (Estambul, 11 de mayo de 2011, ratificado por España el 6 de junio de 2014[12]); y de la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento europeo y su Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (cuyo plazo de transposición termina el 14 de junio de 2027).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la STC 59/2008 sobre la constitucionalidad de la regulación penal de la L.O. 1/2004, que introdujo

---

12 El Tribunal europeo de derechos humanos ha ido elaborando una abundante jurisprudencia sobre el particular, incluida la violencia digital en casos como el de Buturuga v. Rumanía (2020), donde se aprecia por primera vez el ciberacoso como forma de violencia de género (se produjo una brecha en la privacidad de la demandante porque su exmarido invadió su ordenador), o Volodina v. Rusia (2021), donde se condena a Rusia por no proteger de forma adecuada a la demandante frente a su expareja, que había puesto un GPS en su bolso y la había creado perfiles falsos en redes sociales con su nombre. El Tribunal europeo acuñó en 2009 la doctrina Opuz (Opuz v. Turquía), aplicada después en otros asuntos, según la cual, los Estados pueden lesionar derechos del Convenio de Roma (protección de la vida o de la integridad personal) por la falta de protección y pasividad de las autoridades policiales y judiciales (la mujer en el caso fue asesinada por el marido a pesar de las denuncias de las previas amenazas de muerte y las lesiones provocadas por este). El Estado debe adoptar medidas operativas preventivas para proteger la vida y la integridad de las mujeres cuando estas corren peligro. Es, como se señala en Kurt v. Austria (2021), una obligación de medios, no de resultado, pero las autoridades deben dar una respuesta rápida; evaluar el riesgo de modo objetivo, exhaustivo y desde las circunstancias concretas del caso; e intervenir, desde ahí, con medidas preventivas adecuadas y proporcionadas al nivel del riesgo. Por no hablar de la garantista jurisprudencia del Tribunal sobre tráfico de personas (a menudo, mujeres) y esclavitud (últimamente, por todas, F. M. y otros v. Rusia, de 10 de diciembre de 2024).

subtipos agravados en relación con los malos tratos ocasionales, las amenazas leves, las coacciones leves y las lesiones (arts. 153.1 –maltrato físico o psíquico leve ocasional–, 171.4 –amenazas leves–, 172.2 –coacciones leves– y 173.2 –maltrato habitual– del Código Penal) en función de quién fuera el sujeto pasivo, previendo mayor pena si este fuera la esposa o mujer con la que mantuviera una análoga relación de afectividad (o si fuera "persona especialmente vulnerable" que conviviera con el autor). Concretamente, la pena para el varón que, de cualquier modo, cause menoscabo psíquico o lesión (que no fueran constitutivos de delitos) o golpeare o maltratare (sin causar lesión) a la esposa o pareja con la que conviva será de seis meses a un año de prisión, mientras que, si la víctima es el hombre y la ofensora la mujer, la pena será de tres meses a un año. El Tribunal considera que esas normas penales son conformes con la Constitución porque, en materia penal el legislador goza de una amplia libertad de configuración; porque la diferencia de trato es razonable, pues persigue un fin legítimo (luchar contra la violencia de género), es adecuada a esa finalidad por la frecuencia de los delitos de violencia en que la víctima es la mujer y, sobre todo, por el mayor desvalor (o gravedad) de este tipo de conductas, porque "manifiestan la discriminación y la relación de poder de los hombres sobre las mujeres". Además, es una norma proporcionada porque la diferencia de trato es escasa: solo esos tres meses del límite mínimo de prisión a imponer.

A la Sentencia le acompañan cuatro votos discrepantes, que coinciden en dos ideas: la norma penal examinada se funda en la presunción (que no comparten) del mayor desvalor de las agresiones de los hombres sobre las mujeres que las de las mujeres sobre los hombres (lo que revelaría una añeja y superada concepción de la mujer como sexo débil) y la sentencia es, en realidad, "interpretativa", es decir, acepta la constitucionalidad de la ley, pero solo si se entiende que en las agresiones se produce una situación de discriminación o de relación de poder del hombre sobre la mujer, lo cual, sin embargo, ni se hace constar expresamente en el fallo, ni siempre se producirá en la práctica, lo cual provoca inseguridad jurídica en la aplicación por los jueces de la norma.

La doctrina de la Sentencia 59/2008 ha sido reiterada en muchas otras posteriores, resolviendo más de cien cuestiones de inconstitucionalidad. Esta explosión de conflictos por el mismo asunto es un hecho inédito y sumamente elocuente, sobre todo si tenemos en cuenta que los órganos judiciales españoles no suelen presentar cuestiones de inconstitucionalidad con facilidad ni frivolidad –entre otras cosas, por la tardanza del Tribunal Constitucional en resolver–.

La cuestión clave en el planteamiento del problema jurídico es, a mi juicio, la siguiente: en estos supuestos, ¿estamos ante una idéntica conducta con una diferente sanción penal o, más bien, se trata de dos conductas distinguibles según el género del agresor y de la víctima? Dicho de otra forma, ¿son hechos idénticos que un varón maltrate levemente a su pareja y que lo haga una mujer sobre un hombre? Obviamente, se trata de un hecho idéntico desde el punto de vista de la realidad fáctica (por poner ejemplos reales: un arañazo, una bofetada o cambiar la cerradura de la puerta de la casa de verano –coacción leve–), pero ¿lo es también desde su valoración por el derecho? Aquí solo caben, lógicamente, dos respuestas: la afirmativa o la negativa.

Una respuesta posible consiste en sostener que se trata de un hecho idéntico desde el punto de vista fáctico y también jurídico. Si esto fuera así, resultaría evidente que un hecho idéntico sería castigado penalmente ahora con dos sanciones diferentes en función del sexo del agresor y la víctima. Un varón sería castigado más severamente que una mujer por una conducta idéntica. Esto es, sin duda alguna, una discriminación directa por razón de sexo (un trato diferente y peor en atención al sexo, en este caso, masculino), de dudosa validez.

Otra posible forma de plantear el problema es sostener que el mismo hecho fáctico (la agresión leve en un contexto de relación afectiva) no merece, sin embargo, la misma valoración y el mismo reproche jurídico penal. La diferencia penal por el sexo de agresor y víctima podría, entonces, justificarse así: es válido castigar con mayor pena la amenaza, la lesión, la coacción o la agresión leves (en el contexto de una relación conyugal o afectiva) de un varón a una mujer que la de una mujer a un varón porque (jurídicamente) no se trata, en realidad, de conducta idéntica (fácticamente sí), sino de una conducta (la violencia del varón sobre la mujer) con una mayor antijuridicidad material, esto es, más reprochable por el ordenamiento jurídico, ya que es pluriofensiva. Y, por lo tanto, la violencia masculina y la femenina no serían conductas comparables. La violencia de la mujer sobre el varón no sería un término adecuado de comparación de la violencia del varón sobre la mujer. Desde esta perspectiva, no jugaría aquí el principio de igualdad y la prohibición de discriminación. No sería necesario justificar la diferencia de trato porque no habría diferencia de trato de un mismo hecho, sino dos hechos diferentes, que reclaman, por tanto, soluciones jurídicas diferentes. Utilizando categorías de Derecho antidiscriminatorio, tendríamos que decir que lo que se produce, más bien, es la superación de una situación de discriminación por indiferenciación o por igualación, una discriminación

indirecta, que se daría si el derecho penal ofreciera idéntica respuesta sancionadora a conductas análogas que, sin embargo, fueran de distinto valor.

De aceptarse este enfoque, no sería necesario emplear juicio de proporcionalidad alguno porque no habría lesión del derecho fundamental al no sufrir discriminación sexual. El legislador penal puede, con amplia libertad de configuración, conectar diferentes sanciones a hechos que merecen distinto reproche jurídico. Si los hechos son diferentes, los varones a los que se aplica una respuesta sancionadora más severa no pueden alegar violación de su derecho a la igualdad de trato con las mujeres porque, simplemente, no existe término de comparación adecuado; se trata de hechos semejantes, pero diferentes y, por consiguiente, las respuestas desde el derecho penal pueden (e incluso deben) ser diferentes.

Ahora bien, la aceptación de este punto de vista (dos hechos diferentes, dos regímenes jurídico-penales distintos) se enfrenta a diversas dificultades, sobre todo dos. Una de ellas es la de cómo explicar la sobreinclusividad en la que incurre la ley, ya que diferencia el tratamiento jurídico-penal no solo en el caso de las mujeres o parejas, sino también en relación con otras "personas vulnerables que convivan con el agresor", aunque no sean mujeres. No hay perspectiva de género posible en la agresión de un varón a su padre, mayor y enfermo con el que convive, y, sin embargo, va metida en el mismo saco normativo diferenciador de la Ley de violencia de género. La lógica de la "violencia doméstica" viene a imponerse sobre la específica de la "violencia de género", produciendo una mixtificación de nefastos resultados conceptuales. Porque con la ampliación del círculo de potenciales víctimas a las "personas vulnerables", ya no se sabe con exactitud qué protege la norma, si la igualdad de género o, más bien, la paz familiar. La finalidad que persigue la diferenciación que introduce la norma resulta ahora difícil de justificar y, en consecuencia, también es más difícil explicar el distinto trato punitivo.

Pero a este problema de sobreinclusividad hay que añadir otra objeción, quizá mayor aún. De considerar que estamos en presencia de un mismo hecho fáctico, pero de diferente reproche social y jurídico-penal, habría que requerir en cada caso el dato de la efectiva concurrencia de una violencia "de género" (manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres) y no solo la simple pertenencia del autor al sexo masculino y de la víctima al femenino. Posiblemente, no haría falta la prueba de un ánimo de discriminar por parte del agresor, sino de una prueba, más fácil de conseguir, de un contexto discriminatorio. Pero, en cualquier caso, la diferenciación jurídica para poder sobreponerse a la identidad fáctica de la

conducta (violencia leve en relaciones de pareja), requeriría la efectiva presencia en cada caso de la prueba de un contexto de dominación machista. Esto supone afirmar que no toda violencia cometida en el seno de una pareja es violencia de género y que solo este último tipo de violencia es la que merece una sanción penal mayor. Además, podría alegarse que la propia existencia de la violencia demostraría la relación de poder y subordinación.

Otro problema relevante que se ha planteado ante la justicia constitucional es si la enseñanza que separa a niñas y a niños constituye o no una discriminación directa de género, más concretamente una segregación constitucionalmente inválida. La educación diferenciada por sexo solo se da entre nosotros en la escuela privada o concertada (en un número muy pequeño de centros, algo más de 200). La enseñanza separada de niñas y niños ha sido la forma tradicional de educación en nuestro país, con el añadido de que a las niñas se les enseñaba menos, durante menos años; se les cerraba el paso a poder progresar en sus estudios y se les enseñaban cosas diferentes atinentes a la "condición femenina". La historia de la segregada educación femenina es la historia de una oprobiosa discriminación. En el último tercio del siglo XIX y comienzos del siglo XX, hasta 1910, como ya se ha indicado, algunas mujeres de clase media y alta lograron matricularse en bachillerato e incluso en la Universidad, pero tenían que pedir permiso para acudir a las clases mixtas, se sentaban en lugares separados dentro del aula y, si llegaban a obtener el título, los colegios profesionales no les permitían ejercerlo. La Ley educativa de Villar Palasí de 1970 unificó hasta los 14 años la enseñanza primaria y el bachillerato elemental en la Educación General Básica (EGB), que progresivamente pasó a cursarse en aulas mixtas.

El Tribunal Constitucional dictó, inicialmente, la sentencia 31/2018, de 10 de abril, y, poco después, la STC 74/2018, que resuelve el recurso de amparo interpuesto por una asociación de padres y madres de un colegio de Cantabria reiterando la doctrina de la STC 31/2018. Más tarde, la STC 34/2023, de 18 de abril de 2023, decide el recurso de inconstitucionalidad contra la LOMLOE (2020). En los dos primeros casos, el Tribunal considera que no es constitucional excluir del concierto educativo a los centros privados que separen por sexos si así lo determina la ley educativa y, en el último, que no es inconstitucional excluir del concierto a dichos centros si esa es la regulación legal. Luego concertar o no en estos casos se trata de una decisión que entra dentro del margen de apreciación del legislador estatal. El fundamento jurídico quinto de la STC 34/2023 señala que de la Constitución no se deriva una obligación concreta de

subvencionar a los centros privados (aunque el art. 27.9 CE "tampoco es solo una afirmación retórica"); el artículo 27.9 CE prevé la existencia de "ayudas" públicas a centros privados, pero su concreción se remite al legislador. El modelo educativo constitucional es pluralista (como corresponde al valor pluralismo político del art. 1.1 CE), pero de ello no se deduce que todos los modelos educativos deban recibir ayudas públicas; en este punto, la libertad de configuración legal es elevada. La exclusión del concierto a los centros privados que diferencien por sexos no lesiona ni la igualdad constitucional (al revés, parece garantizar mejor la igualdad de género –la propia Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación hacia las mujeres, de 1979, ordena a los Estados fomentar la "educación mixta"), ni otros derechos educativos como la libertad de los padres a educar a sus hijos en las propias convicciones (art. 27.3 CE), el respeto al ideario propio de los centros, etc.

Este modo de razonar es impugnado tanto por el voto concurrente de la magistrada Balaguer, para quien la educación diferenciada está prohibida por la Constitución en todo caso (lo cual sería un límite a la libertad de configuración legislativa), como por la opinión discrepante de los magistrados Enríquez, Arnaldo, Espejel y Tolosa, para quienes de la Constitución se desprende que ciertamente los centros privados no tienen derecho a percibir una determinada cuantía de ayudas públicas, pero sí a la neutralidad ideológica estatal respecto de los criterios de concesión de tales ayudas, lo cual se lesionaría con la exclusión del modelo de educación diferenciada.

Por último, en el capítulo de discriminaciones directas por sexo hay que recordar las que se refieren a las relaciones entre particulares. Un caso resuelto de manera discutible es el de la Sentencia 126/1997, que va a declarar no contraria al artículo 14 CE una no negada discriminación directa, la regla de la preferencia del varón sobre la mujer en el orden regular de las transmisiones hereditarias de los títulos nobiliarios (contenida en la Partida 2.15.2, en vigor).

Más exactamente, el Tribunal estima que no es de aplicación en este caso el típico examen judicial estricto sobre cualquier posible discriminación sexual, pues "admitida la constitucionalidad de los títulos nobiliarios por su naturaleza meramente honorífica y la finalidad de mantener vivo el recuerdo histórico al que deben su otorgamiento, no cabe entender que un determinado elemento de dicha institución –el régimen de su transmisión *mortis causa*– haya de apartarse de las determinaciones establecidas en la Real carta de concesión". Los votos particulares de los Magistrados Viver, Vives y Cruz, con quienes coincido, sostuvieron, sin

embargo, que el orden regular de sucesión de los títulos nobiliarios, al que es aplicable la Constitución y su artículo 14, es una discriminación frontal por razón de sexo pues dicho orden se establece en una norma jurídica (y no en "una simple regla de comportamiento establecida por determinados grupos sociales en virtud de sus particulares convenciones") y los actos de concesión, rehabilitación y transmisión mortis causa de los títulos nobiliarios no son fruto tampoco de relaciones *inter privatos*, sino ejercicio de facultades públicas del Monarca [art. 62.f)], en el que intervienen diversos órganos estatales (desde el Consejo de Estado hasta los órganos judiciales, pasando por el refrendo del Ministro de Justicia), "y todo este proceso está regido por normas cuyo contenido no se limita a reconocer un ámbito de autonomía de la voluntad o privada, sino que establecen auténticas reglas de *ius cogens*, plenamente integradas, y esto es aquí lo más relevante, en el ordenamiento jurídico vigente en la actualidad en España". El problema ha sido resuelto legislativamente más tarde con la Ley 33/2006, que ha suprimido la regla de la preferencia de los varones en orden a heredar los títulos nobiliarios.

También opinable en este mismo campo de la aplicación de la igualdad de género en las relaciones entre particulares es la STC 132/2024, referida a la negativa de una asociación religiosa, la Pontificia, Real y Venerable Esclavitud del Santísimo Cristo de la Laguna (Tenerife), a admitir como socia a una mujer, dado que el artículo 1 de sus Estatutos establece que sus miembros solo podrán ser caballeros. En 1659, cuando se funda la cofradía, se admitieron 33 caballeros "distinguidos" (en honor de la edad de Cristo). En contra de la pretensión de la demandante estaban la libertad de auto-organización asociativa de la Esclavitud (art. 22 CE) y su libertad religiosa (art. 16.1 CE), dado que se trata de una asociación religiosa. Pero el Tribunal le va a otorgar el amparo invocando el carácter de posición dominante en el ámbito cultural y social de dicha cofradía. La doctrina de la obligación de no discriminar impidiendo la entrada a una asociación con posición dominante en los ámbitos económico, profesional, social o cultural la había ya acuñado el Tribunal en relación con el Círculo mercantil de la Línea de la Concepción (STC 218/1988), aunque no referida a un supuesto de discriminación sexual, y la había invocado después en el ATC 254/2001 respecto del ingreso de mujeres en la Comunidad de pescadores de El Palmar de Valencia, este sí claramente un caso de discriminación sexual.

El Tribunal considera que no se ha acreditado que la prohibición de que las mujeres formen parte de la Esclavitud responda a una finalidad religiosa o ética y, por otro lado, el Código de Derecho Canónico, aplicable a las asociaciones

religiosas, no impide que las mujeres formen parte de hermandades y cofradías. En consecuencia, no se lesiona la libertad religiosa. En cuanto al derecho de asociación de la Esclavitud, el Tribunal sostiene que se trata de una cofradía que tiene una posición dominante en los ámbitos cultural y social (a partir de la secularización histórica de su naturaleza religiosa) de la Isla y, además, es una asociación que tiene relación con los poderes públicos porque ha recibido ayudas para la rehabilitación de su Cristo. Por consiguiente, la negativa a aceptar como socia a una mujer es una discriminación por género que no queda amparada ni por la libertad de autoorganización ni por la libertad religiosa de la asociación.

El voto discrepante de R. Sáez y de E. Arnaldo, coincidente con la Sentencia del Supremo del que traía causa la del Constitucional, opinan que ni la Esclavitud tenía posición dominante alguna, ni la reclamante sufrió perjuicio por la negativa a formar parte de ella, ya que podía acudir a los actos organizados por la cofradía, aunque no fuera a título de socia.

2.2. Discriminaciones indirectas

El Tribunal Constitucional incorporó en nuestro ordenamiento el concepto de discriminación indirecta en la STC 145/1991 y la ha utilizado en varias ocasiones posteriores. Por ejemplo, en la STC 58/1994, consideró que era discriminatorio que las empleadas de las secciones de envasado y expedición de una empresa, a pesar de ostentar categorías profesionales superiores o equivalentes a las de sus compañeros de las mismas secciones, percibieran una retribución mensual sensiblemente inferior. El Tribunal apreció una discriminación prohibida pues el empleador no justificó suficientemente la diferencia de trabajos entre hombres y mujeres en orden a concederles una retribución distinta y, además, el único criterio de diferencia que mencionó fue el del "mayor esfuerzo físico" de los varones, criterio que, formulado aisladamente, es sexista. Es interesante también la STC de 22 de marzo de 1999, que concedió el amparo a un sindicato porque el Tribunal Superior de Justicia que conocía de un proceso en el que se discutía la política de contratación casi exclusivamente en favor de varones de una empresa (Fasa-Renault), se negó a incorporar al proceso ciertos documentos que hubieran acreditado indicios suficientes de discriminación (por ejemplo, en un año FASA contrató 120 varones y ninguna mujer) y hubieran permitido, en ese caso invertir la carga de la prueba, correspondiendo a la empresa probar que su política de contratación era objetiva y ajena a toda intención discriminatoria. A partir de esta decisión, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de

lo Social) de 4 de mayo de 2000 estimó la pretensión del sindicato, declarando que la empresa habría incurrido en una conducta discriminatoria indirecta en su política de contratación, ya que la empresa no aportó una justificación objetiva y razonable de por qué exigía el título de Formación Profesional II para realizar unas funciones que no requerían tal formación, siendo "desproporcionado y perjudicial para el colectivo femenino, que por razones socioeconómicas no suele poseer tal título".

Otro escenario típico de aplicación del concepto de discriminaciones indirectas por razón de sexo es el relativo al enjuiciamiento de las reglas de cómputo de las prestaciones de seguridad social como las pensiones de jubilación. El Tribunal ha sostenido que no vulnera la igualdad constitucional que la prestación por concepto de pensión sea inferior en el trabajador a tiempo parcial respecto del trabajador a tiempo completo (SSTC 253/2004, 61/2013, 156/2014 y 110/2015). Tampoco vulneraría la igualdad un cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones de la seguridad social (y, en consecuencia, la fijación de su cuantía) en función de lo efectivamente cotizado, de forma que a los trabajadores a tiempo parcial les corresponde una prestación de cuantía inferior (STC 110/2015). Pero el Tribunal ha declarado inconstitucionales diversas reglas relativas al cómputo de los periodos de carencia necesarios para causar derecho a determinadas prestaciones (sobre todo, SSTC 253/2004 y 61/2013). Es en la STC 88/2019, de 3 de julio, donde se expresa con mayor claridad la inconstitucionalidad de las reglas legales de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial por incurrir, entre otras cosas, en una discriminación indirecta por razón de sexo.

El Tribunal examina la adecuación al artículo 14 CE de la disposición adicional séptima, inciso primero, regla tercera, letra "a" de la Ley General de la Seguridad Social, a través de una auto-cuestión de inconstitucionalidad. Para ello, además de recordar su propia jurisprudencia, cita en estrados la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre todo de las sentencias Elbal Moreno (22 de noviembre de 2012), en la que reconoce una discriminación indirecta en el método de cálculo del periodo de carencia para acceder a la pensión de jubilación para los trabajadores a tiempo parcial, teniendo en cuenta que aunque dicha regla era formalmente neutra, perjudicaba de hecho a un número mayor de mujeres que de hombres; Espadas Recio (9 de noviembre de 2017), en la que se declara contraria al derecho de la Unión la distinción de la regla española entre trabajadores a tiempo parcial "verticales" (por acumular el trabajo en

pocos días) y "horizontales" (que lo distribuían a lo largo de todos los días laborales), de modo que se excluían los días no trabajados a los trabajadores "verticales" para el cálculo de la prestación, y la mayoría eran mujeres; y, en tercer lugar, una sentencia que es semejante al caso ahora planteado, Villar Láiz, de 8 de mayo de 2019, en la que se aprecia una discriminación indirecta en el cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. El Tribunal Constitucional estima la cuestión de constitucionalidad, declarando nula la regla de reducción del periodo de cotización de los trabajadores a tiempo parcial del precepto legal impugnado. Lo hace por dos razones. En primer lugar, porque lesiona el derecho de igualdad general en la medida en que dicha regla provocaba que solo si el trabajador a tiempo parcial lograba alcanzar, a lo largo de su vida laboral, el 67% de parcialidad podría llegar al 100% de la base reguladora. De modo que el método de cálculo recurrido (FJ 9º) "castiga sobre todo a los trabajadores con menos porcentaje de parcialidad a lo largo de su vida laboral, esto es, a quienes conforman el eslabón más débil del mercado de trabajo". En segundo lugar, porque la regla legal entraña una discriminación indirecta por razón de sexo en la medida en que afecta desproporcionadamente a un mayor número de mujeres y no se ha ofrecido justificación alguna. Concretamente, la Sentencia recuerda los datos estadísticos oficiales, observando que, por ejemplo, en el último, el tercero, se demuestra que el trabajo a tiempo parcial lo desarrollan en España un 24,41% de varones y un 75,59% de mujeres (era el año 2018).

La STC 79/2020 identificó como discriminación indirecta de sexo el caso de una médica de urgencias con reducción de jornada por cuidado de hijos menores de 12 años a la que se reduce también las horas de descanso retribuido por sus guardias médicas. Antes de la reducción de jornada, realizaba 1523 horas, en las que se incluían 308 generadas en los días de descanso tras las guardias. Pues bien, con reducción de jornada, aunque la recurrente hace el mismo número de horas de guardia que sus compañeros (menos veces al año), se le empiezan a pagar tras cada día de guardia no 7 horas (como a sus compañeros), sino tan solo 4,69 horas. El Tribunal aprecia una lesión del derecho de igualdad general (entre trabajadores con y sin reducción de jornada), pero también una discriminación indirecta en la medida en que afecta sobre todo a las mujeres trabajadoras y está en relación con el ejercicio de un derecho asociado a la maternidad. En la STC 119/2021, el Tribunal también ampara a una trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijos, a la que se modifica la jornada de trabajo por razones organizativas de la empresa

sin que el empleador ni los órganos judiciales ordinarios valoraran adecuadamente las circunstancias personales de conciliación. Por el contrario, en la STC 153/2021 no se estima el amparo de una enfermera con reducción de jornada por cuidado de hijos a la que se traslada de la UCI pediátrica a otros servicios del hospital, ya que no habría sesgo de género, sino razones organizativas, y porque la enfermera mantuvo la misma categoría profesional.

Muy interesante es la línea de casos (SSTC 111/2018, 117/2018, 138/2018 y 2/2019), planteada por varios padres trabajadores (integrados en la "Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción") sobre si tienen el derecho constitucional a disfrutar de la prestación de seguridad social por paternidad tras el nacimiento de sus hijos con la misma duración que la establecida para el permiso por maternidad. En el caso concreto que da origen a la primera Sentencia, el actor tuvo un permiso de 13 días y su mujer 16 semanas. A su juicio, esto le discriminó por razón de género. El Tribunal no les dio la razón.

La STC 111/2018 (y las otras posteriores) destacan "la especial trascendencia constitucional de este asunto" en la medida en que existe "un prolongado debate social y político" sobre él. Los tribunales aplicaron correctamente la ley aplicable; la cuestión es si dicha ley es conforme a la Constitución. La clave del fallo es la distinción que traza el Tribunal a partir de la diferente finalidad que el legislador persigue según se trate del padre o de la madre respecto del permiso de paternidad/maternidad. En el caso de la madre, "la finalidad primordial del legislador al establecer el descanso por maternidad es la protección de la salud de la mujer trabajadora durante el embarazo, parto y puerperio". En relación con el padre, la finalidad "es favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos". De ahí deduce el Tribunal que no existe una obligación constitucional de que padres y madres disfruten de idéntico periodo de permiso de maternidad/paternidad y que dicha diferencia legal no lesiona el derecho de igualdad de género del artículo 14 CE. Cuestión distinta, matiza el Tribunal, es que el legislador decidiera equiparar ambos permisos, en cuyo caso también sería constitucionalmente válido. En definitiva, según la Sentencia, no hay aquí una respuesta constitucional cerrada, porque los permisos de paternidad/maternidad son dos situaciones no comparables, de modo que el legislador goza de un amplio ámbito de libertad de configuración.

Obviamente, la distinción capital que traza el Tribunal entre las finalidades legales que persiguen las licencias de paternidad y maternidad es discutible.

El voto discrepante de M. L. Balaguer, en este sentido, opina, a mi juicio correctamente, que "ni la finalidad exclusiva del permiso de maternidad es la recuperación física de la madre, ni la finalidad del permiso de paternidad es solo la conciliación, sino la garantía de la igualdad en el acceso, promoción y desarrollo de la actividad laboral de hombres y mujeres". Porque no se trata solo de que el padre disfrute del derecho a conciliar, sino de "repartir entre el padre y la madre el coste laboral que la decisión de tener descendencia tiene en las personas, de modo tal que dicha decisión impacte por igual tanto en el hombre como en la mujer". De no hacerlo así, como es el caso, se corre el riesgo de incurrir en una discriminación indirecta (una distinción en principio neutra en cuanto al género y, por tanto, válida, que, en realidad, impacta negativa y desproporcionadamente sobre las mujeres trabajadoras).

El voto discrepante emplea con precisión las categorías del Derecho antidiscriminatorio, mientras que la mayoría del Tribunal resuelve a partir de una diferenciación no totalmente irrazonable pero demasiado tosca porque hurta la verdadera cuestión conflictiva, de tipo objetivo (y no ya solo subjetivo-individual), que sí plantea Balaguer: un sistema legal de permisos de paternidad/maternidad que fragilice el estatuto laboral de las trabajadoras es discriminatorio y por tanto, contrario a la Constitución. De aquí no se deduce, a mi juicio, que la Constitución imponga la total equiparación porque son también evidentes las diferencias entre la paternidad y la maternidad; y de ahí también que el legislador deba gozar de una amplia libertad de configuración, pero no dispone de un cheque en blanco. El Constitucional debe poder examinar, entrando de verdad en el fondo del asunto, lo que no ha hecho en este caso, si un sistema legal debilita en exceso ese reparto de costes laborales que desincentiva la contratación y promoción laboral de las mujeres. Porque, en efecto, en ese supuesto se incurriría en una discriminación indirecta, como sostiene Balaguer, y de tipo institucional y sistemática, añadiría yo.

Sobre permisos laborales de paternidad y maternidad, se ha pronunciado el Tribunal en casi 90 sentencias entre 2024 y 2025 en relación con la posible extensión del permiso de uno de los progenitores, en el caso de familias monoparentales, al otro. Este es un asunto que dividió a las Salas de lo Social (contraria) y de lo Contencioso (favorable) del Supremo y que el Tribunal Constitucional ha resuelto a favor de la extensión, alegando la prohibición de discriminación por nacimiento (art. 14 CE), ya que los niños de una familia biparental tendrían 26 semanas de cuidados y los de familias monoparentales,

16 semanas[13]. En sus votos discrepantes, Sáez niega que uno de los sentidos principales de los permisos de este tipo sea el cuidado de los hijos –esto sería algo "indirecto y fáctico"– y por tanto las situaciones de las familias biparentales y monoparentales no son comparables, y E. Arnaldo y C. Espejel llaman la atención sobre el hecho de que en ese caso se aprecia una discriminación por una omisión legislativa, lo que convierte al Tribunal en un legislador positivo. Coincido con Nuria Reche[14] en que en esta serie de casos el Tribunal no utiliza del todo el enfoque de género porque, en realidad, más que una discriminación por nacimiento, se trataría de una discriminación "refleja" o por asociación.

Otro escenario relevante de las discriminaciones indirectas tiene que ver con la representación política equilibrada en cuanto al género. La cabal representación política femenina no es un tema precisamente menor. Apunta directamente a la cláusula del Estado democrático del artículo 1.1 CE y a la participación a la que se refiere el artículo 9.2 CE. N. Fraser[15] entiende, con buen criterio, que el ideal de justicia social en cuanto al género exige redistribución (económica), reconocimiento (cultural), pero también participación (política).

La Disposición adicional segunda de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, introdujo un nuevo artículo en la LOREG, el artículo 44 bis, según el cual las candidaturas de las elecciones al Congreso, las Asambleas territoriales, el Parlamento europeo y los entes locales deberán tener una "composición equilibrada" de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el 40% o como máximo el 60% (la Disposición adicional primera define así lo que denomina "composición equilibrada" de las listas electorales por género. Esta proporción (que podrá ser mayor en las listas autonómicas) deberá mantenerse en cada tramo de 5 puestos y en las listas de suplentes. La regla no será exigible en los municipios con 3.000 habitantes o menos (art. 187.2 LOREG).

---

13 Curiosamente, en la STC 168/2025 no se extiende este derecho a una familia biparental, pero en la que el padre estaba ingresado en prisión. El Tribunal no ha querido abrir la puerta a situaciones particulares atípicas, como esta (algo comprensible), pero el caso es que ese niño y su madre han sido tratados de modo distinto y peor que el resto.

14 "Discriminación por razón de nacimiento en los hogares monoparentales", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 13, junio 2025, p. 388.

15 Fraser, N. y Honneth, A.: *¿Redistribución o Reconocimiento?*, ed. Morata y Fundación Paideia, Galiza, Madrid, 2006, p. 65.

La Ley orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres va más allá, estableciendo para el ámbito estatal[16] un sistema de listas cremallera que ya existía en algunas comunidades (Andalucía y Castilla-La Mancha). Las listas deberán ser integradas "por personas de uno y otro sexo ordenados de forma alternativa", tanto en la lista de titulares como en la de suplentes (art. 1, que modifica el art. 44 bis de la LOREG). También se exige que la composición de diversos órganos constitucionales o de interés constitucional tengan una composición equilibrada[17] (de no menos del 40% para cada uno de los dos sexos[18]). E incluso diversas entidades de Derecho privado[19].

Este salto de calidad de la igualdad de género en el espacio de la representación política, y de determinadas y muy relevantes organizaciones sociales se fundamenta en el propio Preámbulo de la Ley en dos sentencias del Tribunal Constitucional, la 12/2008 y la 13/2009. La Sentencia 12/2008, de 29 de enero, del Tribunal Constitucional sostuvo la validez de la composición equilibrada de mujeres y hombres en listas electorales. La decisión es plenamente correcta, a mi

---

16 Concretamente, para las listas electorales del Congreso, el Senado, los Parlamentos autonómicos, los consejos y cabildos insulares, las Juntas Generales de los Territorios históricos vascos, el Parlamento europeo, los municipios de más de tres mil habitantes (de tres mil a cinco mil podrán tener listas equilibradas y no paritarias). Para la elección de segundo grado de las diputaciones provinciales no se exige una composición paritaria (50%), pero sí, al menos, equilibrada (nunca menos del 40% para cada uno de los sexos).

17 Son: los magistrados del Tribunal Constitucional, los consejeros del Consejo de Estado, los miembros del Consejo Fiscal, los consejeros del Tribunal de Cuentas, los vocales del Consejo General del Poder Judicial, los nombramientos discrecionales del Poder Judicial, las vicepresidencias y ministerios del Gobierno central, los puestos superiores y directivos de la Administración general del Estado y las entidades del sector público, las juntas de gobierno y consejos directivos de los Colegios profesionales, Fundaciones, y Entidades del sector público y de interés público, consejos informativos de Radio y televisión española, y Consejo de estudiantes universitarios del Estado. También se alude a la carrera militar, pero con las adaptaciones que se requieran.

18 Aunque la Disposición adicional primera, en su párrafo segundo, admite, como medida de "acción positiva" que las mujeres (y no los varones) podrían superar en ocasiones el 60% de presencia en los cargos a los que se refiere la Ley, si bien ello requerirá justificación.

19 La Ley orgánica 2/2004 transpone la Directiva 2022/2381 del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y medidas conexas. Los consejos de administración de las sociedades de capital deberán ser equilibrados en cuanto al género, y la Comisión Nacional del Mercado de Valores deberá supervisarlo. El mismo equilibrio (60/40 como máximo y mínimo) se exige a los órganos de representación y directivos de sindicatos, asociaciones empresariales, fundaciones, entidades del Tercer sector y organizaciones de la economía social.

juicio, pero su marco teórico no es del todo convincente. La Sentencia resuelve la impugnación (por una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Sta. Cruz de Tenerife y un recurso presentado por más de 50 diputados del Grupo parlamentario popular) de la Disposición adicional segunda de la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, antes citada.

El Tribunal sostiene, correctamente, que la medida impugnada no establece una medida de discriminación inversa o compensatoria (favoreciendo a un sexo sobre otro), sino una fórmula de equilibrio entre sexos, que tampoco es estrictamente paritaria, en cuanto no impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino una proporción máxima de 60% a 40%. Su efecto es, pues, bidireccional en cuanto que esa proporción se asegura igualmente a uno y otro sexo. Por otro lado, el nuevo requisito tiene como destinatarios directos a los partidos, coaliciones y agrupaciones de electores (se plantea, sobre todo, en el ámbito del art. 6 CE y 9.2 CE) y no a los ciudadanos: no es una condición de elegibilidad, por lo que no afecta al derecho de sufragio pasivo individual (no afecta directamente al art. 23 CE). Evidentemente, aquí está el punto clave de la Sentencia, ya que se muestra el campo interpretativo en el que va a operar (no en el de los derechos fundamentales, sino en el de los principios de organización electoral). El Tribunal considera que la medida es adecuada al mandato de igualdad real y efectiva del artículo 9.2 CE, "toda vez que los partidos políticos, como asociaciones cualificadas por sus funciones constitucionales (sujetos que concurren a la manifestación y formación de la voluntad popular) son cauce válido para el logro de la sustantivación de la igualdad propugnada por el artículo 9.2 CE". Además, estima que no limita ilegítimamente la libertad de presentación de candidaturas por los partidos, que es compatible con la libertad de asociación y la libertad ideológica de los partidos y que no fragmenta el cuerpo electoral.

La doctrina de la Sentencia 12/2008 se viene a reproducir más tarde en la Sentencia 13/2009, de 19 de enero, aunque en este último caso hay interesantes matices diferenciales. El primero es que no solo se refiere al sistema electoral, sino también a la función pública y el segundo es que, en materia electoral, la disposición impugnada fijaba una representación mínima en las listas de candidatos electorales de mujeres del 50% y de hombres del 40%. El Tribunal encuentra esta diferencia plenamente justificada por dos razones: (1.ª) con ella se pretende corregir una situación histórica de discriminación de las mujeres en la vida pública; y (2.ª) la medida es adecuada porque no comporta un sacrificio innecesario de

derechos fundamentales: ni la diferencia de porcentaje es excesiva ni está en cuestión alguna un derecho de los hombres o de los partidos políticos.

A menudo, se presenta a las cuotas electorales de género como una medida de acción positiva e incluso de discriminación positiva, pero yo no coincido con este análisis. En efecto, ¿cómo se puede resolver la dificultad que entraña calificar una medida que se establece de modo idéntico para ambos sexos (la cuota mínima de un determinado porcentaje se refiere a hombres y mujeres por igual; en el futuro, quizá, podría impedir que hubiera un porcentaje pequeño de hombres en la vida política), pero que, al mismo tiempo, pretende garantizar del modo más eficaz posible la participación política de las mujeres (es evidente que el legislador no trata con ella de asegurar la presencia de los varones en las instituciones políticas)?

La exigencia de un determinado porcentaje electoral mínimo a ambos sexos no puede calificarse como una discriminación positiva porque no se lesiona derecho concreto alguno de nadie, dado que no existe un derecho subjetivo (y menos fundamental) a ir en las listas electorales, sino, a lo sumo, una expectativa de derecho. Si esto es así, la calificación de la cuota como una medida de discriminación positiva o inversa pierde sentido, porque ya no hay daño, o, para ser más precisos, ya no hay daño a un derecho que sea jurídicamente insoportable.

La cuota electoral de género así establecida es una medida formalmente neutra en cuanto al sexo, pero, desde un punto de vista teleológico y material, es evidente que persigue la igualdad política real de las mujeres. Ahora bien, descartado que sea una discriminación positiva, ¿se trata de una acción positiva? Para calificarla así se erige como un obstáculo esencial el hecho de que no consiste en un trato jurídico diferente y más favorable para las mujeres en comparación con los hombres, puesto que la regla es idéntica para ambos. Entonces, si no es una discriminación positiva ni una acción positiva, ¿qué es?

Para responder a la pregunta sobre la naturaleza jurídica de las cuotas electorales, que es verdaderamente central, tenemos que enfocar las razones que justifican su existencia. Las mujeres son la mayoría de la población y no hay obstáculo formal, es decir, trato jurídico diferente y peyorativo, que les impida convertirse en representantes en idénticas condiciones que los varones. Por este motivo, tampoco me resulta convincente la conexión que a veces se traza entre las cuotas electorales y "los grupos desfavorecidos social y culturalmente" o que se hallan en "condiciones de inferioridad". El problema de las cuotas no remite

a un problema de una minoría (las mujeres son la mayoría), ni de una minoría en desventaja socioeconómica (no todas las mujeres están en esa situación). No se trata de un problema de igualdad de oportunidades sociales o económicas; no es un problema del Estado *social*. Es, más bien, un problema del Estado *democrático* porque a lo que intenta dar respuesta la cuota electoral es al déficit de ciudadanía (un déficit democrático, por tanto) que sufren las mujeres a causa de la presencia de estereotipos honda e históricamente arraigados en la sociedad, que las confinan a los ámbitos privados de la existencia y al cuidado de los suyos y las expulsan de los escenarios públicos, entre ellos, de modo destacado, el de la participación política (aunque habría que decir de la participación política formalizada y de mayor prestigio, porque las mujeres suelen ser las que más participan en otros espacios de convivencia públicos y sociales: el barrio, la escuela, etc., –espacios públicos de cuidado–). Empleando las categorías de N. Fraser: es un problema de reconocimiento y participación, no de redistribución.

¿Cómo se califica en el Derecho antidiscriminatorio a estas situaciones en las que no hay diferencias de trato formales y expresas entre mujeres y hombres, pero que, de hecho, por la diversa situación fáctica en que se encuentran mujeres y hombres (por la vigencia de los estereotipos sociales), se producen resistencias severas, un suelo pegajoso para avanzar en la igualdad real entre ellos (y es evidente que no habrá igualdad real mientras no haya un número de representantes que refleje aproximadamente el porcentaje de mujeres y de hombres que hay en la sociedad)? A esto se llama –ya lo sabemos– "discriminaciones indirectas o de impacto". Visto desde esta perspectiva, la cuota electoral de género podría considerarse un remedio, medida o garantía para evitar o corregir una discriminación indirecta, la subrepresentación política femenina, la ciudadanía debilitada de las mujeres. En ese caso, se trataría de una medida de igualdad de trato (o prohibición de discriminación) más que de igualdad de oportunidades, aunque políticamente (no tanto jurídicamente) pueda tener ese sentido. Son una técnica, garantía o remedio contra la discriminación indirecta, adversa o de impacto que sufren las mujeres en el escenario de la participación política. Son una herramienta para cambiar ciertas prácticas hondamente arraigadas en el proceso de selección de candidatos electorales que a primera vista no son discriminatorias (desde luego, no lo son formalmente), pero que en la práctica imponen diques simbólicos a las mujeres.

Pero, además, son una garantía contra una discriminación indirecta de tipo institucional. La idea de discriminación institucional podría extenderse sin

mayor problema desde la discriminación étnico/racial a la de género, de cómo opera el racismo a cómo opera el machismo. En efecto, podría sostenerse que existe un fallo colectivo de los partidos políticos como organizaciones para seleccionar a las mujeres como candidatos electorales, manifestado en procedimientos, actitudes y comportamientos de tipo inconsciente o involuntario (o intencional, pero oculto) a partir de la ignorancia y los prejuicios sexistas.

Comprender las cuotas electorales de género como una medida de discriminación indirecta o de impacto, y no como una acción afirmativa (ya sea en su forma de discriminación positiva o incluso de acción positiva), transforma radicalmente el debate sobre su validez jurídica, debilitando los principales argumentos en su contra. Con las cuotas electorales no se estaría otorgando un trato diferente y más favorable a las mujeres respecto de los hombres, lo cual es siempre más difícil de justificar (aunque no sea imposible), sino que, más bien, se trataría de corregir, a través de una medida jurídica, una obstinada discriminación social que impediría que las mujeres accedieran *de hecho* a los cargos públicos. No son un regalo, privilegio o favor que se concede a las mujeres, sino una herramienta para asegurar que las mujeres puedan ejercitar con plenitud un derecho que les es propio. Estamos hablando del ejercicio sin trabas ni obstáculos de un derecho, el de participación política, no de un privilegio, una compensación o un regalo.

2.3. Acciones positivas

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido abundante también por lo que se refiere a la igualdad de oportunidades, aunque en las primeras décadas de funcionamiento del Tribunal. De hecho, incorpora el concepto de "acción positiva" en la STC 128/1987. El actor, un varón que no obtendrá éxito finalmente en su pretensión, recurre en amparo por entender que era discriminatorio el distinto régimen de prestaciones en concepto de guardería otorgado por su empleador, el INSALUD: mientras que todas las trabajadoras con hijos menores de seis años, e independientemente de su estado civil, tenían derecho a percibir una prestación por guardería, este derecho se atribuía únicamente a los trabajadores varones con hijos menores de seis años que fueran viudos. El test de la medida paternalista/compensadora, aplicado al caso, lleva al Tribunal a considerar conforme a Constitución el plus de guardería concedido solo a las trabajadoras (y a los trabajadores viudos). Otras medidas de acción positiva reconocidas por el Tribunal han sido el permiso de lactancia concedido solo a las

trabajadoras (STC 109/1993, en la actualidad se concede a los dos padres[20]); las diferencias favorables a las trabajadoras respecto de la pensión de jubilación en el sector textil (STC 19/1989); o el acceso a una pensión de orfandad del Ayuntamiento de Pamplona (STC 68/1991).

Y, entre las medidas que el Tribunal declara paternalistas o falsamente protectoras, se hallan la norma de un convenio colectivo que otorgaba a las auxiliares de vuelo mayores de treinta y cinco años y menores de cuarenta (pero no a sus compañeros varones) el derecho de retiro anticipado (STC 207/1987); el convenio colectivo de Telefónica que concedía un plus de transporte nocturno solo a sus trabajadoras (STC 28/1992); la norma preconstitucional que otorgaba a ciertas trabajadoras el derecho a una indemnización por ruptura del contrato de trabajo a consecuencia de su matrimonio (STC 317/1994); el cómputo diferente y más favorable para las enfermeras de un hospital público respecto de sus compañeros varones (STC 81/1982); por supuesto, es declarado inconstitucional el entonces vigente artículo 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social que condicionaba el derecho a la pensión de viudedad de los varones, a un requisito que no exigía a las mujeres: estar incapacitado para el trabajo y vivir a cargo de la esposa (STC 104/1983[21]); también se declara inconstitucional el artículo 162.2 de esa misma norma, que reconocía solo a hijas y hermanas, pero no a hijos y hermanos, el derecho a ciertas prestaciones (STC 3/1993); pensión de orfandad que la Diputación de Navarra concedía a los hijos varones de los empleados hasta los 25 años, pero a las mujeres hasta que se casaren o tomaren estado religioso (STC 315/1994). El test de la medida paternalista/compensadora no es usado ya por el TC desde los años noventa.

No hay consenso en la literatura sobre el concepto de "discriminaciones positivas" en relación con el de "acciones positivas". Me remito al capítulo de este libro sobre ello, pero no me resisto a apuntar brevemente algunas ideas. Creo que la confusión procede desde el inicio, desde la importación a Europa de la

---

20 La sentencia del caso Roca Álvarez del Tribunal de Justicia de la UE (2010) declaró contrario al Derecho europeo que el permiso de lactancia se concediera durante los nueves primeros meses después del nacimiento del hijo a las madres y a los padres solo si también la madre era trabajadora por cuenta ajena.

21 Con su agudeza habitual, F. Rubio Llorente, en su voto discrepante, considera que no es irrazonable esa diferencia entre mujeres y hombres en el acceso a la pensión de viudedad, dada la desigualdad "real y efectiva" que sufren las mujeres.

idea norteamericana de la *affirmative action*. En Estados Unidos, que es donde nace el Derecho antidiscriminatorio, no existe el concepto constitucional de Estado social y, por tanto, tampoco el de igualdad real y, por tanto, tampoco el de acciones positivas (tratos jurídicos mejores a quien de hecho se encuentre en alguna desventaja fáctica). El concepto de igualdad norteamericano es jurídico (y por eso encontramos relevantes sentencias sobre la cláusula constitucional de la igual protección ante las leyes de la XIV Enmienda[22] ya en el siglo XIX), es individual y no grupal y se refiere, sobre todo, a la población afrodescendiente (ampliada a otras más tarde). El concepto europeo de igualdad es político (y por eso no hay sentencias sobre igualdad hasta hace poco), se refiere a la igualdad real o de oportunidades y es grupal (enfoca, sobre todo, a los obreros inicialmente y después a las mujeres). En los años setenta del siglo pasado, la Unión Europea recibe los conceptos, técnicas y garantías del Derecho antidiscriminatorio, vía Reino Unido e Irlanda (que habían abrazado antes el modelo norteamericano).

De modo que, a partir del paquete de directivas sobre igualdad del año 2000, en Europa conviven el "viejo" concepto de igualdad derivado de la idea del Estado social (que pone el acento en las políticas públicas de igualdad de oportunidades) y el "nuevo" modelo de igualdad de trato (sobre todo, con la prohibición de discriminaciones directas e indirectas que finalmente fiscalizan los jueces) importado de Estados Unidos. En este país solo existe constitucionalmente la igualdad de trato, no la igualdad real y por eso, cuando a finales de los años sesenta del siglo pasado, el presidente Kennedy establece algunas medidas de *affirmative action* (en la contratación pública, con la obligación para las empresas concesionarias de contratar determinados porcentajes de miembros de minorías étnicas), esta se entiende como discriminación positiva o reversa. Una discriminación de este tipo, que adopta la forma de cuotas o de reglas de preferencia, persigue mejorar al grupo desventajado (y en esto es semejante a las acciones positivas), pero, simétricamente, provoca un daño a algún miembro del grupo mayoritario (es decir, causa también una discriminación directa). No hay muchos ejemplos de discriminaciones directas, pero hay algunos. En la medida en que conlleva una discriminación

---

22 Sobre este precepto, *vid.* Karin Castro: "El (derecho al) aborto en los Estados Unidos de América después de Dobbs", en *Mujeres y derechos fundamentales. Estudios desde distintas especialidades del derecho*, Palestra, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2025, sobre todo pp. 23-43.

directa, una discriminación positiva solo puede aceptarse de modo limitado (proporcionalidad, temporalidad, finalidad pública primordial, etc.).

Pues bien, en Estados Unidos como no existe el concepto de acción positiva, todo trato desigual que persiga la igualdad real es una discriminación positiva y, por tanto, de interpretación estricta. *Affirmative action* es solo discriminación positiva, inversa o reversa. La tesis de que la igualdad constitucional equivale a "identidad" de trato se acepta allí como la regla general (que es la central, por ejemplo, en la jurisprudencia reciente de su Tribunal Supremo federal sobre considerar o no la pertenencia a un grupo étnico minoritario como una ventaja adicional para entrar en las universidades). Este no es el enfoque europeo ni español, donde todos y cada uno de los tratos jurídicos desiguales que persigan la igualdad real no solo no son la excepción, sino una regla derivada del concepto de Estado social. Aquí tenemos claro que tratar jurídicamente de modo idéntico dos situaciones que, de hecho, son diferentes, lo único que provoca es consolidar el *statu quo* discriminatorio. Aquí *affirmative action* es acción positiva (siempre válida) y también discriminación positiva (inválida, salvo excepciones).

No obstante, el Derecho de la Unión Europea, al importar acríticamente el modelo norteamericano, ha introducido alguna confusión como cuando, precisamente, define en sus directivas del año 2000 las acciones positivas como si fueran no una regla (junto con la igualdad de trato), sino una excepción a la igualdad de trato: "El principio de igualdad no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas" por su etnia (art. 5 Directiva 2000/43) o la por edad, discapacidad, religión o convicciones y orientación sexual (art. 7.1 Directiva 2000/78[23]). Alguien tendría que avisar al legislador europeo que la igualdad de oportunidades (las acciones positivas) es, en Europa, un principio complementario de la igualdad de trato, aunque en Estados Unidos sea, más bien, una excepción a la regla general de la igualdad de trato (que, incorrectamente, a mi juicio, se hace equivaler a identidad de trato).

El resultado es que no hay acuerdo conceptual entre los operadores jurídicos y es frecuente que se catalogue como "discriminación positiva" lo que no es sino

---

23 La Directiva 2006/54, relativa a la igualdad de género en el ámbito laboral, es posterior y ya ofrece una mejor definición de las acciones positivas en su artículo 3: "Los Estados miembros podrán mantener o adoptar" medidas de acción positiva.

una "acción positiva". Evidentemente, la consecuencia jurídica de esta confusión no favorece alcanzar la igualdad real. Un buen ejemplo lo ofrece la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo 1383/2019, de 16 de octubre. Llamado a pronunciarse sobre si una convocatoria de promoción interna de cátedras de la Universidad Autónoma de Madrid que introduce una puntuación adicional para las áreas y departamentos donde las mujeres estuvieran infrarepresentadas, concluye que esta medida no perjudica el concepto de mérito constitucional porque juega en la fase previa de determinación de la plantilla, no en los concursos concretos y, por eso, no hay ni perjudicados porque ni se conoce quién se va a presentar. Me parece un fallo correcto, pero coincido con M. Emilia Casas y Macarena Ángel[24] en que ni estamos en presencia de una "discriminación positiva" (como se había catalogado la medida por los jueces que conocieron del caso antes de llegar al Supremo), sino de una "acción positiva" absolutamente válida, ni es compartible lo que cabe deducir de la sentencia del Supremo en el caso de que la puntuación adicional por género se hubiera establecido no en la fase de determinación de la plantilla, sino en la de concurso. En efecto, de la sentencia se deduce que eso sí lesionaría la igualdad constitucional, con lo que aplica un estándar de aceptación de las discriminaciones positivas más restrictivo que el de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

Otro factor de confusión en este campo es la no siempre sencilla diferenciación entre las acciones positivas y las acciones contra las discriminaciones indirectas de tipo sistémico o estructural. Cuando, por ejemplo, hemos planteado la naturaleza de las cuotas electorales de sexo para incentivar la participación femenina, ya hemos visto que más que una acción positiva (aunque pretendan lograr la igualdad de género en la política) es el remedio contra una discriminación indirecta estructural. Si se mantiene el sistema electoral tradicional sin un enfoque de género, esto es, sin considerar las diferencias de hecho entre mujeres y hombres en el terreno de la política por los prejuicios (in) culturales subyacentes, esto lo único que hace es perpetuar la subordinación femenina. Las consecuencias jurídicas de considerar que las cuotas electorales de género son una acción positiva o un remedio frente a una discriminación indirecta estructural e institucional son muy distintas. Las acciones positivas

---

24 "Acciones positivas e igualdad de género. La asignación de puntuación por infrarrepresentación de las mujeres en la dotación de cátedras de la Universidad Autónoma de Madrid", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 7/2019, p. 9.

son un principio, un mandato de optimización en el contexto de ciertas limitaciones, pero las discriminaciones indirectas son una regla, es igualdad de trato fiscalizada eventualmente por un juez, y solo pueden ser cumplidas o incumplidas. Pondré otro ejemplo. La segregación escolar racista que sufren en nuestro país los escolares gitanos, especialmente las niñas (discriminación múltiple), es, creo, una clara discriminación indirecta (estructural e institucional), aunque nadie lo haya llevado ante un juez. Cualquier plan educativo que intentara mejorar esa situación tratando de modo desigual y mejor a ese colectivo no solo sería, a mi juicio, una medida de acción positiva que dependería de los recursos económicos y del humor de la mayoría gobernante de turno, sino una obligación estatal irrenunciable, una garantía contra la discriminación indirecta de la que son víctimas de un modo indecente.

3. LA DENOMINADA "PERSPECTIVA DE GÉNERO" EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: ALGUNOS EJEMPLOS CONTROVERTIDOS

La igualdad de género no es solo un derecho fundamental, también es un valor constitucional implícito en la cláusula fundante del artículo 1.1 CE. En efecto, la igualdad "real y efectiva" de género es reclamada por la libertad de la cláusula del Estado de Derecho, porque no puede haber libertad si las mujeres se siguen catalogando como personas incompletas cuya existencia se justifica solo a partir de los otros, personas fallidas si no responden a los estereotipos sociales sobre el ideal de mujer y personas cautivas, cuya autonomía depende, en definitiva, de la voluntad ajena. No podemos olvidar que el artículo 9.2 también se refiere a la promoción y a la remoción de obstáculos de la "libertad real y efectiva". Así mismo, la igualdad de género es exigida, por supuesto, por la igualdad verdadera del Estado Social y todos sus corolarios. Y, por último, el principio del Estado democrático, del pluralismo social y político, conlleva que las mujeres, aunque sean la mayoría social, dejen de ser un grupo aislado y sin voz en la arena pública, dejen de ser ciudadanas de segunda clase, dejen de sufrir un evidente y grosero déficit de ciudadanía.

De ahí que todos los preceptos constitucionales (y normativos, en general) deban ser contemplados a partir de esta perspectiva o enfoque de género. Nuestra Constitución, he sostenido, es claramente feminista. Ahora bien, no hay acuerdo general sobre qué significa y qué contenido y límites tiene el enfoque

de género[25], que, por otro lado, es de acuñación expresa reciente entre nosotros. Desde mi punto de vista, no es otra cosa que la igualdad constitucional entre mujeres y hombres, pero tomada en serio. Es decir, se trata de un criterio de interpretación normativo que adopta una metodología realista y no meramente formalista que considera si una decisión normativa o judicial se fundamenta en un prejuicio sexista tradicional; cómo, eventualmente, impactan de modo diferente sobre mujeres y hombres las mismas disposiciones normativas, qué barreras, incluso informales, impiden ejercer a las mujeres (a todas ellas o a un grupo determinado) los mismos derechos que los varones similarmente situados y qué remedios jurídicos podrían ayudar a superar la discriminación.

Este carácter de la igualdad de género como "principio informador del ordenamiento jurídico" y, por tanto, transversal, lo deduce de los artículos 9.2 y 14 CE tanto el artículo 15 de la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, como el posterior artículo 4.3 de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. El Tribunal Constitucional ha sostenido en su STC 115/2024 (FJ 3.º) que de la perspectiva de género se deriva "un deber legal de interpretación y aplicación de las normas jurídicas que busquen la igualdad real entre mujeres y hombres y la ruptura con la perpetuación de los roles de género". La incorporación de la perspectiva de género en las políticas públicas (por ejemplo, en la educación sanitaria sobre salud sexual y reproductiva) no es, según el fundamento primero de la STC 92/2024, sobre la ley del aborto de 2010, y en contra de lo que aducían los reclamantes, un adoctrinamiento que lesiona la neutralidad ideológica de las administraciones públicas y el pluralismo político, sino "un enfoque metodológico y un criterio hermenéutico transversal orientado a promover la igualdad entre mujeres y hombres" que engarza con el valor igualdad del artículo 1.1 CE, con la igualdad real y efectiva del artículo 9.2 CE y con la prohibición de discriminación por género del artículo 14 CE. Idéntica doctrina se afirma en el fundamento segundo de la STC 89/2024 sobre la validez del artículo 4.4 de la Ley integral de igualdad de trato, que recoge la perspectiva de género, que define como "categoría de análisis de la realidad" y como "mínimo común normativo que contiene las definiciones y garantías del derecho antidiscriminatorio español". Diversos textos normativos del Derecho internacional aplicable vendrían a reforzar, vía artículo 10.2 CE, esta perspectiva.

---

25 Particularmente interesante es, en este sentido, el trabajo de Encarna Carmona: "La perspectiva de género en la justicia", *Temas para el debate*, n. 324, 2021, pp. 20-24.

Ahora bien, compartiendo la necesidad de asumir la perspectiva de género a la hora de interpretar y aplicar todo el ordenamiento, esta no supone, creo, una suerte de principio general *in dubio, pro femina*, ni es una regla que juegue siempre y de modo automático en favor de las mujeres en cualquier conflicto con algún varón. Su manejo requiere una utilización más fina. A lo largo del texto han ido surgiendo algunos ejemplos. La realidad nos ofrece casos donde no se aprecia, pero también otros donde se hace de modo discutible.

Entre las primeras, en efecto, algunas sentencias sorprenden por su llamativo enfoque *sex blind*, indiferente al factor de género. Un buen ejemplo son las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a un asunto de discriminación múltiple o interseccional (que tampoco se aprecia) de mujeres gitanas[26] casadas por el rito tradicional en relación con el acceso a la pensión de viudedad. El Tribunal Constitucional[27], en su STC 69/2007, desestimó el amparo de una mujer gitana española, María Luisa Muñoz, a la que las autoridades habían denegado una pensión de viudedad por no haber contraído matrimonio según la forma legal válida en el año 1971 (rito católico), sino de acuerdo con el rito gitano. El Tribunal consideró que el factor étnico/racial no estaba presente en el caso

---

26 Todos los indicadores disponibles, que, por cierto, no son muchos ni oficiales, de modo unánime y constante, muestran el significativamente menor porcentaje de empleo extradoméstico y de niveles formativos alcanzados por las mujeres gitanas en nuestro país no solo en comparación con las mujeres no gitanas sino también respecto de los varones gitanos. Por otro lado, no hay constancia de las cifras de violencia de género en el seno de la propia comunidad, pero todos los indicios parecen apuntar a que son altos. En definitiva, la comunidad gitana, a pesar de los indudables avances, sigue sufriendo una importante discriminación en ciertos ámbitos sociales, pero, dentro de ella, las mujeres gitanas son víctimas de una grave discriminación múltiple. Son una minoría (mayoritaria, por cierto) dentro de la minoría. Pese a todo, la cuestión específica de la igualdad, real y efectiva, de las mujeres gitanas, con alguna excepción, pero no sistemática, sigue sin entrar seriamente en la agenda política de las instituciones estatales, autonómicas o locales. Es una minoría *invisible* de más de medio millón de españolas, a las que no capta el radar democrático de nuestra Constitución.

27 En general, nuestro Tribunal apenas ha abordado la discriminación por raza/etnia (solo en tres sentencias) y, además, lo ha hecho de forma harto discutible, en claro contraste con la discriminación de sexo/género. Cabe recordar, por ejemplo, la STC 13/2001 que desestima el recurso de amparo contra una actuación policial de requerimiento de identificación a una mujer, la señora Williams, tan solo por ser negra, por considerar que dicho requerimiento no obedeció ni a una discriminación patente ni a una encubierta (a pesar de que solo a ella, de entre todos los pasajeros que descendieron del tren, se le exigió). Esta decisión ha sido declarada por el Comité de Derechos Humanos (Comunicación núm. 1493/2006), de 27 de julio de 2009, contraria al artículo 26 2.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966).

por ningún lado. Existía una norma clara para todos: si usted quiere una pensión de viudedad, cásese oficialmente. La STC 69/2007 fue más tarde impugnada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y resuelta por este, el 8 de diciembre de 2009, asunto María Luisa Muñoz v. España, en un sentido contrario al del Tribunal español.

La segunda sentencia del TC sobre este tema es la STC 1/2021. El Tribunal se enroca en su enfoque *race/blind*, pero también *sex/blind*, vuelve a denegar el amparo a una mujer gitana, Joaquina Cortés, a la que se le había desestimado el acceso a una pensión de viudedad porque solo se había "casado" por el rito gitano. Ella había convivido con su pareja al menos quince años y tenían cinco hijos en común. No consta inscripción de la unión como pareja de hecho (lo cual le hubiera dado derecho a la pensión de viudedad) y los hijos aparecen inscritos en el libro de familia como de padres solteros. Según el Tribunal Constitucional, la unión tradicional gitana no ha sido reconocida por el legislador como una forma válida para contraer matrimonio con efectos de validez civil, ni tampoco se formalizó la situación de pareja de hecho por lo que no existe discriminación directa étnica. El Tribunal distingue este caso del anteriormente descrito: en el primer caso, la legislación de la seguridad social exigía, para acceder a la pensión de viudedad, vínculo matrimonial (lo cual no ocurre en el segundo caso porque una reforma de dicha legislación, mediante la Ley 40/2007, extendió en el art. 174 LGSS ese derecho a las parejas de hecho que, entre otras cosas, formalizasen oficialmente su relación); además, la demandante estaba convencida de buena fe de la realidad de su matrimonio por cuanto diversos documentos oficiales declaraban su condición de esposa del fallecido (libro de familia numerosa, texto de cotización a la seguridad social del marido en el que constaba como su mujer). De modo que el Tribunal Constitucional español interpreta que el Tribunal europeo acogió la queja de la demandante a partir de estas condiciones concretas, no porque considerara que se hubiera producido discriminación étnica alguna. De ahí que ambos casos sean diferentes. Coincido, no obstante, con el voto discrepante de XIOL: también en este último asunto se debería haber valorado la existencia de buena fe de la demandante sobre su convicción de estar casada oficialmente, aunque no hubiera documentos que abonaran esta percepción.

Ciertamente, Joaquina Cortés no reunía los requisitos legales para acceder a la pensión. Por eso, no se produce aquí una discriminación directa. Mi discrepancia radica en que la sentencia niega que se produzca una discriminación étnica indirecta porque no advierte ni se prueba con datos un perjuicio espe-

cial para la comunidad gitana. XIOL emite un voto discrepante en un sentido semejante. No se trata de que se reconozca la validez oficial como matrimonio del rito gitano; el Tribunal europeo concluyó en su día, y concuerdo, que el Convenio de Roma no obliga a reconocerle como tal. De hecho, el rito tradicional es discutible desde el punto de vista de la discriminación de género por la prueba de la virginidad de la mujer. Pero la singularidad cultural de este rito debería bastar para acreditar la existencia de una pareja de hecho y, por tanto, para acceder a una pensión de viudedad. De este modo, no se perjudicaría a mujeres gitanas como la reclamante y el Tribunal Constitucional no volvería a tolerar una discriminación fingiendo que no estamos hablando, en realidad, de etnia y de género.

Así como hay asuntos donde se echa en falta la perspectiva de género, en otros hay una aplicación de la misma, como mínimo, discutible. Es el caso, por ejemplo, de la STC 54/2025, que estima el amparo de una mujer, en proceso de divorcio, que se había mudado de Vitoria a La Coruña con su hijo, contraviniendo la orden judicial provisional de ejercer la guardia y custodia del niño en Vitoria, alegando que la causa del traslado era la violencia de género sufrida por su marido y padre del niño. El Tribunal Constitucional sostiene que, en este caso, dado que estamos en presencia de un posible caso de violencia de género, "la forma más grave de discriminación contra la mujer" (STC 48/2024) y que hay que atender al interés superior del menor (que incluye la obligación de protegerle de toda forma de violencia), el deber de motivación judicial debe reforzarse, lo que no concurrió en este caso porque el Juzgado de Violencia n. 1 de Vitoria no acreditó ni los beneficios ni los perjuicios para el hijo de su traslado a La Coruña con su madre. En su argumentación, el Tribunal Constitucional considera que el hecho de que no se impusiera judicialmente una orden de protección contra el padre no es el único indicio de violencia de género y que sí lo son, sin embargo, los informes de la fiscalía y de los servicios sociales del Ayuntamiento de la Coruña. Son precisamente estos indicios de violencia de género los que justifican en este caso el traslado. Esta sentencia parecería razonable sino fuera porque deliberadamente ignora las sentencias del Juzgado de lo Penal de Vitoria, confirmada por la Audiencia Provincial, que absuelven al padre de las conductas de violencia de género denunciadas e incluso llegan a considerar que hubo un chantaje por parte de la madre y una denuncia falsa contra el padre. La STC 54/2025, sustituyendo la competencia juzgadora del juez ordinario, es construida sobre la presunción, a todas luces, falsa, de que el padre ha sido o puede llegar a ser violento contra la madre. Me parece evidente que aquí

la utilización del enfoque de género es incorrecta. Por eso no es difícil coincidir con los argumentos discrepantes de Tolosa y Arnaldo: esta sentencia vulnera el derecho a la presunción de inocencia del padre, equiparando a una sentencia condenatoria la denuncia y el atestado (que ni siquiera llegan a ser indicios del delito) y contradice el principio civil de determinación conjunta del domicilio del hijo común (la libre elección de residencia del art. 19 CE no comprende la facultad de decidir unilateralmente el domicilio de los hijos comunes). Como muy bien se dice en el voto particular, "el enfoque de género no puede obviar las garantías tradicionales que han inspirado el proceso penal... y el derecho a la presunción de inocencia".

La STC 54/2025 es un buen banco de pruebas para explorar los límites del enfoque judicial de género sobre todo si la comparamos con las otras dos sentencias que la preceden, todas ellas surgidas de la ponencia de Balaguer, las SSTC 115/2024 y 145/2024. En estas sentencias se introduce el deber judicial de motivación reforzada *ex* artículo 24 CE en casos de violencia de género[28], que más tarde se aplica, aunque de modo algo hemipléjico, a mi juicio, en la STC 54/2025. La STC 115/2024 resuelve el amparo presentado por una madre en proceso de divorcio, en un contexto de violencia de género, que incumple el régimen de visitas ordenado judicialmente respecto de la progresión del régimen de visitas (de supervisadas a libres) del padre. La niña era renuente a acudir al punto de encuentro familiar con el padre, y ni la madre ni la abuela materna se prestaban a llevar a la niña a dicho lugar cuando el régimen de visitas del padre dejó de ser supervisado. El Tribunal sostiene que no se puede asumir que el interés superior del menor sea equivalente siempre a mantener relaciones con ambos progenitores y, en el caso, concluye que los jueces ordinarios no ofrecieron la motivación reforzada que, en el contexto de violencia de género, exige el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1. CE). La STC 145/2024 es semejante a la STC 115/2024, pero en este caso se discute la introducción de las pernoctas de la menor con el padre no custodio en un contexto de violencia de género. La argumentación y el fallo son idénticos a los de la STC 115/2024. A ambas decisiones les acompaña el voto discrepante de E. Arnaldo y el concurrente de Díez. Pues bien, en mi opinión, la argumentación de ambas sentencias, desde una

---

28 Este canon también se aplica en otros casos, como demuestra la STC 53/2024, que estima el recurso de amparo de un padre al que la sentencia de divorcio priva del derecho de visita de sus dos hijas mientras dure su reclusión sin motivación suficiente.

perspectiva de género, es correcta. El juez ordinario tiene que acreditar razones realmente persuasivas, desde la consideración del interés superior del menor, para permitir progresar en el régimen de visitas o de pernoctaciones por parte de un padre incurso en delitos de violencia de género. Por eso mismo, no comparto la opinión discrepante de Arnaldo porque adopta un criterio *sex-blind* inaceptable. Entre la exageración parcial del enfoque de género que hace la STC 54/2025 y su desconsideración absoluta que proponen los votos discrepantes de E. Arnaldo en las SSTC 115 y 145/2024, creo que es posible encontrar un término medio, que es la argumentación y fallo de estas dos últimas sentencias.

La STC 48/2024 también estima el amparo frente a la rebaja en dos grados, por dilaciones indebidas de la pena impuesta a un agresor sexual, catedrático de la Universidad de Sevilla. La sentencia discute que las sentencias anteriores hayan fijado el día de inicio de dichas dilaciones en el primer hecho probado y no en la denuncia, cuatro años después. La magistrada Balaguer, en su voto concurrente, considera, pese a ello, que no se ha tenido en cuenta suficientemente la perspectiva de género.

En otros asuntos también se suscitan dudas. Recordemos que en la STC 132/2024, antes descrita, el Tribunal consideró que la negativa de una cofradía religiosa a admitir una mujer como socia lesionó la igualdad de género constitucional (art. 14 CE), en la medida en que tal asociación ostentaba una posición cultural y social dominante. Pues bien, tanto Montalbán como Balaguer, en sus sendos votos concurrentes, coinciden en afirmar que la sentencia no adoptó un enfoque de género porque la cuestión central no debería haber sido la discusión sobre si la cofradía tenía o no una posición dominante, sino que habría que haber interpretado con perspectiva de género que, en todo caso, la exclusión de las mujeres de cualquier asociación, incluidas las de carácter religioso, supone una discriminación sin excepciones. ¿Es esto realmente así, incluso en un caso en el que, si bien de modo precario porque siempre habrá que acreditar la posición dominante de la entidad, se ha hecho prevalecer el derecho a no ser discriminado por género frente a los también derechos constitucionales de asociación y de libertad religiosa? ¿Se deriva de la Constitución una posición preferente, podríamos denominar *absoluta*, de la igualdad constitucional frente a su ponderación con cualesquiera otros derechos fundamentales? ¿Y si una mujer, por ejemplo, llevara a los tribunales a los órganos directivos de la Iglesia católica por ser rechazada para recibir las órdenes sagradas? Estamos en el ámbito de las relaciones privadas, donde el principio de libertad o autonomía es fundamental.

4. CONCLUSIONES: NUESTRA CONSTITUCIÓN ES FEMINISTA Y TODO EL DERECHO DEBE ADOPTAR UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN, PERO ESTA PERSPECTIVA NI ES FÁCIL DE DETERMINAR, A VECES, NI HAY UNA SOLA MANERA "CANÓNICA" DE ENTENDERLA

Hace treinta años, en 1995, publiqué la primera monografía jurídica específica en nuestro país sobre el derecho fundamental a no sufrir discriminación por sexo. En ese tiempo aún no se había desarrollado el modelo europeo de igualdad de trato, así que organicé el análisis a partir de su tratamiento en el derecho norteamericano. No me sorprendió mucho que, varios años después, este desembarcara primero en el derecho europeo y, bajo su impronta, en el derecho español. En la actualidad, el derecho antidiscriminatorio de género ha alcanzado entre nosotros una densidad normativa, jurisprudencial y doctrinal impresionante.

En este trabajo se analiza toda la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre la igualdad de género constitucional del artículo 14 CE, a partir de las categorías centrales de la igualdad de trato (discriminaciones directas e indirectas) y de la igualdad de oportunidades (acciones positivas y sus diferencias con las discriminaciones positivas). La jurisprudencia es abundante, es garantista[29] y también, como es natural, es opinable en diversas ocasiones.

No cabe dudar, sin embargo, de que el texto constitucional se deriva el canon interpretativo del enfoque de género, pero, como hemos tenido oportunidad de comprobar, no siempre se aplica, no siempre es fácil determinar su contenido con precisión y no siempre admite un único sentido posible. No siempre el mejor sentido es el más radicalmente favorable a la pretensión de las mujeres, sin límites ni excepciones, ni ponderación con otros derechos en liza.

El carácter polémico de la idea de "perspectiva de género" se muestra incluso en el propio debate feminista en asuntos como la regulación de la prostitución o, de modo particularmente intenso, en la controversia sobre el género de las personas

---

[29] Rodríguez Ruíz, B.: "La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía", en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 3. 2015, p. 356, escribe: "La jurisprudencia constitucional española parece estar abriéndose a la dimensión estructural de las dinámicas de poder intergrupal de varones sobre mujeres y a la necesidad de atajarla".

transexuales, donde el feminismo ha hecho una reflexión profunda e interesante en relación con qué es una mujer, pero no exenta de puntos de vista bien dispares. Hasta el punto de que autoras como María Luisa Balaguer[30] o Yolanda Gómez[31] coinciden en observar el carácter "impreciso" y "confuso" de la denominación "perspectiva de género" y proponen sustituirla por las de "perspectiva feminista" o la de "perspectiva de igualdad de mujeres y hombres", respectivamente.

Personalmente, no comparto lo que yo llamaría un "enfoque fundamentalista" de la perspectiva de género, pero tampoco me convence la tesis de que se trata de un concepto sectario e ideologizado que pugna con el carácter pluralista de nuestra Constitución. Estas son las dos posiciones extremas de una de las guerras culturales que se despliegan actualmente en el debate jurídico-constitucional contemporáneo. Todos, probablemente, desearíamos encontrar en el texto escrito de nuestra Constitución nuestra propia concepción ideológica, pero, frente a la intensidad y extensión de tanto sesgo de confirmación, sí es posible hallar en nuestra Constitución un conjunto fijo y seguro de datos objetivos y uno de ellos, no precisamente el menor, es su pretensión de que mujeres y hombres seamos tratados como iguales y de que tengamos las mismas oportunidades.

---

30 "Un enfoque global para entender la violencia de género y proyectar la perspectiva de género", en *Violencias contra las mujeres y Derecho europeo. Una evolución reciente en perspectiva jurídico-constitucional*, Atelier, Barcelona, 2025, p. 55.

31 "La prostitución: evolución en el marco europeo", en *Violencias contra las mujeres y Derecho europeo. Una evolución reciente en perspectiva jurídico-constitucional*, Atelier, Barcelona, 2025, p. 166, nota 17.

Capítulo 3
ACCIÓN POSITIVA Y GÉNERO: ANÁLISIS EVOLUTIVO Y PROPUESTAS

Mª Ángeles (Maggy) Barrère Unzueta
Catedrática de Filosofía del Derecho
EHU/Universidad del País Vasco
https://orcid.org/0000-0003-3154-0993

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de acción positiva resulta lógicamente dependiente del de discriminación. Dicho de otro modo, si no hubiera discriminación no tendría sentido hablar de acción positiva[1]. Y esto queda claro desde el origen del Derecho antidiscriminatorio moderno[2]. Pero en la cultura jurídica no existe un concepto unívoco de discriminación, ni a nivel teórico ni a nivel doctrinal. Por un lado, está la concepción liberal, a cuyo amparo surge el binomio de la discriminación directa e indirecta, y que en nuestros lares encuentra plasmación en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI)[3]. A partir de tal binomio la discriminación se caracterizaría

---

1 *Vid*. en este sentido la Introducción de las Directrices de la Comisión estadounidense para la Igualdad de Oportunidades en el empleo referida a la *Affirmative Action* (1979): "The Guidelines address (...) the need (...) through affirmative action, to eliminate discrimination and to correct the effects of prior discrimination". Disponible en https://www.eeoc.gov/laws/guidance/cm-607-affirmative-action#:~:text=It%20is%20important%20to%20remember,a%20bona%20fide%20occupational%20qualification.

2 Por Derecho antidiscriminatorio moderno se entiende aquí, *grosso modo*, el que tiene su origen en la respuesta del poder político y judicial a las revueltas protagonizadas por las minorías (empezando por la afroamericana) y por las mujeres en los EE. UU. a mediados del siglo pasado. *Vid*. Barrère Unzueta, M. A.: *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas/IVAP, Madrid, 1997; Rey Martínez, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019.

3 Artículo 6. Discriminación *directa*: "la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en

por ser: a) unipersonal, es decir, afecta a las personas individualmente consideradas; b) *una tantum*, es decir, dura lo que dure el trato que la ha ocasionado, y luego se agota; c) si no hay discriminación directa o indirecta, hay igualdad de trato; d) situacional, es decir, a pesar de que se supone que proviene de un trato, el peso definitorio no recae en el trato sino en la situación; e) bilateral, ya que puede afectar tanto a individuos de una categoría (sexo, género, clase, raza, etc.) como de otra (además de binarista); f) monocausal, en el sentido de que se basa solo en una causa (o sexo, o género, o raza, o religión, o...); g) formalmente comparativista, en el sentido de que no determina los términos ni el alcance de la comparación; h) diferencialista, en el sentido de que la indiferenciación en el trato (el trato "neutro") se presume como no discriminatorio; i) desfavor o desventaja, según un esquema de competitividad; y j) la indirecta es derrotable, es decir, admite un "a menos que", en este caso basado en la "objetividad" de la legitimidad de la finalidad y la necesidad y adecuación de los medios para lograrla.

Por otro lado, está la concepción sistémica, que ve la discriminación como un *continuum* de tratos que se significan en uno o varios sistemas de poder. La base articuladora de esta concepción se encuentra en el concepto de opresión y en su desarrollo ocupa un lugar destacado Iris Marion Young[4]. El éxito de la aportación de Young vino del modo en el que esta autora supo resumir la resignificación operada por los movimientos sociales de izquierda de los años 60 y 70. Para estos, hablar de opresión no significaba tomar como referencia un poder tiránico basado en la coacción, sino fijarse en las injusticias que sufre cierta gente debido a "las prácticas cotidianas de una bienintencionada sociedad liberal" y a "los impedimentos sistemáticos que sufren algunos grupos" no necesariamente

---

situación comparable". Discriminación *indirecta*: "la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados". Para la exposición, desarrollo y crítica de ambos conceptos me remito a Barrère Unzueta, M. A.: "El principio de igualdad de trato vinculado a la discriminación directa o indirecta", en Ventura Franch, A. y García Campá, S. (dirs.) *El Derecho a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Una evaluación del Primer Decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 119-153.

4 Young, I. M.: *La justicia y la política de la diferencia*. Ed. Cátedra, Madrid, 2000. Las cinco caras de la opresión son, para Young, explotación, marginación, carencia de poder, imperialismo cultural y violencia (cap. II).

vinculados a la intención de alguien[5]. La opresión así entendida es para Young "estructural", si bien también atribuye esta adjetivación a que "sus causas están insertas en normas, hábitos y símbolos que no se cuestionan, en los presupuestos que subyacen a las reglas institucionales y en las consecuencias colectivas de seguir esas reglas", aunque para esta autora lo último (la inserción en normas, hábitos y símbolos) determinará también su "carácter sistémico", es decir, la razón para poder hablar de "*sistema de* opresión"[6].

Este planteamiento de Young, en el que lo estructural se identifica primero con lo no intencional y luego con lo sistémico (pero definido en los mismos términos que lo estructural) provoca cierta confusión a la hora de poder utilizar estos adjetivos de manera clara y fructífera en el Derecho. Es más, el recurso a lo sistémico y lo estructural se despliega sobre una zona de penumbra que aumenta según crece el número de referencias. De ahí la necesidad de una primera clarificación que, en nuestro caso, vendría determinada por la propuesta de utilizar el adjetivo estructural para designar el alcance que los tratos discriminatorios tienen en la configuración de lo social y, por lo tanto, desvinculándolo de su acepción relativa a (la falta de) intencionalidad. Es cierto que este último uso le sirvió al pensamiento crítico para ilustrar que las instituciones discriminan sin necesidad de que exista una consciencia de discriminación, pero si –como se hace aquí– se reconoce que las estructuras sociales (patriarcales o sociológicas) se manifiestan en tratos (son producto de tratos y producen tratos) y estos pueden ser intencionales o no, no es necesario "quemar" el significado de lo estructural con lo no intencional. Es más, la ruptura de la identificación necesaria entre lo estructural con lo no intencional tiene la ventaja de no proyectar la cuestión de la intencionalidad sobre el sistema. Y es que, dada la indistinción que se hace a veces entre lo estructural y lo sistémico, la desvinculación de la intencionalidad con lo estructural podría dar a entender que los sistemas de poder son ajenos a la intencionalidad o, dicho de otro modo, que es posible explicar un sistema de poder sin recurrir a la intencionalidad de oprimir o subordinar a ciertos grupos. La segunda propuesta de clarificación sería utilizar el adjetivo sistémico para designar el alcance conectivo de (el conjunto de) los tratos discriminatorios que dan vida al sistema y que, por ejemplo, en el caso del género explicaría por qué

---

5 *Ibidem*, p. 74 (ambas citas).

6 *Ibidem*, pp. 74-75, 75 y 76, respectivamente (cursiva añadida).

son las mujeres las discriminadas en todos los ámbitos (en todas las estructuras) de lo social (trabajo, familia, política, religión, etc.).

Resumiendo, mientras para cierto sector teórico-doctrinal la discriminación es un fenómeno representado por una ruptura de la igualdad de trato individual y concreta, para otro sector la discriminación es un fenómeno que, aunque se pueda manifestar individualizadamente, se significa en sistemas de poder de alcance grupal y estructural. Por ello, para evitar abusos terminológicos se postula que, en el segundo supuesto, en lugar de discriminación se emplee el término *subordiscriminación*, y es también por esto último que, si se denomina Derecho antidiscriminatorio al que actúa contra la discriminación en el primero de los sentidos, al que actúa contra la discriminación en el segundo de los sentidos deberá denominarse, por coherencia, Derecho *antisubordiscriminatorio* (en adelante, también ASD)[7]. Siguiendo con este razonamiento, si el concepto de acción positiva es dependiente del de discriminación y existen al menos dos conceptos de discriminación, deberán existir, asimismo, dos conceptos de acción positiva: a) la acción positiva antidiscriminatoria referida al concepto formal individual o accidental de la discriminación; y b) la acción positiva ASD referida a un concepto estructural y sistémico de la discriminación.

Al margen de la coherencia del razonamiento anterior, el análisis de figuras conceptuales como las mencionadas se complica debido a que los mismos términos no acompañan temporalmente a los mismos fenómenos. Así, existe una acepción de la expresión acción positiva que está vinculada al modelo de Estado social; un modelo de Estado que, como es sabido, empieza a gestarse en la Alemania de Bismarck (década de 1880) y se constitucionaliza a principios del siglo XX (Constitución de Weimar, 1919). Las políticas sociales que se inician con este

---

7 Sobre la procedencia y uso de las expresiones subordiscriminación y Derecho antisubordiscriminatorio, así como para ahondar en la descripción y postulados de este último, remito a Barrère Unzueta, M.: "Iusfeminismo y Derecho antidiscriminatorio: Hacia la igualdad por la discriminación", en Mestre I Mestre, R. (coord.) *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 45-71 y "Filosofías del Derecho antidiscriminatorio. ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2018, vol. XXXIV, pp. 11-42. *Vid*. con planteamientos similares y desde disciplinas diversas, Esparza Reyes, E.: *La igualdad como no subordinación. Una propuesta de interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2017; Álvarez del Cuvillo, A.: *El concepto de discriminación grupal y su eficacia real en el ámbito de las relaciones laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

modelo de Estado (como las primeras leyes de Seguridad Social, que prevén el seguro por enfermedad, accidentes o vejez) son acción positiva en tanto constituyen políticas de intervención ante un estado de cosas propio del capitalismo industrial (jornadas de entre 12 y 16 horas, accidentes sin indemnización, inseguridad económica, etc.) que bien podría ser descrito *actualmente* con la expresión *discriminación* socio-económica o de clase. Pero, si podemos utilizar ahora "discriminación" para referirnos a aquel estado de cosas propio de finales del siglo XIX y principios del siglo XX es porque dicho término ha ido consolidando su sentido peyorativo desde mediados del siglo XX (es decir, bastante más tarde), que es cuando surge el Derecho antidiscriminatorio moderno, ya que, anteriormente, discriminar no connotaba injusticia, sino que era, simplemente, sinónimo de diferenciar. Por otro lado, cuando surge este Derecho antidiscriminatorio moderno se emplea la expresión acción positiva para hacer referencia a políticas o medidas intervencionistas, pero que no tienen como principal objetivo la discriminación por clase, sino por raza, sexo-género, discapacidad, etc. Obviamente, eso no quiere decir que desaparezca la discriminación por clase, sino que el término discriminación, de hecho, no se usa para ese sistema de poder.

A la luz de lo señalado hasta el momento es posible sostener que el ámbito discursivo de la acción positiva no solo es complejo por cuestiones lingüísticas, sino también por cuestiones ideológico-políticas. Estas encontrarán reflejo en divergencias interpretativas sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación, pero las divergencias no serán exclusivamente técnicas. Como ha sido certeramente señalado, "(l)a acción afirmativa jamás se habría convertido en el arquetipo demonizado que representa en gran parte del discurso público actual si el problema se redujera a una simple interpretación divergente del derecho constitucional"[8]. Entonces, por honestidad intelectual, pero también para evitar confusiones espurias, se avanza desde ahora que en este trabajo se postulará una visión de la acción positiva inscrita en el Derecho ASD. Esto supondrá concebir la acción positiva como una política *reactiva* por parte de los poderes públicos y privados a la (acción de la) discriminación estructural y sistémica (subordiscriminación), es decir, a un *continuum* de tratos inscrito o significado en sistemas de poder (la clase, la raza, el género, etc.) que intersectan entre sí;

---

8 Rubio, P. F.: *A History of Affirmative Action 1619-2000*, University Press of Mississippi, Jackson, 2011, p. xv.

una discriminación que privilegia a unos grupos y subordina a otros y que, además, se encuentra institucionalizada (es decir, afecta a la actividad de los propios poderes públicos o, si se quiere, al propio Derecho). Pero como esta es solo *una* visión de la acción positiva, y no la hegemónica jurídicamente, habrá que demostrar su virtualidad en comparación con la del Derecho antidiscriminatorio liberal (formalista e individualista) que marca la acción positiva en el Derecho de la Unión Europea, que es el que ha influido en el desarrollo legislativo y jurisprudencial estatal en lo que respecta al género o, más estrictamente, a la igualdad de mujeres y hombres. A resultas de esa influencia, el concepto de acción positiva –que, como *affirmative action*, se utilizó tanto para hacer referencia a una política intervencionista de carácter *general* como a las intervenciones *específicas*[9]– se irá reconduciendo a lo que serían ciertas medidas específicas caracterizadas por un trato diferenciado o, más concretamente, un trato "en favor de" o que otorga "ventajas concretas" a las mujeres, lo que alimentará un halo de ilegitimidad que, por ejemplo, se trasluce en el uso de las expresiones "discriminación positiva" y "discriminación inversa"[10].

Hace poco más de un lustro abordamos la espinosa cuestión de la ilegitimidad de las acciones positivas diferenciadoras[11]. Algunas de las consideraciones de entonces siguen hoy vigentes, sin embargo, de entonces a ahora la normativa antidiscriminatoria estatal se ha incrementado notablemente acarreando novedades. Entre estas, la mención a la discriminación estructural, la ampliación de los fenómenos descritos con el término discriminación, el diferente significado

---

9 Leiter, S. y Leiter, W. M.: *Affirmative Action in Antidiscrimination Law and Policy. An overview and Synthesis*, State University of New York Press, 2002, p. 247.

10 Sobre el carácter erróneo y tendencioso del uso de tales expresiones, *vid*. Barrère Unzueta, M.: "Igualdad y 'discriminación positiva': un esbozo de análisis teórico-conceptual", en García Inda, A. y Lombardo, E (coords.) *Género y Derechos Humanos*. Mira Editores. Zaragoza, 2002, pp. 15-34.

11 En un curso que tuvo lugar en la sede del Servicio de Formación Continua del CGPJ (Madrid) entre el 23 y el 25 de enero de 2019 dirigido por el Magistrado y miembro de la Red de Especialistas en Derecho de la Unión Europea, David Ordóñez Solís, hoy Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias. El curso estuvo dedicado al "Estudio de la normativa europea y la jurisprudencia de los tribunales europeos –TJUE y TEDH– en materia de aplicación del principio de igualdad de género" y el trabajo al que se alude, solo accesible a los miembros de la judicatura, llevaba por título "¿Tienen algún límite las acciones positivas en favor de la igualdad de género en el Derecho europeo y en el Derecho español?".

del género o la influencia de la perspectiva interseccional, en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en adelante Ley 15/2022). Se trata de novedades con sus luces y sus sombras, pero de suficiente entidad como para invitar a una reflexión que sirva para remover la arquitectura constitucional y, de este modo, dotar a la acción positiva de mayor imperatividad y alcance. A ello se ha de añadir que la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres (en adelante LO 2/2024) consolida la expansión de la acción positiva más allá del ámbito laboral y de representación política.

2. LA ACCIÓN POSITIVA EN EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

2.1. El Estado interventor

Existe un concepto de la acción positiva que entronca con el trasfondo de injusticia que acompaña al surgimiento del Estado liberal. Este, como es conocido, proporciona el marco jurídico protector de la burguesía urbana y del desarrollo del capitalismo comercial propiciado por la colonización del Nuevo Mundo[12]. A ese marco jurídico contribuye decisivamente la Revolución Francesa y su declaración de "Los Derechos del Hombre y del Ciudadano", así como las teorías sobre el "Contrato Social" de los filósofos ilustrados que, a diferencia de Hobbes, sitúan la titularidad del poder soberano, no en el monarca sino en la "Sociedad Civil". En esas nuevas teorías sobre el Contrato Social el poder soberano será poder constituyente y su expresión normativa serán las Constituciones, en las que, de manera innovadora, se recogerá el principio de "igualdad ante la ley"[13] o, mejor dicho, la igualdad de "los ciudadanos" ante la ley. Es en este momento cuando toma cuerpo el universalismo de los derechos, solo que basado en un modelo de sujeto crisol construido de diferentes condiciones

---

12 *Vid*. de la inabarcable literatura sobre el Estado liberal, también para lo que sigue, Barrère Unzueta, M. A., Campos Rubio, A., Ezquiaga Ganuzas, F. J., Igartua Salaverria, J.: *Lecciones de Teoría del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998 (esp. primera parte, "Sociedad, Estado y Derecho"), así como la bibliografía allí citada.

13 En España, la primera Constitución que recoge el principio de igualdad ante la ley como tal es la de 1837, cuyo artículo 4 enuncia de manera literal "Todos los españoles son iguales ante la ley".

y características (ser varón, blanco, propietario, heterosexual, cristiano, sin discapacidades, etc.) en el que se encarnará el poder hegemónico. Así, por basarse en un modelo constitutivamente excluyente, se habla de "falso universalismo".

Al comienzo ese falso universalismo será explícito (cuando, quien no gozaba de las condiciones y características señaladas, carecía de derechos civiles y políticos), pero luego el privilegio funcionará implícitamente y, por lo tanto, de manera más sibilina. Así ocurrirá cuando a la titularidad de esos derechos civiles y políticos se vayan incorporando, no sin las correspondientes luchas, los miembros de los grupos originariamente excluidos de aquellos derechos. Para vehicular las demandas de estos grupos se arbitran diferentes instrumentos jurídico-políticos. Por un lado, está el reconocimiento de los llamados, ya en el siglo XX, derechos económicos, sociales y culturales y, por otro, las cláusulas antidiscriminatorias vinculadas en mayor o menor medida a los deberes u "obligaciones positivas" del Estado social. Pero todos esos instrumentos son expresión de la reacción estatal debida a la exclusión de ciertos grupos del modelo liberal de derechos, por lo que, en un sentido evolutivo la acción positiva englobaría todo este instrumental, hoy normalmente constitucionalizado[14]. Lo que ocurre es que, con el desarrollo del Derecho antidiscriminatorio, la acción positiva va desgajándose y tomando entidad propia.

2.2. La relación con la igualdad de oportunidades y el uso de la sinécdoque

Inserta ya en este nuevo marco, es usual referirse a la acción positiva como una forma de paliar la falta de oportunidades de ciertos grupos, aunque la relación de la acción positiva con la igualdad de oportunidades es del todo menos clara[15]. Así se puede entender que, mientras hay quien considera que la acción

---

14 *Vid*. Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, p. 419, quien hablará de acciones positivas como las propias de un Estado social o interventor frente al Estado liberal clásico caracterizado por sus acciones negativas (u omisiones). En este mismo sentido, se exige una "acción positiva de los poderes públicos" para hacer efectivos los derechos sociales, Calvo García, M.: "La implementación y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales", en Zapatero, V. y Garrido Gómez, Mª I. (eds.) *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá, 2009, p. 207.

15 Lousada Arochena, J. F.: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Tirant lo Blanch, 2014, p. 281.

positiva es el presupuesto de la igualdad de oportunidades, también hay quien sostiene que la igualdad de oportunidades debe de ser el principio en el que descanse la acción positiva[16]. Curiosamente, esta especie de "pescadilla que se muerde la cola" no es propia de los EE. UU., país al que se atribuye el origen del Derecho antidiscriminatorio moderno. En este país la acción positiva y la igualdad de oportunidades se conciben como dos estrategias diferenciadas. Por una parte, se considera que la igualdad de oportunidades se basa en la ignorancia (en la no consideración) de la raza o el sexo a la hora de tomar decisiones relativas a la contratación o a la promoción en el empleo, siendo su motor la idea de una sociedad *sex & color blind* focalizada en los individuos cuyas habilidades y talentos se supone que progresan si trabajan duro, es decir, confiando en las intenciones y poniendo la fe en la posibilidad de los individuos de controlar su conducta. La acción afirmativa, por su parte, mirará a la sociedad, a las circunstancias ligadas al género y la etnicidad en las que se encuentran los individuos, desconfiará de la suficiencia del voluntarismo y, en definitiva, descansará en la máxima según la cual "no hay mayor injusticia que tratar de manera igual situaciones radicalmente diferentes"[17].

A partir de aquí, otros aspectos caracterizadores de la acción positiva como, por ejemplo, el de su espacio de actuación o el de su incidencia sobre las expectativas de quienes no son sus destinatarios, pueden servir para construir determinadas tipologías de la acción positiva, pero no constituyen el meollo conceptual. De hecho, a pesar de que la noción estadounidense esté orientada originariamente a lograr la integración de la población afrodescendiente en el ámbito laboral o educativo, en otros muchos países se utiliza el concepto referido a otros espacios (como el político)[18] sin merma de ese núcleo conceptual. Así se ha entendido también en España, por ejemplo, al integrarse en la acción positiva las medidas de presencia equilibrada de hombres y mujeres en el ámbito electoral,

---

16 Por ejemplo, para el constitucionalista Rey Martínez, "La igualdad de oportunidades es el mandato a los poderes públicos de que promuevan acciones positivas o tratos jurídicos diferentes y favorables a los ciudadanos en situación de desventaja fáctica". *Vid*. al respecto Rey Martínez, F.: "Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018", *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 143.

17 Clayton, S. D. y Crosby F. J.: *Justice, Gender, and Affirmative Action*, University of Michigan, 2002, pp. 39-40.

18 Por ejemplo, en varios países de Latinoamérica, Hungría, Nueva Zelanda, etc., se reservan escaños en el Parlamento para minorías étnicas.

tanto por parte de la doctrina[19] como de la jurisprudencia[20], antes de consagrarse legislativamente dicha integración, más recientemente, en la LO 2/2024.

Tampoco forma parte del núcleo conceptual de la acción positiva en la doctrina el carácter diferenciador o no de las medidas, aunque, como luego se verá, el concepto adoptado en los textos jurídicos parezca reconducir el significado a las medidas que diferencian en el trato a determinados grupos. De ahí que, en este último caso, nos encontraríamos con una especie de sinécdoque en la que se toma la parte (las acciones positivas diferenciadoras) por el todo (por la acción positiva *tout court*); una operación esta no exenta de consecuencias, pues desplazará el debate de fondo sobre la acción positiva (la visibilización y consecuente reacción –no solo en términos diferenciadores– contra la discriminación estructural) a la justificación de la diferenciación en el trato, que deberá romper con la presunción jurídica liberal según la cual el trato jurídico indiferenciador (por ejemplo, entre hombres y mujeres) se presume igualitario y, viceversa, el trato diferenciador se presume discriminatorio[21]. Y no importa que esa presunción, que recorre la historia del constitucionalismo, se base en el falso universalismo ni que, en contra de lo que suele suponerse, no responda estrictamente a un criterio de justicia sino a una necesidad técnica del sistema jurídico[22]. El caso es que la concepción de la discriminación como trato diferenciado (concepto originario de la discriminación coincidente con la llamada discriminación *directa*) contagia negativamente a la acción positiva diferenciadora, olvidando que también el

---

19 *Vid.* Macías Jara, M.: "La democracia representativa paritaria", *Aequalitas*, núm. 23, 2008, pp. 22-47; Salazar Benítez, O.: *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los púlpitos*. Universidad de Córdoba, 2001; Ruiz Miguel, A.: "Paridad electoral y cuotas femeninas", *Aequalitas*, núm. 1, 1999, pp. 44-51; Rey Martínez, F.: "Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución", *Aequalitas*, núm. 1, 1999, pp. 52-59.

20 STC 12/2008, de 29 de enero; STC 13/2009, de 19 de enero; STC 40/2011, de 31 de marzo.

21 Un esquema interpretativo este en el que adquiere explicación una recurrente división doctrinal de la acción positiva que distingue entre "acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa". *Vid.* Así Giménez Gluck, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

22 Tarello, G.: "Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici moderni", en Castignone, S. et. al.: *Introduzione teorica allo studio del diritto*, ECIG, Genova, 1978, p. 202.

privilegio se ha construido sobre la indiferenciación, una vez universalizados los derechos de un grupo (el privilegiado).

2.3. Acciones positivas diferenciadoras y meritocracia

La mencionada sinécdoque será también la que, en definitiva, reconduzca la acción positiva a esas medidas de acción positiva que se vinculan con la ruptura del principio meritocrático instaurado por el liberalismo político (individualista). Es en relación a esas medidas donde se libran las batallas; es ahí donde, por ejemplo, afloran argumentos como los de las víctimas inocentes[23]. Es más, el uso de argumentos o conceptos como los señalados (que, como se verá, tendrán eco en la jurisprudencia) prueba la especial intensidad de las batallas ideológicas que se libran en torno a la acción positiva que actúa sobre el principio meritocrático. Dado el desarrollo que se ha producido en torno a esas técnicas que sortean el principio meritocrático, mencionaremos algunas. También para comprobar cómo la falta de inocencia del lenguaje (su dimensión política) se proyecta asimismo en el uso de los términos empleados para designar las medidas de acción positiva.

Siguiendo a Calvès, en la acción positiva (*discrimination positive*, *sic*) que afecta al principio meritocrático se suelen utilizar diferentes *técnicas*, repartidas en dos bloques: 1.º) el de las que implican una suspensión de las reglas de la competencia; y 2.º) el de las que inciden sobre las reglas de competencia, pero sin obviarlas[24], si bien –añade esta autora– ninguna de estas técnicas es propia o específica de la acción positiva[25]. Entre las técnicas del primer bloque destacan tres: a) la "reserva de plaza", con la que se sustraen totalmente de la competencia determinados bienes a los que solo puede aspirar el grupo favorecido por la acción positiva (p. ej. la reserva de un determinado número de escaños para ciertas minorías étnicas, que se practica en países como Colombia, Hungría

---

23 Morondo Taramundi, D.: "Appunti sul 'maschio, vittima innocente' in Diritto Comunitario", in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 94, 2002, pp. 309-332.

24 *Vid*. también sobre lo que sigue Calvès, G.: *La discrimination positive*, PUF, Paris, 2004, p. 26 y ss.

25 Ahí están los concursos-oposición internos en la función pública, empleos prohibidos a extranjeros, etc., que responderían a objetivos de políticas de promoción social, políticas proteccionistas, de inserción, etc. Calvès, G.: *La discrimination positive*, cit., p. 30. Para un análisis del tema en términos diversos, pero más en profundidad, *vid*. Velasco Caballero, F.: "Cuotas y preferencias", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 10, 2024, pp. 111-168.

o Nueva Zelanda, o en sectores como el empleo y la enseñanza superior pública en la India); b) la "cuota", que se diferencia de la anterior en que los bienes que se van a distribuir al grupo destinatario de la acción positiva no están predeterminados, sino que, para dar mayor flexibilidad al dispositivo, se fija simplemente el volumen global: por ejemplo, a nivel federal, en Estados Unidos el Estado establece que una parte de los contratos públicos sea "apartada" (*mise de côté*, *set aside*) en beneficio de los miembros de un determinado grupo etnorracial, pero el tipo de trabajo que deba ser externalizado se deja a la libre elección de la parte contratante de la Administración; y c) el "concurso-oposición separado", que consiste en reservar a los miembros del grupo destinatario de la acción positiva una vía de acceso especial a ciertos bienes para no involucrarles en un juego en el que se sabe de antemano que no tienen ninguna posibilidad de ganar (por ejemplo, pruebas deportivas diferenciadas para mujeres y hombres).

Entre las técnicas del segundo bloque se diferencia según que la preferencia juegue antes o después de la competición. Las técnicas en las que la preferencia actúa *antes* adquieren, a su vez, diversas formas: a) como dispensa de una o varias de las condiciones requeridas para participar en la competición –un diploma, un límite de edad, etc.–; b) como llamada particular hacia los miembros del grupo destinatario de la acción positiva, a quienes se les habrá manifestado por vías diversas que serán atendidos, bienvenidos, deseados, etc.; y c) como garantía de participación en el proceso de selección, pudiéndose prever en este estadio una cuota, pero solo en el nivel del examen de las candidaturas, quedando libre luego el seleccionador para tomar al final la decisión que parezca (sistema del que se haría eco el TJUE en el caso Badeck, subrayando que no implica el logro de un resultado definitivo –selección o promoción– pero ofrece posibilidades suplementarias a las mujeres cualificadas para su acceso al mundo del trabajo). En lo que respecta a las técnicas que se utilizan *después* de la competición (es decir, en el momento de la selección propiamente dicha), se destaca que, salvo raras excepciones, los criterios de evaluación diferentes aplicados a una misma prestación están prohibidos, en tanto "*se juzga sorprendente y políticamente inoportuno aplicar abiertamente* [...] un sistema de evaluación de los méritos individuales que conlleve 'dos pesos y dos medidas'"[26].

---

26 Calvès, G.: *La discrimination positive*, cit., p. 30.

2.4. Vaivenes jurisprudenciales

El carácter político de la acción positiva se detecta también en la división de opiniones en el seno de los tribunales. Son famosos a este respecto los vaivenes interpretativos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense, derivados de la composición del tribunal (según se dé una mayoría de ideología demócrata o republicana), que han llevado a considerar que la delimitación entre la acción positiva legítima y la ilegítima no se ha basado (o solo en apariencia) en disquisiciones técnicas, sino en las diferentes posturas ideológicas de los miembros del Tribunal. De hecho, se ha llegado a hablar al respecto de decisionismo político[27]. Destacan a este respecto dos casos paradigmáticos que tienen interés en orden a una futura comparación con el espacio estatal y europeo, aun a sabiendas de que la deriva actual de la acción afirmativa en los EE. UU. dista mucho de tener la fuerza e importancia que tuvo en los orígenes del Derecho antidiscriminatorio[28].

El primero es el caso *Regents of the University of California v. Bakke* (1978). Resumidamente, el supuesto es el siguiente: Bakke, estudiante blanco americano, solicita ser admitido en la Facultad de Medicina Davis de la Universidad de California y es rechazado. En la normativa de esta Facultad se preveía que, de las cien nuevas plazas anuales, dieciséis estuvieran reservadas a solicitantes miembros de alguna minoría, dándose la circunstancia de que los estudiantes admitidos bajo esta categoría estaban menos cualificados que Bakke. Más precisamente, la Facultad de Medicina Davis establecía dos programas de admisión diferentes, uno "regular" y otro "especial". Para entrar en el primero, se exigía una puntuación mínima de 2,5 sobre 4, mientras que, para entrar en el segundo, los candidatos debían ser considerados económica y/o educacionalmente desaventajados, además de ser miembros de una minoría –negra, chicana, asiática, indio-americana–

---

27 Giménez Gluck, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., p. 126.

28 Así se puede comprobar en la Sentencia de 29 de junio de 2023, caso *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College* 600 U.S. (2023). Con una mayoría conservadora aplastante en su composición (6-2), el Tribunal Supremo estadounidense dictamina en esta Sentencia que los programas de admisión universitaria que toman en cuenta la raza –como lo hacían Harvard y la Universidad de Carolina del Norte– violan la cláusula de Igualdad de Protección de la XIV Enmienda de la Constitución de EE. UU. y, por tanto, son inconstitucionales.

pero no se exigía la puntuación mínima de 2,5[29]. Ante esta situación, Bakke demanda a la Universidad apoyándose, tanto en la Ley de Derechos civiles (que prohíbe la discriminación), por considerarse víctima de "discriminación inversa", como en la cláusula de igual protección de la XIV Enmienda a la Constitución.

La diversidad de opiniones expresadas sobre este caso por los nueve jueces del Tribunal Supremo se refleja en la complejidad de la deliberación. Así, cuatro de los jueces se muestran favorables a la pretensión de Bakke, amparándose en la Ley de Derechos civiles. Los otros cinco sostienen que la cuestión constitucional tiene prioridad sobre la Ley de Derechos civiles y entran a considerar si el sistema de cuotas de la Facultad de Medicina Davis viola la igual protección de los derechos de Bakke. Cuatro de ellos encuentran que las clasificaciones raciales "benignas" deben ser examinadas a la luz de los objetivos de la política pública, concluyendo que el propósito de la Facultad de "remediar los efectos de la discriminación social pasada" es constitucional. La decisión del noveno juez resulta, pues, crucial y será del siguiente tenor: por un lado, considera que las cuotas explícitas del sistema imperante en Davis resultan inconstitucionales debido a que no son necesarias para logar objetivos de interés primordial; por otro, considera que hubiera sido lícito operar con esquemas más flexibles que hubieran tenido en cuenta la raza junto a otras características en orden a asegurar la diversidad entre la población estudiantil. El caso termina con una fórmula de compromiso: Bakke obtiene una plaza en la Facultad, pero los programas especiales se siguen considerando lícitos, en la medida en que estén basados en argumentos varios y no impongan "cuotas raciales" del tenor de las imperantes en Davis.

El segundo de los casos es *Johnson v. Transportation Agency*, de 1987, y puede resumirse como sigue. Al amparo de un plan de acción positiva empresarial para aumentar la presencia de mujeres en una categoría de trabajo ocupada tradicionalmente por hombres, se selecciona a una candidata para el puesto a pesar de que, en el resultado de las pruebas, había quedado en un puesto ligeramente inferior a un candidato masculino (conviene precisar, sin embargo, que en principio la empresa considera a ambos cualificados para el puesto, produciéndose en las entrevistas la ventaja del candidato, que obtiene 75 puntos, sobre la candidata, que obtiene 73). En este caso, el Tribunal Supremo decidirá que la acción empresarial no contradice

---

[29] Siguiendo la clasificación de Calvès, este caso equivaldría a una "reserva de plaza" que exceptúa la regla de la competencia.

la prohibición de discriminación en el empleo impuesta por el Título VII de la Ley de Derechos civiles de 1964, entre otros motivos porque el hecho de tomar en consideración el sexo estaba justificado por la existencia de un desequilibrio evidente reflejado en infrarrepresentación de las mujeres en categorías de empleo tradicionalmente ocupadas por hombres, así como por alentar a las mujeres a ocupar un puesto no tradicional. Al margen de otros datos de interés, este proceder implica que el sexo es computado como un factor más (aunque decisivo) de la preferencia, tal y como, por lo demás, estaba previsto en el Plan de acción positiva aprobado por la empresa (y calificado en la propia sentencia como "*a moderate*, flexible, *case-by-case approach*"). Para el Tribunal los porcentajes cuentan (ahí está el caso de la infrarrepresentación), pero no se puede hablar de "cuotas" *stricto sensu*, descartadas, por otra parte, en el Plan diseñado por la empresa.

3. ACCIÓN POSITIVA Y GÉNERO EN EL ESPACIO EUROPEO

3.1. Aclaraciones sobre el uso de "género"

La referencia al género en el título de este trabajo requiere precisiones conceptuales. Se podrían haber evitado si, por ejemplo, se hubiera sustituido la palabra género por *mujeres*. Sin embargo, procediendo de esa manera hubiéramos operado un doble eclipse. Por un lado, las mujeres aparecerían como beneficiarias explícitas de una política antidiscriminatoria, pero sin mencionar el sistema de poder (el sistema de género) que las subordiscrimina y que es precisamente el que justifica la necesidad de dicha política. Por otro lado, se ocultaría un debate social notorio en torno al género evidenciado en España con la incorporación al *corpus* legislativo referido a la discriminación-violencia contra las mujeres[30] de la legislación antidiscriminatoria genérica[31]; un debate

---

30 *Corpus* integrado, sin ir más lejos, por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (que viene a completar a la de 2024, pero que también interviene sobre la 3/2007 modificándola en la Disposición final décima) y la reciente Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres.

31 Que incluye la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación y 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 de las personas LGTBI.

sin referencias al cual la lectura de conjunto de unos y otros textos legislativos causaría –cuando menos– extrañeza.

Para ilustrar esto último basta con observar el diferente significado del término "género" en la expresión y en la normativa sobre "violencia de género" de la Ley Orgánica 1/2004 y el significado que tiene la palabra "género" en los vocablos "autodeterminación de género" o "expresión de género" en la Ley 4/2023 referida a las personas trans. En el primer caso, "género" se utiliza como sistema de poder que subordiscrimina a las mujeres; en el segundo, como facultad o poder de manifestación que cada persona hace de su identidad sexual (es decir, como libertad que necesita ser jurídicamente garantizada) para no ser subordiscriminada. Y es que entre las coordenadas del debate vinculadas a la legislación más reciente estaría el cuestionamiento de presupuestos básicos de la legislación anterior, como la categoría *mujeres*, el *binarismo sexual* o el propio *sistema sexo-género*[32].

Dejando constancia de todo ello, en lo que aquí respecta consideramos que hoy en día está justificado no solo hablar de "mujeres" en las normativas antidiscriminatorias sino también de la existencia de una política antisubordiscriminatoria en términos binaristas, es decir, entre mujeres y hombres. Y eso, sin necesidad de absolutizar el binarismo, es decir, defendiendo los derechos de las personas no binarias en una eventual normativa al respecto, o pudiendo imaginar incluso un futuro en el que no encuentre justificación hablar de "mujeres" (ni de "hombres"). Los conceptos son vehículos de comunicación, no esencias inmutables y en el Derecho antisubordiscriminatorio son además vehículos de contrapoder. En este sentido, cada grupo subordiscriminado tiene derecho a usar el lenguaje y proteger su subordiscriminación como mejor le parezca, siempre que con ello no interfiera en la protección de los derechos de los otros grupos. Se trata, en definitiva, de un problema de gestión de normativas y derechos, sin que haya por qué cuestionar la justificación de la procedencia o necesidad de nuevos conceptos y normativas. Sin embargo, para que el uso de los términos no cause confusión en la cultura jurídica (lo que no beneficia a ningún grupo subordiscriminado) es conveniente que esa utilización quede plasmada y justificada en los textos legislativos o en un eventual texto-código legislativo

---

32 Para profundizar en la justificación de tales cuestionamientos, *Vid*. Rodríguez Ruiz, B. y Winter Pereira, L.: *Democracia no binaria. Reflexiones interdisciplinares sobre la des-sexualización de la ciudadanía*, Editorial Comares, Granada, 2024.

al respecto, que quizá fuera lo deseable o, en todo caso, preferible al alarde de verdades absolutas en confrontación que, más en la actual coyuntura[33], lo único que puede traer es un retroceso en derechos y una merma en la protección y el alcance del Derecho antisubordiscriminatorio.

Una vez efectuado el apunte conceptual relativo al género, los siguientes apartados se dedicarán a la exposición del tratamiento de la acción positiva en el contexto europeo y estatal.

3.2. La normativa de la Unión Europea sobre la acción positiva y la delimitación de su legitimidad por el TJUE

El marco normativo vinculante de la Unión Europea en el tema de las acciones positivas referidas a la igualdad de mujeres y hombres ha pasado por dos fases, pudiéndose hablar, a este respecto, de dos modelos normativos de la acción positiva. El primer modelo se basa en la Directiva 76/207/CEE y en él, las medidas de acción positiva se vinculan a la igualdad de oportunidades, pero se insertan en la igualdad de trato; el segundo, basado en el Tratado de Ámsterdam (1997), vincula las medidas a la igualdad de trato –pero– como "garantía de la igualdad plena". Como se verá, esta diversidad de modelos normativos tendrá cierto reflejo en la jurisprudencia del TJUE (la acción positiva dejará de ser considerada una excepción al principio de igualdad de trato), sin embargo, la evolución normativa no se traducirá en un cambio jurisprudencial especialmente relevante en relación a la demarcación de lo que ha de entenderse por acción positiva legítima y acción positiva ilegítima.

3.2.1. *Evolución jurisprudencial*

A) El primero de los modelos normativos de la acción positiva es el del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva del Consejo 76/207/CEE relativo a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Concretamente, la inserción conceptual de la acción positiva se produce del modo siguiente. En el artículo 2.1 de la citada Directiva se establece que:

---

33 *Vid*. al respecto Alabao, N.: *Las guerras de género. La política sexual de las derechas radicales*, Katakrak, Pamplona, 2025.

"El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente..."; mientras que en el apartado 4 del mismo artículo se indica: "La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1 [que son las que dan nombre a la Directiva, es decir, el empleo, la formación y promoción profesionales y las condiciones de trabajo]".

A pesar de su rocambolesca redacción[34], va a ser este apartado 4 del artículo 2 de la Directiva el que va a servir de base fundamental al TJUE en su jurisprudencia sobre la acción positiva, sin perjuicio de que, en los últimos casos, el TJUE tenga en cuenta la nueva regulación operada por el Tratado de Ámsterdam (1997), a la que luego se hará mención.

Serán consideradas al respecto las ocho sentencias que, salvo error, configuran hasta el momento, en mayor o menor medida, la delimitación de la acción positiva. Se trata de las sentencias *Kalanke* (1995), *Marshall* (1997), *Badeck* (2000), *Abrahamsson* (2000), *Lommers* (2002), *Schneider* (2004), *Brieche* (2004) y *Christensen* (2005).

Salvo la última, todas se dictan en cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva mencionada en relación a casos de promoción laboral y algunas de ellas han dado origen a gran cantidad de comentarios doctrinales[35], por lo que aquí se hará solo un breve repaso.

---

34 Obsérvese que, en la línea de lo ya avanzado en el epígrafe anterior, la acción positiva figura a la vez como fundamento y objetivo de la igualdad de oportunidades.

35 Entre los más cercanos: Ruiz Miguel, A.: "La discriminación inversa y el caso Kalanke", *Doxa*, núm. 19, 1996, p. 123 y ss.; Ballester Pastor, Mª. A.: "Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual y de legalidad tras la Sentencia Marschall)", *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1998, p. 49 y ss.; Martín Vida, M. A.: "Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia «Marschall»", *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 53, 1998, p. 313 y ss.; Sierra Hernáiz, E.: "Las medidas de acción positiva en la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Comentario a la STJUE de 28 de marzo de 2000, caso Badeck)", *Revista de Derecho Social*, núm. 12, 2000, p. 121 y ss.; García Inda, A.: "Principio

1.ª La cuestión prejudicial de la sentencia *Kalanke* de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, tiene su origen en una Ley del Land de Bremen (Alemania) relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pública en la que, entre otras cosas, se determina que en la selección, provisión de puestos de trabajo y promoción "se concederá preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación en aquellos sectores en los que estén infrarrepresentadas"[36]. Optando dos candidatos de distinto sexo igualmente capacitados (el Sr. Kalanke y la Sra. Glissmann) al mismo puesto (jefe de sección del Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen) y advirtiéndose la infrarrepresentación del sexo femenino, la plaza le es adjudicada a la Sra. Glissmann. Luego, al hilo de la demanda interpuesta por el Sr. Kalanke, el órgano jurisdiccional alemán plantea una cuestión prejudicial concatenada relativa a la compatibilidad de la interpretación de los apartados 1 y, fundamentalmente, 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207 en relación a la acción positiva contemplada en la ley del Land de Bremen ya citada. La respuesta del TJCE es negativa. Dirá, en este sentido, que:

> "Procede responder al órgano jurisdiccional nacional que los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva se oponen a una normativa nacional que, como sucede en el presente asunto, en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas...".

En la exigua argumentación del Tribunal resultan determinantes dos aspectos. En primer lugar, el argumento de que "el apartado 4 del artículo 2 [de la Direc-

---

de igualdad y no discriminación por razón de sexo: A propósito de la Sentencia Anderson del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". *La ley*, núm. 5215, de 29 de diciembre de 2000; García Añón, J.: "El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo", en AA. VV. *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 309 y ss.; Álvarez Rodríguez, I.: "Las acciones positivas en favor de la mujer en España: pasado, presente y futuro", *Derecho y Cambio Social*, núm. 64, 2021, p. 42 y ss.

36 Esta técnica que, a tenor de la caracterización recogida en el epígrafe anterior no sería estrictamente una cuota (pues no implicaría una suspensión de las reglas de la competencia) es, sin embargo, designada como tal por cierta doctrina, al menos española. *Vid*. así Elósegui, M.: *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, CEPC, 2003, p. 119 y ss.

tiva], en cuanto constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, debe interpretarse restrictivamente" (doctrina recogida ya en la sentencia de 15 de mayo de 1986, as. 222/84, caso *Johnston*). Luego, junto a este argumento basado en la consideración de las medidas de acción positiva como una *excepción a un derecho individual y, por consiguiente, merecedoras de interpretación restrictiva*, el Tribunal emplea otro relativo a la violación del principio de igualdad de oportunidades por parte de dichas medidas, del siguiente tenor:

> "Un sistema de dicha naturaleza [se refiere al establecido en la Ley de Bremen], en la medida en que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio *sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades* contemplada en el apartado 4 del artículo 2 *por su resultado*, que solo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades" (apdo. 23, cursiva añadida).

De este modo, a partir de una referencia de este tipo, se abre la polémica sobre la manera de entender el principio de igualdad de oportunidades en el ámbito del Derecho (entonces) comunitario, una polémica que no solo tendrá respuesta a nivel doctrinal, sino también en la sentencia inmediatamente posterior del propio TJCE en materia de acción positiva, la sentencia *Marschall*.

2.ª El asunto tratado en la sentencia *Marschall*, de 11 de noviembre de 1997, as. C-409/95, tiene grandes similitudes con el caso *Kalanke*. Entre estas, el país de procedencia (aunque en este caso se trate del Land de Nordhrein-Westfalen) y el ámbito de aplicación de la normativa, que se refiere a la Función Pública (si bien al área de educación). En realidad, solo un pequeño inciso diferencia la normativa sobre la que se plantean las cuestiones prejudiciales. En efecto, la normativa estatal señala lo siguiente:

> "Cuando, en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, *salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor* "(apdo. 3, cursiva añadida).

Del razonamiento del TJCE resulta significativo el reconocimiento del papel de los prejuicios y estereotipos en la contratación a la hora de "promover

preferiblemente a los candidatos masculinos, en perjuicio de las candidatas femeninas" (apdo. 29), motivo por el que "el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades" (apdo. 30).

Sin embargo, esta visión distinta de la igualdad de oportunidades no resultará determinante a la hora de fallar el TJCE a favor de la compatibilidad de la normativa del Land con la Directiva. Por el contrario, el Tribunal recuerda (reitera) su doctrina previa (en concreto de la sentencia *Kalanke*) sobre la excepción al afirmar que:

> "Puesto que el apartado 4 del artículo 2 constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, esta norma nacional [se refiere a la del Land], que favorece especialmente a las candidatas femeninas no puede garantizar a las mujeres la preferencia absoluta e incondicional en una promoción sin sobrepasar los límites de la excepción establecida en esta disposición" (apdo. 32).

Será, por tanto, la existencia de la que denomina "cláusula de apertura" (esto es, la posibilidad de apreciar en el candidato masculino motivos o criterios que inclinen la balanza a su favor) la que resulte decisiva a la hora de apreciar la compatibilidad; unos criterios de los que lo único que precisa el Tribunal es que "no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas" (apdo. 33).

3.ª El tercer asunto que le llega al TJCE para que se pronuncie sobre la interpretación del artículo 2, apartados 1 y 4 de la Directiva 76/207, el llamado caso *Badeck*, resuelto en la sentencia de 28 de marzo de 2000, as. C-158/97, proviene de otro Land alemán, concretamente el de Hessen. La cuestión prejudicial se formula en el curso de un procedimiento de control de constitucionalidad interpuesto por 46 diputados del Parlamento acerca de la validez de una Ley de 1993 de dicho Land sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres y para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la Administración Pública. Se trata de una ley de gran exhaustividad en la previsión de situaciones en orden a promover la equiparación y eliminar la infrarrepresentación y discriminación de las mujeres en la función pública, pero de la que, en varios de sus artículos, los demandantes encuentran motivos de inconstitucionalidad en relación a la Constitución del Land de Hessen.

Este caso tiene relevancia en tanto la sentencia que lo desarrolla ya no interpreta la regulación de la acción positiva prevista en la Directiva 76/207/CEE como una excepción al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. En ello va a tener una importancia capital el escrito de conclusiones del Abogado General, Sr. Saggio, de 10 de junio de 1999, en el que pone de relieve cómo, con posterioridad al planteamiento de la cuestión prejudicial, había entrado en vigor el Tratado de Ámsterdam, cuyos artículos 2 y 3 prevén que "[l] a Comunidad tendrá por misión promover [...] la igualdad entre el hombre y la mujer", y que "la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad". Además, en el artículo 6 A, introducido también por el nuevo Tratado, se establece que "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[...]".

4.ª La cuarta sentencia del TJCE sobre la legitimidad de la acción positiva de los Estados miembros (en este caso, de Suecia) en relación al Derecho comunitario (de nuevo sobre la interpretación del art. 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207) es la relativa al caso *Abrahamsson*, sentencia de 6 de julio de 2000, as. C-407/98, (en el que interviene de nuevo como Abogado General el Sr. Saggio).

El litigio originario se plantea en relación a un concurso universitario para la obtención de una plaza de profesor/a. Obviando dar cuenta pormenorizada del asunto, la cuestión de fondo se refiere a la compatibilidad con el Derecho comunitario de una legislación nacional sobre la igualdad entre los sexos que, como la sueca, autoriza, con cierta limitación, la que denomina "discriminación positiva". Un ejemplo ostensible de lo que se entiende por "discriminación positiva" sería la disposición siguiente (apdo. 14):

> "Al candidato que pertenezca al sexo infrarrepresentado y que posea las aptitudes suficientes... se le concederá la preferencia frente al candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido seleccionado (discriminación positiva), si ello fuere necesario para nombrar al candidato del sexo infrarrepresentado". La limitación se configura, tras este párrafo, del modo siguiente: "No obstante, se excluirá la discriminación positiva cuando la diferencia entre las capacitaciones de los candidatos sea tan importante que de ella resultaría una vulneración de la exigencia de objetividad en el momento de la contratación".

Pues bien, en relación a este tipo de normativa se puede decir que el TJCE es contundente, ya que no admite la preferencia en la selección ni cuando la diferencia de méritos *no sea tan considerable*, es decir –o parece poder interpretarse–, incluso cuando la diferencia de méritos sea *pequeña*.

5.ª La quinta sentencia del TJUE, referida al caso *Lommers*, es la de 19 de marzo de 2002, as. C-476/99. La primera cuestión a destacar es que en el sumario de esta sentencia no se menciona la acción positiva, sino "medidas para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres"; dato que subrayamos porque, como se verá más adelante, cuando se redacta esta sentencia, ya estaba vigente la regulación de la acción positiva procedente del Tratado de Ámsterdam en la que no aparece ninguna referencia a la igualdad de oportunidades.

El caso tiene que ver con la reclamación del Sr. Lommers, funcionario del Ministerio de Agricultura holandés, a quien se le niega la reserva de una plaza de guardería para su hijo que va a nacer en virtud de la existencia de una circular de dicho Ministerio la cual, al amparo de la Ley de igualdad de trato entre hombres y mujeres, reserva las plazas de guardería al personal femenino "salvo en caso de urgencia, que corresponderá apreciar al Director" (apreciación que lleva a considerar caso de urgencia el que los funcionarios varones eduquen solos a sus hijos).

De este caso es interesante destacar que el TJCE reconoce que "una medida como la controvertida en el litigio principal, que pretende abolir una desigualdad de hecho podría, sin embargo, contribuir del mismo modo a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer" (apdo. 41). Sin embargo, para el Tribunal pesa más el dato de que "el número de plazas de guardería disponibles en virtud de la medida controvertida en el litigio principal es, en sí mismo, limitado y que existen listas de espera para las funcionarias del Ministerio de Agricultura, de modo que ni siquiera estas últimas están seguras de poder obtener una plaza" (apdo. 43). A la hora de resolver, en virtud de la "cláusula de apertura", el Tribunal considera que la circular del Ministerio encuentra amparo en la normativa comunitaria.

6.ª Posteriormente, el TJUE inadmite una cuestión prejudicial relacionada con la acción positiva de la legislación austríaca en la sentencia de 5 de febrero de 2004, as. C-380/01, caso *Schneider* por considerarse incompetente para responder a una cuestión relativa a la responsabilidad del Estado ante un eventual perjuicio derivado de dicha acción positiva. A pesar de la inadmisión de la cuestión prejudicial, la sentencia tiene interés por dos motivos. El primero

temático, en tanto la cuestión prejudicial se presenta a raíz del recurso de un juez austríaco, el Sr. Schneider, quien, habiendo solicitado una plaza con un perfil acorde a sus méritos, ve que se selecciona a una candidata más joven y con menos antigüedad, debido a que no se había alcanzado la cuota prevista para la promoción de las mujeres. El segundo, de tipo argumentativo, en tanto a lo largo de la sentencia se pone de relieve cómo, si bien el órgano jurisdiccional competente en Austria (el Oberster Gerichtshof) había declarado que la medida austriaca para la promoción de las mujeres no era compatible con el Derecho comunitario porque no contenía una cláusula de apertura, este mismo órgano jurisdiccional declaró que no existía ninguna relación de causalidad entre la infracción del Derecho y el perjuicio alegado, en tanto el Sr. Schneider no había invocado ninguna circunstancia que, en caso de existir una cláusula de apertura, debería haberse tomado en consideración en su beneficio (apdo. 9)[37].

7.ª También merece consideración en el tema la STJUE de 30 de septiembre de 2004, as. C-319/03, caso *Briheche*. La cuestión prejudicial en este caso tiene que ver con una normativa francesa a tenor de la cual el límite de edad para el acceso al empleo en el sector público (45 años) no tendría aplicación en el caso de las viudas. Para justificar dicha normativa, el Gobierno francés aduce que fue adoptada con el fin de limitar las desigualdades de hecho existentes entre hombres y mujeres, especialmente debido a que las mujeres asumen la parte sustancial de las labores domésticas, en particular, en las familias con hijos, así como con el fin de facilitar la inserción laboral de las mujeres (apdo. 26). El Sr. Briheche, viudo de 48 años y con un hijo a su cargo considera dicha normativa contraria a los objetivos de la Directiva 76/207/CEE y el TJUE le da la razón, tanto en la interpretación del artículo 2 apdo. 4 de la Directiva como al artículo 141 CE apdo. 4, por considerar tales medidas, sin más (es decir, sin ulterior precisión), "desproporcionadas en relación al objetivo perseguido" (apdo. 31).

8.ª Se mencionará por último la sentencia de 5 de abril de 2005, as. T-336/02, caso *Christensen*, dictada en un recurso de anulación contra una actuación de la Comisión Europea. El tema de esta sentencia está relacionado con el proceso de selección para la provisión de un puesto de reserva en el funcionariado de la

---

37 De esta manera, el razonamiento del órgano judicial alemán tiene cierto alcance permisivo hacia la acción positiva que no contenga cláusulas de apertura, confiando a la actuación judicial el examen de este extremo.

Comisión. En este caso, la demandante, basándose en datos relativos a la manera en la que se habría planificado la provisión de las plazas (muchas más para la categoría A que para la B, en la que ella concursa), así como en los resultados de la misma (del 54% de mujeres entrevistadas para la categoría B solo habría integrado la lista de reserva un 22%), considera que la Comisión habría incurrido en una "falta de consideración del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres consagrado por el artículo 141 CE y los diferentes instrumentos comunitarios, incluyéndose en estos las medidas adoptadas por la propia Comisión, destinadas a promover la igualdad de oportunidades mediante medidas de acción positiva (*discrimination positive*) en favor de las mujeres" (apdo. 109, traducción propia).

En respuesta a tal consideración, el TJUE señala que "el artículo 141 parágrafo 4, CE, invocado por la demandante, consagra la posibilidad de proceder a acciones positivas (*discriminations positives*) en favor del sexo infrarepresentado, cuando las candidaturas presenten iguales cualificaciones y estas hayan sido apreciadas objetivamente" (apdo. 111, traducción propia). Según el Tribunal, este no sería el caso en cuestión, dado que "las medidas de acción positiva (*discrimination positive*) no habrían podido ser puestas en práctica para el procedimiento de selección considerado, sin entrañar precisamente una violación del principio de igualdad de trato" (apdo. 113, traducción propia).

B) A partir del Tratado de Ámsterdam (1997) la referencia a la acción positiva sufre un cambio relevante. Basta fijarse en el tenor del que, primeramente, fue artículo 141 del TCEE y que luego pasará a ser el artículo 157.4 del TFUE:

> "Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar *medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales*" (cursiva añadida).

Esta regulación de la acción afirmativa es muy diferente de la de la Directiva 76/207/CEE[38]. No se trata solo de que se contemple en el Derecho originario, sino

---

[38] De hecho, servirá de base a 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, cuyo artículo 3,

de que no se concibe como promoción de la igualdad de oportunidades. Es más, la referencia a la igualdad de oportunidades, que en el artículo 2 apartado 4 de la Directiva 76/207 aparecía dos veces, desaparece totalmente. Ahora el protagonismo al nivel de los principios se lo lleva el de la "plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral", erigiéndose a este respecto la acción positiva, precisamente, como garantía de esa igualdad plena[39]. Sin embargo, como ya se ha avanzado, a pesar de la diferente conceptualización, y a pesar también de que, desde el caso *Badeck*, la acción positiva no es considerada una excepción al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, el TJUE no ha cambiado la delimitación de la legitimidad de la acción positiva en la contratación (al menos hasta 2005).

Igualdad de méritos y cláusula de apertura se erigen en límites infranqueables. No importa que, como señala la laboralista Ballester Pastor, al considerar legítima la "cuota" (*sic*) solo cuando se dé una "igualdad de méritos", el TJUE no tenga en cuenta "la dificultad que tienen las mujeres para acceder a ellos (por ejemplo, por la dificultad en consolidar experiencia o promocionar; y por los estereotipos vinculados a lo que se entiende como méritos)"[40]. De hecho, a pesar de la nueva normativa, no solo no se distingue entre cualificación y mérito[41], sino que se ignoran totalmente nuevas maneras de entender el mérito que ya estaban presentes en algunas normativas nacionales (por ejemplo, en la Ley de igualdad del Land de Hessen, que da pie al caso *Badeck*) y que, quizá, hubieran desembocado también en una decisión (o, al menos, en una argumentación) diferente en el asunto *Christensen*.

---

titulado "Acción positiva" dispone, precisamente, que "Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral".

39 No es de extrañar, en este sentido, que en sus últimas sentencias (a partir del caso *Badeck*) el TJUE no hable de la acción positiva como *excepción* al principio de igualdad de trato. Y es que, al menos en teoría, resultaría difícil comprender que una medida que ha de ser interpretada restrictivamente sea a su vez concebida como *garantía* de la igualdad plena entre hombres y mujeres. De la misma opinión es la laboralista Ballester Pastor, para quien el comienzo del párrafo del Tratado ("Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres...") serviría como confirmación de que la acción afirmativa deja de ser "una excepción al principio de igualdad" y pasa a convertirse en "un instrumento para consecución de la igualdad efectiva", Ballester Pastor, A.: *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Universitat de València, 2017, p. 96.

40 *Ibidem*, p. 99.

41 En este sentido se pronuncia también Ballester Pastor al proponer diferenciar entre titulación mínima para el acceso y mérito. *Vid. ibidem*.

Tampoco tiene influencia alguna en la jurisprudencia el hecho de que en la nueva normativa se hable de "ventajas concretas". Siendo esto así, el empleo de esa caracterización de la acción positiva no solo no sirve de nada a la hora de ampliar la intensidad de las medidas, sino que alimenta (se insiste, inútilmente) la idea del privilegio (término que, como se ha visto, ya había sido utilizado, al menos por el AG de los casos *Badeck* y *Abrahamsson*) para "designar" a la acción positiva en general.

En esta última línea de consideraciones, también es de destacar que la nueva redacción no haya servido para desacreditar jurisprudencialmente el uso de la expresión "discriminación positiva", que, aunque entre comillas, es reproducida por el TJUE en la sentencia *Abrahamsson*, y que se sigue utilizando, en lugar de acción positiva o acción afirmativa, en algunos países de la Unión (por ejemplo, Francia).

3.3. La acción positiva en el Consejo de Europa y en la jurisprudencia del TEDH

En el primer texto de referencia del Consejo de Europa, como es el originario Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), no se habla expresamente de igualdad (menos de igualdad de mujeres y hombres), sino del deber de asegurar la *indistinción* en el goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, atendiendo a ciertas razones, entre las cuales, el sexo. Concretamente, y según el artículo 14 del CEDH:

> "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación"[42].

---

42 Conviene precisar, sin embargo, que esta referencia a la "indistinción", que aparece también, por ejemplo, en el texto francés, no es extensible al de lengua inglesa, que se refiere expresamente a la discriminación. Por lo demás, y significativamente, en la publicidad que se hace actualmente de la Convención en la web del Consejo de Europa, aunque se respeta el texto originario (en el que se habla de distinción), se introduce, como título del artículo (que no figuraba originariamente) "Interdiction de discrimination" (https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf).

De esta manera, en dicho texto, como en otros textos internacionales más específicos (la CEDR o la CEDAW), se consuma el germen de una confusión que ya mencionamos en el apartado II y que todavía hoy en día sirve para alimentar una condena *ab initio* de la acción positiva diferenciadora, como es la del vínculo de la diferenciación o distinción con la desigualdad y/o con la discriminación. Pero esta cuestión se solventa, al menos en lo que respecta a su formulación textual, cuando en el Protocolo n.º 12 (que entra en vigor el 1 de abril de 2005 y que España ratifica el 13 de febrero de 2008) se sustituye "distinción" por "discriminación":

> "Prohibición general de discriminación: 1. El ejercicio de cualquier derecho reconocido por la ley será asegurado sin ninguna discriminación fundada, en particular, en razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, riqueza, nacimiento o cualquier otra situación" (art. 1 del Protocolo).

Este mismo Protocolo n.º 12 será el que prevea la adopción de las medidas de acción positiva al precisar en su Preámbulo (párrafo 3.º) que "el principio de no discriminación no impide a los Estados partes adoptar medidas a fin de promover una igualdad plena y efectiva, a condición de que estas medidas respondan a una justificación objetiva y razonable".

Es interesante esta caracterización de las medidas como destinadas a promover la "igualdad plena y efectiva" y no, por tanto, a la igualdad de oportunidades. No obstante, esta regulación no resulta explícitamente aplicada en ninguno de los dos supuestos que la doctrina considera que integran la jurisprudencia del TEDH en tema de acción positiva[43], como son, concretamente, los recogidos en la STEDH de 12 de abril de 2006, caso *Stec y otros v. Reino Unido* y en la STEDH de 17 de febrero de 2011, caso *Andrle v. República Checa*.

Vamos a resumir brevemente ambos casos, no porque resulten significativos en orden a la delimitación de la legitimidad de las acciones positivas sino, preci-

---

43 *Vid*. así Lousada Arochena, J. F.: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit. p. 271; y Carmona Cuenca, E.: "Principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 323-324, esta última autora, con las reservas que luego se precisarán.

samente, porque su enmarque dentro de la jurisprudencia de la acción positiva contribuye a confundir la identificación conceptual de esta.

El caso *Stec y otros v. Reino Unido*, tiene su origen en una serie de demandas por discriminación por razón de sexo entabladas por dos trabajadoras y dos trabajadores, que se consideran perjudicadas y perjudicados respecto del otro sexo, debido a la evolución de la normativa británica tendente a compensar la pérdida de ingresos de quienes tienen que dejar de trabajar tras sufrir un accidente. Ese diverso impacto de la normativa tiene que ver con la diferente edad de jubilación de hombres y mujeres (los primeros a los 65 años y las segundas a los 60) y, por ello, a la postre, el Tribunal tiene que pronunciarse sobre si esa diferencia de trato entre hombres y mujeres en el sistema de pensiones es aceptable o no a la luz del artículo 14 del Convenio.

En orden a dilucidar esta cuestión, el Tribunal hace un repaso de la normativa británica que establece esa diferencia de edad de jubilación. Señala que data de 1940 (anterior, por tanto, al mismo Convenio) y, aunque confirma que persiste a la fecha de la sentencia, no considera irrazonable que se le reconozca al Estado un margen de apreciación en la modificación de esa normativa. Con todo, lo determinante es que, de este modo, y a través de su decisión (que no hay violación del art. 14), el Tribunal convalida la normativa británica, con el argumento de que acortar la edad de jubilación de las mujeres respecto de la de los hombres sirve para corregir las "desigualdades de hecho" porque mitiga la desigualdad económica y las dificultades derivadas del tradicional rol impagado de cuidar de la familia en el hogar. De este modo gana peso el concepto de acción positiva como compensación frente al transformador, lo que desvirtúa el concepto de acción positiva que debería integrar medidas tendentes, no a compensar económicamente la desigualdad derivada del rol tradicional de cuidadora, sino a eliminar ese rol en el que precisamente constituiría, desde una perspectiva sistémica, la desigualdad de hecho.

El segundo de los casos, *Andrle v. República Checa*, sigue una lógica similar, aunque su origen es menos complicado. El demandante considera que la normativa checa que establece una edad de jubilación diferente para mujeres con hijos a su cargo (edad progresivamente menor a mayor número de hijos) que para hombres con hijos a su cargo no persigue un fin legítimo y, por tanto, viola el artículo 14 de la Convención (junto con el art. 1 del Protocolo n.º 1, relativo al derecho al disfrute de la propiedad). Para el Gobierno checo, sin embargo, tal normativa diferenciadora tenía una justificación objetiva

y razonable, ya que servía "como medida protectora para compensar por la desigualdad de hecho en la que las mujeres, por su capacidad de ser madres, se encuentran en comparación con los hombres" (apdo. 36). En este sentido, y teniendo en cuenta que "todavía prevalecía un modelo de familia tradicional" (apdo. 44), el Gobierno checo considera que esa normativa entraría dentro del "margen de apreciación" de los Estados a la hora de llevar adelante sus políticas económicas y sociales (apdo. 45).

El TEDH, por su parte, corroborando el argumento de que el artículo 14 del Convenio no prohíbe a los Estados que traten de manera diferente a los grupos "en orden a «corregir desigualdades de hecho» entre ellos" (apdo. 48) si existe "una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo a lograr" (apdo. 54), considerando que "la normativa gubernamental checa introduce medidas de acción positiva (*affirmative action*)" (apdo. 56), concluye corroborando tanto que la diferencia de edad en la pensión de las mujeres basada en el número de hijos criados era para compensar por la desigualdad de hecho entre hombres y mujeres (apdo. 60) como que se daba una relación razonable de proporcionalidad entre la diferencia de trato y el objetivo perseguido (apdo. 61).

Las consideraciones sobre este caso se asemejan a las manifestadas en el anterior. La compensación a las mujeres en forma de menor edad de jubilación se convierte en un argumento trampa para consolidar los roles establecidos por el sistema sexo-género. La desigualdad de las mujeres no proviene del hecho de ser madres, sino de los roles atribuidos a ese hecho; esa (la distribución de roles para modelar la familia tradicional) es la desigualdad de hecho que hay que corregir y la que las medidas del gobierno checo no solo no corrigen, sino que perpetúan. De ahí que, efectivamente, "las normas cuestionadas y finalmente legitimadas por el Tribunal no pueden considerarse propiamente medidas de acción positiva, pues no fomentan la incorporación de la mujer al trabajo remunerado, sino que más bien parecen perpetuar el modelo tradicional de reparto de trabajo entre hombres y mujeres"[44].

3.4. La acción positiva en el Derecho estatal legislado y jurisprudencial

Hasta la Ley 15/2022, el texto jurídico más importante a nivel estatal donde encuentra mención específica la acción positiva en términos binarios es la LOI.

---

44 Carmona Cuenca, E.: "Principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género", cit., p. 324.

El artículo 11 de esta Ley, titulado precisamente "Acciones positivas", señala en su apartado 1 que:

> "Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso".

Lo primero que destaca de esa definición es la vinculación de las acciones positivas al derecho constitucional de la *igualdad* –se puede decir– *tout court*; es decir, sin distinguir, como suele ser frecuente, entre una igualdad formal (la del art. 14 CE) y una igualdad sustancial o sustantiva (la del art. 9. 2 CE). De hecho, se trata de una referencia a la igualdad que bien podría entenderse también como igualdad *plena*, dada la similitud del modo en el que comienza el párrafo con la fórmula utilizada en el Tratado de Ámsterdam para hacer referencia a las acciones positivas.

Luego, y al margen de que la expresión "a favor de las mujeres" (por su eco de posible favoritismo o privilegio) resulte o no acertada a la hora de conceptualizar la acción positiva, la definición legislativa deja muchos interrogantes abiertos. En primer lugar, el de la naturaleza del mandato, tanto a nivel emisor (¿todos los poderes públicos?; ¿también el poder judicial?) como a nivel imperativo (¿qué nivel de exigibilidad adquiere el "adoptarán"?). En segundo lugar, el del ámbito en el que operan estas medidas, pues del cúmulo de las que plantea la LOI, solo se habla expresamente de acciones positivas en tres artículos (26.2e, 32.3 y 60). En tercer lugar, no queda claro si con medidas "específicas" se hace referencia a que tienen que ser explícitamente diferenciadoras en el trato dispensado a hombres y mujeres o, por el contrario, basta con que a través de ellas las mujeres obtengan una mejoría en su situación. En cuarto lugar, no se indica qué es lo que caracteriza a las "situaciones patentes de desigualdad de hecho" respecto de los hombres ni cuándo se considera que dejan de subsistir[45]. Por último, tampoco se precisa dónde está la barrera de su razonabilidad

---

45 ¿Simples datos estadísticos? ¿simples porcentajes? ¿qué ocurre con su interpretación? ¿caben argumentos como "es una cuestión de tiempo? ¿qué papel juegan los prejuicios, estereotipos, mitos, etc.?

y proporcionalidad, es decir, cómo se delimitan las acciones positivas legítimas de las ilegítimas.

Todos estos interrogantes constituyen, por tanto, campo abonado para interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales. Aquí nos detendremos en las segundas, empezando por las del Tribunal Constitucional.

La doctrina constitucional en tema de acción positiva se extiende desde la Sentencia128/1987, de 16 de julio, en la que, según *comunis opinio*, el Tribunal Constitucional introduce el concepto (no la expresión) de acción positiva hasta la –en estos momentos última– Sentencia 161/2025 (BOE de 10 de noviembre de 2025) en la que, si bien el Tribunal Constitucional se centra en dirimir cuestiones procesales (de tutela judicial), tiene como fondo la legitimidad del uso de una acción positiva en el nombramiento de una candidata frente a un candidato que se consideraba con mayor merecimiento. Pero en el BOE del 14 de diciembre de 2018 se publicó un extenso Auto del Pleno del TC (Auto 119/2018, de 13 de noviembre de 2018) inadmitiendo a trámite un recurso de amparo en el que el propio Tribunal Constitucional dedica más de una veintena de páginas del Boletín Oficial a resumir su doctrina sobre el particular[46].

Prescindiendo por razones de espacio de unos interesantes antecedentes, nos centraremos en los Fundamentos Jurídicos, que es donde el Tribunal Constitucional recoge más propiamente su doctrina sobre las cuestiones que deja abiertas el artículo 11 de la LOI relativo a las acciones positivas. Sin embargo, con el fin de no perdernos en la complejidad del razonamiento del Tribunal Constitucional, seguiremos el guion suministrado por los interrogantes que abrimos tras la transcripción del citado artículo 11 de la LOI.

Recordemos que los interrogantes se cernían sobre las siguientes cuestiones: 1) la naturaleza del mandato, tanto a nivel del poder emisor como a la fuerza imperativa; 2) el ámbito en el que operan las medidas; 3) su formulación diferenciadora o no; 4 la caracterización de las "situaciones patentes de desigualdad de hecho" y su temporalización; y 5) la barrera de su legitimidad basada en la razonabilidad y la proporcionalidad.

---

46 Al Auto de inadmisión, de 75 páginas, le siguen tres votos particulares, siendo destacable que al final se inadmite por los votos de seis de los once integrantes del Pleno.

Los interrogantes 2 y 3 son los que en primer lugar van a obtener respuesta en el Auto. A tenor de la misma (FJ 6) el Tribunal Constitucional se hace eco, implícitamente, de la ya mencionada distinción de la doctrina constitucionalista, que distingue entre la acción positiva *tout court* (que no requiere una formulación de trato diferenciador y que se expande por diversos ámbitos de lo social), de la acción positiva *en sentido estricto* (que sí exigiría un trato diferenciador y que se centraría en el acceso y fomento del empleo), entre las que estaría la "selección preferente" a igualdad de méritos de las personas candidatas[47]. Sin embargo, esta caracterización, que –dicho sea de paso– como tal no se encuentra, ni en la jurisprudencia europea ni en los documentos que se han analizado al hilo de la exposición de esta, comete el abuso de la palabra "discriminación" (no exenta de efectos tendenciosos) reflejada, por un lado, en la referencia a la acción afirmativa o acción positiva como "discriminación positiva" y, por otro, en la identificación de la acción positiva en sentido estricto con la "discriminación inversa".

Poco después, el Tribunal Constitucional se ocupa de lo que aquí hemos denominado "fuerza imperativa" de la acción positiva remitiéndose textualmente e *in extenso* (casi tres páginas del Boletín) a la STC 117/2011, de 4 de julio[48]. La base de esta remisión se encuentra en el tratamiento de la diferenciación en el trato como *excepción* a la prohibición de discriminación del artículo 14 CE. Para ello se reproducen estos razonamientos de la STC 117/2011, de 4 de julio:

> "El Tribunal Constitucional [...] ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados [...] como causas de discriminación por el art. 14 CE. No obstante este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica [...] si bien en tales supuestos el canon de control,

---

47 Una distinción en estos términos dejaría sin espacio conceptual claro las medidas que obligan a la presencia o composición equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y que, sin embargo, el propio Tribunal Constitucional califica de medidas de acción positiva (p. 123348 del BOE cit.).

48 Se trata de una Sentencia que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la normativa aragonesa por supuesta vulneración del artículo 14 de la Constitución, en cuanto establece que "no podrán participar en los concursos que se convoquen los farmacéuticos que hayan cumplido la edad de sesenta y cinco años". Nada que ver, pues, con la discriminación por razón de sexo.

al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación [...].

[...] una desigualdad de trato justificada en alguna de las circunstancias proscritas por el art. 14 CE, resulta directamente inconstitucional por conculcar este último precepto. Excepcionalmente, sin embargo, ese Tribunal ha aceptado que tal desigualdad pueda preverse por el legislador –y subsecuentemente ser aplicada por resoluciones administrativas y judiciales–, cuando su finalidad consista en revertir situaciones de una desigualdad material de oportunidades que afectan tradicionalmente a ciertos grupos de personas [...].

No forma parte del contenido esencial del artículo 14, sin embargo, un teórico derecho fundamental a que se superen las situaciones de desigualdad histórica con la adopción de medidas específicas con este fin [...]. El derecho a la no discriminación del art. 14 CE no opera, pues, como fundamento de las medidas correctoras de la desigualdad material [...]. Se erige dicho art. 14 CE, más bien, en el límite de dichas medidas correctoras. El fundamento constitucional para la adopción de las diversas medidas de acción positiva se encuentra, distintamente, en el art. 9.2 CE...".

En este párrafo transcrito se confunde diferencia (tratos diferenciados) con desigualdad (con tratos desiguales o, mejor, discriminatorios), presumiéndose, de este modo, que la discriminación exige tratos diferenciadores o que no hay tratos discriminatorios no diferenciadores o "neutros". Pero, más allá de esta apreciación, y centrándonos, por tanto, en la cuestión de la excepcionalidad, el Tribunal Constitucional no tiene en cuenta que tras el Tratado de Ámsterdam, y jurisprudencialmente a partir del caso *Badeck*, las acciones positivas dejan de ser vistas como una excepción al principio de igualdad de trato. Por lo demás, la construcción jurídica que excluye cualquier fundamento de las acciones positivas en el artículo 14 CE y solo ve en él un límite al mandato del artículo 9.2 CE, prescinde de que el *leit motiv* de la acción positiva está vinculado a la discriminación y no cabe fundar (y menos poner en práctica) la acción positiva si no es en relación, precisamente, a la discriminación (subyacente) a los tratos prohibidos por el artículo 14-2.ª CE.

En lo que respecta a la cuarta de las cuestiones, referida a la caracterización de las desigualdades de hecho y a su temporalización, aunque sin referirse

expresamente a ellas como acciones positivas, el Tribunal Constitucional justifica las "medidas correctoras de la situación de desigualdad material de la mujer en el trabajo, que se fundamentan en el artículo 9.2 CE y son constitucionales porque superan el canon de control del principio de no discriminación" tales como: 1) el complemento retributivo por guardería para el personal femenino "mientras perdure la situación de dificultad de acceso de la mujer con hijos pequeños a su cuidado al mercado de trabajo" (confirmando así el razonamiento de la STC 128/1987, de 16 de julio); 2) la existencia de diferentes reglas para la cuantificación de la pensión de jubilación, en el tramo de sesenta a sesenta y cuatro años (de acuerdo con la STC 19/1989, de 31 de enero); y 3) el permiso de las mujeres para ausentarse del puesto de trabajo para la lactancia de hijo menor de nueve meses (por similitud con la STC 128/1987 ya citada) y que "por una reforma legal posterior se concedió también a los hombres".

Por último, y "fuera ya del marco de las relaciones laborales", el Auto, "a modo de recapitulación" dice que "extrae de la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la constitucionalidad de acciones positivas en favor de la mujer, las siguientes notas definitorias: (i) su fundamento constitucional es el artículo 9.2 CE, y su límite el derecho a la no discriminación del artículo 14 CE; (ii) para su exigibilidad es preciso una concreción normativa previa; (iii) la medida en todo caso debe resultar proporcionada; (iv) su vigencia se presupone temporal hasta que desaparezca la situación de desigualdad material que la propició; y (v) en el ámbito de procedimientos selectivos en la función pública, no puede suponer la conculcación de los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE)" (FJ 6).

Insistiendo en lo ya señalado, resulta sorprendente el silencio del Tribunal Constitucional sobre el artículo 11 de la LOI, sobre todo en lo relativo a los puntos (i) y (ii) de la caracterización efectuada. Porque es cierto que, más que vinculado a la legislación, el Tribunal Constitucional lo está al texto constitucional y a su propia Ley Orgánica, pero, siendo esto así, no es menos cierto que una jurisprudencia que desatendiese leyes con un alto contenido transformador de la realidad social no conseguirá cumplir con su función de necesaria adaptación del texto constitucional. En este sentido, independientemente de que la recapitulación que hace el Tribunal Constitucional en su Auto 119/2018 sea, dentro de su generalidad, correcta, no hay nada en el artículo 11 LOI que permita sugerir que el artículo 14 CE sea el límite del 9.2 CE ni que para la exigibilidad de las acciones positivas sea necesaria una concreción normativa previa (al margen

de la ya prevista en la LOI). Por lo demás, para el resto de las notas definitorias no era necesaria la recapitulación; bastaba con hacer uso del artículo 11 de la LOI y del artículo 103.3 CE. Y es que no hay nada, ninguna reflexión de nuevo cuño en el Auto sobre la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas.

4. LA ACCIÓN POSITIVA EN EL DERECHO ANTISUBORDISCRIMINATORIO

Tras el repaso de la acción positiva en el Derecho antidiscriminatorio de corte liberal enmarcaremos las observaciones críticas efectuadas en el Derecho antisubordiscriminatorio. En este encuadre cobrarán protagonismo la Ley 15/2022 y la LO 2/2024.

4.1. Una acción positiva *reactiva*

Enlazando con lo ya señalado en el apartado introductorio de este trabajo sobre la acción positiva de alcance sistémico y estructural se puede precisar ahora que, en el Derecho ASD, la acción positiva no trata estrictamente de buscar la igualdad real (material, sustantiva, plena, etc.), sino de *reaccionar contra la desigualdad* real (material, sustantiva, plena, etc.). Con mayor precisión, la acción positiva no reacciona contra la desigualdad, que remite a una realidad estática, sino que *reacciona contra la subordiscriminación*, es decir, contra una realidad que está en acción.

Esta diferente perspectiva de abordar el concepto no es caprichosa, sino que responde a una manera de subrayar que la realidad de la subordiscriminación –parafraseando a Freire– no "es así", sino que "está así"; y si está así es porque a alguien con el poder suficiente le interesa que esté así. Por ello resulta cuestionable lo que ha ocurrido en Europa, donde las políticas de acción positiva (antidiscriminatorias) han terminado concibiéndose como *políticas de igualdad* (así: leyes para la igualdad de mujeres y hombres, planes para la igualdad de mujeres y hombres, etc.)[49]. Se hace hincapié en este aspecto porque, lo que bien pudiera

[49] Cuando no era así en origen. De hecho, los luego denominados planes de igualdad fueron concebidos y denominados como planes de acción positiva. Conviene no perder de vista que, desde una perspectiva histórica, las hoy políticas de igualdad eran políticas de acción positiva y, por lo tanto, una ley o un plan de igualdad podía muy bien calificarse como una medida de acción positiva. Así lo ha sostenido también la Magistrada del Tribunal Constitucional Balaguer Callejón,

parecer un simple cambio terminológico (de una política *antidiscriminatoria* a una política de *igualdad*), en principio irrelevante, se verá acompañado de consecuencias nada desdeñables, por lo menos en dos sentidos.

En primer lugar, en lo que respecta a la *urgencia* de la intervención. La acción positiva en los EE. UU. se había concebido como una respuesta rápida del Estado ante una situación de convulsión social que exigía premura. No ocurre lo mismo, sin embargo, cuando en Europa se pasa de los planes de acción positiva a la normativa de o para la igualdad, en la que la acción positiva queda amurallada por el principio (formal) de la igualdad de trato. Así, aun prescindiendo del artículo 119 del Tratado de Roma (1957), que preveía la igualdad salarial para mujeres y hombres, desde la Directiva de igualdad de trato en el empleo de 1976 tuvieron que transcurrir varias décadas para que la intervención sobre la situación de las mujeres cobrara visos de credibilidad[50].

En segundo lugar, el desplazamiento conceptual efectuado repercutirá en la reconducción de la acción positiva *tout court* a *ciertas* medidas de acción positiva ancladas en el esquema de la especificidad, la diferencia de trato y la temporalidad, que son las que han encontrado cobijo definitorio en las leyes y en cuya justificación prevalecerán los argumentos basados en la interpretación judicial de la igualdad formal y la igualdad de oportunidades.

En definitiva, el desplazamiento de la acción positiva, que pasa de (re)acción contra la discriminación a acción en pro de la igualdad, ralentizará la primitiva

---

quien, en un comentario al artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres manifiesta que "en un sentido amplio... [p]odría considerarse que la propia LOI, en cuanto regula específicamente la igualdad entre mujeres y hombres para corregir la desigualdad de género, es una acción positiva en su conjunto. Y luego, en el articulado de la LOI, pueden considerarse acciones positivas cada una de las medidas que se establecen para conseguir esa igualdad". *Vid*. Balaguer Callejón, Mª L.: "Acciones positivas para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", en Ventura Franch, A. y García Campá, S. (dirs.) *El Derecho a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Una Evaluación del Primer Decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 291. En lo que aquí respecta iríamos más allá considerando, por ejemplo, como acción positiva la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, que fomenta la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

50 Identificando tal credibilidad con el Tratado de Ámsterdam a nivel europeo (1997) y, a nivel estatal y autonómico, con las leyes para la igualdad de la década siguiente (2007 en el caso de la ley estatal).

urgencia de su desarrollo y la convertirá en vicaria de la igualdad formal y de la igualdad de oportunidades. Se hace necesario, por tanto, resituar el marco teórico de la acción positiva en el contexto de la subordiscriminación (o, a los efectos, discriminación estructural). Pero para ello se requiere resituar la actual configuración legal e interpretativa de la acción positiva en ese marco teórico de los sistemas de poder que mencionamos en la Introducción. En nuestra opinión, la Ley 15/2022 da pasos en ese sentido.

4.2. Novedades de la Ley 15/2022

Entre los aspectos de la Ley 15/2022 que permiten augurar el tránsito hacia un Derecho antisubordiscriminatorio destacaremos tres: las menciones a la discriminación estructural, la extensión conceptual de la discriminación y el eco de la interseccionalidad.

4.2.1. *Las referencias a la discriminación estructural*

La Ley 15/2022 recoge en dos ocasiones la expresión "discriminación estructural"; una en el Preámbulo y otra en la parte dispositiva. En el Preámbulo al precisar 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" (cursiva añadida). En la parte dispositiva en el artículo 40, que es donde se determinan las funciones de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación. Concretamente en el apartado k) de dicho artículo se alude a la función de "[e]laborar, en coordinación con los órganos de la Administración General del Estado competentes en materia estadística, informes y estadísticas de carácter periódico, promover estudios sobre igualdad de trato y no discriminación, así como las *formas históricas de discriminación estructural*, de las que han sido víctimas los grupos a los que pretende proteger esta ley, diseñar y mantener un barómetro sobre igualdad de trato y no discriminación partiendo de un sistema de indicadores y divulgar las actividades, estudios e informes que realice" (cursiva añadida).

La sola mención legal a la discriminación estructural resulta significativa para que cobre cierto peso la incardinación de la Ley 15/2022 en un Derecho antisubordiscriminatorio. Ahora bien, para ello conviene evitar que el modo en el que aparece la expresión, vinculada al "contexto" y a la "historia", sitúe la caracterización del concepto al margen de los tratos (de las conductas o acciones) que

sirven para identificar a los llamados "tipos" de discriminación (como la directa, indirecta, etc.). Es más, según se vio en la Introducción, toda discriminación individualizada (sea directa o indirecta) es también estructural (porque se manifiesta en las estructuras sociales y se significa en sistemas de poder), siendo precisamente el desmantelamiento de esta dimensión (estructural y sistémica) de la discriminación el objetivo principal de la acción positiva reactiva.

4.2.2. *La discriminación como "inacción"*

El artículo 4 de la Ley 15/2022 desborda con creces el ámbito de lo discriminatorio en cualquier otro texto de parecido tenor, al menos a nivel estatal. Así, contrarios al "derecho a la igualdad" (concebido como "ausencia de toda discriminación") se consideran, no solo los tratos discriminatorios que han ido sucesivamente configurando los conceptos de discriminación directa, indirecta, por asociación, por error, múltiple e interseccional, sino también toda una serie de figuras heterogéneas que han encontrado cobijo en el Derecho antidiscriminatorio, como son la ausencia de ajustes razonables, el acoso, etc. Y es en esa expansión de lo que serían *tratos vulneradores del derecho a la igualdad* donde el artículo 4.1 de la Ley 15/2022 da entrada a "la inacción", expresión que aparece separada por comas y, a su vez, precedida de la mención al "incumplimiento de medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales" y seguida de la "dejación de funciones o incumplimiento de deberes".

No hay duda de que semejante manera de introducir la inacción en la Ley produce bastante desconcierto. Sobre todo, porque las figuras que preceden y suceden a la inacción (incumplimiento de medidas de acción positiva y dejación de funciones o incumplimiento de deberes) también pueden englobarse en la inacción, entendida literalmente como falta de acción o inactividad. ¿Por qué, entonces, esta mención aislada a la inacción en la Ley? ¿Cómo interpretarla?

Uno de los comentarios doctrinales pioneros de la Ley subsume las cuatro figuras mencionadas en lo que denomina "discriminación *por omisión*" (cursiva añadida)[51] –aunque esta expresión no aparezca en el texto legisla-

---

51 *Vid*. García Campá, F. y Ventura Franch, A.: "¿Se puede discriminar sin hacer nada? La discriminación de las mujeres por omisión", Valedora do Pobo, 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/

tivo– ; figuras de las que se ofrece, además, la correspondiente ejemplificación proyectada sobre la discriminación de las mujeres. Concretamente: a) sobre *el incumplimiento de medidas de acción positiva establecidas en normas legales o convencionales* menciona "no reservar una cuota de mujeres cuando una ley o un convenio colectivo lo establece"; b) sobre *el incumplimiento de deberes*, "no elaborar un informe de impacto de género o no desagregar las estadísticas por sexo, pues la ley obliga a ello"; c) sobre *la dejación de funciones*, "no tramitar una denuncia por discriminación, no aplicar el protocolo a una víctima de violencia de género"; y d) en lo tocante a *la inacción*, aun refiriéndose a la misma como "términos necesitados de mayor concreción", la ejemplifica como "no establecer medidas de acción positiva en favor de las mujeres en sectores donde existe una situación patente de desigualdad respecto de los hombres (p. ej., policía local o cuerpos de extinción de incendios)".

Tanto la catalogación de la "discriminación por omisión", así como los ejemplos apuntados, resultan meritorios y dignos de atención. La cuestión es si el cuarto supuesto –sobre el que aquí hemos manifestado ya desconcierto y sobre el que el comentario doctrinal reconoce expresamente que requiere mayor concreción– es homologable a los tres que le preceden o no. En otros términos: ¿es lo mismo "discriminación *por omisión*" que "discriminación *por inacción*"? La interpretación doctrinal de García Campá y Ventura Franch da a entender que sí, englobando el cuarto supuesto, al igual que los tres anteriores, en la "discriminación por omisión". Aquí, sin embargo, mantenemos que no, es decir, sostenemos que la referencia a la inacción en la Ley va más allá de la discriminación por omisión tal y como es entendida y ejemplificada en la citada interpretación doctrinal. Y justificamos nuestra postura con dos consideraciones de distinto tenor. Una tiene que ver con el tipo de respaldo normativo de los tratos discriminatorios ejemplificados. Así, los tres primeros responden al incumplimiento de conductas expresamente previstas como obligatorias por la legislación (elaborar un informe, desagregar estadísticas por sexo, etc.). El cuarto ejemplo, sin embargo, no tiene como fundamento el incumplimiento de una conducta concreta expresamente prevista por el legislativo, lo que permite interpretar que respondería a un deber genérico de acción (o a una prohibición genérica de inacción) que no sería reductible a las acciones positivas definidas, en este caso, en la propia Ley 15/2022 como "diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social" (art. 6.7).

La segunda de las consideraciones, relacionada con la interpretación anterior de la inacción en la Ley, tiene que ver con el vínculo entre dicha referencia legal a la inacción con la discriminación estructural que, como ya se ha mencionado, aunque indefinida, también tiene sitio en la Ley 15/2022. Con el fin de desarrollar este planteamiento, en el epígrafe siguiente se examinará la regulación del derecho a la igualdad en la cúspide del ordenamiento jurídico español a partir de la dialéctica interpretativa de los artículos 9.2 y 14 CE.

4.2.2.1. *Hacia una nueva dialéctica interpretativa de los artículos 14 y 9.2 CE*

Si hay binomios o dualismos clásicos en la cultura jurídica[52], entre ellos destaca el representado por la oposición entre una igualdad *formal* y una igualdad *material*[53]. La primera también se suele llamar *jurídica*[54] y la segunda *sustancial*, *real*[55] o *de oportunidades*[56]. No siempre está claro el significado del binomio, en particular en lo referente a la segunda parte, es decir, a que la mención a lo material, lo sustancial o lo real signifique lo mismo; o que, lo haga o no, se identifique con la igualdad de oportunidades. De hecho, no suele ser raro que la igualdad

---

52 Conscientes de que el elenco bibliográfico sobre esta cuestión resulta inabarcable, aquí se ha optado por efectuar una selección que permita evidenciar que la consolidación de la teorización binómica es multidisciplinar.

53 Pérez Luño, A. E.: *Dimensiones de la igualdad*. Dykinson, Madrid, 2005, p. 39 y ss.; Carmona Cuenca, E.: "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, 1994, pp. 265-285; Gude Fernández, A.: "El principio de igualdad. A propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)". *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 5, 2001, pp. 145-175; Martín Vida, M. A.: *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*. Civitas, Madrid, 2002, p. 110 y ss.; Sierra Hernáiz, E.: "La discriminación de género en la relación laboral: igualdad formal, igualdad material y acción positiva", *FORO Revista de Derecho*, núm.29, 2018, pp. 49-64.

54 Carmona Cuenca, E.: "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", cit., p. 280; Fernández, E.: *Igualdad y Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 89; Rey Martínez, F.: *Derecho antidiscriminatorio*, cit.; Cerdá, C. M.: "Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núms. 50-51, 2005, pp. 193-218.

55 Rey Martínez, F.: *Derecho antidiscriminatorio*, cit.; Dema Moreno, S.: *A la igualdad por la desigualdad. La acción positiva como estrategia para combatir la discriminación de las mujeres*, KRK Ediciones, 2008, p. 110.

56 Rey Martínez, F.: *Derecho antidiscriminatorio*, cit.; Dema Moreno, S.: *A la igualdad por la desigualdad. La acción positiva como estrategia para combatir la discriminación de las mujeres*. KRK Ediciones, 2008, p. 110.

material se refiera a la posición económica y que la real, denominada también *efectiva* y *plena*, haga referencia al género o a otros factores de discriminación.

Con todo, de las diversas formulaciones binómicas apuntadas, hay una especialmente consolidada: cuando en la doctrina jurídica española se habla de igualdad *jurídica*, el referente constitucional es el artículo 14 CE, mientras cuando se habla de igualdad *material*, sustancial, real, plena, efectiva o de oportunidades, se piensa en el artículo 9.2 CE. A la vista de esta caracterización cabe la pregunta de si acaso no es jurídica la igualdad material, pues ¿acaso no son ambos artículos disposiciones del ordenamiento jurídico? Obviamente, interrogantes de este tipo solo surgen cuando quien los plantea desconoce el formalismo jurídico imperante en la cultura jurídica, que es el que determina que la igualdad jurídica *sea* la del artículo 14 y no la del 9.2 CE, que sería, pues, simplemente material ("real y efectiva"). En definitiva, cuando la doctrina califica de jurídica la igualdad del artículo 14 CE, y de igualdad material (sustancial, real, etc.) la del artículo 9.2 CE, en realidad está diciendo que la igualdad del artículo 14 CE (más en concreto, formal o ante la ley) es la "propia" del Derecho y, por ello, el referente primero a la hora de dotar de contenido al derecho a la igualdad, pero, para quien no se sitúa en el formalismo, este planteamiento dicotómico no es de recibo. En este sentido, una cosa es constatar un uso lingüístico en la cultura jurídica (que se hable de igualdad formal y de igualdad material) y otra, pero muy distinta, que solo se considere jurídica la primera.

Por otro lado, como es bien conocido, el artículo 14 CE tiene dos partes sintácticamente diferenciables: una, "[l]os españoles son iguales ante la ley" (art. 14-1.ª) y, otra, "sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra situación o circunstancia personal o social" (art. 14-2.ª). Y sobre la interpretación doctrinal de esta sintaxis cabe identificar dos posturas: a) una, la de quienes ven en dicho artículo una unidad interpretativa, con la única precisión de que la violación de la norma atribuida al primero de los enunciados se entendería como "discriminación en sentido amplio" y la violación de la prohibición del segundo como "discriminación en sentido estricto"; y b) otra, la de quien defiende la separación de dos enunciados en el artículo 14 CE.

La primera, hoy por hoy mayoritaria, lleva a que, a la postre, la conceptualización de la discriminación en sentido estricto termine siendo deudora de la discriminación en sentido amplio y, por lo tanto, se conceptualice a partir de la

igualdad formal o ante la ley[57]. La segunda, defendida por ejemplo por Cerdá[58], y que compartimos, aun reconociendo que "[p]ara buena parte de la doctrina, e incluso para la jurisprudencia constitucional, ambos incisos del art. 14 constituyen una unidad", sostiene "la tesis contraria: a saber, la de que igualdad de trato y prohibición de discriminación constituyen dos principios constitucionales diferentes (...) entre los que existe una clara distinción estructural"[59]. A la hora de justificar esa separación estructural, Cerdá acude a una serie de elementos (como el sujeto activo, el sujeto pasivo, etc.), pero a los efectos que aquí interesan, el aspecto más destacable resulta el relativo al alcance activador de la prohibición de discriminación, que "no solo va a invalidar los actos discriminatorios, sino que asimismo *exige remediar y suprimir [las] situaciones fácticas discriminatorias*, consistentes en desigualdades de hecho entre individuos y grupos sobre la base de uno de los criterios de discriminación prohibidos, mediante medidas que promuevan la integración y la igualdad de esos individuos con los demás"[60].

Considerando esta última exigencia, se suele mantener también que la igualdad del artículo 9.2 CE resultaría *complementaria* a la que fundaría la prohibición de discriminación del artículo 14-2.ª CE[61]. Aquí, sin embargo, nos apartamos de esta postura en el sentido de que, si en algo resultaría complementario el artículo 9.2 CE sería en la referencia a los destinatarios de la prohibición de inacción, es decir, los poderes públicos[62]. La igualdad del 9.2 CE no sería complementaria a la protegida por la prohibición del 14-2ª CE sino, más bien, esta última *dependiente* de la actuación de la anterior, por la simple razón de

---

57 *Vid*. en este sentido Barrère Unzueta, M.: "Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 60, 2001, pp. 145-166.

58 *Vid*. Cerdá, C. M.: "Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación", cit.

59 *Ibidem*, p. 194.

60 *Ibidem*, p. 216, cursiva añadida. Aunque sea de pasada conviene subrayar que no parece apropiado hablar de "situaciones fácticas discriminatorias". Discriminatorios son los tratos que producen –eso sí– situaciones de discriminación.

61 En Carmona Cuenca, E.: "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", cit., se recoge abundante doctrina sobre esta complementariedad.

62 Cabría diferenciar en este sentido entre la *obligatoriedad* de la acción, proveniente del artículo 14 CE y la *atribución* de la obligatoriedad de esa acción a *los poderes públicos*, proveniente del artículo 9.2 CE.

que si hubiera una igualdad real no existirían tratos subordiscriminatorios que prohibir.

Por razones similares, tampoco resultaría de recibo ese planteamiento tan arraigado en la cultura jurídica hegemónica sobre la *evolución* de la igualdad formal a la igualdad real, material o sustancial, que tanto recuerda al de las etapas o generaciones de los derechos humanos. Porque no es, como se suele contar, que "[*m*]ás tarde y a raíz de las aportaciones marxistas y socialistas se tom[e] conciencia de la *insuficiencia* del concepto de igualdad, entendido exclusivamente en sentido formal"[63]. Los primeros que eran conscientes de esa insuficiencia eran los sectores privilegiados (burgueses, blancos, varones, cristianos, etc.) que, al igual que querían desmantelar las desigualdades estamentales del Antiguo Régimen, estaban interesados en mantener otras, para lo cual el concepto formal de la igualdad se presentaba idóneo. De otro modo, no se hubiera consagrado el falso universalismo, explícito e implícito, construido sobre la generalidad y abstracción de la ley que es el presupuesto sobre el que descansa el principio de igualdad ante la ley[64].

El esquema de la dependencia como sustituto del de la complementariedad[65] exige por tanto la revisión de la dialéctica que la cultura jurídica hegemónica establece entre los artículos 14 y 9.2 CE, a la vez que constituye una apoyatura para la interpretación del artículo 4.1 de la Ley 15/2022 que aquí se propone, entendiendo al respecto que, si los poderes públicos no quieren subordiscriminar por inacción, deberán arbitrar acciones en pro de la igualdad real y efectiva, tal y como se prevé en el artículo 9.2 CE.

---

63 Gude Fernández, A.: "El principio de igualdad. A propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)", cit., p. 146.

64 Como señala Martín Vida, M. A.: *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión.* Universidad de Granada, 2004: "las normas generales, abstractas y universales que no se aplican sobre una sociedad homogénea no hacen sino (como mínimo) mantener el *statu quo* de desigualdad real que haya en la misma, y en ningún caso corregirla", p. 154.

65 En síntesis: que la prohibición de discriminación del artículo 14-2.ª se funde en el reconocimiento implícito de la (des)igualdad real en el artículo 9.2 CE y, por tanto, que (la efectividad de) la prohibición de discriminación del artículo 14-2.ª CE dependa (de la efectividad) del deber de igualdad real del artículo 9.2 CE.

4.2.3. *La acción positiva interseccional: ¿para cuándo?*

La Ley 15/2022 introduce por primera vez en la legislación estatal la referencia conceptual a la discriminación interseccional como "forma específica de discriminación"[66]. Sin embargo, la interseccionalidad[67] no está presente, ni en la definición de lo que serían "medidas de acción positiva"[68] ni en el apartado de la Ley dedicado, precisamente, a la "Promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva" (capítulo II). Lo único que contiene este capítulo es un precepto inserto malamente en su artículo 34 dedicado a la "Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la No discriminación". Según dicho precepto, la Estrategia "*incorporará* de forma prioritaria... d) *Prestará especial atención* a las discriminaciones interseccionales o múltiples que por su propia naturaleza suponen un ataque más grave al derecho a la igualdad de trato y no discriminación" (apartado 4, cursiva añadida). Se ha reproducido la sintaxis (incorrecta) por significativa. Y es que, mientras en el resto de los apartados, se especifica *qué* incorporará la Estrategia de forma prioritaria ("principios" en el apartado a) y "medidas" en los apartados b) y d)), en el caso de las discriminaciones interseccionales ese *qué* no aparece. Se puede decir, por tanto, que en el primer texto legislativo en el que a nivel estatal está presente la interseccionalidad, esta no abarca, ni a la acción positiva a nivel general (como política antidiscriminatoria) ni a las medidas específicas de tal política.

4.3. La LO 2/2024 como acción positiva

La Ley 2/2024 está dirigida a garantizar la representación paritaria y la presencia equilibrada de mujeres y hombres en órganos de decisión y representación tanto públicos como privados. En este sentido, salvo el caso de las candidaturas

---

66 Artículo 6.3 b) "Se produce discriminación interseccional cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación".

67 En lo que respecta a la interseccionalidad y a su papel en el Derecho ASD, *vid*. Irigoien Domínguez, A.: *Interseccionalidad y anti-estereotipación como recursos de un Derecho antidiscriminatorio crítico*. IVAP, Oñati, 2024, esp. p. 61 y ss.

68 Artículo 6.7. "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".

electorales, que deberán ser paritarias *stricto sensu* (según cabe inferir del art. 1.1, en tanto prescribe que estén integradas por personas de uno y otro sexo ordenados de forma alternativa), la Ley define la representación paritaria y presencia equilibrada entre mujeres y hombres como "aquella situación en la que las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento en un ámbito determinado" (Disp. adicional primera, 1.er párrafo). Ahora bien, a renglón seguido de la definición, posibilita exceptuar la aplicación del tal criterio "*en consonancia con el principio de acción positiva*, cuando exista una representación de mujeres superior al sesenta por ciento que, en todo caso, deberá justificarse" (Disp. adicional primera, 2.º párrafo, cursiva añadida). Esta manera de proceder es coherente con el Preámbulo de la Ley pues, a la vez que recoge abundante normativa de la ONU y del Consejo de Europa en aras a impulsar el objetivo citado, a la hora de referirse expresamente a la acción positiva, el texto de referencia es el artículo 157.4 del TFUE que, como ya sabemos, define la acción positiva en términos de *ventajas concretas* en el ejercicio de actividades o carreras *profesionales*.

Prescindiendo de este planteamiento –con el que, como es fácilmente deducible de lo expuesto hasta el momento, no coincidimos–, del panorama relativo a la acción positiva trazado hasta aquí no sería extraño preguntarse si la LO 2/2024 puede ser considerada acción positiva y, aun en caso afirmativo, si la acción positiva sería la ley en su conjunto o solo ciertas disposiciones de la misma. Es lo que pasa con los conceptos contestados. En lo que aquí respecta, efectivamente, tanto la Ley en su conjunto como las disposiciones que contiene serían un ejemplo de acción positiva: una política general de intervención sobre la composición de instituciones y órganos de poder públicos y privados, desarrollada por medidas específicas, que tiene como objetivo intervenir en las estructuras de un sistema de género que subordiscrimina a las mujeres. Dentro de las medidas específicas, las hay formalmente neutras (las que postulan la presencia equilibrada o la composición paritaria) y otras diferenciadoras (como la excepción mencionada en el segundo párrafo de la disposición adicional primera).

5. CONCLUSIONES

El concepto de acción positiva es un concepto político en un doble sentido: a) por estar vinculado en origen a un modelo de Estado (interventor); y b) por estar vinculado en su desarrollo a distintas maneras de ver y abordar la discriminación (en definitiva, distintas maneras de ver y abordar la injusticia del modelo de sociedad en el que se vive). Esto lo lleva a poder ser considerado un concepto

contestado y disputado, al margen de que deba ser reconocido también como concepto jurídico por ocupar un lugar propio en el Derecho multinivel.

Tomando en consideración su plasmación jurídica, el concepto de acción positiva se ha desarrollado mayoritariamente siguiendo la estela de un Derecho antidiscriminatorio de corte liberal, que lo ha reconducido a una serie de medidas diferenciadoras en el trato, temporales, "en favor de" o que ofrecen "ventajas concretas", y sometidas en cuanto a su legitimidad a la lógica meritocrática. Aun así, esto no quiere decir que constituya un concepto petrificado. El cambio más llamativo es el que se produce en el Derecho de la Unión Europea, donde las acciones positivas pasan de ser concebidas como *promoción de la igualdad de oportunidades* entre hombres y mujeres (art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE) a ser consideradas como *la garantía de la plena igualdad* entre hombres y mujeres (art. 157.4 del TFUE).

Esta nueva regulación tuvo influencia en la Sentencia del caso *Badeck*, que significativamente deja de referirse a las medidas contempladas en la legislación alemana como excepción al principio de igualdad de trato. Por pura lógica argumentativa, este cambio interpretativo (este abandono de la caracterización de las acciones positivas como excepción) tenía que haber tenido alguna repercusión, tanto en esta sentencia como en las posteriores. O por decirlo más explícitamente: si ser consideradas como excepción tenía como consecuencia que debían ser interpretadas restrictivamente cabría deducir –*a sensu contrario*– que, dejando de ser una excepción, no deberían de ser objeto de interpretación restrictiva sino, en todo caso, *expansiva*. Sin embargo, sorpresivamente, el cambio en los términos definitorios en un texto vinculante de Derecho originario no lleva aparejados cambios relativos a los límites de las acciones positivas.

En lo que respecta a la jurisprudencia española, el referente en el tema de la acción positiva es el Auto 119/2018, en el que el Tribunal Constitucional hace suyos los límites establecidos por el TJUE. Estos, sin embargo, operan exclusivamente en el ámbito laboral, mientras que el Tribunal Constitucional ampara en su Auto un concepto de acción positiva que, por ejemplo, incluye la representación equilibrada de mujeres y hombres en las listas electorales. A nivel conceptual, el Tribunal Constitucional hace suya la distinción (doctrinal) entre la acción positiva en sentido amplio y la acción positiva en sentido estricto, identificando esta última con la discriminación inversa ("reverse discrimination", *sic*). El Tribunal Constitucional reproduce, de este modo, una manera de designar la

acción positiva errónea (por uso abusivo de la palabra "discriminación") y tendenciosa (por contribuir a la condena *ab initio* de las acciones positivas usando la palabra "discriminación"). También confunde tratos diferenciados con tratos discriminatorios, alimentando de este modo la idea de que no hay tratos discriminatorios no diferenciadores (o neutros). Pero más allá de este tipo de cuestiones, de las más de veinte páginas de boletín dedicadas por el Alto Tribunal a "reconstruir" su doctrina sobre los límites de las acciones positivas, resultan destacables otras cuestiones.

En primer lugar, que el Tribunal Constitucional siga alimentando el argumento de la excepcionalidad de las acciones positivas cuando, según se ha destacado suficientemente, este argumento fue abandonado por el TJUE a partir del caso *Badeck*. En segundo lugar, y lo más chocante, que no aparezca en esas más de veinte páginas (en realidad en todo el Auto) ninguna referencia al artículo 11 de la LOI que es el que regula las acciones positivas. Es cierto que el Tribunal Constitucional no está obligado a utilizar la ley (aunque esta sea Orgánica) para dar contenido a sus argumentaciones, pero obviar una ley de una temática tan estrechamente vinculada al tema de fondo que se ventila en el Auto, no deja de resultar sorprendente. Eso sí, considerar el artículo 11 LOI quizá le hubiera obligado al Tribunal Constitucional a tener que matizar su reconstrucción doctrinal sobre las acciones positivas en al menos dos aspectos: a) que el fundamento constitucional de las acciones positivas es el artículo 9.2 CE y su límite el derecho a la no discriminación del artículo 14 CE; y b) que para la exigibilidad de las acciones positivas es preciso una concreción normativa previa.

En relación a la primera de las notas caracterizadoras, el artículo 11 de la LOI deja bien clara la finalidad de las acciones positivas: "hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad". El artículo 11 LOI no distingue entre igualdades (material y formal) ni restringe el fundamento *conceptual* de las acciones positivas al artículo 9.2 de la CE (otra cosa es que el art. 9. 2 CE sea su fundamento *imperativo*). Sobre que su límite sea el derecho a la no discriminación del artículo 14 CE, como afirma el Tribunal Constitucional, habría que matizar: 1) si por límite se entiende el derecho a la no discriminación (*rec.*: subordiscriminación) que está en la base de la prohibición del artículo 14-2.ª CE, no (el art. 14 CE no puede ser un límite en ese sentido; es más, la subordiscriminación que está en la base de los tratos prohibidos por el art. 14 CE es el presupuesto conceptual de la acción positiva); 2) si por límite se entiende el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de la acción positiva, de acuerdo, solo que

contando como uno de los parámetros fundamentales de tal juicio la dimensión de la discriminación estructural.

En relación a la segunda de las notas caracterizadoras de las acciones positivas ofrecidas por el Tribunal Constitucional, también cabe matizar. Según el Alto Tribunal, para la exigibilidad de las acciones positivas es preciso una concreción normativa previa. Sin embargo, la expresión "exigibilidad de las acciones positivas" es ambigua. Una cosa es sostener que no se puede exigir una medida que no esté prevista (de acuerdo, en este sentido, con el Tribunal Constitucional si es esto lo que quiere decir, pues no se puede exigir algo que no se puede saber qué es) y otra que no se pueda exigir su previsión. El artículo 11 LOI es claro en relación a este segundo alcance de la exigibilidad, ya que señala textualmente que "los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres". Cabe afirmar, pues, que este artículo contiene ya una exigencia, que bien puede considerarse una concreción normativa del artículo 9.2 CE.

En definitiva, los cambios operados en los textos normativos a partir de los últimos veinte años, que vinculan las acciones positivas destinadas a las mujeres con la igualdad plena (en la UE), plena y efectiva (en el CE) o con el concepto del derecho constitucional a la igualdad (en el ámbito estatal) no se ven reflejados en la jurisprudencia de los tribunales respectivos. Ignorando estos cambios, los Altos Tribunales no solo limitan la capacidad transformadora de la política en el ámbito de la igualdad y la no discriminación, sino que reproducen una visión liberal e individualista del principio meritocrático que minimiza la importancia de la discriminación estructural y sistémica (subordiscriminación) de las mujeres. Ahondando en esta observación, si hay una idea que recorre toda la jurisprudencia europea y estatal reseñada es la del rechazo al automatismo referido a la acción positiva. Pues bien, si hay algo que deja bien claro la regulación de la acción positiva en los diversos textos normativos considerados es el rechazo al automatismo, solo que, en este caso, *en la aplicación del principio de mérito*. Y no puede ser de otra manera, ya que la necesidad de la acción positiva procede, precisamente, de la falta de consideración de la desventaja sistémica en el cómputo del mérito.

Ante la inercia jurisprudencial, la promulgación de la Ley 15/2022 adquiere una relevancia digna de reseñarse, no tanto por la definición de las acciones positivas en plural –que, exceptuando la eliminación de la referencia al trato de favor, sigue la senda marcada por la LOI– como por su referencia a la *inacción* como

discriminación en su artículo 4.1. Son muchos los interrogantes que surgen en torno a esta figura, pero, más allá de ellos, la inclusión en la Ley de la prohibición de lo que se puede denominar *discriminación por inacción* contribuye a un cambio de paradigma del Derecho antidiscriminatorio (o, si se quiere, al tránsito de un Derecho antidiscriminatorio hacia un Derecho ASD) que es anunciado por las referencias del texto legislativo a la discriminación estructural.

La inclusión de la discriminación por inacción contribuye también al cambio hacia un Derecho ASD porque sirve para revisar la dialéctica que la cultura jurídica clásica mantiene en relación al binomio igualdad formal/igualdad material. En el caso de la CE, esto se concretará en dos cuestiones. Por un lado, en la separación entre el dictado del artículo 14-1.ª y 14-2.ª o, si se quiere, entre la igualdad formal y la igualdad en la que se funda la prohibición de discriminación (que, si se reconoce que tiene dimensión estructural, no puede reducirse a la ruptura de la igualdad formal). Por otro lado, en el abandono de la idea de la complementariedad (pero con la juridicidad mermada) del artículo 9.2. CE en relación al 14 CE, que será sustituida por la idea de la elevación de la discriminación estructural (subordiscriminación) a marco significativo de la discriminación prohibida (del art. 14-2.ª) y, a su vez, a fuente de obligatoriedad de la acción antidiscriminatoria (de ahí la idea de la dependencia). Esto, además, invita a la necesaria revisión del planteamiento que eleva a las acciones positivas diferenciadoras a modelo de la acción positiva *tout court* y a la reconducción de esta última al esquema de la igualdad de oportunidades.

En lo que respecta al diseño de la acción positiva, está claro que la interseccionalidad implica complejizarla, sin embargo, esa complejidad no explica la escasa –por no decir nula– atención prestada a la acción positiva interseccional, ni por parte de los poderes públicos, ni por parte de la doctrina. Sea cual sea la justificación de esta inacción (nos referimos a las razones, puesto que los motivos son predecibles), si la acción positiva referida a las mujeres no se termina abordando de manera interseccional, el cuestionamiento de su legitimidad no provendrá exclusivamente de los hombres (que ante la misma se consideran "víctimas inocentes"), sino también de un amplio sector de mujeres que no se encontrarán reconocidas ni representadas en el sujeto beneficiario de la acción positiva –digamos– *mainstream* (mujer blanca, de clase media, heterosexual, cristiana, sin discapacidades, etc.). Y esta consideración es extensible al último ejemplo de acción positiva legislativa, como es la Ley 2/2024, en el que la perspectiva interseccional brilla por su ausencia.

Capítulo 4
PANORÁMICA SOBRE SESGOS DE GÉNERO EN EL DERECHO CIVIL

María Pilar Álvarez Olalla
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos
https://orcid.org/0000–0002–9609–0375

1. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que, desde un punto de vista dogmático, el artículo 14 de la Constitución de 1978 proclama el derecho a la igualdad de todos ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón, entre otras, de sexo. Tal declaración viene reforzada por el artículo 32, que declara el derecho de hombres y mujeres a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica y el artículo 39, que proclama la igualdad de los padres (y madres) a la hora del desempeño de los deberes derivados de la patria potestad, así como la protección de las madres, con independencia de la filiación. Siguiendo este mandato, son muchas las reformas del derecho positivo civil que se llevaron a cabo a fin de adaptar las normas –especialmente las de derecho de familia, ya matrimonial, de régimen económico o de filiación– a esta nueva proclamación, tras años en los que el derecho a la igualdad había sido negado, estando en vigor una legislación que hacía de la mujer un ser dependiente personal, familiar y económicamente del marido. Ello es así porque el Derecho civil, que se aplica a todos nada más nacer, tiene por objeto regular los aspectos más esenciales del individuo; esto es, los relativos a su protección como persona mientras es vulnerable por razón de edad o discapacidad (derecho de filiación, adopción, desamparo, patria potestad, régimen de apoyo a personas con discapacidad, papel que tradicionalmente también desempeñaba el derecho matrimonial respecto a la mujer); como en la edad adulta (derechos de la personalidad); así como su protección en la satisfacción de las necesidades, a través de derechos sobre uso e intercambio de bienes, derecho a la reparación de los daños y derechos sucesorios). En esa medida, cabe

afirmar que el Derecho civil es especialmente sensible a los sesgos y perspectiva de género por más que, desde un punto de vista de ley positiva, las flagrantes discriminaciones entre hombres y mujeres existentes en nuestra legislación civil hasta 1978, hayan desaparecido.

Si examinamos nuestros textos legales postconstitucionales –tomemos como punto de partida el Código civil–, puede decirse que la discriminación explícita ha desaparecido, lo cual se aprecia de forma más patente si comparamos la literalidad actual con las anteriores redacciones del Código en materia, especialmente de familia, pero también en materia de derecho de persona y capacidad de obrar. Nuestro Código entonces era tributario de las concepciones liberales, individualistas y patriarcales del Código Civil francés, y de la ideología imperante al respecto de las relaciones entre hombres y mujeres, a lo largo de todo el siglo XIX en ambos países. A pesar de que en los primeros proyectos de Código Civil francés se proclamaba la igualdad de hombres y mujeres, la marcada concepción patriarcal de las relaciones entre marido y mujer del mismísimo emperador tuvo una influencia decisiva en la regulación del matrimonio en el Código, lo cual propició que la capacidad de obrar de la mujer casada fuera obviada en el mismo[1]. Es decir, a pesar de que el proceso codificador fue fruto de una revolución francesa que proclamaba los derechos a la libertad, fraternidad e igualdad de todos los hombres, el mismo descarriló finalmente en lo atinente a la igualdad entre hombres y mujeres. De hecho, la mujer que encabezó en la revolución el movimiento feminista, Olimpia de Gouges, autora de la "Declaración de los Derechos de la mujer y la ciudadana" (1791), terminó con su cabeza rodando por la guillotina de Robespierre, dos años más tarde. Las reivindicaciones se centraban en la igualdad en el matrimonio, derecho a la educación y al trabajo[2].

---

1 En el Discurso de apertura del Curso Académico 1969-1970 en Salamanca titulado "La capacidad jurídica de la mujer casada" (p. 1 y 2) Diego Espin Cánovas al referirse a la concepción que Napoleón tenía de las relaciones entre hombres y mujeres, recuerda que este llegó a afirmar "La naturaleza ha hecho de nuestras mujeres nuestras esclavas. El marido tiene derecho a decir a su mujer: Señora, no saldréis, Señora, no iréis a la comedia, Señora, no veréis a tal persona, es decir, Señora, me pertenecéis en cuerpo y alma".

2 En la misma línea, en Inglaterra, y por la misma época (1792) Mary Wollstonecraft en su obra *Vindicación de los derechos de la mujer* defiende que la supuesta inferioridad de la mujer frente al hombre no es sino fruto de su falta de acceso a la educación.

A mediados del siglo XIX los movimientos feministas comenzaron a organizarse en Europa, especialmente en torno al derecho de sufragio. En España, nuestra Constitución de 1931 reconoció el derecho al voto de las mujeres, que lo ejercieron por primera vez en noviembre de 1933, en las que ganaron los partidos de la derecha, y en febrero de 1936, que ganó el Frente Popular. En el ámbito del Derecho civil, la Constitución estableció la igualdad de derechos "para ambos sexos" dentro del matrimonio en el artículo 43; pero su vigencia fue fugaz y motivó escasas y también fugaces reformas legislativas al respecto. A continuación, en el ámbito internacional, y auspiciada por Naciones Unidas, se promulgó la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, que declaró la igualdad de hombres y mujeres. No es sino hasta mediados del siglo XX cuando comienza a reconocerse la igualdad de forma generalizada en los países de nuestro entorno. En 1942 se suprime en Francia la licencia marital y en Alemania se produce la equiparación jurídica en 1957.

En España, nuestro Código de 1889, en su redacción original, reconoció un mayor ámbito de libertad a la mujer soltera, al no estar sometida a la obligatoria obediencia al marido; de ese modo, tenía reconocida capacidad de obrar excepto para desempeñar cargos tutelares o ser testigo en el otorgamiento de testamentos[3]. Por el contrario, la mujer casada debía obediencia al marido y era incapaz para los actos de la vida civil, necesitaba licencia marital para actos como aceptar o repudiar herencias, pedir la partición, ser albacea, aceptar mandato, adquirir a título oneroso o lucrativo, enajenar bienes u obligarse. Los avances en materia de género se demoraron en España más que en otros países, como consecuencia del régimen franquista; si bien, las limitaciones para la mujer soltera antes mencionadas desaparecieron en la reforma del Código que tuvo lugar en 1958. Sin embargo, respecto a la mujer casada, tras esta reforma, la misma seguiría sometida a la licencia marital, hecho que el legislador de 1958 justificaba en la Exposición de Motivos de esta ley de reforma, de esta manera "Si bien es cierto que el sexo por sí no debe dar lugar a diferencias y menos a desigualdades de trato jurídico civil, ha parecido igualmente claro hasta el punto de estimarlo también como principio fundamental que la familia, por ser la más íntima y esencial de las comunidades, no puede originar desigualdades, pero sí ciertas diferencias

---

3 Curioso era el derecho a pedir el "depósito" de su persona (art. 1880.3 LEC 1881), si tuviera y justificara temor a sufrir violencia o coacción la mujer soltera que, habiendo cumplido 20 años, tratare de contraer matrimonio en contra del consejo de sus padres o abuelos.

orgánicas derivadas de los cometidos que en ella incumben a sus componentes, para el mejor logro de los fines morales y sociales que conforme al Derecho natural está llamada a cumplir"[4]. El sometimiento de la mujer a las directrices del marido encuentra su justificación en las exigencias de la unidad matrimonial, de modo que la potestad de dirección que se atribuye al marido viene a ser consustancial a "un régimen en el que se recoge fielmente el sentido de la tradición católica que ha inspirado siempre y debe inspirar en lo sucesivo las relaciones entre los cónyuges". Pero el mayor reconocimiento a su libertad e igualdad vendrá de la mano, para la mujer casada, del hecho de que, al menos, en caso de que el marido desee enajenar bienes gananciales inmuebles y establecimientos mercantiles, ella tenga que prestar su consentimiento.

La licencia marital no desaparecerá hasta la reforma del Código operada por Ley de 2 de mayo de 1975; momento a partir del cual la mujer casada tendrá capacidad de obrar y podrá disponer por sí sola de los bienes parafernales[5], aunque el marido seguirá siendo el titular de la patria potestad y administrador de la sociedad de gananciales. En ese momento, el matrimonio deja de condicionar la nacionalidad de la mujer, esta deja de deber obediencia al marido, desaparece la representación de la mujer por el marido y se proclama que ambos se deben respeto mutuo, debiendo fijar en común el domicilio conyugal.

Como hemos indicado al iniciar esta introducción, es con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 cuando se proclama definitivamente el derecho de igualdad y no discriminación entre hombre y mujer, también en el ámbito de la familia. Esto motiva reformas tan relevantes como la de 13 de mayo de 1981 en materia de filiación, patria potestad y régimen económico, o la de 7 de julio de ese mismo año en materia de nulidad, separación y divorcio; la Ley de 24 de octubre en materia de tutela y la Ley de 11 de noviembre de 1987 en materia de adopción. Todas estas reformas introducen una regulación igualitaria, sin

---

4 *Vid*. sobre esta y otras reformas del CC antes de la Constitución Vivas Tesón, I.: "La mujer en el Código Civil de 1889: la capacidad jurídica negada y las puertas abiertas a la igualdad" en *Iura Vasconiae,* 2024, núm. 21, pp. 123 a 143.

5 Magnífico estudio sobre el estatus jurídico de la mujer respecto a los bienes propios, en esta época, es la tesis doctoral publicada en 1976 por Gómez Laplaza, C.: *De los bienes parafernales.* Estudios Jurídicos núm. 40, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, en la que viene a imputar a la vigencia de la sociedad de gananciales, las limitaciones impuestas a la mujer sobre sus bienes propios.

distinciones por razón de sexo, en el ejercicio de la patria potestad, filiación (si bien las diferencias persisten en materia de determinación de la filiación, derivadas de las diferencias fisiológicas en la concepción, gestación y alumbramiento, tales como la presunción de paternidad, la determinación por reconocimiento, por parto, el ejercicio de las acciones de impugnación y reclamación o el acceso a las técnicas de reproducción asistida,); administración y disposición de bienes gananciales, causas de separación y divorcio[6], ejercicio de cargos tutelares, o posibilidad de adopción. Sin embargo, aún quedaban "cabos sueltos" que trataron de ser subsanados por Ley 11/1990 de 15 de octubre sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Solo entonces desaparece el sometimiento de la mujer a la vecindad civil del marido (que no se modificó en 1975, al modificarse la regulación de la nacionalidad) y la determinación de la ley aplicable en el artículo 9 CC a los efectos del matrimonio, entre otras cuestiones.

Refiriéndonos a la "purga" postconstitucional de resquicios atentatorios contra el principio de igualdad, cabe también mencionar la existencia de una corriente favorable a sustituir el término "buen padre de familia", tan utilizado en nuestro Código como criterio que mide la diligencia, por el parámetro anglosajón de "persona razonable". El Ministerio de Justicia anunció en marzo de 2022 que estaba estudiando esta posibilidad; mientras que, en otros países de nuestro entorno como Francia, la modificación se produjo en 2014. Al respecto se ha afirmado que se trata de un término con "marcado sesgo patriarcal" y de "carácter discriminatorio por su referente antropocéntrico"[7]. Referencias al "padre de familia" como estándar de diligencia encontramos en el artículo 497 "El usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia"; artículo 1094

---

6 En la redacción original del Código, por ejemplo, el adulterio de la mujer era causa de divorcio, pero el del marido solo lo era si concurría escándalo público o menosprecio de la mujer (art. 105). Mientras durase el procedimiento debía ser objeto de depósito la mujer, siendo el depositario designado por el marido, (art. 68 CC y arts. 1880 a 1899 LEC1881). En la reforma de 1958 se sustituye el término divorcio por "separación" personal y se elimina la diferente regulación del adulterio y el "depósito".

7 Otero Crespo, M.: "La diligencia debida: del bonus pater familias a la persona razonable. La "desmasculinización" del paradigma de referencia a la luz del Derecho comparado", en *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género,* dir. Mesa Marrero, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, p. 338, con cita de otras referencias sobre la cuestión publicadas en *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado,* dir. Garcia Rubio/Valpuesta Fernández, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

"El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia"; artículo 1555 al establecer que el arrendatario está obligado a "usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia"; artículo 1719 que, respecto al mandatario, le impone la obligación, a falta de instrucciones del mandante, de hacer "todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia"; artículo 1788 que impone al depositario de bienes secuestrados la obligación de "cumplir respecto de ellos todas las obligaciones de un buen padre de familia"; artículo 1801 que exime de pagar lo perdido en el juego o apuesta no prohibido lo que excediere "de los usos de un buen padre de familia"; artículo 1897 que impone al acreedor pignoraticio cuidar de la cosa dada en prenda "con la diligencia de un buen padre de familia", al igual que el artículo 1889 para el gestor de negocios ajenos, que debe "desempeñar su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia"; artículo 1903 CC, que establece como criterio de exoneración en la responsabilidad por hecho ajeno de padres, tutores, curadores representativos, empresarios y centros docentes, la prueba de que "emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño"[8].

Todo son manifestaciones particulares o aplicaciones concretas de la regla general enunciada en el artículo 1104 CC para comparar, en caso de que en una relación obligatoria contractual no se hubiere establecido la diligencia a emplear por una o ambas partes; o, en caso de responsabilidad extracontractual; la conducta del supuesto responsable con el nivel de diligencia exigible. En el ámbito comparado, el término se mantiene en varios preceptos del Código civil italiano, más en concreto, en el 1176 CC italiano, similar a nuestro artículo 1104. Sin embargo, como hemos dicho, desapareció del Código civil francés en 2014[9], siendo sustituido por el canon de los "cuidados razonables" o el adverbio

---

8 Menos connotación encontramos en el término "cabeza de familia" a que se refieren los artículos 917, relativo al parentesco por línea recta y 1910 al regular la caída de objetos de un inmueble. También en el artículo 541 se regula una servidumbre que la doctrina denomina "servidumbre por destino del padre de familia"; pero, sin embargo, este término no aparece en la literalidad del precepto español, aunque sí en el italiano, artículo 1061.

9 *Loi nº 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*. *Vid.* sobre esta reforma Tomás Martínez, G.: "La sustitución del «buen padre de familia» por el estándar de la «persona razonable»: Reforma en Francia y valoración de su alcance", *Revista de Derecho Civil* 2015, enero-marzo, pp. 57-113. La autora expone cómo la Ley de Derecho civil de Galicia, en su artículo 234, utiliza la expresión "buen padre o madre de familia" para establecer el estándar de diligencia del cónyuge viudo usufructuario.

"razonablemente". Parece acogerse así el criterio del *reasonable man* del derecho anglosajón, que también sería discriminatorio, por lo que está siendo sustituido por el criterio del *reasonable person*, que es el que se ha utilizado en textos internacionales como los PRINCIPIOS UNIDROIT[10]. Desde luego, no cabe sino aplaudir la iniciativa del Ministerio para erradicar este término del Código civil, cuyo mantenimiento resulta, a día de hoy, inexplicable, en tanto perpetúa la idea de que el parámetro del buen padre (varón) es el mejor parámetro de la conducta humana, lo cual excluye clamorosamente la conducta de la buena mujer como parámetro igualmente valioso. La mujer queda de nuevo invisibilizada, preterida, lo cual no ayuda a erradicar las convicciones y creencias que hacen del hombre el "jefe de la casa", frente al papel tradicionalmente subordinado de la mujer. Hubiera sido un buen momento para introducir la modificación, el cambio legislativo que supuso la sustitución del término "padres" por el de "progenitores" en numerosos artículos del Código civil, como consecuencia de promulgación de la Ley 4/2023 de 28 de febrero (Ley Trans).

Una cuestión que sí ha sido abordada por nuestro legislador ha sido la eliminación de discriminación en la regulación del derecho al nombre, en concreto, a los apellidos. La Ley del Registro civil de 1957 y su reglamento de 1958 establecían la prevalencia del apellido paterno sobre el materno. La Ley de 1999 sobre nombre y apellidos modificó el artículo 109 CC al conceder a los padres la posibilidad de optar. De no hacerlo, se mantendría el orden anterior, solución que, sin duda, perpetuaba la desigualdad. La Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad, modificó el artículo 44 de la Ley del Registro Civil de 2011 en el sentido de que, si los padres no se ponían de acuerdo, el encargado del Registro Civil impondría los apellidos en el orden que estimare conveniente atendiendo al "interés superior del menor". Esta regulación es la vigente en el momento actual con la única matización de que la Ley 4/2023 (Ley trans) ha modificado el artículo 109 CC sustituyendo el término "padres" por "progenitores". La STS 917/2024, de 27 de junio, confirmó la sentencia de la audiencia que impuso el primer apellido del padre primero y el primero de la madre como segundo apellido, en un supuesto de reclamación de filiación en contra de la voluntad de la madre para contribuir a fortalecer los vínculos con el padre innecesariamente debilitados.

---

10 Otero Crespo, M.: "La diligencia...", p. 343. Tanto esta autora como la anterior ponen de manifiesto que, en el derecho alemán, se desterró el término en el BGB desde la época de su codificación.

Sin embargo, y dejando a un lado la problemática creada por la existencia de resquicios terminológicos sexistas en nuestras leyes civiles, la aplicación de la perspectiva de género en el ámbito del Derecho civil debe llevarnos a mirar más allá, pues los sesgos se esconden en la aplicación de los preceptos, aparentemente neutros y desprovistos de discriminación alguna. Estos supuestos son más peligrosos, pues resulta más difícil detectarlos y, consecuentemente, son más difíciles de erradicar. Por poner un ejemplo, se ha detectado un sesgo en la jurisdicción civil a la hora de examinar con más rigor el cumplimiento del deber de cuidar al testador, cuando este deber es impuesto a una mujer en testamento[11], que cuando se impone a un hombre. En general, la cuestión de los sesgos en la aplicación del Derecho está siendo objeto de atención en los últimos tiempos, por parte de la doctrina, y ello, obviamente, incluye la discriminación por razones de género[12].

Para un sector de la doctrina, la cuestión es más de carácter estructural. Ya en 1999 señalaba Alda Facio que el problema no está solo en la aplicación de leyes aparentemente neutrales, pues estas –más en el tiempo en que la autora escribió aquel trabajo, pero perdurando hoy en día normas que provienen de ese pasado– han sido creadas por legisladores masculinos, por lo que es impensable que estos creen leyes totalmente neutras, desprovistas de antropocentrismo[13]. Más recientemente, García Rubio, señala que, en definitiva, la compartimentación misma de los sectores del ordenamiento, y la sistematización dentro del derecho público y privado en los diferentes campos (derecho civil, penal, mercantil, laboral,

---

11 García Goldar, M.: "Sobre la necesidad de introducir la perspectiva de género en la jurisdicción civil española" *Feminismo/s,* 2021, núm. 38, pp. 307-329. La autora concluye al respecto "los cuidados no se valoran siempre con el mismo rigor, sino que se observan importantes diferencias en función del sexo del cuidador. La jurisprudencia española es definitivamente más estricta con las cuidadoras y mucho más laxa con los cuidadores".

12 Este interés surge, sin duda a impulso de la nueva normativa antidiscriminación tanto europea como nacional a que luego nos referiremos, y, como no puede ser de otro modo, como consecuencia de la preocupación que en esta materia genera el uso de la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas sesgadas. Rodríguez Guitián, A.: "Los sesgos y el derecho. En especial, sus implicaciones para el derecho civil". *Indret,* 2025, https://indret.com/wpcontent/uploads/2025/04/1938–numerado.pdf, Muñoz Aranguren, A.: "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación", *InDret* 2/2011, pp. 1-39. *Sesgos, argumentación y decisión judicial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 142-14 y *La incidencia de los sesgos cognitivos en el enjuiciamiento,* coord. Sancho Gargallo, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

13 Facio, A.: "Hacia otra teoría crítica del Derecho" en *Género y Derecho,* 1999, p. 24. https://patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2021/04/FACIO11.pdf

etc.) se ha hecho por y a la medida de los hombres, pues se elaboraron en un momento histórico en el que las mujeres tenían nula o escasísima presencia en el ámbito de las profesiones jurídicas[14]. De este modo, cuestiones como la violencia de género, que es claramente transversal, pues afecta a relaciones jurídico públicas y jurídico privadas, y dentro de estas últimas, a cuestiones laborales, de derecho de familia, derecho de daños, etc., no es objeto de un tratamiento unitario y comprensivo de todas sus facetas. Efectivamente, si bien la LO 1/2004 de protección integral de la violencia de género, data de principios de este siglo, a día de hoy no es objeto de un tratamiento integral ni transversal en los planes de estudio de las universidades, no siendo tampoco frecuente, en los manuales tradicionales de nuestra disciplina, encontrar sino referencias aisladas en los distintos temas, con un tratamiento parcial y fragmentario.

A continuación, expondremos los aspectos de nuestra disciplina en los que impacta, a día de hoy, la perspectiva de género, a la luz de los nuevos avances tecnológicos y de los recientes estudios doctrinales sobre la materia, distinguiendo la repercusión en el ámbito del derecho de familia, del derecho de daños y del derecho de contratos. Esto es, analizaremos en qué medida las mujeres sufren discriminación, bien por la existencia de normas si quiera subliminalmente discriminatorias, bien por la aplicación sesgada de normas aparentemente neutrales; y ello porque, en uno u otro caso, la decisión (legislativa o jurisdiccional) se toma a impulso de un conjunto de convicciones o creencias respecto al papel, –y en función de este, obligaciones y derechos– que, respectivamente, hombres y mujeres, en función de su diferencia sexual, tienen, han tenido, han de tener, o seguir teniendo, en la sociedad.

2. SESGOS Y DERECHO DE FAMILIA

Como adelantamos en la introducción, las reformas del Derecho de familia codificado, que tienen lugar a lo largo de la década de los 80, igualan a la mujer en la titularidad y ejercicio de la patria potestad, y en las facultades sobre los bienes gananciales; pues estas reformas se llevan a cabo, precisamente, para adaptar

---

14 "Comprender y transmitir el derecho de las mujeres" *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género,* Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 77-92. La autora señalaba que, al menos, en las instancias superiores, la presencia de mujeres era muy escasa, (una única magistrada en la sala primera, en 2013). Hoy algo hemos avanzado, al menos, de 10 magistrados, contamos con tres mujeres.

el Derecho de familia contenido en el Código a la nueva Constitución de 1978, reintroduciéndose de nuevo el divorcio, si bien, al igual que la separación, ambos causalizados, en la reforma de 7 de julio de 1981. En esa misma reforma, se regularán los efectos de las crisis matrimoniales, regulación que es fruto de la época en la que fue redactada. En la década de los 80, una gran parte de los matrimonios a los que era aplicable la regulación de los efectos de las crisis matrimoniales estaba conformada por maridos que trabajaban fuera del hogar y mujeres dedicadas a las tareas domésticas y al cuidado de los hijos. Pervivían, de forma muy acusada, los roles de hombres dedicados a tareas profesionales como jefes de familia, y mujeres "cuidadoras". Esta concepción tradicional del matrimonio supuso la persistencia de cierta idea de la separación o divorcio como sanción; lo que propició una causalización de ambos procedimientos de crisis, en caso de que la separación o divorcio fuesen deseados solo por uno de los cónyuges; debiendo estar fundada la petición en el cese de la convivencia o en la prueba de su consorte había incurrido en violación grave o reiterada de los deberes conyugales. Una vez se determinaba que era factible decretar la separación o divorcio, en un altísimo porcentaje, la guarda y custodia de los hijos menores se atribuía a la madre, pues el artículo 159 en sede de patria potestad así lo establecía, salvo que concurrieren motivos especiales. Ello fue así hasta la reforma de este precepto por Ley 11/1990 a que antes hemos aludido. Tal asignación traía consigo la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a la madre y la imposición al marido de la obligación de abonar alimentos a los hijos menores; así como, en su caso, pensión compensatoria a favor de aquella, salvo que esta percibiese algún salario por actividad profesional o laboral.

El texto codificado fruto de aquellas reformas, a lo largo de los años que han transcurrido desde entonces, ha ido adaptándose a las nuevas formas de familia, en la que la incorporación de la mujer al mundo laboral es una realidad desde hace ya más de 3 décadas, y la implicación de los hombres en el cuidado de la familia es cada vez mayor. En efecto, la evolución de esta normativa es un espejo en el que se reflejan los cambios que se han producido en nuestra sociedad, en la forma de concebir el matrimonio y las relaciones entre los cónyuges, desde 1981. No hay más que cotejar los cambios legislativos y, más intensamente, la interpretación jurisprudencial de los preceptos que regulan las crisis matrimoniales, para constatar cómo ha cambiado la concepción del matrimonio y de los roles del hombre y la mujer dentro de él; cambio que se pone de manifiesto, como decimos, no solo a través de las intervenciones del legislador, modificando la primigenia regulación de la Ley 30/1981, de 7 de julio; sino, muy especialmente, en el modo de interpretar

esta regulación por parte de nuestros tribunales. A continuación, expondremos algunas cuestiones relativas a la regulación de entonces y a su evolución que nos parece especialmente llamativa. Para ello nos referiremos a tres instituciones que han sufrido evoluciones dispares. En concreto, nos referiremos a la cuestión del mantenimiento del régimen económico de gananciales como régimen supletorio de primer grado, que no se ha modificado desde 1981, por un lado; y a la evolución de la compensación por trabajo doméstico prevista en el régimen de separación de bienes, así como del régimen de custodia de hijos cuando los progenitores viven separados. Tales instituciones han sufrido evoluciones opuestas, mientras que el régimen supletorio, como decimos, no ha sido modificado, los cambios en la cuestión de la compensación, y muy especialmente en el régimen de custodia –aunque introducidos por vía jurisprudencial–, son mucho más apreciables.

2.1. Régimen económico matrimonial. Defensa del régimen separatista

Cuando inicia su andadura la reforma de 1981, los matrimonios sometidos al Derecho común regían sus relaciones por la sociedad de gananciales, que aseguraba la percepción de un patrimonio igual en valor a ambos cónyuges, a la extinción del régimen, que tendría como base las ganancias obtenidas durante el matrimonio (excepción hecha de donaciones y herencias recibidas) por cualquiera de ellos. Hasta ese momento el gobierno de los bienes gananciales correspondía al marido, con determinadas salvaguardas a favor de la mujer. Ya en 1976 Gómez Laplaza indicaba respecto al régimen de gananciales que estaba estructurado históricamente "en base a una concentración de poderes y responsabilidades en manos del marido" y que por ello "llevan aparejada una correlativa subordinación de la mujer" que se manifestaba en los poderes y responsabilidades asumidos por esta respecto a estos bienes[15]. El legislador de 1981 optó por mantener el régimen de gananciales como forma de protección económica de la mujer, cónyuge más débil, que como se ha dicho, en muchos casos seguía en el hogar, dependiendo económicamente del marido[16]. Eso sí, como no podía ser de otro modo, con la reforma postconstitucional, se atribuyeron idénticos poderes de administración y disposición de los bienes gananciales ambos

---

15 Gómez Laplaza, M. C.: *De los bienes...,* p. 4.

16 La enmienda 314 del Grupo socialista al artículo 1316 proponía que el régimen de participación fuera el supletorio de primer grado, pero no se puso en tela de juicio, pues, la subsistencia de la participación de un cónyuge en las ganancias del otro.

cónyuges, disfrutando, asimismo, de los mismos derechos y responsabilidades ambos, respecto a su patrimonio privativo.

A mi juicio, sin embargo, el régimen de gananciales no responde adecuadamente a la estructura y modo de vida de los matrimonios actuales. Aunque aún puedan persistir sectores de población en los que las diferencias de capacidad económica de cada cónyuge siguen muy acentuadas por géneros, cada vez se va generalizando más un modelo de pareja –conyugal o no– en el que ambos tienen sus propios ingresos, y contribuyen con ellos a satisfacer las cargas del matrimonio; vía calificación de tales ingresos como bienes gananciales, bien de forma proporcional a recursos, en el régimen separatista. El matrimonio se ha dejado de concebir como una unión de por vida, siendo una institución que tiende, hoy en día, a constituir una comunidad de apoyo y ayuda mutua mientras dura la *affectio,* pero llamada a disolverse cuando el amor de ambos progenitores termina, si es que ello ocurre. Según información publicada por el INE en su informe anual de 2024, alrededor del 47% de matrimonios terminan en divorcio, respecto a las uniones que se celebran ese mismo año.

El matrimonio, como decimos, ya no se concibe como un medio de vida para uno de los cónyuges; y no debería concebirse como una institución que perpetúe, tras su disolución, el nivel de vida disfrutado durante el tiempo que ha durado la unión conyugal. Tal y como ya puse de manifiesto en 1996[17], y con mucha más razón hoy, puede ponerse en tela de juicio la justificación de la participación de un cónyuge en las ganancias del otro al finalizar el régimen. Nuestro Código exige especiales formalidades para donar bienes, muebles o inmuebles; y, sin embargo, por el solo hecho de contraer matrimonio, un cónyuge está "renunciando" a lo que, a la postre, será la titularidad de la mitad de lo ganado por él, durante el matrimonio. Si la justificación del mantenimiento entonces del régimen de gananciales fue el dato sociológico de que la mujer aún dependía económicamente del marido, esto ha cambiado; y necesariamente debe dejar de considerarse como "lo normal", de modo que decae la causa del mantenimiento del régimen de gananciales. Cada miembro de la pareja, casada o no, debe ser independiente económicamente, a fin de erradicar situaciones de subordinación que nos alejan de la igualdad. El mantenimiento de la –tradicionalmente–

---

17 Alvarez Olalla, M. P.: *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes,* Aranzadi, Elcano, 1996, p. 31.

arcaica y patriarcal sociedad de gananciales como régimen supletorio de primer grado, refuerza la idea de dependencia económica de un cónyuge respecto del otro (de otro modo no se justificaría el trasvase de patrimonios a que hemos hecho referencia, sin formalidad alguna) y nos aleja del ideal de igualdad económica, que debe ser la regla general, sin perjuicio de que, quien lo desee, pacte el régimen comunitario. Y ello para, de este modo, dar satisfacción a intereses como los que representa –a mi juicio, de forma inexplicable– el movimiento *tradwife* al que se suman mujeres jóvenes que parecen añorar la dependencia de sus esposos y los roles de género tradicionales[18].

A pesar de la aparición de estos movimientos que suponen un retroceso en la lucha por la igualdad de género, que corre en paralelo con los nuevos movimientos tradicionalistas, neoconservadores y neoliberales que soplan por el mundo; no cabe sino afirmar que, con el devenir de los años, el régimen separatista gana cada vez más adeptos. Así en el año 2007, de un total de 201.579 matrimonios celebrados (dato obtenido del INE), 18.925 (dato obtenido del Centro de Información Estadística del Notariado) pactaron antes de contraer matrimonio el régimen de separación de bienes. En 2021, se celebraron 143.515 matrimonios (INE), y se pactaron 25.588 regímenes de separación (CIEN). En 2022, las capitulaciones otorgadas antes del matrimonio ascendieron a 28.000, a nivel nacional; siendo un dato al que hay que sumar los casos en los que el matrimonio se celebra en comunidades cuyo Derecho civil especial establece el régimen separatista como régimen supletorio de primer grado. En 2024 de un total de 175.364 matrimonios (INE) 65.426 pactaron capitulaciones de los cuales el 92% pactaron el régimen de separación (Consejo General del Notariado). Por ello es de alabar que la Propuesta de Código Civil[19] elaborada por la Asociación de profesores y profesoras de Derecho civil en 2018, al menos, estableciera al respecto que, antes de otorgar matrimonio, los cónyuges debieren optar por el régimen matrimonial que desearen, con ocasión de la tramitación del expediente matrimonial; si bien, de no hacerlo, regiría el de gananciales (arts. 261. 1 y 2 PCC).

El régimen separatista es el que, sin duda, se adapta mejor a las relaciones económicas de los matrimonios de hoy. Los principios de solidaridad y ayuda entre cónyuges proclamados en los arts. 67 y 68 CC, en el régimen separatista, se cana-

---

18 Representante destacada es Alene Kate Pettitt con su blog The Darling Academy.

19 https://www.derechocivil.net/index.php/actividades/propuesta-de-codigo-civil

lizan a través del artículo 1438 CC, que concreta el modo en que se cumplirá la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio establecida en el artículo 1318 CC, en función de los recursos de cada uno. En el régimen de separación de bienes no se forma un patrimonio común destinado a sufragar los gastos de la familia; sino que, conservando cada uno la titularidad exclusiva de los bienes adquiridos por cada uno de ellos, se impone un deber de contribuir a satisfacer tales necesidades de forma proporcional a los recursos. Entre esos recursos se encuentran las rentas del trabajo, rendimientos de valores mobiliarios e inmobiliarios, la capacidad de trabajo doméstico, la aportación del uso de bienes propios para satisfacer necesidades como la vivienda, la movilidad o el ocio; pero también otros bienes patrimoniales de cada uno, aunque no se pongan a disposición de la familia (ej. obras de arte). Así por ejemplo, un cónyuge que solo tenga rentas del trabajo, y las dedique en su totalidad a sufragar los gastos de la familia, incluida la ayuda en el hogar por parte de terceras personas, mientras su cónyuge posee un cuantioso patrimonio improductivo, sin percibir renta alguna, y siendo ayudado en las tareas domésticas por esas terceras personas, puede tener derecho a ser compensado a la extinción del régimen por parte de este último, que quizás tenga que hacer líquido parte de su patrimonio para satisfacer la regla de la proporcionalidad[20]. De este modo, durante el matrimonio, y gracias a la regla de la proporcionalidad, ambos disfrutarán del nivel de vida que permita la resultante de los recursos de ambos cónyuges. Sin embargo, y a diferencia del régimen de gananciales, a la extinción del régimen no se perpetuarán ganancias de uno a costa de los recursos del otro, no habrá partición de los bienes resultantes.

En efecto, en el régimen de separación de bienes, cada cónyuge hace suyos los bienes y derechos que adquiere constante matrimonio, ya sea a título oneroso o a título gratuito, y los adquiere cuando cumplimenta alguna de las formas de adquisición establecidas en el artículo 609 CC al igual que lo haría un sujeto no casado. Al finalizar el régimen, cada cónyuge mantiene tales titularidades, sin perjuicio de los posibles reembolsos que sean procedentes, quizás por la existencia de préstamos entre ellos que hayan propiciado inversión de fondos de un cónyuge en las adquisiciones del otro. No procederán tales reembolsos

---

20 Lo que queremos decir es que hay tantas posibles formas de liquidar el régimen separatista, para el cumplimiento de la regla de la proporcionalidad, como modos de organizar la dotación de recursos a la economía doméstica, en función de las circunstancias concretas de cada caso.

si los fondos fueron donados, pero la donación, como es sabido no se presume (art. 1901 CC). Ello es acorde con la característica clave del régimen separatista que no es otra que permitir que, gracias a la regla de la contribución proporcional, ambos cónyuges participen del nivel de vida propiciado por el que más recursos tiene, en cuanto a consumo y disfrute de bienes en común, pero sin consolidar enriquecimientos "injustificados" para el futuro.

Ello no significa que no haya que practicarse una liquidación a la extinción del régimen, precisamente por lo dicho anteriormente: puede que un cónyuge haya contribuido con más de lo que le correspondía, según la regla de la proporcionalidad y conforme al nivel de vida que debía haber llevado la familia en función de los recursos de ambos, supuesto en el que tendrán que hacerse los ajustes correspondientes. En este sentido, la cuestión más problemática, y así se demuestra con el número de resoluciones del TS que han recaído al respecto, ha sido cómo computar la "compensación por el trabajo doméstico" regulada también en el artículo 1438 CC, según el cual el propio trabajo en el hogar es un modo de contribución a las cargas del matrimonio, cuestión a la que nos vamos a referir a continuación.

2.2. La compensación por trabajo en el hogar en separación de bienes. Evolución en la doctrina del TS

El TS, a partir de la sentencia de 16/2014, de 31 de enero[21], inició una línea jurisprudencial según la cual la compensación exigía, como requisito de concesión, que el cónyuge que la solicitaba se hubiera dedicado al trabajo del hogar en exclusividad. La doctrina de esta sentencia, seguida por muchas otras como las SSTS 135/201,5 de 26 de marzo, o 185/2017, de 14 de marzo, puede resumirse del siguiente modo:

1. Es necesario que el cónyuge que reclama la compensación únicamente se haya dedicado al trabajo en el hogar y no haya realizado otro trabajo remunerado.

---

[21] Prescindiendo, por su carácter aislado, de la doctrina contenida en la STS 44/2005, de 11 de febrero, en la que el Tribunal consideró que para reclamar la compensación era necesario un enriquecimiento patrimonial del otro cónyuge, de tal modo que no habría derecho a la compensación si todos los ingresos de este último se habían consumido en el sostenimiento de la familia. Esta doctrina fue corregida por la STS 534/2011, de 14 de julio.

2. Si ha habido dedicación exclusiva al hogar, la concesión de la compensación es automática, con independencia del nivel de vida disfrutado por la familia en función de los recursos aportados por el otro cónyuge, o de que hubiera habido enriquecimiento de este otro o no, propiciado por el trabajo en el hogar. El nivel de vida disfrutado solo se tenía en cuenta para determinar la cuantía de la compensación (además de otros criterios, como el salario mínimo interprofesional, el sueldo de un empleado doméstico, que haya contado con ayuda de tercero en la realización del trabajo doméstico, etc.).

En definitiva, la compensación se consideraba como una institución que se situaba al margen de la liquidación del régimen económico. De este modo, un cónyuge que se hubiera dedicado en exclusiva a la familia, pero con ayuda doméstica sufragada por su consorte, y que hubiera disfrutado de un nivel de vida elevado, podría exigir dicha compensación. No podría exigirla, por el contrario, el cónyuge que, a buen seguro con mucho mayor esfuerzo, hubiera tenido que conciliar vida laboral y cuidados de la familia, aunque su consorte no hubiera contribuido a estos últimos, y quizás no hubiere destinado suficientes recursos a sufragar las cargas del matrimonio, incumpliendo la regla de la proporcionalidad, y enriqueciéndose a costa de su consorte.

La línea jurisprudencial antes enunciada, fue duramente criticada por la doctrina[22], pues, en efecto, en su virtud, se podía privar de la compensación al cónyuge que abnegadamente trabajaba fuera y en el hogar; y, sin embargo, conceder al cónyuge que no trabajaba ni fuera ni, al menos, "duramente" en el hogar, por disfrutar de un amplio servicio doméstico, por el solo hecho de no realizar, tampoco, trabajo remunerado. Una primera quiebra de esta postura viene de la mano de la STS 252/2017, de 26 de abril, que ya admitió, excepcionalmente, la compatibilidad de la compensación por trabajo doméstico con la colaboración en la empresa del otro cónyuge, si bien mediante el expediente de equiparar dicha colaboración al trabajo doméstico. Otro paso adelante lo da la STS 18/2022 de 13 de enero de 2022 que concede la compensación a la esposa

---

22 *Vid.* por todos Gutiérrez Santiago, M. P.: "Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1.348 del Código civil español", *Actualidad Jurídica Ibeoramericana,* núm. 3, 2015, pp. 52-88; y, más recientemente en "El trabajo para la casa y su compensación económica en el régimen matrimonial de separación: algunas perplejidades que suscita la aplicación judicial del art. 1438 CC" en *Actualidad Civil,* núm. 1, 2024.

al haber estado dedicada a la familia durante 17 años, de forma exclusiva, por más que hubiera estado trabajando 3 meses como camarera.

La cosa comenzó a cambiar de forma más notoria con la sentencia 357/2023, de 10 de marzo. El TS parece iniciar una línea más acorde con la doctrina, al considerar que el artículo 1438 CC sirve para reequilibrar la regla de la proporcionalidad de las aportaciones a las cargas, en función de los recursos. Qué duda cabe que ello supone un mejor reconocimiento del trabajo en el hogar, y una mayor valoración del mismo. Supone, en definitiva, considerar que es una norma de liquidación del régimen. En sentencia 1423/2023, de 17 de octubre, se confirma que, para valorar el trabajo, puede tenerse en cuenta lo que hubiere cobrado una tercera persona que hubiere realizado este trabajo, y se considera compatible con el trabajo fuera de casa. Sin embargo, parece recuperar el TS la antigua doctrina en sentencia 229/2024, de 21 de febrero, pues, aunque recuerda de nuevo el carácter liquidatorio del régimen que tiene la compensación por trabajo doméstico; sin embargo, niega que los argumentos de la regla de la proporcionalidad sean aplicables, de modo que el solo hecho de que el otro cónyuge aportara sus ingresos derivados de su trabajo para sostener a la familia no es motivo suficiente para negar la compensación[23]. En efecto, así será, si bien, en mi opinión, siempre que en el cómputo final no se cumpla con la regla de la proporcionalidad, en función de recursos de uno y otro, computando patrimonios y capacidad de trabajo en el hogar de ambos. Ese argumento se utiliza, finalmente, más en la línea que defendemos, en sentencia 1439/2024, de 31 de octubre, según la cual, aun teniendo derecho a la compensación, es lógico que de la misma se descuente todo aquello que el cónyuge que tiene derecho a ella, recibió anticipadamente durante el matrimonio, especialmente porque la vivienda familiar se adquirió en copropiedad por ambos cónyuges, ya vigente el régimen de separación de bienes, y todos los ingresos del otro cónyuge se destinaron íntegramente a sufragar los gastos familiares.

Desde un punto de vista de género, el trabajo doméstico, indudablemente, tiene su valor, pero en la medida en que lo estemos sobreindemnizando, tam-

---

23 Resulta loable sin embargo que aclare que la compensación por trabajo doméstico es compatible con la pensión compensatoria, si bien, esta última debe fijarse teniendo en cuenta la mejor situación económica en que queda el cónyuge que ha obtenido la compensación por trabajo doméstico.

bién estaremos introduciendo sesgos relativos a la debida protección del cónyuge supuestamente más débil en virtud de criterios proteccionistas que deben desaparecer. La regla de la proporcionalidad en las aportaciones, constante matrimonio, es la que debe servir para determinar la compensación. Todo ello, además, en la medida en que la pérdida de oportunidades laborales que esta dedicación puede traer consigo ya se contempla como criterio a la hora de establecer la pensión compensatoria.

2.3. La paradoja de la custodia compartida

En el ámbito de las relaciones paternofiliales, el mantenimiento de los roles tradicionales atribuidos a cada cónyuge en 1981 motivó que inicialmente no se contemplara expresamente como régimen de guarda la custodia compartida. Esta no accede al Código sino a través de la reforma del artículo 92 operada por Ley 15/2005; con las consecuencias que la constitución de este régimen de guarda trae, a su vez, en aspectos tales como el establecimiento de la obligación de abonar alimentos a los menores y la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar. No solo a través de la acción legislativa; sino también, muy especialmente, a impulso de la jurisprudencia del TS y su apuesta decidida por el régimen de custodia compartida, se han ido superando los prejuicios de género que, en buena medida, inspiraban la reforma de 1981, hasta el punto que el propio TS, desde la sentencia 623/2009, de 8 de octubre, concibe la custodia compartida como la regla general de atribución de la guarda de los menores en caso de crisis del matrimonio o de la convivencia de los padres; siempre que, de su aplicación no se deriven consecuencias negativas para el "interés del menor". Ello incide de manera frontal en la descomposición del papel de la mujer como "cuidadora", reconociendo la misma capacidad tuitiva y protectora a ambos progenitores y corresponsabilizándolos al mismo nivel de los deberes que el artículo 154 CC les impone respecto a los hijos; especialmente los de "velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral".

La doctrina del Tribunal Supremo en virtud de la cual este régimen de guarda debe considerarse "regla general"; *a priori,* es impecable. Ello, si no fuera porque, como en muchas ocasiones denuncian los abogados de familia, la custodia compartida se solicita con el fin de evitar el pago de alimentos; o, en el peor de los casos, puede constituir un arma arrojadiza contra la mujer, en situaciones de violencia de género. Para ahondar algo más en estas cuestiones, y partiendo de que históricamente ha sido la mujer la encargada de la crianza de los hijos, cabe

preguntarse de dónde surge la idea de la custodia compartida. Podemos diferenciar, al respecto, varias etapas.

En una primera etapa, se consideraba que los hijos eran propiedad del padre. Un estudio de las psicólogas Fariñas y Seijo, en 2017[24], entre otros estudios referentes en la materia, ha puesto de manifiesto que durante siglos los varones consideraban que los hijos eran de su propiedad, y podían venderlos, matarlos; y, en caso de divorcio, se les adjudicaba la custodia por ser el progenitor que mejor podía atenderles económicamente. Se trataba de una sociedad rural en la que el padre tenía más presencia en la casa familiar de modo que, al igual que se quedaba con los bienes del matrimonio en caso de ruptura, se quedaba con la prole que era un activo.

Esto cambia a partir del siglo XX, que trajo consigo, como consecuencia de los efectos de la revolución industrial, cambios sociales y económicos que hacen que el marido tenga que salir del hogar para trabajar quedando las mujeres en el hogar. Un hito en el cambio de paradigma es la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, momento en que se considera que los menores de edad comienzan a tener derechos propios. Esta tendencia parte, como criterio de atribución, del interés del menor, considerándose que lo mejor es permanecer con la madre, al entender que es quien mejor va a cuidarlos, al menos en las etapas más tempranas de la vida. Ello supone una victoria para las madres, frente a la tendencia anterior que partía de la atribución de los menores al "jefe de la familia", pero también supone acentuar su categorización como "cuidadoras" en detrimento del reconocimiento de sus plenas capacidades en otros ámbitos y, consecuentemente, en detrimento de la eliminación del rol que tradicionalmente tenían asignado. En esta línea nuestro artículo 159 CC en su primera redacción tras la reforma de 1981, atribuía como regla general la guarda y custodia de los hijos menores de 7 años, a la madre.

Las primeras decisiones favorables a la custodia compartida provienen de Inglaterra en los años 70. Asimismo, el Estado de Indiana en 1973 aprueba una Ley que establecía la custodia compartida. En Europa se comenzaron a aprobar leyes, a partir de los años 80, que permitían combinar custodia compartida

---

24 *Vid.* Fariña, F., Seijo, D., Arce, R., Vázquez, M. J.: "Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma", *Anuario de Psicología Jurídica*, 2017, pp. 107-113. En: https://journals.copmadrid.org/apj/archivos/jr2017v2a7a12.pdf

con exclusiva. En Suecia, por ejemplo, ello ocurrió en 1983, pero previamente se había legislado sobre el permiso parental (no de maternidad), el derecho a la educación infantil y sobre conciliación. El Consejo de Europa (2015), en la Resolución 2079 sobre igualdad y corresponsabilidad, se posiciona a favor de la custodia compartida, como se puede apreciar claramente en el punto 5.5, cuando señala que hay que introducir en la "legislación el principio de alternancia de custodia de los hijos después de una separación". Obviamente, establece excepciones cuando existe abuso o negligencia en la atención a los hijos o violencia doméstica y precisa que hay que ajustar el tiempo de estancia de los menores con los progenitores de acuerdo a sus necesidades e intereses.

Como hemos dicho, en España, la custodia compartida se introduce desde un punto de vista legislativo con la reforma del Código civil de 2005; si bien, antes ya se acordaba por los jueces, pues no estaba prohibido, y el argumento empleado era el *favor filii*. Esta regulación no se ha modificado prácticamente desde entonces, supeditándose al acuerdo de ambos cónyuges o a la petición de uno de los progenitores, con informe del Ministerio Fiscal[25], siendo necesaria la audiencia de los menores si tienen suficiente juicio, cuando lo aprecie necesario el juez de oficio, o lo pida el fiscal, o las partes, o el equipo técnico judicial o el menor. El apartado 8 añade que, *excepcionalmente,* los jueces podrán acordar la guarda y custodia compartida, aunque no haya acuerdo de los cónyuges, fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Sin embargo, fruto de la doctrina del TS, ahora puede decirse que el régimen preferente –y no excepcional– aunque no haya acuerdo entre los progenitores, es la custodia compartida. La elección de este régimen como preferente debería ser obra del legislador, así como otras cuestiones derivadas de la custodia compartida que están carentes de regulación tales como el abono de alimentos o el régimen de atribución de la vivienda[26], cuando se acuerda este

---

25 El informe era vinculante hasta que la STC 185/2012 eliminó este carácter, por inconstitucional. Salvo esa supresión relativa al carácter vinculante del informe, solo se han introducido cambios para impedir que se acuerde la custodia compartida en caso de violencia de género o intrafamiliar, siendo suficiente que el juez haya apreciado indicios.

26 La doctrina jurisprudencial sobre la atribución de la vivienda en estos casos se resume en sentencia del TS 783/2025 de 19 de mayo: "Deben valorarse para ello las posibilidades que el progenitor que no es el propietario de la vivienda tiene de satisfacer por sus propios medios la necesidad de vivienda, atendiendo a su capacidad económica, a su accesibilidad al mercado laboral si en ese momento no dispone de un trabajo remunerado, a la edad del niño, entre otros datos".

régimen. Esta tarea está siendo solventada vía doctrina jurisprudencial del TS, que, indudablemente, se adapta más fácilmente a los cambios sociológicos que se van produciendo y a las distintas circunstancias del caso concreto.

La custodia compartida, que se considera existe cuando el menor pasa con uno de los progenitores entre el 33% y el 50% de tiempo y el resto con el otro, puede tener distintas modalidades. Según la STS 870/2021, de 20 de diciembre cabe distinguir:

(i) *Custodia compartida simultánea*, en supuestos excepcionales en que los hijos conviven con sus padres en la misma casa, cuando existen posibilidades reales y efectivas de vida separada entre ellos en el mismo inmueble.

(ii) *Custodia compartida a tiempo parcial,* en que los hijos permanecen en el que fue domicilio familiar, siendo los padres quienes periódicamente lo abandonan cuando la custodia corresponde al otro progenitor. Requiere un intenso nivel de entendimiento y comunicación entre los progenitores, y tiene el riesgo de producir interferencias con las respectivas parejas con las que los padres hayan podido reconstruir sus vidas. Asimismo, requiere una capacidad económica suficiente para sufragar los mayores gastos como consecuencia de tener que ocupar tres viviendas.

(iii) *Custodia compartida a tiempo parcial, con cambio de residencia de los hijos*, que se ha descrito gráficamente con la expresión de "niños mochila", en el que son los menores quienes periódicamente conviven en el respectivo domicilio de sus padres.

(iv) *Custodia compartida, en la que la distribución del tiempo de convivencia no es igualitario* con respecto a los padres, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, que condicionan la viabilidad de la custodia común.

(v) A su vez los sistemas referidos admiten distintas fórmulas, en relación con *los periodos temporales en que se lleva a efecto el cambio de custodia,* siendo el más habitual el semanal, aunque caben otras modalidades temporales de intercambio: diario, quincenal, mensual, etc.

Es indudable que la custodia compartida es el régimen más igualitario para ambos progenitores, en derechos y deberes respecto a la prole. Además, hay estudios que ponen de manifiesto que los menores que viven con ambos progenitores, en contraposición a los que estaban bajo custodia exclusiva, presentan una mayor autoestima y adaptación emocional y conductual en el ámbito personal y académico y tienen una menor afectación psicoemocional por la ruptura en comparación con los que tenían custodia exclusiva.

Sin embargo, la custodia compartida presenta varias cuestiones controvertidas. Las psicólogas antes citadas exponen cómo hay autores que han constatado que vivir en dos casas incrementa los niveles de estrés debido a los cambios frecuentes y a la configuración familiar más compleja. Por su parte, en un estudio realizado en Suecia, se concluyó que la custodia compartida conlleva más riesgo para la salud y el bienestar de los hijos. Además, su elección como régimen preferente plantea muchos interrogantes ¿Debe ser el sistema preferente en todos los casos? ¿También aunque solo lo solicite uno de los cónyuges o solo si hay muto acuerdo? ¿También incluso si no lo pide ninguno? ¿Se debe acordar en contra de la voluntad del progenitor que ha venido ocupándose de facto de los menores hasta el momento de la ruptura?

He titulado este epígrafe "la paradoja de la custodia compartida" –cuando no la falacia, como algunos lo denominan– pues es un régimen de guarda que aparentemente se presenta como el más igualitario, otorgando similares responsabilidades a ambos progenitores; y, a su vez, permitiendo que ambos gocen de espacios de libertad e independencia personal. Pero pudiera dejar de serlo cuando se acuerda, en contra de la voluntad de la madre, cuando hasta el momento de la ruptura ella ha sido la que se ha encargado del cuidado de los hijos. La cuestión enfrenta a sectores progresistas y feministas, frente a corrientes de corte liberal o conservador[27].

El motivo es que, en el momento actual, nos encontramos en una fase de transición en el que aun conviven familias que siguen el modelo "patriarcal" –más quizás en el ámbito rural que en el urbano–, frente a familias de modelo "negociador". También hay familias mixtas, que participan de caracteres de ambos modelos. Mientras no haya igualdad en la dedicación a la familia y en la atención y cuidados dispensados a los menores, no puede imponerse un sistema de régimen de custodia compartida preferente, como regla general e inmodificable salvo situaciones "límite". Solo será idóneo si ha existido esa igualdad en la dedicación durante la convivencia, pues pudiere no estar justificado imponer la corresponsabilidad parental ante la petición de un progenitor, cuando hasta ese momento, y durante el tiempo de convivencia, el solicitante no ha mostrado el

---

[27] De hecho, el Anteproyecto de ley de corresponsabilidad parental se presentó en 2014, durante el gobierno de Mariano Rajoy. Se basa en dos principios: el interés del menor y la igualdad de los cónyuges, considerándose la custodia compartida como régimen preferente, aunque no lo pidiera ninguno de los cónyuges. El Consejo de estado se manifestó en contra de que no fuera necesario que lo pidiera alguno al menos uno de los cónyuges. En lugar de un régimen de visitas establecía la elaboración de un Plan de corresponsabilidad parental.

más mínimo interés ni ha dedicado tiempo a ocuparse de los menores. Resulta cuando menos paradójico permitir que quien durante la etapa de normalidad matrimonial y conviviendo con sus hijos no les ha prestado atención ni cuidados, alce la bandera de la custodia compartida y reivindique su "derecho a cuidar" de sus hijos. Si, cuando ha podido hacerlo, no lo ha hecho, y lo solicita en el momento de la ruptura, pudiera fácilmente apreciarse que el interés que busca es espurio, y estar relacionado con la eliminación, en muchos casos, de la obligación alimenticia, o con el hecho de que la amenaza de privar de la custodia exclusiva a la madre es un medio de presión en la negociación de las condiciones de la ruptura o en la viabilidad de la ruptura misma.

En la actualidad la mujer se ha incorporado al trabajo, pero no en todos los casos el hombre ha asumido el rol de cuidador. Para que la custodia compartida se convierta en la regla general, es necesario que exista una corresponsabilidad del varón en el cuidado de los hijos desde su nacimiento. En esa línea va la regulación, por parte de los poderes públicos, del reconocimiento de permisos parentales similares a ambos progenitores; y qué duda cabe que los hombres están asumiendo las funciones de cuidado de los hijos en condiciones de igualdad cada vez con más intensidad. Pero en el caso de que la familia en cuestión no responda a este modelo, no se puede predicar sin más la bonanza del régimen de custodia compartida, pues sería tratar de forma igual situaciones que parten de premisas diferentes. Desde luego, en lo que hay consenso es en que procede cuando ambos cónyuges lo piden de mutuo acuerdo, y que no hay que acordarla cuando hay una situación de violencia de género o contra los menores, en la familia, y así lo establece el artículo 94.7 CC. No se puede acordar ni siquiera, aunque las partes y los hijos estén de acuerdo, si se ha vivido una situación de violencia de género (STC 98/2022, de 12 de julio)[28]. Además, el TC exige, en

---

[28] En los casos de crisis matrimoniales o de ruptura de la convivencia, concurriendo situaciones de violencia de género, serán competentes los Juzgados de Violencia de género (art. 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) para adoptar las medidas civiles, entre ellas el establecimiento del régimen de guarda. Dada la elevada incidencia de la llamada "violencia vicaria", la preocupación del legislador por evitar que los menores sean victimizados se manifiesta en las sucesivas reformas del artículo 92 del CC, siendo la última de ellas la operada por Ley 16/22 de 5 de septiembre. Según establece hoy el precepto, no es posible acordar la custodia compartida en los casos en los que "cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos" o cuando el juez "advierta, de

todas las resoluciones judiciales que se adopten en materia de custodia o régimen de visitas en un contexto de violencia de género, una «motivación reforzada» (STC 115/2024, de 23 de septiembre). En esta interesante sentencia, el TC otorga el amparo a una madre que no cumplía el régimen de visitas, víctima de violencia de género, al considerar que la Audiencia Provincial no había motivado suficientemente la obligación de la madre, en aras del interés superior del menor, de cumplir con dicho régimen.

En España, como se ha expuesto, desde la STS antes citada 623/2009, de 8 de octubre, pero muy especialmente desde la sentencia 257/2013, de 29 de abril, se considera régimen preferente y no excepcional la custodia compartida, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, valorándose como criterios para su adopción: la existencia de medios materiales, la situación de los domicilios de los progenitores a mucha distancia entre sí, (pero no la mera "deslocalización" de los niños) la existencia y nacimiento de nuevos hermanos, las capacidades y actitudes de los padres; y, entre ellas, la dedicación anterior a los menores. En relación con los alimentos, la sentencia del TS 52/2016 de 11 de febrero ya estableció que "la custodia compartida no exime del pago de los alimentos cuando exista desproporción entre los ingresos de los cónyuges". También se ha mantenido el principio de proporcionalidad, más recientemente en sentencia 1341/2024, de 18 de octubre.

---

las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género" o bien cuando se aprecie "la existencia de malos tratos a animales o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas". También se puede apreciar la preocupación del legislador por evitar la instrumentalización de los hijos como medio para causar sufrimiento a la mujer en la regulación del régimen de visitas, con la reforma operada en el artículo 94 CC por obra de la Ley 8/2021, que impide que se establezca régimen de visitas o que continúe el existente cuando la autoridad judicial advierta de las alegaciones y pruebas practicadas la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. También cabe recordar la reforma del artículo 156 CC operada por Decreto Ley 9/2018, en virtud de la cual, en caso de sentencia firme o proceso iniciado contra un progenitor por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, basta el consentimiento del otro para que se preste a los menores atención y asistencia psicológica, debiendo ser simplemente "informado" el progenitor que ha incurrido en estas conductas. También puede tomar la decisión por sí misma la madre cuando esté recibiendo asistencia de un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie un informe emitido por dicho servicio. Igualmente, pueden mencionarse las sucesivas reformas operadas en el artículo 158 CC que permiten la suspensión cautelar de visitas o guarda a fin de apartar al menor de un peligro, introducida por la Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, medidas que antes solo se encontraban recogidas en la LO 1/2004, de protección integral contra la violencia de género.

Según publica el INE en sus estadísticas de 2024, se ha acordado la custodia compartida en un porcentaje del 49,7% de todos los divorcios con hijos menores.

Respecto a los territorios de derecho foral, no podemos dejar de mencionar el caso aragonés. En 2010 se consideró régimen preferente, pero en la reforma de 2019, (art. 80.2) se deja de considerar preferente la custodia compartida, pasando en ese momento a establecerse como régimen preferente el más beneficioso para el menor, teniendo en cuenta: a) La edad de los hijos; b) El arraigo social y familiar de los hijos; c) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años; d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos; e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; f) La dedicación de cada progenitor/a al cuidado de los hijos e hijas durante el periodo de convivencia; y g) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia. En otros territorios de derecho foral, la custodia compartida es el régimen preferente, con carácter general, salvo que el interés del menor exija otra cosa.

3. GÉNERO Y DERECHO DE DAÑOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA INDEMNIZACIÓN EN CASO DE VIOLENCIA DE GÉNERO ¿SESGOS A LA HORA DE CUANTIFICAR LA INDEMNIZACIÓN?

En materia de incidencia del sesgo de género en el derecho de daños, es un lugar común la referencia a la infraindemnización que sufrían las mujeres que perdían (por un accidente, negligencia médica o cualquier otra conducta generadora de daño que derivare en deber de indemnizar) su capacidad para el trabajo doméstico que venían realizando en el hogar. La doctrina que se ocupó de la cuestión puso de manifiesto cómo lo que se indemnizaba, en su caso, era el gasto en que había incurrido la mujer al no poder hacerse cargo de las tareas domésticas[29]; si bien esta línea jurisprudencial convivía con otra que reconocía, en abstracto, que la pérdida de capacidad para realizar el trabajo doméstico

---

29 De modo que, si no incurría en gasto alguno, pues sus tareas pasaban a ser asumidas por los familiares, no sería indemnizada, salvo que aquellos hubieren abandonado una actividad remunerada (Del Olmo García, P.: "El trabajo doméstico en el derecho europeo de daños", *Indret,* octubre de 2013, p. 23).

era una pérdida patrimonial. Así, por ejemplo, la STS (Sala 3.ª) de 20 de octubre de 1998 indemnizó a una mujer que se lesionó gravemente por unas obras en su localidad. El Tribunal consideró indemnizable el lucro cesante, también aunque no se realizase trabajo remunerado, si la lesionada estaba impedida para hacer sus tareas habituales[30]. En la jurisdicción civil cabe citar la STS 389/2000 (Sala 1.ª) de 18 de abril, caso en el que una accidentada en un evento taurino donde se rompió una tabla de una plaza portátil recibió una indemnización para abonar el sueldo de una asistenta que realizase el trabajo doméstico, como algo diferenciado de la cantidad obtenida para indemnizar la imposibilidad para realizar las actividades de la vida diaria.

Tanto esta cuestión como la relativa a la infravaloración del sacrificio realizado –en la mayoría de los casos por las mujeres– cuando se producen graves lesiones a personas muy allegadas de la familia han sido objeto de tratamiento específico en el nuevo baremo implantado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre. En el artículo 131 se valora la pérdida de capacidad para realizar el trabajo en el hogar del que sufre una incapacidad absoluta, conforme al salario mínimo interprofesional, incrementándose según el número de miembros de la unidad familiar. Si la incapacidad es total (puede realizar actividades de la vida diaria distintas a las tareas del hogar), la indemnización se incrementará en unos porcentajes que están en función de la edad que va cumpliendo el lesionado (redacción del precepto por la Ley 5/2025). En el artículo 143 se establece también el modo de calcular la indemnización por este concepto en caso de lesiones temporales. Así mismo, en el artículo 110 se indemniza la pérdida de calidad de vida de los familiares de grandes lesionados (aquellos que no pueden llevar a cabo las actividades esenciales de la vida ordinaria o la mayor parte de ellas) compensando "la sustancial alteración que causa en sus vidas la prestación de cuidados y la atención continuada de dichos lesionados cuando han perdido la autonomía personal para realizar la casi totalidad de actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria". Tal compensación también tendrá lugar en caso de secuelas muy graves que alcancen, al menos, 80 puntos, si se demuestra que el lesionado requiere la atención y cuidados continuados, al igual que los grandes lesionados. Lo curioso es que la legitimación para reclamar esta indemnización

---

30 Mesa Marrero, C.: "El derecho de daños desde una perspectiva de género", en *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género,* Tirant Lo Blanch, 2013, p. 289.

se le atribuye al lesionado, quien deberá *destinar la indemnización a compensar los perjuicios sufridos por los familiares afectados.*

Una evolución similar, en sentido positivo ha sufrido, en mi opinión, el sesgo de género que incide de manera especialmente grave en la infra-indemnización de las mujeres víctimas de violencia de género. En 2020 publiqué una monografía[31] en la que ponía el siguiente ejemplo. En el caso enjuiciado por sentencia del TS (Sala Primera) de 25 de abril de 2019 se indemnizaba el daño moral causado a un sujeto por su indebida inclusión en un registro de morosos con 10.000 euros; y en el caso enjuiciado por sentencia del TS (Sala Segunda) de 12 de septiembre de 2017 se indemnizaba con solo 1.449 euros a la víctima de una violación por parte de su marido, que resulta condenado por delito de lesiones y violación en el ámbito de la violencia de género con la agravante de parentesco[32]. Tal y como entonces exponía, los motivos de la diferencia en la cuantía otorgada, cuando a todas luces parece que el daño sufrido por la mujer era mayor que el del –supuesto– moroso, era clara. Solo se indemnizaron las lesiones según el baremo para la valoración del daño corporal, si bien hay que señalar que el Tribunal Supremo no fijó la indemnización, pues esta venía establecida de la instancia. El fiscal recurrió la sentencia de la Audiencia, pero solo en sus pronunciamientos penales, al entender que las lesiones no eran leves sino graves, y el TS estimó el recurso, pero la indemnización se mantuvo, pues no fue objeto de recurso.

Desde luego, las razones por las que tradicionalmente se ha infravalorado el daño sufrido por la mujer víctima de la violencia de género no puede ser la capacidad económica del demandado (un banco en el primer caso y un particular en el segundo), ni la posible concurrencia de culpa de la víctima por "haberse casado" o "vivir con un maltratador". En el primer caso, porque es sabido que la indemnización por daños (también la derivada de delitos) tiene por objeto reparar el daño

---

31 *In extenso*, puede verse Álvarez Olalla, P.: *Violencia de género y responsabilidad civil,* Reus, Madrid, 2020. En el caso de personas mayores, *vid.* sobre la cuestión Múrtula Lafuente, V.: *Mujeres mayores víctimas de violencia de género y tutela civil de sus derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024. *Vid*. también, de la misma autora "Resarcimiento y valoración del daño en los casos de violencia contra la mujer, con especial atención al «mobbing» conyugal", en Moreno Martínez, J. A. (coord.): *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, 2012, pp. 331-382.

32 Las lesiones consistían en "erosión en epitelio del cuello uterino, hematomas en cadera izquierda, zona palpebral izquierda, región nasal interna, herida sangrante en región zigomática derecha que precisó sutura tardando en curar 10 días con perjuicio estético leve no deformante valorado en 4 puntos".

causado, de modo que el foco hay que ponerlo en la intensidad del daño sufrido por la víctima, a la hora de cuantificar, y no en la mayor o menor culpabilidad del agresor o en su capacidad económica. Respecto a la posible concurrencia de culpa de la víctima, porque el "ciclo de la violencia" determina la pérdida progresiva de capacidad de defensa que genera en la víctima un estado psicológico que la impide o dificulta tomar la decisión de abandonar al maltratador. Los episodios de agresión se combinan con episodios de arrepentimiento y muestras de afecto; de forma cíclica y continuada, generando un síntoma de indefensión aprendida que impide hablar de que una hipotética "autopuesta en peligro de la propia víctima" pudiera ser un criterio a tener en cuenta a la hora de valorar la interrupción del nexo causal entre la conducta del agresor y el daño causado.

Lo cierto es que, tras el estudio realizado en la monografía antes citada, llegué a la conclusión de que los factores que influían en las escasas cuantías indemnizatorias eran dos. La primera causa estaría en relación con la falta de vertebración de las indemnizaciones tanto en su petición por los abogados y Ministerio Fiscal como en el momento de su determinación. Aunque no sea de aplicación obligatoria, sino solo orientativa, el artículo 33 del TRLRCSCVM, al establecer los principios generales que deben informar la reparación del daño corporal, proclama que la *reparación íntegra* del daño y su *reparación vertebrada* constituyen los dos principios fundamentales del sistema para la objetivación de su valoración. Añade que *el principio de la reparación íntegra rige no solo las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también las morales o extrapatrimoniales e implica en este caso compensar, mediante cuantías socialmente suficientes y razonables que respeten la dignidad de las víctimas, todo perjuicio relevante de acuerdo con su intensidad.* Por su parte, precisa, además, que *el principio de vertebración requiere que se valoren por separado los daños patrimoniales y los no patrimoniales y, dentro de unos y otros, los diversos conceptos perjudiciales.*

Así, en el ejemplo que antes hemos expuesto se indemnizaron las lesiones conforme a baremo; pero no se individualizaron los daños, sino que se fijó una indemnización global. No se diseccionaron los concretos conceptos indemnizatorios, valorando, por un lado, el daño corporal y los daños morales asociados al mismo que estarían incluidos en una indemnización conforme a baremo; y por otra los daños morales derivados de la agresión sexual, o la vulneración del derecho a la libertad, dignidad o integridad moral que supone esta agresión. En caso de condenas por maltrato habitual, además, no es objeto de especial pronunciamiento la cuantificación por los daños psicológicos que este genera, o el daño a la integridad

moral y dignidad de la mujer que causa cualquier delito de violencia de género; especialmente aquellos cuya ejecución se prolonga en el tiempo, lo cual es incomprensible pues todas las agresiones que se producen en ese ámbito vulneran estos derechos fundamentales. Y ello porque en la comisión de delitos de violencia de género, junto con la vulneración de bienes jurídicos propios de los tipos comunes (la vida, la integridad corporal o psíquica, la intimidad, la libertad deambulatoria, la libertad sexual o el derecho a la intimidad y la propia imagen), concurre la vulneración de otro bien jurídico lesionado, el de la integridad moral y la dignidad de la mujer. Una sentencia como la que hemos expuesto estaría enviando al agresor un mensaje claro: está en lo cierto, la dignidad e integridad moral de la mujer no vale gran cosa. Le está reafirmando en su conducta discriminatoria en lugar de forzarle a reconocer los derechos y la dignidad de la víctima mediante el abono de una adecuada indemnización. Con el castigo penal, el delincuente es consciente de que ha transgredido una norma, de que ha realizado una conducta contraria al ordenamiento y lesiva para la sociedad; pero, además, debería enfrentarse al daño causado a la víctima, mediante el abono de una indemnización adecuada; máxime cuando mediante la reparación va a conseguir atenuar la pena[33], beneficios penitenciarios y la posibilidad de pedir la suspensión de la condena. De hecho, el motivo de la agravación penológica de las conductas de género es, precisamente, que se lesiona otro bien jurídico diferente a la integridad corporal o psíquica, y es la integridad moral como dimensión o faceta del derecho a la dignidad personal protegido por el artículo 10 CE[34]. Defendíamos entonces la necesidad de un pronunciamiento específico respecto al daño moral que causa el maltrato habitual o la agresión sexual, diferenciándolo del daño moral asociado a una lesión corporal, o maltrato

---

33 Si bien, el TS (sala 2.ª) en sentencia entre otras muchas de 989/2025, de 1 de diciembre, ha confirmado que "La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado".

34 El propio Tribunal Constitucional utiliza este argumento para defender la diferencia penológica de los delitos de género, frente a las sospechas de inconstitucionalidad. La mayor penalidad está justificada, como señala la STC 28, de julio de 2010 (RTC 2010/45), porque se trata de una agresión que "supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja– generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima".

de obra puntual, o incluso de una lesión psíquica[35]. También puede sugerirse la valoración del daño moral indirecto derivado de lesiones físicas o psíquicas, incrementándolo en un porcentaje, tal y como se viene haciendo en muchos casos por la jurisdicción penal para los delitos dolosos en general.

En cualquier caso, resulta imprescindible puntualizar que la mayor indemnización no es un castigo al agresor por su intencionalidad, pues creemos que el dolo, por sí solo, no determina una mayor indemnización de cara a la víctima. El dolo será motivo para reclamar una indemnización mayor en la medida en que esa intencionalidad esté relacionada causalmente con la producción de un mayor daño, dolor o lesión a la víctima. En este caso, el daño es mayor que en cualquier otro delito doloso, pues se trata de casos en los que, precisamente, la persona con la que tienes una relación de afectividad, que ha de cuidar de ti y prestarte apoyo, es la que defrauda esa confianza una y otra vez, causando dolor, angustia, humillación y, lamentablemente, también lesiones y muerte.

Todo ello nos lleva al nudo gordiano de la cuestión, esto es, la causa de la causa: las acusaciones particulares, no reclamaban indemnizaciones proporcionadas y vertebradas. Dada la vigencia del principio de rogación que rige en el ejercicio de la acción civil derivada de delito, si las partes no reclaman una cantidad acorde con el daño causado, el juez no puede concederla. Los delitos de violencia de género se cometen, en muchos casos, en la intimidad del hogar, por lo que la prueba de cargo es la declaración de la víctima, además de los posibles partes médicos. Según la doctrina del TS, uno de los requisitos para tener en cuenta como prueba de cargo el testimonio de la víctima en los delitos de violencia de género es su "verosimilitud"; en el sentido de que no haya sospecha de motivos espurios como venganza, celos, u otras finalidades tales como la obtención de ventajas en un procedimiento de separación o divorcio, u otras ventajas de carácter económico como la percepción de una indemnización. Los abogados

---

[35] La distinción entre daño moral y daño psicológico es objeto de debate doctrinal entre los peritos que se ocupan de cuantificar este último. Sobre esta cuestión Represas Vázquez, C.: "Daño moral en responsabilidad sanitaria. Estado actual y propuesta de un método de valoración", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro,* Inese, mayo 2024, núm. 5, p. 9, se pregunta si el daño moral máximo es el umbral mínimo del daño psicológico, y analiza las relaciones entre estrés postraumático y daño moral. Señala que la razón de no haber incluido el daño moral en al DSM-5 ni en la CIE-11 fue la falta de consenso sobre su naturaleza y la incertidumbre de cómo medirlo en un entorno clínico.

afirman que es habitual que recomienden a las víctimas no reclamar cuantías significativas, pues el objetivo prioritario es el castigo penal y la protección de la víctima; de modo que actúan en la creencia, quizá no desacertada, de que una reclamación de indemnización acorde con el daño, pudiera sembrar la duda en el tribunal respecto a la veracidad de las declaraciones incriminatorias de la mujer. El temor quizás sea justificable en la acusación particular, pero no en el caso del Ministerio Fiscal, cuyo *petitum* indemnizatorio no podría llegar a empañar la veracidad del testimonio de la víctima, por lo que no se comprende que no solicite indemnizaciones vertebradas ni proporcionales al daño causado.

La correcta indemnización de la víctima propicia que el agresor tome conciencia de que no solo ha ofendido a la sociedad con su conducta. Le obliga a enfrentarse al reconocimiento de la dignidad de la víctima. Si negamos una indemnización proporcionada al daño moral, estamos enviando un mensaje al agresor de que, en efecto, la integridad moral de la mujer, su libertad y su dignidad, no tienen valor alguno. El hecho de que el agresor tenga que saldar cuentas, no ya con la sociedad, sino con la víctima, le enfrenta cara a cara a los valores constitucionales que se niega a reconocer. Una infraindemnización revictimiza a la mujer pues viene a sufrir una nueva vulneración en su integridad moral y dignidad; en esta ocasión, por parte de la administración de justicia[36].

Tras un estudio del estado de la cuestión, concluíamos que lo más recomendable era aconsejar a las víctimas reservarse la acción civil para entablarla ante la jurisdicción civil, que es más sensible al reconocimiento del daño moral. Pero razones de economía procesal parecen no aconsejar tal solución. Defendíamos que las Unidades de Valoración de Violencia de Género, dependientes del Instituto de Medicina Forense, no solo actúen a la hora de valorar el riesgo para la vida o la integridad corporal de la mujer y los hijos; sino que auxilien al Ministerio Fiscal (salvo renuncia o reserva al ejercicio de la acción, obviamente) a la hora

---

36 No podemos dejar de referirnos, siquiera someramente, a la infraindemnización de los menores que presencian los episodios de violencia. Sin duda el daño moral sufrido por los menores que viven en un hogar en el que el fenómeno de la violencia de género está presente, son los grandes olvidados en el procedimiento penal, a la hora de obtener la indemnización que por daño moral les correspondería. Salvo que fallezca la madre, en cuyo caso se les indemniza por la muerte de la madre (y no se tiene en cuenta que ello implica, de facto, la pérdida de los dos padres, tal y como exigiría el baremo), no suelen percibir indemnización alguna por daño moral, especialmente justificada cuando han presenciado homicidios o asesinatos en grado de tentativa.

de perfilar las indemnizaciones a reclamar, pues las víctimas no lo hacen por las razones apuntadas. Ello ayudaría a valorar adecuadamente los daños corporales, morales, psíquicos, sociales, económicos y laborales que la violencia de género causa. Es necesario pues que el Ministerio Fiscal tome conciencia de la importancia de su papel a la hora de fijar las indemnizaciones.

Pues bien, como decíamos, al igual que ocurrió con el reconocimiento de la pérdida de capacidad de realización de trabajo doméstico como partida indemnizable, también se han implementado medidas legislativas encaminadas a mejorar la reparación del daño de las víctimas de violencia de género desde entonces (2020). La necesidad de una valoración más ajustada de los daños se puso de manifiesto en la medida 172 del Pacto de Estado contra la violencia de género (texto refundido de Congreso y Senado publicado en mayo de 2019). En la misma se preveía la determinación de criterios para fijar las indemnizaciones a favor de las víctimas de la violencia de género. Pues bien, el legislador se hizo eco de esta demanda, con la introducción, a través de la Disposición final novena de la Ley del sí es sí, (Ley 10/2022 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual), de un nuevo capítulo V en la Ley Orgánica 1/2004 de la violencia de género compuesto de dos artículos, el artículo 28 bis y 28 ter, en los que no solo se proclama (al igual que la redacción inicial de la LO 1/2004) el derecho de las víctimas de violencia de género a una reparación, sino que esta deberá comprender *la compensación económica por los daños y perjuicios derivados de la violencia, las medidas necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social, las acciones de reparación simbólica y las garantías de no repetición.* Para mayor precisión, en el párrafo 2 del artículo 28 ter se detallan las concretas partidas que deberán ser objeto de indemnización: a) el daño físico y psicológico, incluido el daño moral y el daño a la dignidad; b) la pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales; c) los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) el daño social, entendido como el daño al proyecto de vida; y e) el tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva.

Puede comprobarse que la Ley pone especial énfasis en solventar la carencia detectada en las sentencias penales dictadas hasta la fecha, en relación con el debido respeto al principio de vertebración y reparación íntegra del daño causado, al detallar y enumerar todos los aspectos que deberán tenerse en cuenta a la hora de cualificar y cuantificar el daño causado a las víctimas de violencia de género. Esta regulación está ya dando fruto en las sentencias que se dictan tras la entrada en vigor. Como ejemplo, si bien se trata de un delito de violación y no de

violencia de género, es de destacar la STS 734/2025 de 17 de septiembre, de la Sala 2.ª (ponente MAGRO SERVET) caso en el que la Audiencia había condenado a abonar una indemnización a la víctima, tras un "comienzo de ejecución" de violación vaginal que no llegó a consumarse por la llegada de la policía ante los gritos de la víctima, de 3.500 euros[37]. El TS recuerda que no se puede minusvalorar el sufrimiento, la inquietud, la ansiedad, la zozobra y demás reacciones que puede provocar para una víctima de agresión sexual este tipo de daños, y, si bien es cierto que no es "medible" el *quantum* económico del daño moral causado por una agresión sexual consumada o en grado de tentativa, sí que es cierto que deben ser resarcidos económicamente este tipo de daños. Además, señala que el daño moral en los delitos de contenido sexual no es preciso que sea acreditado por pericial psicológica. Puede ser aconsejable que se aporte, pero su ausencia no elimina el derecho de la víctima a percibir la indemnización por daño moral. Mencionamos esta sentencia porque, aun refiriéndose a una tentativa de agresión sexual y no a un caso de violencia de género, contiene una auténtica exégesis del daño moral en el caso de las agresiones sexuales que sería, *mutatis mutandis*, aplicable a los supuestos de violencia de género. Así se detallan en la sentencia partidas indemnizables por daño moral como las siguientes:

> "1. Daño moral coetáneo a los hechos: El sufrimiento durante la ejecución del hecho de la agresión sexual consumada o en grado de tentativa, siendo mayor, obviamente, el quantum en el primer caso. 2. Daño moral *ex post* a los hechos. El sufrimiento *ex post* a los hechos por el "recuerdo permanente" de ese episodio en la vida de la víctima. Nótese que una mujer que es víctima de una agresión sexual recordará negativamente y con sufrimiento esos hechos el resto de su vida. Un delito de semejante naturaleza no es algo que se pueda olvidar. Es el "daño moral por el recuerdo del delito" 3. Daño moral en la proyección al entorno al haber sido víctima de un delito sexual. El sufrimiento hacia su propio entorno que también sufre por los hechos ocurridos. 4. Daño moral ante el miedo a la repetición del ataque sexual.

---

37 Cavanillas Múgica, S.: "Cuantificación del daño moral: decisiones judiciales, valoraciones sociales y sesgos", en Ataz López, J. y Cobacho Gómez, J. A. (dirs.): *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1393-1438, el autor ha realizado un estudio de la media de indemnizaciones concedidas por el tipo básico de violación consumado que, oscilando entre 2.000 y 30.000 euros, sitúa en 9.971 euros.

En los delitos sexuales existe un miedo permanente que perdurará en el tiempo de la víctima, de que, en cualquier salida de su hogar o, incluso, dentro de él, se pueda repetir el hecho de la agresión sexual. 5. Daño moral ante el posible ataque sexual de cualquier persona. Un ataque sexual provoca en la víctima el miedo permanente a que cualquier persona, conocido, o desconocido, pueda volver a atacarle a su libertad sexual. 6. Daño moral integrante en la propia relación de pareja de la víctima". Esta sentencia es importante porque, aunque se refiera a una agresión sexual, la nueva regulación de la reparación en las agresiones sexuales (art. 53 Ley 10/2022) es similar a la introducida por la misma Ley en el LO 1/2004 para la violencia de genero.

Parece que las cosas, en efecto, están cambiando.

4. DISCRIMINACIÓN POR GÉNERO EN LA CONTRATACIÓN

4.1. La normativa antidiscriminación por razón de sexo

La Unión Europea mostró su preocupación por garantizar el principio de igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios, en la Directiva 2004/113 de 13 de diciembre. En el preámbulo, si bien se proclama la libertad para celebrar contratos, incluida la libertad de elegir a la otra parte contratante para efectuar una transacción determinada, se prohíbe que dicha elección se base en el sexo. Pero se admite un trato diferente por razón de sexo, cuando estén justificado por un propósito legítimo, como por ejemplo, la protección de las víctimas de la violencia por razón de sexo (en supuestos como la creación de refugios para personas de un solo sexo), las razones de intimidad y decencia (en supuestos como la oferta de alojamiento hecha por una persona en una parte de su vivienda), la promoción de la igualdad de género o de los intereses de los hombres o de las mujeres (por ejemplo, organizaciones de voluntarios del mismo sexo), la libertad de asociación (en los casos de afiliación a clubes privados para un solo sexo), la organización de actividades deportivas (por ejemplo, acontecimientos deportivos para uno de los sexos). Fuera de los supuestos "justificados" se prohíben los actos discriminatorios tanto directos como indirectos[38].

---

[38] Un acto discriminatorio directo es según la directiva cuando una persona recibe un trato menos favorable por razón de sexo, que otra en una situación comparable (considerando 12). La indirecta tiene lugar cuando una práctica aparentemente neutra, de forma más o menos

La transposición de la Directiva se llevó a cabo mediante Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[39]; que en su artículo 69 establece que las personas físicas o jurídicas, que suministren bienes o servicios disponibles para el público, están obligadas al cumplimiento del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, evitando discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo.

Supuestos especialmente sensibles, en el ámbito de la contratación civil, son los contratos celebrados en el ámbito de acceso al crédito y al seguro. Es por ello que son específicamente mencionados tanto en el artículo 5 de la Directiva como en el artículo 71 de la LO 3/2007. En el artículo 5.1 se impone a los Estados miembros la obligación de velar porque el hecho de tener en cuenta el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones a efectos de seguros y servicios financieros afines no dé lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente. Sin embargo, el apartado 2 permitía a los Estados miembros autorizar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo, a partir de "datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos", si bien tendrá que dar cuenta de ello a la Comisión. A continuación, precisa que nunca se tendrán en cuenta para establecer las diferencias los costes relacionados con el embarazo y el parto.

Nuestro legislador hizo uso de esa autorización, a través del Real Decreto 1361/2007, de 29 de octubre, de modificación del Reglamento de seguros privados de 1998. La Ley LO 3/2007, en efecto, en su artículo 71.1 prohibía que el sexo fuere un factor de cálculo de la prima y de determinación de las prestaciones a favor de la persona asegurada, pero preveía en el párrafo segundo que, reglamentariamente, se fijaran diferencias proporcionadas de las primas cuando

---

encubierta, o por los efectos que produce, genera un trato menos favorable para una persona, por razón de sexo, respecto a otras en situación comparable.

39 Esta normativa dio lugar a una profusión de estudios doctrinales sobre la materia; así, VV. AA.: *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género,* dir. Mesa Marrero, C., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013; García Rubio, M. P.: "Discriminación por razón de sexo en la LO 3/1007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Derecho privado y Constitución*, núm. 21, 2007, pp. 131-166; Navas Navarro, S.: "El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo", *Anuario de Derecho Civil* (ADC), 2008, fasc. III, pp. 1475-1490. Más recientemente Vivas Tesón, I.: "El derecho contractual antidiscriminatorio: *Drittwirkung* y libertad negocial", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 672-692.

el sexo constituyere un factor determinante de la evaluación del riesgo "a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y fiables". Eso es lo que hizo el citado reglamento al establecer que, cuando el sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes, fiables y acreditables en función del análisis del riesgo realizado por la entidad, podrán admitirse diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente. Sin embargo, la STJUE de 1 de marzo de 2011 (C 23609) declaró inválido el artículo 5.2 de la Directiva que permitía que los Estados autorizaren excepciones[40]. Ello motivó que ese segundo párrafo se eliminase de nuestro artículo 71.1 de la LO 3/2007 por obra de la Ley 11/2013 de 26 de julio, sin embargo, la norma reglamentaria no ha sido, aparentemente, objeto de revisión.

Respecto a las consecuencias jurídicas de los actos discriminatorios, el artículo 10 de la Ley 3/2007 establece la nulidad de tales actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo, dando lugar a indemnizaciones "reales, efectivas y proporcionadas" al perjuicio sufrido, así como a la imposición de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias. Para facilitar la situación procesal de la víctima que sufre una actuación discriminatoria por razón de sexo, el artículo 13 establece una inversión de la carga de la prueba, de modo que será la parte demandada quien deberá probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad; esto es, deberá probar que la decisión está fundada en una causa justificada. En el ámbito de la contratación de créditos y seguros, el artículo 72 establece una obligación de indemnizar daños y perjuicios si se incumpliere esta obligación de no discriminación y otorgará al contratante perjudicado el derecho a reclamar la asimilación de sus primas y prestaciones a las del sexo más beneficiado, manteniéndose en los restantes extremos la validez y eficacia del contrato.

---

40 *Vid*. Aguilera Rull, A.: "Primas distintas en función del sexo en la contratación de seguros: ¿método neutral de cálculo de riesgos o discriminación?", en Mesa Marrero, C. (dir.): *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 18-35. La autora expone cómo las mujeres abonan primas superiores en los seguros médicos y de supervivencia, por la especial incidencia de determinadas enfermedades crónicas producidas, precisamente por su sobrecarga debida a la "doble jornada" que estas desempeñan.

4.2. La normativa "integral" antidiscriminación

Más adelante, el legislador español promulga, a fin de acometer el problema de la discriminación desde un punto de vista integral, y no solo en razón de sexo, la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y no discriminación. Esta Ley no se centra solo en la discriminación por razón de sexo, sino que prohíbe la discriminación por cualquier otra causa (nacionalidad, religión, raza, edad, discapacidad, orientación sexual, enfermedad, etc.). Sin embargo, el nudo gordiano es el alcance del artículo 4.2 en relación con el artículo 1.2 de la Ley que considera que no habrá discriminación, por lo que la diferencia de trato será lícita si la "disposición, conducta, acto, criterio o práctica" puede justificarse objetivamente por una *finalidad legítima* y como *medio adecuado, necesario y proporcionado* para alcanzarla. Igualmente, el artículo 1.2, prevé que no son discriminatorias las diferencias de trato cuando los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es lograr un *propósito legítimo.* El precepto añade otros casos, que, dada la redacción del mismo, no son ejemplos de propósito legítimo, si no supuestos diferentes. En concreto, también será legítima la diferencia de trato cuando lo autorice una norma con rango de ley; o disposiciones y decisiones generales de las administraciones públicas destinadas a proteger a las personas o a grupos de población necesitados de acciones específicas. Al igual que se señaló en el caso de la Ley 3/2007, el criterio general, que es el del "propósito legítimo" es excesivamente indeterminado y valorativo, lo cual trae consigo que sean las circunstancias concretas de cada caso, a valorar por el juez, las que determinen el carácter o no discriminatorio del acto, lo cual incide negativamente en el principio de seguridad jurídica[41] y, a la postre, en el derecho a la igualdad, si el juez tiene opiniones sesgadas al respecto.

Para el ámbito de los contratos de crédito y seguros el artículo 17.2 de la Ley desplaza la aplicación de estos intereses o situaciones legítimas "salvo las que resulten proporcionadas a la finalidad del seguro o servicio y a las condiciones

---

41 Giménez Costa, A.: "La negativa a contratar por razón de género en el derecho privado", en Mesa Marrero, C. (dir.): *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 138.

objetivas de las personas solicitantes en los términos previstos en la normativa en materia de seguros"[42].

En caso de contravención de la Ley, esta prevé el derecho a la indemnización de la víctima en los arts. 25 y 27, presumiéndose el daño, una vez acreditada la discriminación, y debiendo valorarse la gravedad de la lesión a la hora de determinar la cuantía. Ocurre que, al igual que en la Ley 3/2007, una vez alegada la discriminación, esta también se presume, pero siempre que aporte indicios fundados sobre su existencia. En ese caso, será la parte demandada quien deba aportar, para exonerarse, una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 30 Ley 15/2022).

4.3. Sesgo en el derecho de contratos y algoritmo

Los problemas planteados por los sesgos en la contratación, han experimentado un incremento exponencial como consecuencia del uso de la inteligencia artificial. La inteligencia artificial y los algoritmos, que son su herramienta principal, cada vez tienen más protagonismo en la contratación en masa de bienes y servicios. Estos se nutren de datos y modos de programación cargados de sesgos, los cuales se reproducen al tomar decisiones tales como conceder o no un crédito a una mujer, o hacerlo a un determinado tipo de interés, o establecer una determinada prima en un contrato de seguro[43]. Se trata de una preocupación a la que hace frente también la Ley 15/2022, antes mencionada, que en su artículo 23 prevé que tanto las Administraciones públicas como las empresas privadas promuevan el uso de una inteligencia artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo las recomendaciones de la

---

[42] La Disposición adicional cuarta de la LCS, introducida en 2011, y no en la redacción original de la Ley de 1980, prohíbe la discriminación por razón de discapacidad y la Disposición adicional quinta, por razón de VIH u otras condiciones de salud (tampoco por haber sufrido una patología oncológica, una vez transcurridos cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior). En concreto, las conductas prohibidas por discriminatorias son la denegación de acceso a la contratación o el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente.

[43] *V. post* Garijo, M.: "Créditos más caros o con menor plazo de vencimiento: así penaliza el sesgo de género de los algoritmos financieros a las mujeres", *Business Insider*, 2021. Disponible en: https://www.businessinsider.es/sesgo-genero-algoritmos-penaliza-mujeres-creditos-825281.

Unión Europea en este sentido, en referencia a las previsiones contenidas en el Reglamento de Inteligencia Artificial.

Cuando se determina el precio de una transacción o la idoneidad de un determinado cliente mediante un sistema de inteligencia artificial, esto es, cuando somos objeto de decisiones automatizadas, podemos estar siendo objeto de discriminación, sin ni si quiera ser conscientes, nosotros, o nuestro cocontratante, de ello. Los algoritmos pueden establecer ecuaciones y llegar a resultados que no son adecuados, sino fruto de prejuicios o puntos de partida equivocados, o cuya decisión –discriminatoria– no puede ser aceptada por nuestro sistema de valores[44].

Los sistemas de inteligencia artificial establecen en muchos casos simples correlaciones (detectan que dos variables se mueven en la misma dirección, aumentando una cuando aumenta la otra o al contrario); pero no necesariamente relaciones de causalidad (esto es, la correlación puede no tener su origen en una relación causa efecto). Puede que las correlaciones no sean admisibles, en tanto generen discriminación que no esté ligada por un propósito legítimo. Por ello es tan importante la supervisión humana posterior y existencia de sistemas de "sandboxes" y comprobación de los resultados a los que ha llegado el sistema.

El historial crediticio de los hombres a lo largo de la historia es mucho más dilatado que el de las mujeres, lo cual puede ser interpretado por el sistema como que la mujer es sujeto de mayor riesgo en la concesión de la contratación. Como ejemplo, la tarjeta que Apple lanzó de la mano de Goldman Sachs ofrecía una mayor liquidez y un mayor plazo de pago si eras hombre que mujer[45]. Resulta paradójico que el propio cofundador de Apple Steve Wozniak, denunció que en el caso de él y su mujer –con condiciones financieras idénticas– habían visto cómo el algoritmo le asignaba a él un límite de crédito 10 veces superior al de su esposa.

Como contrapartida, y con el fin de evitar sesgos discriminatorios, el Reglamento de Inteligencia Artificial considera a los sistemas destinados a ser utilizados para evaluar la solvencia de personas físicas o establecer su calificación

---

44 *Vid*. Espín Alba, I.: "Sesgos discriminatorios en la toma automatizada de decisiones en la contratación y protección de datos", en Álvarez Lata, N. (coord.): *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 123-186.

45 https://www.businessinsider.es/economia/apple-card-afronta-investigacion-discriminacion-genero-526973

crediticia, así como los destinados la evaluación de riesgos y la fijación de precios en el caso de los seguros de vida y salud como sistemas de Alto Riesgo (Anexo III en relación con el art. 6. 2). Ello trae consigo la exigencia de una serie de requisitos y garantías en materia de gestión de riesgos, gobernanza de datos, documentación técnica, transparencia, supervisión humana previsión solidez y ciberseguridad, que tratan, desde un punto de vista preventivo, de evitar los sesgos por discriminación (arts. 8 a 10 del RIA). Esperemos que tales previsiones no terminen en saco roto como consecuencia de la flexibilización de las mismas que prevé la Propuesta de Ley Omnibus VII, actualmente en tramitación[46].

El tradicional mecanismo para reparar estos daños, el de la responsabilidad civil, tropieza con los inconvenientes derivados que la falta de explicabilidad del por qué el sistema ha tomado una determinada decisión, pues, no es que no se quiera dar la explicación por el desarrollador del sistema, es que en ocasiones no se puede, pues al "pensar por sí mismas" operan con mecanismos de "caja negra" imposibles de descifrar, aun contando con el acceso al código fuente original. Ello complica la situación procesal de las víctimas, de cara a la prueba de la culpa, el defecto, o la relación de causalidad con el daño.

5. CONCLUSIONES

Tras esta exposición generalista de los sesgos que inciden en una posible discriminación, en el ámbito del Derecho civil, la conclusión a extraer es que, por imperativo del artículo 14 CE, tales sesgos cuando se detectan, se solucionan, normalmente a impulso del legislador. Quizás la excepción sea la vigencia del régimen de gananciales, como régimen supletorio. Por el contrario, la reacción positiva del legislador se aprecia en el caso de la valoración de la pérdida de capacidad de realizar trabajo doméstico como una partida indemnizatoria en el derecho de daños, o la reacción legislativa en materia discriminatoria. Cuando el legislador no actúa, es la jurisprudencia la que interviene, por ejemplo, en el caso del establecimiento como régimen preferente, de la custodia compartida; si bien, en ocasiones, ello supone introducir un plus de "igualdad" en relaciones que no venían siendo igualitarias, en perjuicio de la mujer.

---

46 https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/digital-omnibus-regulation-proposal. También habrá que tener en cuenta las previsiones de la futura LO sobre inteligencia artificial (proyecto de LO de fecha 12 de junio de 2026).

Si bien la labor del legislador elimina la discriminación de género directa, son muchos los casos en los que, ante el carácter subliminal o indirecto de los sesgos, se complica la tarea de su supresión. Los sesgos gobiernan nuestra vida y son los enemigos silenciosos de la igualdad. Es labor de los juristas detectar su presencia en el entorno legislativo y en las propias decisiones jurisprudenciales, en los que estos operan, generando discriminaciones que parecemos normalizar y tener asumidas. Especialmente la cuestión resulta relevante en la medida en que, cada vez con más frecuencia podemos ser objeto de decisiones automatizadas, adoptadas por sistemas de inteligencia artificial que se alimentan de datos sesgados, perpetuando así la discriminación; y ello con el agravante de la dificultad de detectar la razón por la que el sistema ha llegado a una determinada conclusión. A poner el foco en algunos aspectos en los que la virtualidad de dichos sesgos se ha detectado, en el ámbito del Derecho civil, hemos dedicado las páginas anteriores. Ante los vientos que corren propiciatorios de una desregulación de estos sistemas, en pro de la competitividad empresarial y de la relajación de la protección de los derechos fundamentales que parece inundar el pensamiento propio del siglo XXI, resulta más necesario que nunca volver a tomar tierra, y no dar un paso atrás en las conquistas en materia de igualdad que tanto costó conseguir a lo largo del siglo pasado.

Capítulo 5
EDUCACIÓN Y GÉNERO BINARIO DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

José Antonio Tardío Pato
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Miguel Hernández de Elche
https://orcid.org/0000-0001-8195-2123

1. LA IGUALDAD ENTRE LAS PERSONAS, CON INDEPENDENCIA DE CUÁL SEA SU SEXO Y SU GÉNERO Y LA DENOMINADA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y OTROS CONCEPTOS UTILIZADOS AL EFECTO

1. El término *sexo*, según la primera acepción del Diccionario de la Lengua Española de la RAE (DRAE), alude a "(c)ondición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas".

Respecto del vocablo *género*, las acepciones recogidas en el DRAE más próximas al objeto del presente estudio son las siguientes: "conjunto de seres que tienen uno o varios caracteres comunes" (acepción 1.ª); "grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico" (acepción 3.ª).

En el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (DPEJ), se define el término *género* como "atributos socialmente construidos, roles, actividades, responsabilidades y necesidades predominantemente relacionados con la pertenencia al sexo masculino o femenino en determinadas sociedades o comunidades en un momento dado". Y también nos ofrece otra definición de *género*, al explicar la locución *igualdad de género*, indicando que, por *género* se entiende "las construcciones socioculturales que diferencian y configuran los roles, las percepciones y los estatus de las mujeres y de los hombres en una sociedad".

En la jurisprudencia constitucional española, la STC 67/2022 ha considerado relevante recoger una distinción clara entre sexo y género (FJ 3.ª), para

resolver el caso enjuiciado. Así, nos dice que "el sexo [...] viene dado por una serie compleja de características morfológicas, hormonales y genéticas [...] como, por ejemplo y sin ánimo de formular una descripción exhaustiva, los genitales internos y externos, la estructura hormonal y la estructura cromosómica (características primarias) o la masa muscular, la distribución del vello y la estatura (características secundarias)". Y el *género*, aunque "se conecta a las realidades o características biológicas, no se identifica plenamente con estas, sino que define la identidad social de una persona basada en [...] comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas [...]".

2. Por otro lado, el sintagma *igualdad de género* se explica, en el DPEJ, como "existencia de una igualdad de oportunidades y de derechos entre las mujeres y los hombres en los ámbitos privado y público que les brinden y garanticen la posibilidad de realizar la vida que deseen". A ello se añade lo siguiente: "Se puede definir de manera general como la igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades entre mujeres y hombres; jóvenes, y niñas y niños. La igualdad de género toma en cuenta los intereses, las necesidades y las prioridades, reconociendo la diversidad de los diferentes grupos de mujeres y de hombres [...]". Y finaliza expresando qué se entiende por *género*, en los términos que acabamos de indicar en el párrafo anterior.

Así pues, puede observarse que el planteamiento de la igualdad de género gira, en último término, en torno a la garantía de una "igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades" de los diferentes grupos de mujeres y de hombres, no solo en razón de su sexo (basado en aspectos fundamentalmente biológicos), sino también por razón de su género en sentido más amplio (basado en sus *comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociada*s y no solo en sus componentes biológicos).

3. Otras expresiones son *orientación sexual*, *identidad de género* y *expresión de género*, que se suelen utilizar con referencia a los grupos de personas calificadas como LGTBI.

La citada STC 67/2022 también ha abordado la definición de estas tres expresiones. La *orientación sexual* se refiere a la "preferencia por establecer relaciones afectivas con personas de uno u otro sexo" (FJ 3.b). La *identidad de género* alude a "la identificación de una persona con caracteres definitorios del género que pueden coincidir o no hacerlo con el sexo que se le atribuye, en virtud de los caracteres biológicos predominantes que presenta desde su nacimiento" (FJ 3.b).

Y la *expresión de género* es "el modo en que una persona expresa su género [...], por ejemplo, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética" (FJ 3.d).

Y añade que las dos condiciones definidas son elementos vinculados fundamentalmente con "el derecho a desarrollar una determinada vida privada y familiar" (del art. 8 CEDH) y con "el derecho a la integridad física y psicológica de una persona" (del art. 15 de la CE), como recogen diversas sentencias del TEDH que la STC aludida especifica.

Y el sintagma *expresión de género* es definido, también, en la Ley 4/2023 ("para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI"), como "(m)anifestación que cada persona hace de su identidad sexual" (art. 3, letra j).

4. Por *LGTBI* se entienden las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales, como recoge el artículo 1.1 de la citada Ley 4/2023 (por lo que dicho calificativo viene constituido por las siglas de tales grupos de personas).

En el artículo 3, letra h, se precisa que *lesbianas* son las personas homosexuales, si son mujeres, y *gais* son las personas homosexuales, si son hombres.

Y, antes, se matiza que se entiende por *homosexual* la situación en la que se encuentra una persona "cuando se siente atracción física, sexual o afectiva únicamente hacia personas del mismo sexo"; *heterosexual*, "cuando se siente atracción física, sexual o afectiva únicamente hacia personas de distinto sexo"; y *bisexual*, "cuando se siente atracción física, sexual o afectiva hacia personas de diferentes sexos, no necesariamente al mismo tiempo, de la misma manera, en el mismo grado ni con la misma intensidad".

La *persona trans* se define como aquella "cuya identidad sexual no se corresponde con el sexo asignado al nacer" (art. 3, letra k).

Y la *intersexualidad* se explica como: "(l)a condición de aquellas personas nacidas con unas características biológicas, anatómicas o fisiológicas, una anatomía sexual, unos órganos reproductivos o un patrón cromosómico que no se corresponden con las nociones socialmente establecidas de los cuerpos masculinos o femeninos" (art. 3, letra g).

Otros vocablos no incluidos en dicha Ley, pero también utilizados en este ámbito, son *pansexual*, *queer* y *no binario* y *no binaria*, que aparecen definidos

en el DRAE. *Pansexual* se explica como persona "(q)ue siente atracción sexual hacia cualquier individuo u objeto". *Queer* se expone como adjetivo "(d)icho de una persona: (q)ue tiene una identidad de género o una orientación sexual que no se corresponde con las categorías tradicionales", que proviene de la voz del inglés que significa "propiamente «extraño, raro, peculiar» «excéntrico»". Y *no binario* y *no binaria* se describen como "(d)icho de una persona: (q)ue no percibe su identidad de género en términos binarios de hombre o mujer".

Y, aunque los términos *binario* y *binaria* solo los define explícitamente como adjetivos que aluden a algo "compuesto de dos elementos, unidades o guarismos", si los contraponemos a su definición de *no binario* y *no binaria*, que acabamos de transcribir en el párrafo anterior, pueden considerarse implícitamente definidos como "dicho de una persona que percibe su identidad de género en términos binarios de hombre o mujer".

No parece que exista todavía total unanimidad científica sobre los factores físicos y psíquicos generadores de las situaciones calificadas genéricamente como LGTBI, como ha llegado a resaltar la STEDH de 25/3/1992 (demanda 13343/87), caso de B. v. FRANCIA (§ 48). Pero, sobre todo, en los últimos tiempos, se viene haciendo hincapié en la necesidad de respeto a las distintas tendencias y situaciones sexuales que se han manifestado en los seres humanos desde tiempos remotos y que, sin embargo, han sido consideradas despectivamente y hasta como patología en España y en gran parte de los países del mundo. E incluso han sido perseguidas legalmente, en determinados períodos, y todavía se siguen persiguiendo en algunos de dichos países, hasta con pena de muerte[1].

5. La locución *enfoque de género* es usada por la Ley Orgánica 10/2022 (de garantía integral de la libertad sexual) como "principio rector de la actuación de los poderes públicos", diciendo que está "fundamentado en la comprensión de los estereotipos y las relaciones de género, sus raíces y sus consecuencias en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones de la ley orgánica" y añadiendo que las administraciones públicas, en la aplicación de tal enfoque,

---

[1] Así se recoge en una noticia que detalla tales países, de RTVE, de 29/6/2025, con el título "Radiografía del colectivo LGTBIQ+ en el mundo: 64 países prohíben las relaciones entre personas homosexuales", a la que he accedido con el enlace siguiente:
https://www.rtve.es/noticias/20250629/radiografia-lgtbiq-mundo-paises-prohiben-relaciones-homosexuales/16632444.shtml

"promoverán y aplicarán de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y para el empoderamiento de las mujeres y las niñas".

6. El sintagma *perspectiva de género* no lo hemos encontrado definido de modo expreso en ningún texto normativo español ni en los diccionarios de la Real Academia Española.

Tan solo hemos detectado ciertos indicadores de su significado en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuando, en tal preámbulo, se dice que "(l)a ordenación general de las políticas públicas, bajo la óptica del principio de igualdad y la perspectiva de género, se plasma en el *establecimiento de criterios de actuación de todos los poderes públicos* en los que se integra activamente, de un modo expreso y operativo, dicho principio; y con carácter específico o sectorial, se incorporan también *pautas favorecedoras de la igualdad en políticas* como la educativa, la sanitaria, la artística y cultural, de la sociedad de la información, de desarrollo rural o de vivienda, deporte, cultura, ordenación del territorio o de cooperación internacional para el desarrollo". Al igual que también se trasluce en la proclamación, en su artículo 15, de que "(e)l principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos" y en que "(l)as Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades".

Pero, ante la falta de una definición expresa en nuestro Derecho, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en España por el Partido Popular en el Congreso frente a la Ley 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se invocó que las referencias a tal expresión eran contrarias al principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, por la "indefinición de este concepto".

Frente a ello, la STC 44/2023, que desestimó dicho recurso, respondió, en contra de dicho argumento (FJ 10), diciendo, de modo sintético, que, en "(e)n definitiva [...] significa tener en cuenta las diferentes necesidades de hombre y mujer en dichas áreas de la realidad, con el objetivo último de garantizar una igualdad efectiva y real entre hombres y mujeres"; destacando su carácter de principio informador de todo el ordenamiento jurídico con su vertiente interpretativa (criterio hermenéutico transversal), resaltado por la jurisprudencia de

la Sala de lo Social del TS que el propio TC invoca; y, evocando el punto 38 del anexo I a la "Declaración y Plataforma de acción de Beijing de 1995", en la citada sentencia se señala que defendió la incorporación de la perspectiva de género como "enfoque metodológico para alcanzar los compromisos en materia de igualdad de género". Pero, sobre todo, resalta dicha sentencia una parte de (no toda) la definición del *Informe del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 18 de julio de 1997*[2].

Y es que la definición completa de "perspectiva de género" (en inglés, *gender mainstreaming*) que nos aporta dicho *Informe de 1997* (p. 24), bastante precisa, es la siguiente: "el proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad entre los géneros".

Por otro lado, en el marco del Consejo de Europa, en el "Informe final de actividades", de 1998, del Grupo de Especialistas en Integración (Group of Specialists on Mainstreaming, EG-S-MS) de la Dirección General de Derechos Humanos de dicho Consejo, titulado *Gender mainstreaming. Conceptual framework, methodology and presentation of good practices*, aparece definida la perspectiva de género como "la reorganización, mejora, desarrollo y evaluación de los procesos políticos, de modo que la perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, en todos los niveles, en todas las etapas, por parte de los actores involucrados en la formulación de las políticas"[3].

Pero, además, debemos realzar que, al referirse a la necesidad de aplicarlo a todos los aspectos y técnicas de la vida, destaca, entre ellos, la educación, porque

---

[2] Dicho Informe puede obtenerse, en español, en el enlace: file:///C:/Users/tsi/Desktop/A_52_3_Rev-1-ES.pdf

[3] En p. 15 de dicho Informe, que puede localizarse, en su primera edición de 1998, en el enlace: https://www.unhcr.org/media/gender-mainstreaming-conceptual-framework-methodology-and-presentation-good-practices

dice que "es un objetivo clave para la igualdad de género, ya que abarca las formas en que las sociedades transfieren normas, conocimientos y habilidades. Es crucial que los sistemas educativos y todos sus elementos (docentes, escuelas, libros de texto, institutos de investigación, etc.) empoderen tanto a niñas como a niños y se preocupen por contrarrestar las jerarquías de género existentes"[4].

Y, en el ámbito de la Unión Europea, viene a expresar el concepto de perspectiva de género (*gender mainstreaming*) el artículo 29 de la Directiva 2006/54/CE (relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación), pues, bajo el título en español, *Transversalidad de la perspectiva de género* (en inglés, *Gender mainstreaming*), nos dice que "al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en la presente Directiva", "(l)os Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres".

En dicho precepto, se está resaltando, pues, la importantísima función de la *perspectiva de género* de actuar como mecanismo de interpretación de las normas jurídicas. Y tal Directiva lo hace en el ámbito laboral, pero, al año siguiente, *la Ley Orgánica española 3/2007* (para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) lo extiende a cualquier ámbito jurídico, proclamando, en su artículo 4, que "(l)a igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico" (añadiendo que, "como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas").

Tal función ha venido siendo aplicada en múltiples casos por la jurisprudencia de la Sala de lo Social (Sala 4.ª) del Tribunal Supremo español[5], que ha resaltado que se trata de un auténtico Principio General del Derecho[6] y que puede utilizar, como criterio complementario para ello, la doctrina del TJUE de que *la discriminación indirecta* (definida, por el art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, como "la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente

---

4 Ob. cit., p. 9.

5 STS de 21 de diciembre de 2009 (Roj: STS 8531/2009), FJ 3.º.2; STS 79/2020, de 29 de enero (Roj: STS 416/2020), FJ 3.º.6; STS 747/2022, de 20 de septiembre (Roj: STS 3378/2022), FJ 7.º.1; STS 997/2022, de 21 de diciembre (Roj: STS 4943/2022), FJ 4.º; STS 167/2023, de 27 de febrero (Roj: STS 748/2023), FJ 4.º; STS, Sala 4.ª, 169/2023, de 2 de marzo (Roj: STS 783/2023), en su FJ 5, segundo párrafo.

6 STS 747/2022, de 20 de septiembre (Roj: STS 3378/2022), FJ 7.º.1.

neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados") podrá ser demostrada por cualquier medio, incluidos los datos estadísticos, siempre que estos no se refieran a fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y, además, de manera general, resulten significativos (SSTJUE de 9/2/1999, C-167/97, STJUE de 8/5/2019, C-161/18 y STJUE de 3/10/2019, C-274/18, entre otras); al igual que la doctrina del TC español sobre esa misma cuestión (SSTC 128/1987, 253/2004 y 91/2019)[7].

7. Otra expresión, próxima a la anterior, que se está utilizando en los textos jurídicos es *análisis de género*. En la resolución de la directora de ANECA (Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación) de 28/2/2024 (por la que se hacen públicos los criterios para garantizar que la igualdad, la conciliación y la inclusión sean efectivas en las evaluaciones del profesorado universitario y del personal investigador), se dice que, aplicado a las evaluaciones de acreditación de la ANECA, consiste en "identificar los sesgos implícitos de género de quienes integran las comisiones de acreditación a los efectos de erradicarlos o, al menos, reducirlos".

8. No hemos encontrado referencias a la aplicación de la perspectiva de género en los grupos de personas LGTBI, en la Ley Orgánica 3/2007 ni en los documentos internacionales vinculados a su ámbito normativo. Es, en el *Documento informativo*, de 2015, preparado por la "Unidad de Igualdad de Género" del Consejo de Europa, titulado *Gender mainstreaming activities at the Council of Europe*, donde se resalta[8] que el trabajo del Consejo de Europa en materia de protección y promoción de los derechos humanos de las personas LGTBI se basa en la Recomendación 2010(5) del Comité de Ministros sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, cuyo objetivo primordial es combatir el riesgo de discriminación

---

7 STS 79/2020, de 29 de enero (Roj: STS 416/2020), FJ 3.º.6; y STS 747/2022, de 20 de septiembre (Roj: STS 3378/2022), FJ 7.º.1.

8 "Gender mainstreaming activities at the Council of Europe". Information document prepared by the gender equality unit. Council of Europe, Sith edition: 2017, p. 18. Enlace: https://rm.coe.int/gm-in-the-coe-6th-edition/1680762b24

y violencia al que se enfrentan dichas personas por no ajustarse a las normas estereotípicas de género[9].

Y, en la Ley 4/2023 (para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI), pueden resaltarse, como preceptos que respaldan aplicar la perspectiva de género a personas del colectivo LGTBI, la previsión de que "(l)os poderes públicos, en el ámbito de sus competencias, impulsarán la realización de estudios y encuestas sobre la situación de las personas LGTBI que permitan profundizar en la naturaleza y el alcance de las principales situaciones de discriminación que les afectan y registrar su evolución a lo largo del tiempo" (art. 7.1) y de que dichos estudios incluirán "memorias o estadísticas, cuando se refieran o afecten a aspectos relacionados con la discriminación de las personas LGTBI"; "los indicadores y procedimientos que permitan conocer las causas, extensión, evolución, naturaleza y efectos de dicha discriminación", con desglose "en función de las causas discriminatorias previstas en esta ley siempre que sea posible" (art. 7.2).

Porque, además, dichos estudios deben enlazarse con el deber impuesto por la misma Ley de que los *poderes públicos*, en el ámbito de sus competencias, desarrollen "todas las medidas necesarias para reconocer, garantizar, proteger y promover la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales de las personas LGTBI y sus familias" (art. 4). Y deben conectarse, asimismo, con la referencia a "medidas de acción positiva" consistentes en "(d)iferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social [...] aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican" y que "habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan" (art. 3.f).

Por ello, podríamos hablar de un *concepto amplio de integración de perspectiva de género*, que supone *la obligación de analizar y evaluar las consecuencias de cualquier actividad planificada (incluidas la normas, las políticas y los programas*

---

9 CM/Rec(2010)5 - Recommendation of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity (Adopted by the Committee of Ministers on 31 March 2010 at the 1081st meeting of the Ministers' Deputies). En los puntos 31 y 32 de su apéndice se refiere a la "educación".

públicos) en todos los sectores y a todos los niveles (lo cual viene resaltado por el término inglés mainstreaming, dado que una de cuyas traducciones al español es transversalidad), *para evitar la discriminación y garantizar la igualdad de hombres y mujeres*, *pero no solo desde la perspectiva del sexo* (o sea, desde el punto de vista biológico u orgánico), *sino del género* (es decir, desde el prisma no meramente fisiológico, sino también psicológico, sociocultural y de orientación sexual) de las personas, *con el fin de adoptar los cambios necesarios para tal igualdad y no discriminación*, en la cultura organizativa o institucional, en las estructuras sociales, en los procesos políticos y, en general, en todos los aspectos de la vida, incluida la educación.

En la Comunidad Autónoma de Canarias, la Ley del Parlamento de Canarias 2/2021 (de "igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales") dispone, en su artículo 12, que "*(l)as normas y resoluciones de la Comunidad Autónoma de Canarias incorporarán al informe de evaluación del impacto de género* previsto en el artículo 6 de la Ley 1/2010 [...] canaria de igualdad entre mujeres y hombres, *la evaluación del impacto sobre identidad y expresión de género y de diversidad sexual en el desarrollo de sus competencias* para garantizar la integración del principio de igualdad y no discriminación por razón de identidad y expresión de género o de características sexuales".

9. Y, en ello, la *educación* aparece en dos vertientes: a) *como un derecho de todos* cuya igualdad se debe garantizar, impidiendo discriminaciones basadas en el sexo o género no justificadas; y b) *como mecanismo o técnica para informar, explicar y sensibilizar a todos de la necesidad de consecución del respeto a la igualdad de todos, sin discriminación de sexo o género*, no solo *en el ejercicio del derecho a la educación*, sino también *en el ejercicio de los demás derechos humanos*, en todos los ámbitos.

Precisamente estas dos grandes vertientes constituyen el objeto especial del presente estudio y en él incidiremos en las principales cuestiones que ambas facetas plantean.

10. Pero, por las limitaciones del número de páginas exigidas para la presente publicación, nos vamos a limitar, en este estudio, exclusivamente a la garantía de la igualdad y no discriminación de sexos, o sea de género binario (es decir, exclusivamente entre mujeres y hombres), en el ámbito educativo, desde un prisma jurídico; relegando a mejor ocasión la parte que ya habíamos preparado respecto

de la garantía de la igualdad y no discriminación de personas de género no binario (LGTBI).

2. NORMATIVA INTERNACIONAL Y FOROS Y DOCUMENTOS INTERNACIONALES

1. En el Derecho Internacional de ámbito mundial, destacan, a los efectos del tema que nos compete, las declaraciones y pactos internacionales de derechos de las Naciones Unidas.

1.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, recoge, en su artículo 2, que "(t)oda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, *sin distinción alguna de* [...] *sexo* [...] o cualquier otra condición".

En su artículo 27.1, reconoce que "(t)oda persona tiene derecho a la educación", añadiendo, en el artículo 27.2, que "(l)a educación *tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales*; favorecerá la *comprensión, la tolerancia* y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz".

O sea, que esta Declaración Universal de la ONU hace hincapié no solo en que la educación es un derecho humano de todos, sin discriminaciones (incluyendo la basada en el sexo), sino que, además, la educación debe ser un instrumento *para garantizar los demás derechos de todos, sin discriminaciones* (incluida la basada en el sexo) *y para asegurar*, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, *su reconocimiento y aplicación universales y efectivos.*

1.2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16/12/1966 vuelve a proclamar, en su artículo 26, que "(t)odas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley *prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de [...] sexo [...]*.

Como, a su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de igual fecha que el anteriormente citado, después de resaltar, en su artículo 2, que "(l)os Estados Partes en el presente Pacto *se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna*

por motivos de [...] sexo [...]", proclama, en su artículo 13.1, lo siguiente: "(l)os Estados Partes en el presente Pacto reconocen *el derecho de toda persona a la educación*. Convienen en que *la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad*, y *debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, *favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos*, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz".

1.3. Por otro lado, la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), aprobó, en 1960, la *Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza*[10].

Dentro de las discriminaciones proscritas, incluye (en su art. 1.º) la que más nos interesa a los efectos del presente estudio, es decir, *la basada en el sexo*, indicando que las mismas consisten en "*toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada" en dicha causa, o "que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza*" y, en especial, la exclusión del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza; la limitación a un nivel inferior de la educación de la persona o grupo en cuestión; la institución o mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; y colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana.

Si bien, matiza, a continuación (en su art. 2), que "no serán consideradas como constitutivas de discriminación [...] a) (l)a creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes".

---

10 BOE de 1/11/1969, p. 17070 y ss.

A su vez, dispone (en su art. 3) que "los Estados Partes se comprometen a: a) *(d)erogar todas las disposiciones* legislativas y administrativas y abandonar todas las prácticas administrativas *que entrañen discriminaciones en la esfera de la enseñanza*; b) *(a)doptar las medidas necesarias, inclusive disposiciones legislativas, para que no se haga discriminación alguna en la admisión de los alumnos* en los establecimientos de enseñanza; c) (*n)o admitir, en lo concerniente a los gastos de matrícula, (a) la adjudicación de becas o (a) cualquier otra forma de ayuda* a los alumnos [...], *ninguna diferencia de trato* entre nacionales por los poderes públicos, salvo las fundadas en el mérito o las necesidades; y d) *(n)o admitir, en la ayuda [...], ninguna preferencia ni restricción fundadas únicamente en el hecho de que los alumnos pertenezcan a un grupo determinado*".

1.4. El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (con las siglas CEDAW, de la denominación en inglés), hecha en Nueva York, con Instrumento de Ratificación de España de 16 de diciembre de 1983[11], que recoge diversos apartados concernientes a la educación, en su artículo 10, sobre los que incidiremos más adelante.

El 15 de septiembre de 1995 se adoptó la resolución de la Organización de las Naciones Unidas conocida como "la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing", al final de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en dicha ciudad de China (Pekín, en español). En ella, se establecieron *doce esferas decisivas de especial preocupación* en las que se exhorta a los gobiernos, a la comunidad internacional y a la sociedad civil, inclusive las organizaciones no gubernamentales y el sector privado, *a que adopten medidas estratégicas*, que se enumeran en su punto 44, entre las cuales se incluye la esfera de las "(d)isparidades e insuficiencias y desigualdad de acceso en materia de educación y capacitación". En relación con tales esferas de preocupación, *se establecen objetivos estratégicos* y las *medidas para el cumplimiento de tales objetivos* (punto 35 y ss.). Y, en su texto, ya se dice que todas las políticas y programas *han de reflejar una perspectiva de género* (punto 38). En el ámbito de la educación, indica que, "(p)ara hacer frente a la desigualdad de acceso a la enseñanza y a las oportunidades educacionales insuficientes, los gobiernos y otros agentes sociales deberían promover una política activa y visible de integración de una perspectiva de género en todas *las*

---

11 BOE de 21/03/1984, p. 7715 y ss.

políticas y programas, a fin de que *se analicen, antes de adoptar decisiones, sus posibles efectos en las mujeres y los hombres*" (punto 79).

Y *el Informe del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 18 de julio de 1997* incidió sobre la *incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas y programas del sistema de las Naciones Unidas,* con aportación de la definición del concepto de "incorporación de la perspectiva de género" al que nos hemos referido al comienzo del presente estudio.

En 1999, fue firmado el Protocolo Facultativo de la ya mencionada *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW) de 1979 y, para conocer denuncias de individuos o investigar "violaciones graves o sistemáticas" de la Convención, se otorgó la competencia al Comité para la eliminación de la discriminación en contra de la mujer, previsto en la citada Convención.

1.5. Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos aprobó su *Resolución de 17 de junio de 2011*, en la que *condena cualquier acto de violencia o discriminación por orientación sexual e identidad de género* y "pide a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que encargue la realización de un estudio, a fin de documentar las leyes y prácticas discriminatorias y los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, en todas las regiones del mundo, y la forma en que la normativa internacional de derechos humanos puede aplicarse para poner fin a la violencia y a las violaciones conexas de los derechos humanos motivadas por la orientación sexual y la identidad de género".

1.6. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2015, incluye, como el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) núm. 4, "*(g)arantizar una educación inclusiva, equitativa* y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos". Como, a su vez, recoge, entre las metas del citado ODS 4, que deben ser alcanzadas en 2030, las siguientes: *"asegurar el acceso igualitario de todos los hombres y las mujeres* a una formación técnica, profesional y superior de calidad, incluida la enseñanza universitaria" (meta 4.3); "*eliminar las disparidades de género en la educación y asegurar el acceso igualitario a todos los niveles de la enseñanza y la formación profesional* [...]" (meta 4.5); "*asegurar que todos los jóvenes y una proporción considerable de los adultos, tanto hombres como mujeres, estén alfabetizados y tengan nociones elementales de aritmética*" (meta 4.6); "asegurar

que todos los alumnos adquieran los conocimientos teóricos y prácticos necesarios para promover el desarrollo sostenible, entre otras cosas *mediante [...] los derechos humanos, la igualdad de género [...]*" (meta 4.7); y "*(c)onstruir y adecuar instalaciones educativas que tengan en cuenta* las necesidades de los niños y las personas con discapacidad y *las diferencias de género*, y que ofrezcan entornos de aprendizaje seguros, no violentos, inclusivos y eficaces para todos" (meta 4.a).

1.7. También, en 2015, fue organizado el "Foro Mundial sobre la Educación (World Education Forum) 2015", en Incheon (República de Corea), por la UNESCO, junto con UNICEF, el Banco Mundial, el UNFPA, el PNUD, ONU Mujeres y el ACNUR, con la finalidad de cumplir con el citado Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) núm. 4 y fijar las prioridades globales sobre educación para los siguientes 15 años.

En su punto 7, se resalta que "*(l)a inclusión y la equidad en la educación y a través de ella* son la *piedra angular de una agenda de la educación transformadora*, y por consiguiente nos comprometemos a hacer frente a todas las formas de exclusión y marginación, las disparidades y las desigualdades en el acceso, la participación y los resultados de aprendizaje. Ninguna meta educativa debería considerarse lograda a menos que se haya logrado para todos [...]".

Y, en su punto 8, dice: "(r)econocemos *la importancia de la igualdad de género para lograr el derecho a la educación para todos*. Por consiguiente, nos comprometemos a *apoyar políticas, planes y contextos de aprendizaje en que se tengan en cuenta las cuestiones de género, así como a incorporar estas cuestiones en la formación de docentes, los planes y programas de estudios, y a eliminar la discriminación y la violencia por motivos de género en las escuelas*".

2. Otro ámbito internacional importante para España es el Derecho del Consejo de Europa.

En él, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, aprobado en 1950, en su artículo 14, bajo la rúbrica "Prohibición de la discriminación", recoge que "*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo [...] o cualquier otra situación*".

En su Protocolo Adicional de 1952 (Protocolo núm. 1 del Convenio), incluye, en su artículo 2, el "derecho a la educación", con el siguiente texto: "*A nadie se le puede negar el derecho a la educación*. El Estado, en el ejercicio de

las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el *derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas*".

Y, en su Protocolo núm. 12, del año 2000, vuelve a insistir en lo anterior, diciendo: "1. El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo [...], opiniones [...] o cualquier otra situación". "2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, especialmente por los motivos mencionados en el párrafo 1". Pero, además, bajo la rúbrica "Comentarios a las disposiciones del Protocolo, Preámbulo", se recoge, en su punto 14, que "(e)l hecho de que ciertos grupos o categorías de personas sean desfavorecidos o la existencia de ciertas desigualdades de hecho puede constituir una justificación para la *adopción de medidas por las que se concedan ventajas específicas para promover la igualdad, a condición de que se respete el principio de proporcionalidad*". Alude, pues a las que se han calificado como "*medidas de acción positiva*" para promover la llamada *igualdad material*[12].

En 1995, el Consejo de Europa, como ya hemos indicado atrás, creó un Grupo de Especialistas en Integración (*Group of Specilists on Mainstreaming*), que emitió el *Informe de 1998 sobre integración de la perspectiva de género* (*Gender Mainstreaming*), antes mencionado, para generar un marco conceptual y una metodología encaminados a garantizar la igualdad de género de manera efectiva.

En 1998, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la *Recomendación (98)14 sobre perspectiva de género* (on gender mainstreaming)[13], en la que se recomienda a los gobiernos de los Estados miembros difundir ampliamente el informe del CDEG (Steering Committee on Equality between Women and Men) sobre perspectiva de género y "fomentar su uso como herramienta para implementar esta estrategia en los sectores público y privado" y "alentar a los encargados de adoptar decisiones en que se inspiren en el informe a fin de crear

---

12 Carmona Cuenca, E: "Los principales hitos jurisprudenciales del tribunal europeo de derechos humanos en materia de igualdad de género", en UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, p. 314.

13 Enlace:https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804ec94a

un entorno propicio y facilitar las condiciones para la aplicación de la incorporación de la perspectiva de género en el sector público".

En 2002, la Recomendación (2002) 12, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, *relativa a la educación para la ciudadanía democrática*, declara "que la educación para la ciudadanía democrática es un factor de cohesión social, de comprensión mutua, de diálogo intercultural e interreligioso y de solidaridad, que *contribuye a promover el principio de igualdad entre hombres y mujeres* [...]".

Y, ya hemos mencionado antes, que el Comité de Ministros del Consejo de Europa también emitió, el 31 de marzo de 2010, *la Recomendación 2010(5) sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, cuya finalidad esencial es contrarrestar el riesgo de discriminación y violencia al que se enfrentan las personas LGTBI por no ajustarse a las normas estereotípicas de género[14] y en cuyos puntos 31 y 32 de su apéndice, se refiere a la educación en dicho ámbito.

3. Y el tercer ámbito internacional para España es el Derecho de la Unión Europea.

En el Tratado de la Unión Europea (Versión consolidada) se incluye, en su artículo 2, que "(l)a Unión se fundamenta en los valores de *respeto de la dignidad humana*, libertad, democracia, *igualdad*, Estado de Derecho y *respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías*. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y *la igualdad entre mujeres y hombres*". Y, en su artículo 3.3, segundo párrafo, se consigna que "*(l)a Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará* la justicia y la protección sociales, *la igualdad entre mujeres y hombres* [...]".

En el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, su artículo 8 dice que, "(e)n todas sus acciones, *la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad*". En su artículo 10, recoge que, "(e)n la definición y ejecución de sus políticas y acciones, *la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo,* raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad *u orientación sexual*". Y su artículo 19.1 dispone que, "(s)in perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y den-

---

14 Enlace: https://rm.coe.int/cm-rec-2010-5-en/1680b0ef79

tro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, *el Consejo, por unanimidad* con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, *podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo*, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad *u orientación sexual*".

También incluye alusiones a la educación, aunque sin referencias a la perspectiva o expresión de género en relación con la misma. Lo que dice su artículo 165 es que "La Unión contribuirá al desarrollo de una educación de calidad fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, apoyando y completando la acción de estos en el pleno respeto de sus responsabilidades en cuanto a los contenidos de la enseñanza y a la organización del sistema educativo [...]".

En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, su artículo 1 proclama que "*La dignidad humana es inviolable*. Será respetada y protegida". Su artículo 21.1 consigna que "*(s)e prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo [...], características genéticas [...], pertenencia a una [...] orientación sexual*". Y su artículo 23, bajo la rúbrica "Igualdad entre hombres y mujeres", recoge lo siguiente: "*La igualdad entre hombres y mujeres* será garantizada en todos los ámbitos [...]". "El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan *ventajas concretas en favor del sexo menos representado*"[15].

Y, por otro lado, su artículo 14, bajo la rúbrica "Derecho a la educación", dice lo siguiente: "1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente. 2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria. 3. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas".

Por otra parte, la *Decisión del Consejo de la Unión Europea*, de 20 de diciembre de 2000 (DOCE de 19/1/2001), *por la que se establece un programa de acción*

---

15 Como ya hemos destacado atrás, tal párrafo final alude a las denominadas medidas de acción positiva para lograr la denominada igualdad material. Véase en Carmona Cuenca, E.R: "Los principales hitos jurisprudenciales del tribunal europeo de derechos humanos en materia de igualdad de género", ob. cit., p. 314.

comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005), contempla la *evaluación del impacto derivado del sexo en distintos ámbitos de intervención de la estrategia marco comunitaria* (vida económica, social, vida civil, roles, etc.), como una de las acciones a emprender para el logro de los objetivos mencionados en el referido programa.

Y la *Directiva 2006/54/CE* 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*, en su artículo 29 (bajo la rúbrica, en español, "*Transversalidad de la perspectiva de género*" y, en inglés, "*Gender mainstreaming*"), consigna que "(l)os Estados miembros *tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en la presente Directiva*". Como también recoge, en su artículo 19 (bajo el título "Carga de la prueba"), que "(l)os Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato, presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato" (punto 1); añadiendo a continuación que ello "se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante" (punto 2).

Además, ya dentro de los actos *sui generis* de la Unión Europea, la Comisión de la Unión Europea aprobó su *Comunicación de 21/2/1996 titulada "Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias"*, en la que resalta que "es necesario fomentar la igualdad entre los hombres y las mujeres en todas las acciones y las políticas, y ha de hacerse a todos los niveles", añadiendo que es lo que se conoce como principio de "mainstreaming" (integración de la igualdad entre los sexos), que la Unión Europea ha hecho suyo. Y subraya que "(d)e lo que se trata es de no limitar los esfuerzos de promoción de la igualdad a la ejecución de medidas específicas en favor de las mujeres, sino de movilizar explícitamente –con vistas a la igualdad– todas las acciones y políticas generales, teniendo en cuenta activa y visiblemente en el diseño de las mismas sus posibles efectos sobre las situaciones respectivas de

los hombres y de las mujeres (*gender perspective*) (perspectiva de las diferencias socioculturales entre los sexos con vistas a la igualdad)".

Y, en 1997, la Comisión elaboró una "Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género", diseñada para que pueda adaptarse a las necesidades específicas de cada Dirección General de la Comisión y de cada ámbito, según el caso[16].

3. LOS PRECEPTOS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y LOS PRINCIPALES TEXTOS NORMATIVOS ESPAÑOLES QUE AFECTAN A LA IGUALDAD DE GÉNERO

1. La Constitución española se refiere a la igualdad como valor, principio general del Derecho y derecho subjetivo susceptible de amparo constitucional, en los artículos 1.1, 9.2 y 14. En el artículo 10.1, proclama que *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*. En el artículo 10.2 recoge que las normas relativas a los derechos fundamentales de nuestra Constitución *se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España*. En el artículo 20.4 proclama el derecho a la *protección de la juventud y de la infancia* como límite a los derechos que allí se indican. Y, en el artículo 27, se reconoce el derecho a la educación y la libertad de enseñanza como derechos fundamentales (que también son protegibles mediante recurso de amparo constitucional, según el artículo 53.2), así como la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica y otros aspectos sobre los que incidiremos en los correspondientes apartados.

2. En la legislación de desarrollo de carácter general, en nuestro ámbito de análisis, destacan la Ley 30/2003, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno; la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; la Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia; y la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

---

[16] Puede consultarse en el enlace: file:///C:/Users/tsi/Desktop/gu%C3%ADa%20para%20la%20evaluaci%C3%B3n%20del%20impacto%20en%20funci%C3%B3n%20del-DOC_1%20(1).pdf

Pero, también debemos tener en cuenta la tipificación en el Código Penal (Ley Orgánica 10/1995) del acoso sexual, en el ámbito de una relación docente, o realizado por persona que ostente la condición de autoridad o funcionario público respecto de persona que tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o supuestos similares; y de los delitos de odio, hostilidad etc. (que pueden estar basados en el sexo o la orientación o identidad sexual del sujeto pasivo de dichos delitos).

3. Y, como textos normativos específicos del ámbito educativo, hay que resaltar la Ley Orgánica 2/2006, con modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 8/2013 (LOMCE), la Ley Orgánica 3/2020 y la Ley Orgánica 3/2022. En el ámbito educativo de la formación profesional, rige *la Ley Orgánica 3/2022, de ordenación e integración de la Formación Profesional*. Y, en el ámbito educativo universitario, aluden a aspectos de nuestro objeto de estudio, la Ley Orgánica 2/2023, del sistema universitario, y la Ley 3/2022, de convivencia universitaria, así como algunas normas reglamentarias que citaremos en su apartado correspondiente.

4. LAS PRINCIPALES CUESTIONES QUE PLANTEA LA EDUCACIÓN COMO DERECHO EN EL QUE SE DEBE GARANTIZAR LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS, CON INDEPENDENCIA DE CUÁL SEA SU SEXO

4.1. El acceso igualitario a la educación, sin distinción de sexos y géneros

No hemos encontrado sentencias y noticias sobre denegación o dificultad de acceso a centros de enseñanza públicos o privados concertados, por razones de sexo (sin perjuicio de la problemática de los centros de educación separada de mujeres y hombres, que trataremos más adelante), que pongan en riesgo el derecho fundamental a la educación.

Desde el punto de vista jurídico, en el Derecho Internacional proveniente de las Naciones Unidas, debemos recordar que el derecho a la educación de cualquier persona aparece proclamado, en el artículo 27.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, después de decir, en su artículo 2, que todos los derechos proclamados en la misma se ostentan sin distinción alguna de sexo o cualquier otra condición. Y esto mismo se vuelve a reproducir en el artículo 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en conexión con su artículo 2.

También había sido recogido por el artículo 1 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, de la UNESCO, al resaltar la prohibición de la discriminación en dicho ámbito basada en el sexo, especialmente la atinente al acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza y, al subrayar el compromiso de los Estados Partes en la adopción de medidas necesarias para que no se haga discriminación alguna en la admisión de los alumnos en los establecimientos de enseñanza (art. 3).

En la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de la ONU de 1979, se prescribe, en su artículo 10, que los Estados Partes deben tomar todas las medidas apropiadas para que hombres y mujeres tengan las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional; acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías y en todos los grados de enseñanza; acceso a los mismos programas de estudios y a los mismos exámenes, con personal docente del mismo nivel profesional y locales y equipos escolares de la misma calidad, así como con la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino; las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios; y las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación complementaria.

Y, en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2015, se incluye, como el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) núm. 4, "(g)arantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos", resaltando, entre las metas del citado ODS 4, "asegurar el acceso igualitario de todos los hombres y las mujeres a una formación técnica, profesional y superior de calidad, incluida la enseñanza universitaria".

En el marco del Derecho del Consejo de Europa, en el Protocolo Adicional de 1952 al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (Protocolo núm. 1 del Convenio) proclama, en su artículo 2, que "(a) nadie se le puede negar el derecho a la educación".

En el Derecho de la Unión Europea, el art 14 de su Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 dice que "(t)oda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente" y que "(e)ste derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria".

Y recordemos que ya, en la Constitución española de 1978, su artículo 27 recoge el derecho a la educación como derecho fundamental; previendo su artículo 53.2 su protección mediante recurso de amparo constitucional y su artículo 27.4 que la enseñanza básica será "obligatoria y gratuita"; añadiendo, en su artículo 27.5, que "(l)os poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación [...]".

La Ley Orgánica 2/2006 (LOE) incluye como principio (en su art. 1) la calidad de la educación para todo el alumnado, sin que exista discriminación alguna por razón de sexo. Al referirse a la "admisión de alumnos", se resalta que "(e)n ningún caso habrá discriminación por razón de [...] sexo [...]" (art. 84.3). E, incluso, al ocuparse de la educación para personas adultas y de las pruebas para que las personas mayores de 18 años puedan obtener directamente el título de Graduado en la ESO, dispone que "las Administraciones educativas velarán por que se adopten las medidas necesarias para asegurar la igualdad de oportunidades, la no discriminación por razón de [...] sexo [...]". Pero, en su disposición adicional 25, punto 4 (tras su modificación por la LO 3/2020), dispone que "las Administraciones educativas *impulsarán el incremento de la presencia de alumnas* en estudios del ámbito de las ciencias, tecnología, ingeniería, artes y matemáticas, así como en las enseñanzas de formación profesional con menor demanda femenina" y que "(d)el mismo modo, las Administraciones educativas también *promoverán la presencia de alumnado masculino* en aquellos estudios en los que exista de forma notoria una mayor matrícula de mujeres que de hombres".

Y la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, bajo el título "Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la educación", dispone, en su artículo 13.1, que "(l)Las administraciones educativas, en el marco de sus respectivas competencias, tomarán medidas efectivas para la supresión de estereotipos y *garantizarán la ausencia de cualquier forma de discriminación* por razón de las causas previstas en esta ley, *y en todo caso, en los criterios y prácticas sobre admisión y permanencia en el uso y disfrute de los servicios educativos*, con *independencia de la titularidad de los centros* que los imparten".

4.2. La cuestión de la educación separada de sexos frente a la coeducación (o educación conjunta de ellos)

La Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, de la UNESCO, prohíbe, en principio, en su artículo 1, la

institución o mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos. Pero, acto seguido, matiza, en su artículo 2, que "no serán consideradas como constitutivas de discriminación [...] a) (l)a creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad, y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes".

Y, en España, se ha invocado, para justificar que no puede negarse la financiación de los centros de enseñanza privados que han optado por la educación separada de sexos que el artículo 27.9 de la CE prevé que "(l)os poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca".

La Ley Orgánica 2/2006 (LOE), en su primera redacción, en época de mayoría del PSOE, establece, en el inicial artículo 84.3, que "en ningún caso habrá discriminación por razón de [...] sexo [...]" y, en su disposición adicional 25.ª.1, que "(c)on el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, *los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas* educativas, *serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley*, sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos por España".

Después, el artículo 24.2 de la Ley 3/2007 dice que las Administraciones educativas desarrollarán proyectos y programas dirigidos a fomentar el conocimiento y la difusión, entre las personas de la comunidad educativa, del *principio de coeducación*.

La Ley Orgánica 8/2013 (LOMCE), aprobada cuando el PP obtiene mayoría parlamentaria, introduce un segundo párrafo, en su artículo 84.3, que dice que, "(e)n ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad".

La Ley Orgánica 3/2020, que modifica la LOE, en una nueva época de mayoría encabezada por el PSOE, da una nueva redacción a su disposición

adicional 25.ª.1, diciendo ahora que "[...] los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos *desarrollarán el principio de coeducación en todas las etapas educativas*, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007 [...] *y no separarán al alumnado por su género*".

La Ley 15/2022 incluye, entre sus definiciones, la de "Segregación escolar", diciendo que se entiende como tal "toda práctica, acción u omisión que tiene el efecto de separar al alumnado por motivos socioeconómicos o sobre la base de cualquiera de los motivos enumerados en el artículo 2.1 de la presente ley [donde se encuentran el sexo o la orientación o identidad sexual] sin una justificación objetiva y razonable" (art. 6.8). Después, dispone, en su artículo 13.1, que, *en ningún caso*, los centros educativos que excluyan del ingreso en los mismos a grupos o personas individuales por razón de sexo o de la orientación o identidad sexual *podrán acogerse a cualquier forma de financiación pública*. Y, en su artículo 13.4, añade que "(l)as administraciones públicas y los centros educativos pondrán en marcha medidas para prevenir, *evitar y, en su caso, revertir la segregación escolar*, ya sea mediante mecanismos directos o indirectos".

Así, pues, a partir de la Ley Orgánica 3/2020 ya se excluye directamente a los centros de enseñanza con separación de sexos de la financiación pública.

En la jurisprudencia del TS, la STS, Sala 3.ª, de 24/2/2010 (Roj: STS 1041/2010) anuló el Decreto del Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma que imponía con carácter obligatorio a los centros privados concertados el sistema de enseñanza mixta, invocando que contravenía lo establecido en la Ley Orgánica vigente en aquel momento y en el artículo 2.a de la Convención de la UNESCO de 1960. Y la STS, Sala 3.ª, de 4/5/2017 (Roj: STS 1957/2017) se pronunció en semejante sentido (FJ 9.º.7).

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, sobre dicha cuestión se han producido dos direcciones, determinadas por la mayoría predominante en el mismo en cada momento (que cambió de modo bastante radical con los nombramientos realizados en diciembre de 2022).

La primera ha venido representada por la STC 31/2018, que consideró que tal separación de sexos no era lesiva de los artículos 9.2, 14 y 27.2 de la CE, siempre que se cumpliesen los requisitos del artículo 2 de la Convención de la UNESCO de 1960, y por la STC 74/2018, que declaró que la denegación del concierto por tal separación de sexos vulneraba el derecho fundamental de

los padres a la libertad educativa del artículo 27, apartados primero y tercero CE, en conexión con la garantía constitucional de la libertad ideológica del artículo 16.1 CE.

Y la segunda dirección jurisprudencial constitucional ha venido determinada por la STC 34/2023. Esta Sentencia, por un lado, invoca que la Constitución otorga un margen de libertad de configuración al legislador para que, en el marco que la norma fundamental permita, pueda establecer sus opciones políticas y que, por ello, "la decisión del legislador de otorgar ayudas públicas únicamente a los centros educativos que no separen al alumnado por su género es una opción constitucional legítima". Por otro lado, evoca que la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, prevé que los Estados parte han de comprometerse al "estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr [el objetivo de] eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza". Por otro, resalta que la STC 77/1985 (FJ 11.º) ya sostuvo que las ayudas a las que se refiere el artículo 27.9 CE pueden tener como objeto salvaguardar determinados valores constitucionales y, entre ellos, alude expresamente a "la promoción por parte de los poderes públicos de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas" (arts. 1 y 9 de la CE). Y, por otro, mantiene que la limitación de la financiación pública a los centros que no separen a los alumnos en razón de su sexo no es contraria al artículo 27.3 CE, porque "responde a una concepción del sistema educativo que, no solo no es arbitraria, sino que está inspirada en valores constitucionales, en concreto, la promoción por parte de los poderes públicos de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (arts. 1 y 9.2 CE)".

Pero, también, se incluye en esta dirección, la posterior STC 89/2024, cuyos argumentos más importantes están tomados de la STC 34/2023 (FJ 5.i).

Así pues, en la actualidad, se siguen admitiendo centros de enseñanza con separación de sexo y género, pero excluyéndolos de la financiación pública y, por lo tanto, de su carácter concertado, sobre la base de la disposición adicional 25.ª.1 de la Ley Orgánica 2/2006 –LOE– (tras su modificación por la Ley Orgánica 3/2020) y del artículo 13.1 de la Ley 15/2022, avalados por las SSTC 34/2023 y 89/2024, que han declarado su conformidad a la Constitución.

4.3. El acoso escolar por razón de sexo

Es indudable que el acoso escolar opera como obstáculo al ejercicio del derecho fundamental a la educación de cualquier persona y, por ello, lesiona tal derecho en su ejercicio, además de otros. Y, unas de sus manifestaciones son las *que se realizan por razón de sexo o por razón de orientación o identidad sexual*, aunque el presente estudio solo se va a centrar en el realizado por razón del sexo.

4.3.1. ***En la legislación general y educativa, la LO 3/2007*** (*para* la *igualdad efectiva de mujeres y hombres)* intenta aportarnos definiciones de acoso sexual y acoso por razón de sexo (en su art. 7), con la nota en común de "cualquier comportamiento, verbal o físico [...], 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", pero sin precisar bien la diferencia.

La explicación más clara la encontramos en la STSJ, Sala Social, de Asturias 2479/2022, de 29 de noviembre (Roj: STSJ AS 3575/2022), que ha destacado (en su FJ 4), que "la diferencia fundamental" entre ambas figuras reside en que el acoso sexual se caracteriza por la existencia de una "apelación de índole sexual dirigida a la persona acosada", aspecto que no se da en el acoso por razón de sexo. Y, después, la STS, Contencioso, 1569/2023 (Roj: STS 5058/2023), matiza la diferencia, indicándonos que el acoso sexual "es un comportamiento guiado por la libido o deseo sexual", mientras que este "elemento [...] no está presente en el acoso por razón de sexo". "Este último consiste, más bien, en el menosprecio, el maltrato, la amenaza, la represalia y otras conductas ofensivas que están determinadas por el sexo de la persona afectada [...]. El fenómeno tradicionalmente más usual ha sido el de un hombre hacia las mujeres en general o, por decirlo brevemente, el machismo" (FJ 4.º, punto 4, párrafo tercero).

Y el RD 247/2024 (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), con referencia a las dos categorías de acoso contempladas en la Ley Orgánica 3/2007, alude, en su anexo V, como muestra de conductas constitutivas de acoso por razón de sexo, entre otras, a la "(m)inusvaloración, desprecio o aislamiento de quien no se comporte conforme a los roles sociales socialmente asignados a su sexo" o a "(c)omentarios despectivos acerca de las mujeres u hombres o de los valores considerados femeninos o masculinos y, en general, comentarios sexistas basados en prejuicios de género".

Después, en el ámbito educativo, en la LO 8/2013 (LOMCE, aprobada cuando el Partido Popular obtuvo mayoría parlamentaria), de modificación de la LO 2/2006, de Educación (que fue promovida en su momento por el PSOE), al referirse a la previsión de que los centros deben elaborar un plan de convivencia (art. 124.1) y normas de convivencia y conducta que concreten los deberes de las alumnas y alumnos y las medidas correctoras (art. 124.2, primer párrafo), dispone que "(a)quellas conductas que atenten contra la dignidad personal de otros miembros de la comunidad educativa, que tengan como origen o consecuencia una discriminación o *acoso* basado *en el género* [...] tendrán la calificación de *falta muy grave* y llevarán asociada como medida correctora la *expulsión, temporal o definitiva, del centro*" (art. 124.2, tercer párrafo).

La Ley Orgánica 8/2021 (de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia) *incluye el acoso escolar y el ciberacoso (en su art. 1.2) dentro de lo que se considera violencia* a los efectos de dicha ley. Después, dispone que todos los centros educativos, al inicio de cada curso escolar, *facilitarán al alumnado toda la información*, *referente a los procedimientos de comunicación de situaciones de violencia*, *así como de las personas responsables en este ámbito*; *sobre los medios electrónicos de comunicación, tales como las líneas telefónicas de ayuda al alumnado* (art. 18.1). Como también, prescribe que "(l)as administraciones públicas promoverán [...] *campañas y acciones concretas de información [...] contra aquellas conductas* [...]" (art. 22.1) y "establecerán *planes y programas de prevención para la erradicación de la violencia* sobre la infancia y la adolescencia" (art. 23.1). Más adelante, vuelve a referirse al acoso escolar, reiterando la *previsión de planes de convivencia y códigos de conducta*, *ante dichas situaciones de acoso* (art. 31.2). Además, dispone que las administraciones educativas regularán los *protocolos de actuación contra el acoso escolar y el ciberacoso*, que deberán ser aplicados en todos los centros educativos (art. 34.1). Y prevé que *todos los centros educativos donde cursen estudios personas menores de edad*, independientemente de su titularidad, deberán tener un *Coordinador o Coordinadora de bienestar y protección del alumnado*, que actuará bajo la supervisión de la persona que ostente la dirección o titularidad del centro (art. 35.1).

La Ley 15/2022 (integral para la igualdad de trato y la no discriminación), que incluye, dentro de las discriminaciones prohibidas, la *discriminación por razón de [...] sexo [...]* (art. 2.1), *define el* "*acoso discriminatorio*", diciendo que viene constituido por "*cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la misma, 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" (art. 6.4). Y tipifica como *infracciones muy graves tales conductas, con sanciones de multa* y, como sanciones accesorias, la pérdida de ayudas oficiales. Y se establece que solo se aplicarán estas infracciones y sanciones si, con igualdad de hechos, sujetos y fundamento, no se hubiese estimado la existencia de ilícito penal o no se hubiese impuesto sanción penal o administrativa ya (art. 46.3).

Debe resaltarse que, en conexión con lo anterior, *prevé, para los centros escolares, un protocolo específico* (integrado en su Plan de Convivencia), *para la alerta, identificación, asistencia y protección en el caso de acoso escolar* en relación con las actitudes de discriminación, de intolerancia e incidentes de odio" mencionados en dicha ley. Y, por otra parte, por un lado, crea, en el ámbito de la Administración del Estado, *la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación*, con competencia para iniciar de oficio o a instancia de terceros, investigaciones sobre la existencia de posibles situaciones de discriminación que revistan una especial gravedad o relevancia por razón de las causas previstas (art. 40). Y, por otro lado, establece la existencia de una sección y un fiscal especial para delitos de odio y discriminación, "por la pertenencia de la víctima a un determinado grupo social, según su [...] sexo [...]" (Disposición adicional quinta).

En el ámbito universitario, la *Ley 3/2022, de convivencia universitaria*, dispone que *las Normas de Convivencia promoverán la eliminación de toda forma de discriminación o acoso por razón de sexo* (art. 3.2.c) e *incluirán medidas de prevención y respuesta frente a la discriminación o el acoso por las causas señaladas; añadiendo que* el acoso por razón de sexo deberá ser interpretado conforme al artículo 7 de la LO 3/2007 (art. 3.3). Y, en su artículo 11, *tipifica como faltas disciplinarias muy graves*: "c) *(a)cosar [...] por razón de sexo*" y "d) *(d)iscriminar por razón de sexo* [...]".

4.3.2. ***En el ámbito penal, el acoso escolar***, también calificado con el término inglés *bullyng*, sin concurrencia de lesiones (que podría reconducirlo al tipo penal del art. 147 CP), sin concurrencia de amenazas (que podría reconducirlo al tipo penal del art. 169 CP), sin concurrencia de coacciones (que podría reconducirlo al tipo penal del art. 172 CP), se ha venido encajando en el tipo del artículo 173.1 del CP (que se define como infligir "a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral".

Y, en relación con tal tipo de acoso, se tienen en cuenta como posibles responsables penalmente los docentes y el personal de la dirección del centro que lo hubiesen cometido por omisión, al tener la específica obligación legal de actuar[17].

Y tal calificación, basada en el tipo penal del artículo 173.1 del CP, para casos de acoso escolar *in genere*, se inscribe en la misma línea de la STJUE de 24/7/2012 (demanda 41526/10), caso Đorđević vs. Croacia, sobre un caso de acoso escolar no basado en el sexo o en la orientación sexual del acosado, dado que la misma declaró que se había vulnerado el artículo 3 del CEDH ("Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes) y que los actos de violencia normalmente requerirían el recurso a la aplicación de medidas penales contra los autores (§ 141). Como también se condenó al Estado de Croacia a pagar al acosado y a su madre, a cuyo cuidado estaba, conjuntamente, una cantidad por daños morales, aparte de las costas y gastos, porque las autoridades estatales competentes no adoptaron todas las medidas razonables que deberían haber adoptado para evitar los acosos contra el citado hijo, a pesar de que el riesgo continuo de tales acosos era real y previsible (§ 149).

Pero hay que tener en cuenta que *el artículo 510.2 del CP* recoge, tras las reformas de las Leyes Orgánicas de 31/3/2015 y 13/7/2022, *una modalidad de los denominados delitos de odio*, para quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen *humillación, menosprecio o descrédito* de cualquier persona determinada por *su sexo* (como también por la orientación o identidad sexual del acosado). Y así lo aplicó la Sentencia 119/2022, de 14 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4.ª (Rec. 596/2022, Roj: SAP PO 2076/2022), en un supuesto de *acoso escolar por razón de la orientación sexual del acosado*.

3.3. Pero aquí también se plantea la aplicación de las sanciones administrativas disciplinarias previstas para el citado acoso. En el caso de las enseñanzas

---

17 Inciden en ello, p. ej. el Auto 593/2023, de 20 de julio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6.ª (Rec. 539/2023, JUR\2024\28851), FJ 2.º; la Sentencia 17/2014, de 23 de enero, de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.ª (Rec. 1259/2013, JUR\2014\625417), FJ 1.º y FJ 3.º, párrafo final, así como, respecto del mismo asunto, el Auto 68/2016, de 9 de febrero, de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.ª (Rec. 56/2016, JUR\2016\510077); y el Auto 53/2008, de 12 de febrero, de la Audiencia Provincial de Álava (Rec. 31/2008, JUR\2008\1670538), FJ 2.º.

no universitarias, por estar tipificado el *acoso basado en el género, orientación o identidad sexual, en el* artículo 124.2, tercer párrafo, de la LO 2/2006, como falta muy grave, y prever ese mismo precepto, para tal tipo de falta muy grave, la expulsión, temporal o definitiva, del centro. Y, en el supuesto de las enseñanzas universitarias, por estar tipificados el acoso por razón de sexo y la discriminación por razón de sexo, en el artículo 11 de la Ley 3/2022, de Convivencia universitaria, como falta muy grave, y prever el artículo 14 de dicha ley, para tal tipo de infracciones, dos posibles sanciones: a) la sanción de expulsión de dos meses hasta tres años de la universidad en la que se hubiera cometido la falta, y b) la pérdida de derechos de matrícula parcial, durante un curso o semestre académico.

A estos efectos, no debemos olvidar, por un lado, que *las sanciones administrativas disciplinarias son compatibles con las penales, si su fundamento jurídico* (basado en el interés jurídico protegido) *es distinto del de la sanción penal* y siempre que se respete el principio de proporcionalidad. Así ha sido destacado en las SSTC 188/2005, FJ 2.d y STC 234/1991, FJ 2, párrafo 6.

En cualquier caso, un rastreo de sentencias y noticias sobre acoso escolar por razón de sexo no nos muestra manifestaciones al respecto, a diferencia con lo que ocurre con el acoso escolar por razón de la orientación o identidad sexual de la persona acosada, que es, a nuestro entender, el que realmente predomina. Véase la SAP de Pontevedra 119/2022 arriba citada y la Sentencia 129/2025, de 9 de diciembre, del Juzgado único de Menores de Santander (auto núm. 50/2025).

4.4. El acoso sexual docente

Lo característico del *acoso sexual* es que el acosador solicita favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, y con tal comportamiento provoca en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante [18]. Y se adjetiva como docente por producirse en el ámbito de una relación docente-discente, o sea, profesorado-alumnado.

---

[18] Sobre las notas características del acoso sexual frente a otras figuras próximas nos remitimos a lo expuesto por Tardío Pato, J.A. en su estudio "El acoso sexual en el trabajo, en el sector público y en el sector privado. Una visión integral", publicado en Civitas, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 237, 2024, pp. 23-24.

De nuevo, podemos reiterar aquí que el ejercicio del derecho fundamental a la educación de cualquier alumna o alumno, si concurre una situación de acoso sexual docente, puede verse totalmente impedido si el no plegarse a los deseos del acosador conlleva suspensos en asignaturas o estadios como la evaluación de la tesis doctoral para alcanzar el grado de doctor, en el tercer ciclo de la enseñanza universitaria. O, en el caso de que no se vea totalmente impedido, sí que se vea claramente dificultado y, por ello, igualmente lesionado.

4.4.1. ***La Ley Orgánica 8/2021*** (de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia) *incluye el acoso sexual (en su art. 1.2) dentro de lo que se considera violencia* a los efectos de dicha ley. Y ya hemos destacado anteriormente que esta ley dispone que todos los centros educativos, al inicio de cada curso escolar, *facilitarán al alumnado toda la información referente a los procedimientos de comunicación de situaciones de violencia*, *así como de las personas responsables en este ámbito y sobre los medios electrónicos de comunicación, tales como las líneas telefónicas de ayuda al alumnado* (art. 18.1). Asimismo, prescribe que "(l)as administraciones públicas promoverán [...] *campañas y acciones concretas de información [...] contra aquellas conductas* [...]" (art. 22.1) y "establecerán *planes y programas de prevención para la erradicación de la violencia* sobre la infancia y la adolescencia" (art. 23.1). Y, además, dispone que las administraciones educativas regularán los *protocolos de actuación contra el acoso sexual*, que deberán ser aplicados en todos los centros educativos, independientemente de su titularidad y evaluarse periódicamente, con el fin de valorar su eficacia (art. 34.1).

4.4.2. *El Código Penal (Ley Orgánica 10/1995) presenta varios tipos penales al efecto*

4.4.2.1. Por un lado, tiene tipificado el acoso sexual en el ámbito de una relación docente, *en el artículo 184*, que dice que "(e)l que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación [...] docente [...] y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual [...]" (punto 1).

Y "(s)i el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad [...] docente [...] o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será [...]" mayor (punto 2).

4.4.2.2. Pero también se ha aplicado a casos de acoso sexual por profesorado a alumnado el tipo penal del artículo 443 CP, que dispone que "(s)erá castigado con la pena de prisión [...], la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior".

4.4.2.3. En la jurisprudencia, la STS 354/2019, de 10 de julio (ROJ: STS 2349/2019), enjuició un supuesto de acoso sexual de un profesor titular de escuela universitaria, que realizó acoso sexual a una alumna, solicitándole que debería tener relaciones sexuales con él para aprobar la asignatura, resolviendo que "(e)l delito contemplado en el artículo 184 del Código Penal no es un delito específico de relación docente, como pretende el recurrente, sino de esta y de otras múltiples relaciones de diversa índole" (FJ 3.º) y "el tipo previsto en el artículo 443 [...] no exige, a diferencia del delito tipificado en el artículo 184, que se provoque en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante" (FJ 4). Resalta que "lo importante es que la víctima esté pendiente de una toma de decisión que de hecho esté al alcance del funcionario, *y el concepto de funcionario público a efectos penales alcanza incluso al personal laboral contratado para el ejercicio de funciones en el ámbito de un organismo público*" (FJ 3.º) y, por eso mantiene la aplicación del tipo del artículo 443.1 CP (FJ 4.º).

Y, en la misma línea, se pronunció la SAP de Barcelona, Sección 6.ª, 92/2023, de 2 de febrero (Rec. 254/2022, JUR 2023\134723), al enjuiciar el caso de un catedrático de universidad que dirigía la tesis doctoral de una alumna de doctorado, por realizar acoso sexual frente a tal alumna, de cuyo informe favorable dependía para poder presentar su tesis doctoral, y que provocó en la víctima un estado de estrés y ansiedad que derivó en un trastorno adaptativo que exigió su sometimiento a tratamiento de psicoterapia.

4.4.2.4. Por lo tanto, la conclusión es que, si el problema del acoso sexual docente se plantea en un centro público de enseñanza, debido al concepto amplio de funcionario en el ámbito penal, que incluye no solo a funcionarios públicos en sentido estricto, sino también a autoridades públicas y al personal al servicio de las Administraciones públicas que no tenga vínculo funcionarial estricto, será aplicable el tipo del artículo 443 CP.

Pero si el acoso sexual docente se plantea en centros privados de enseñanza, universitarios o no universitarios, entonces el tipo aplicable será, en principio, el del artículo 184.1 CP. Y, si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad docente o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, será aplicable el tipo agravado del artículo 184.2 CP, que prevé una pena superior.

4.4.3. Pero, además, nos encontramos con las sanciones disciplinarias previstas en el RDL 5/2015, del Estatuto Básico del Empleado Público, aplicables si el delito es cometido por profesorado de centros públicos de enseñanza, dado que tales sanciones son compatibles con las penales, si el fundamento (interés jurídicamente protegido) es distinto y concurre proporcionalidad (SSTC 188/2005, FJ 2.d, y STC 234/1991, FJ 2, párrafo 6).

Concretamente, en su artículo 95.2.b aparece tipificada como falta muy grave el «acoso sexual». Y, como sanciones por faltas muy graves, se recogen en el artículo 96.1: a) (s)eparación del servicio de los funcionarios, que en el caso de los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento; b) (d)espido disciplinario del personal laboral y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban. Aunque, además, sin exigir que concurra falta muy grave, pero tampoco reservarse para las faltas graves y leves, se establecen las sanciones de (s)uspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de 6 años; (t)raslado forzoso, con o sin cambio de localidad de residencia, por el período que en cada caso se establezca; (d)emérito, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria; (a)percibimiento; y (c)ualquier otra que se establezca por ley.

5. LAS PRINCIPALES CUESTIONES QUE SUSCITA LA ENSEÑANZA DE LA NECESIDAD DE GARANTIZAR LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS, CON INDEPENDENCIA DE CUÁL SEA SU SEXO

5.1. La educación sobre la necesidad de garantizar la igualdad de sexo, en currículos, planes de estudio y material didáctico, en equilibrio con la libertad ideológica y religiosa, el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones y el derecho a la protección de la juventud y de la infancia

5.1.1. ***Como textos normativos y documentos internacionales que apoyen la enseñanza especialmente dirigida a la necesidad de garantizar la igualdad de sexo y de género***, en el marco de la ONU, ya hemos destacado anteriormente que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, resalta no solo que la educación es un derecho humano de todos, sin discriminaciones (incluyendo la basada en el sexo –art. 2–), sino que también, la educación debe ser un mecanismo *para garantizar los demás derechos de todos, sin discriminaciones* (incluida la basada en el sexo) *y para asegurar*, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, *su reconocimiento y aplicación universales y efectivos* (Preámbulo de la Declaración), favoreciendo la *comprensión, la tolerancia* y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos (art. 27.2). Y en esto último viene a insistir el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16/12/1966 (en su art. 13.1).

Y, en el ámbito del Consejo de Europa, ya hemos citado anteriormente, por un lado, el artículo 2 del Protocolo Adicional de 1952 (Protocolo núm. 1) al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que, después de proclamar el derecho de todos a la educación, añade que "(e)l Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el *derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas*". Y, por otro lado, hay que tener en cuenta la Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, *relativa a la educación para la ciudadanía democrática*, que declara "que la *educación para la ciudadanía democrática* es un factor de cohesión social, de comprensión mutua, de diálogo intercultural e interreligioso y de solidaridad, que *contribuye a promover el principio de igualdad entre hombres y mujeres* [...]". Como, asimismo, hay que tener presente *la Recomendación 2010(5) sobre medi-*

das para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, que indica, en el punto 32 de su Anexo, que se "deberían adoptar *medidas oportunas a todos los niveles con el fin de promover la tolerancia y el respeto mutuo en las escuelas* [...]" y que "(e)sto debería incluir *proporcionar información objetiva con respecto a la orientación sexual y la identidad de género*, por ejemplo, en los *programas de estudio y los materiales educativos*, y facilitar a los alumnos y estudiantes la información, la protección y el apoyo necesarios para que puedan vivir de acuerdo con su orientación sexual e identidad de género".

5.1.2. ***En la jurisprudencia del TEDH***, son relevantes las sentencias relativas al tratamiento de cuestiones de transexualidad y orientación sexual, que no analizamos aquí, por las razones de limitación de extensión antes citadas. Pero también cabe citar, más centrada en la enseñanza de sexualidad *in genere*, la Decisión del TEDH de 25/5/2000 (demanda 51188/99), caso Jiménez Alonso y Jiménez Merino c. España.

La base litigiosa consistió en la inserción, por la profesora de Ciencias Naturales de octavo curso de Educación Primaria de un centro de enseñanza pública español, en su asignatura, de una parte, relativa a la sexualidad humana y, también, en la distribución de un folleto sobre dicha materia, editado por el Gobierno de Canarias, que incluía, entre otros apartados, uno referente a la anticoncepción y al aborto. El padre de una alumna informó a la dirección del centro su decisión de que su hija no asistiría a las clases de educación sexual y, en el examen de la asignatura (que solo se le obligó a hacer a ella y no al resto de los alumnos que sí habían cursado esa parte del programa), la alumna se negó a responder a las preguntas sobre dicha parte, por lo que fue suspendida y tuvo que repetir el curso escolar.

Los motivos invocados por los demandantes fueron la vulneración de su derecho a la libertad de elección de enseñanza garantizado por el artículo 27.3 de la CE; del principio de no discriminación proclamado por el artículo 14; y del derecho a la libertad de religión y de pensamiento establecido en el artículo 16. Y la fundamentación por el TEDH de la Decisión de inadmisión fue la siguiente: a) en primer lugar, que el artículo 2, segunda frase, del Protocolo 1 del Convenio "*no impide a los Estados impartir, mediante la enseñanza o la educación, información o conocimientos de carácter directa o indirectamente religioso o filosófico*", teniendo en cuenta, no obstante, que "*el Estado debe velar por que la información o los conocimientos incluidos en el currículo se transmitan de forma objetiva, crítica y pluralista*", de modo que *debe entenderse prohibido al*

Estado "perseguir un objetivo de adoctrinamiento que pueda considerarse contrario a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres"; b) en segundo lugar, que, en el caso enjuiciado, *el folleto incluía "información de carácter general que podía interpretarse como de interés general y que en ningún caso constituía un intento de adoctrinamiento dirigido a promover una conducta sexual específica"*; y c) en tercer lugar, que, existiendo en España una amplia red de centros privados de enseñanza, "los padres puedan elegir uno adaptado a sus creencias e ideas" y, si optan por una escuela pública, "el derecho a respetar sus creencias e ideas, garantizado por el artículo 2 del Protocolo núm. 1, no puede interpretarse como que les confiere el derecho a exigir un trato diferente en la educación de su hija de acuerdo con sus propias convicciones", siempre y cuando tal educación sea objetiva y pluralista y no de adoctrinamiento -recalcamos nosotros respecto a esta afirmación final, basándonos en las anteriores afirmaciones de la misma Decisión-.

5.1.3. En el Derecho español, aparte de los preceptos de su Constitución, arriba indicados, en la legislación específicamente educativa, la LO 2/2006, de Educación, bajo la rúbrica "Principios", incluye, en su artículo 1, "*(l)a transmisión* y puesta en práctica *de valores que favorezcan* la libertad personal, la responsabilidad, *la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia*, así como que ayuden a *superar cualquier tipo de discriminación*" (letra c); y "(e)l desarrollo de la igualdad de derechos, deberes y oportunidades, *el respeto a la diversidad afectivo-sexual y familiar, el fomento de la igualdad efectiva de mujeres y hombres* a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas, *la educación afectivo-sexual, adaptada al nivel madurativo* [...]" (letra l).

En relación con la "educación primaria", su artículo 18.3 dispone que se añadirá, en alguno de los cursos del tercer ciclo, *el área de "Educación en Valores Cívicos y Éticos"* (que, en su primera redacción, se calificaba como "Educación para la Ciudadanía), en la cual *se incluirán contenidos referidos*, entre otros apartados, *a la "igualdad entre hombres y mujeres" y al "valor del respeto a la diversidad"*. Su artículo 18.6, segundo inciso, indica que "*se fomentará* en la etapa *el respeto mutuo y la cooperación entre iguales, con especial atención a la igualdad de género*". Y, en su artículo 19.2, dice que "*se trabajarán la igualdad de género [...] y la educación para la salud, incluida la afectivo-sexual*".

Al referirse a los objetivos de la "educación secundaria obligatoria" (ESO), incluye, en su artículo 23, "*(v)alorar y respetar la diferencia de sexos y la igualdad*

de derechos y oportunidades entre ellos. Rechazar los estereotipos que supongan discriminación entre hombres y mujeres" (letra c); "[...] *rechazar la violencia, los prejuicios de cualquier tipo, los comportamientos sexistas* y resolver pacíficamente los conflictos" (letra d); así como "(c)onocer y aceptar el funcionamiento del propio cuerpo y el de los otros, respetar las diferencias [...]" y "(c)onocer y valorar la dimensión humana de la sexualidad en toda su diversidad" (letra k). En su artículo 24.5, con referencia a los cursos 1.º a 3.º de la ESO, recoge que "(e)n todo caso se fomentarán de manera trasversal la educación para la salud, incluida la afectivo-sexual, la formación estética, la igualdad de género y el respeto mutuo [...]". En su artículo 25.6, se prevé, para el 4.º curso de la ESO, que, sin perjuicio de su tratamiento específico, se trabajará en todas las materias, la igualdad de género y que "(e)n todo caso, se fomentarán de manera trasversal la educación para la salud, incluida la afectivo-sexual, [...] y el respeto mutuo y la cooperación entre iguales". Y, en su artículo 25.7, se dispone que "(e)n algún curso de la etapa todos los alumnos y alumnas cursarán la materia de Educación en Valores cívicos y éticos. En dicha materia [...] se incluirán contenidos referidos al conocimiento y respeto de los Derechos Humanos y [...] a la igualdad de mujeres y hombres [...]".

Y, al llegar a los objetivos del "bachillerato", recoge, en su artículo 33, el consistente en "*(f)omentar la igualdad efectiva de derechos y oportunidades de mujeres y hombres*, analizar y valorar críticamente las desigualdades existentes, así como el reconocimiento y enseñanza del papel de las mujeres en la historia *e impulsar la igualdad real y la no discriminación por razón de [...] sexo [...]*" (letra c).

Pero, además, en su disposición adicional 25, punto 5 (tras su modificación por la LO 3/2020), dispone que "(l)as Administraciones educativas promoverán que *los currículos y los libros de texto y demás materiales educativos fomenten el igual valor de mujeres y hombres y no contengan estereotipos sexistas o discriminatorios*".

5.1.4. En la legislación general y no específicamente educativa, la *LO 3/2007* dispone, en su artículo 23, que "*(e)l sistema educativo incluirá entre sus fines la educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres* [...]". En su artículo 24, bajo el título "Integración del principio de igualdad en la política de educación", hace hincapié en los siguientes aspectos: evitar que, por comportamientos sexistas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan desigualdades entre mujeres y hombres; *atención especial en los currículos* y en todas las etapas educativas al principio de igualdad entre mujeres y hombres; consideración de lo anterior

en los libros de texto y materiales educativos; su aplicación en los cursos y programas para la formación inicial y permanente del profesorado; fomento del conocimiento y la difusión, entre las personas de la comunidad educativa, de los principios de coeducación y de igualdad efectiva entre mujeres y hombres; y reconocimiento y enseñanza del papel de las mujeres en la Historia. Y, en su artículo 25.2, respecto de la educación superior, prescribe: a) (l)a *inclusión, en los planes de estudio* en que proceda, de enseñanzas en materia de igualdad entre mujeres y hombres; b) (l)a *creación de postgrados específicos*; y c) (l)a realización de *estudios e investigaciones especializadas* en la materia".

La *LO 2/2010* (*de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, modificada parcialmente por LO 1/2023), dice, en su artículo 5, punto 1, que "*(l)os poderes públicos, en el desarrollo de sus políticas [...] educativas y de formación profesional, [...] garantizarán*: [...] c) (*e)l tratamiento de la educación afectivo-sexual* y la detección y abordaje de conductas de abuso y violencia, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 2/2006, [...] de Educación, en la Ley Orgánica 3/2022, [...] de ordenación e integración de la Formación Profesional, en las pertinentes leyes autonómicas y en los currículos de las diferentes etapas educativas y formativas que ambas normas contemplan; [...] f) *(l)a educación sanitaria integral, con perspectiva de género*, de derechos humanos e interseccional, sobre salud sexual y salud reproductiva". Y, en el punto 2 de ese mismo artículo 5, indica que "(a)simismo, *en el desarrollo de sus políticas promoverán: [...] f) (l)a investigación*, generación y *difusión de conocimiento científico y especializado respecto de la salud, los derechos sexuales y reproductivos con perspectiva de género*, interseccional y de derechos humanos" y "g) (l)as relaciones de igualdad y respeto mutuo entre hombres y mujeres en el ámbito de la salud sexual y *la adopción de programas educativos especialmente diseñados para la convivencia y el respeto de las opciones sexuales individuales*".

La *LO 8/2021* (de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia) prevé, en su artículo 30, segundo párrafo, *dentro del "ámbito educativo"*, bajo la rúbrica *"Principios"*, que "*(l)os niños, niñas y adolescentes en todas las etapas educativas e independientemente de la titularidad del centro, recibirán, de forma transversal, una educación que incluya* [...] *el respeto a los demás, a su dignidad y sus derechos*, especialmente de aquellos menores que sufran especial vulnerabilidad por [...] *la igualdad de género [...]* adaptada a su nivel madurativo [...]".

La *Ley 15/2022* (*integral para la igualdad de trato y la no discriminación*) recoge, en su artículo 13.6, que "(l)as administraciones educativas otorgarán,

en el currículo de todas las etapas educativas, una atención especial al derecho de igualdad de trato y no discriminación. Asimismo, *se fomentará la inclusión, en los planes de estudio en que proceda, de enseñanzas en materia de igualdad de trato y no discriminación, tolerancia y derechos humanos* [...]". Y también dice, en su artículo 13.5, que "(e)n el *contenido de la formación del profesorado*, tanto inicial como permanente, *se incluirá formación específica en materia de atención educativa a la diversidad y a la igualdad de trato y no discriminación*".

5.1.5. La jurisprudencia del TC español ha tenido que pronunciarse sobre la introducción de contenidos relativos a la igualdad entre mujeres y hombres, en los currículos, planes de estudio y asignaturas de los distintos niveles de enseñanza no universitaria, así como en el material didáctico de dichas asignaturas. Y ello, por la invocación por los recurrentes de que los citados contenidos se estaban introduciendo con ideología partidista y sectaria, no respetuosa con el pluralismo político del artículo 1.1 CE, con la libertad ideológica y religiosa del artículo 16 CE y con el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones del artículo 27.3 CE. Ese es el objeto principal de las SSTC 34/2023, 44/2023 y 89/2024.

5.1.5.1. El enjuiciamiento de la *STC 34/2023* (FJ 7) recayó sobre la reforma de la LO 2/2006 –LOE– llevada a cabo por la LO 3/2020, *con la invocación* (por el Grupo Parlamentario del partido político VOX en el Congreso) *de que tales aspectos son regulados en dicha Ley como una ideología partidista que se impone como ideología estatal*, con vulneración del artículo 16 CE, del artículo 27.3 CE, de la jurisprudencia del TEDH sobre la consideración del pluralismo educativo como esencial para preservar la sociedad democrática (SSTEDH de 7/12/1976, asunto Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca, § 50; de 29/6/2007, asunto Folgerø y otros c. Noruega, § 84 b; y de 10/1/2017, asunto Osmanoğlu y Kocabaş c. Suiza, § 91) y de la jurisprudencia del propio TC recogida en la STC 5/1981, FJ 5.a, que resalta que el derecho a la educación "supone la inexistencia de un monopolio estatal docente" y "la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado".

Lo primero que ha argumentado esta STC para desestimar el recurso de inconstitucionalidad apoyado en los citados motivos ha sido, que, ciertamente, *la jurisprudencia del TEDH ha subrayado* que "(e)l respeto a las creencias religiosas o morales 'implica [...] que el Estado, al cumplir las funciones por él asumidas en materia de educación y enseñanza, vela por que las informaciones

o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista", *que "(s)e prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres" y que "(a)quí se encuentra el límite que no debe ser sobrepasado', pero que ello "no impide a los Estados difundir, mediante la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, carácter religioso o filosófico"* (cita aquí la STEDH de 7/12/1976, asunto Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca, § 53). Y, sobre dicha base, afirma esta STC española que "*(e)l respeto a las creencias morales y religiosas de los padres (art. 27.3) no puede conducir a excluir toda información o conocimiento con implicaciones de uno u otro signo*".

Por otro lado, también esgrime la STC española que *la STEDH de 1976 reseñada no consideró la asignatura de educación sexual obligatoria en centros públicos objeto del enjuiciamiento del TEDH contraria al respeto a las "convicciones religiosas y filosóficas" de los padres*, como tampoco la consideró en el "asunto Jiménez Alonso y Jiménez Merino c. España", en Decisión de 25/5/2000, arriba reseñada.

A su vez, aduce que "(n)o hay nada en los preceptos recurridos que haga pensar que la 'educación para la salud, incluida la afectivo-sexual' [...] se pueda configurar y proporcionar en un sentido diferente al expresado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos" *y que, "(s)i en algún caso concreto se produjera un 'abuso', el ordenamiento tiene las vías adecuadas de tutela para ponerle fin y remediarlo* (en el mismo sentido, sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, § 54)".

Asimismo, sostiene que *la "perspectiva de género"* que se menciona entre los principios pedagógicos de la educación secundaria obligatoria y del bachillerato *"se dirige, por consiguiente, a administraciones y centros educativos, no a los alumnos* a quienes el legislador no impone, por tanto, ninguna perspectiva o adhesión ideológica". Y alude aquí a que, según las alegaciones del Gobierno de la Nación, con dicha "perspectiva de género" *lo que se pretende es reforzar "la competencia digital" de las mujeres*, dado que, según el legislador, existe una "brecha digital de género" (como invoca el preámbulo de la Ley Orgánica 3/2020) *y "desarrollar todos los talentos" y atender a "desigualdades detectadas en la elección de estudios por alumnos y alumnas, sobre todo en materias científicas y tecnológicas"*. Porque, además –culmina–, ello está avalado por el artículo 9.2 CE cuando establece "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".

Y, finalmente, aduce que *la "igualdad de género" es un principio acorde con el principio de igualdad que recoge la Constitución* (arts. 9.2 y 14 CE) y que la propia Constitución contempla, en su artículo 27.2 CE, que la educación incluya la transmisión de valores, siempre que los mismos sean acordes con la Constitución.

5.1.5.2. En cuanto a la *STC 44/2023*, la misma enjuicia el recurso de inconstitucionalidad del Partido Popular en el Congreso de determinados artículos de la Ley Orgánica 2/2010, desestimándolo, y sus argumentos relativos a la perspectiva de género en la formación de profesionales los recoge, en su FJ 10.

A) En cuanto al argumento apoyado en la vulneración del principio de seguridad jurídica, ya hemos explicado anteriormente que el mismo es contrarrestado por la sentencia invocando determinados documentos de la ONU, como la "Declaración y plataforma de acción de Beijing de 1995" y, especialmente, el Informe del Consejo Económico y Social de la ONU de 18/7/1997, que sí que aporta (en su p. 24) una definición explícita y precisa de "perspectiva de género". E, incluso, la propia sentencia nos facilita una definición del concepto en tela de juicio.

B) Por lo que se refiere al argumento de que *las referencias a la 'perspectiva de género' son contrarias a la libertad ideológica* (art. 16.1) *y al derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones* (art. 27.3 CE) así como al reproche de adoctrinamiento que la demanda dirige a determinados preceptos de la LO 2/2010, también se rechaza, invocando que "la introducción de la perspectiva de género en la educación sanitaria sexual y reproductiva *es un enfoque metodológico y un criterio hermenéutico transversal* orientado a promover la igualdad entre mujeres y hombres, como parte esencial de una cultura de respeto y promoción de los derechos humanos", *que no cabe admitir que implique finalidad de "adoctrinamiento" alguna que comprometa la neutralidad ideológica del Estado*.

En apoyo de tal aseveración, invoca la STC los artículos 2 y 10 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), de Nueva York, aprobada en 1979, por la Asamblea General de la ONU. Su artículo 2, porque proclama que "(l)os Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas" y que "convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer [...]". Y su artículo 10, porque dispone, en el ámbito educativo, que "[l]os Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad

de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular [...] c) La *eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino* en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, *mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo* y, en particular, mediante la *modificación de los libros y programas escolares* y la adaptación de los *métodos de enseñanza*; [...] h) *Acceso al material informativo específico que contribuya a* asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el *asesoramiento sobre planificación de la familia*".

Como, a su vez, en relación con la salud sexual y reproductiva, evoca la Resolución de la 60ª Asamblea Mundial de la Salud de la ONU, de Ginebra, de 2007, porque esta recomienda a los Estados miembros "que formulen estrategias nacionales para *abordar las cuestiones de género en sus políticas, programas e investigaciones sobre la salud, incluyendo la esfera de la salud sexual y reproductiva*"; que velen por que, *en la prestación de los servicios sanitarios*, se incorpore "una perspectiva equitativa en cuestiones de género"; que recopilen "datos desglosados por sexo"; que tengan en cuenta las disparidades entre los géneros al elaborar políticas y programas; y que "avancen hacia la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de la salud".

Y aduce que el artículo 27.2 de la CE dispone que la educación incluirá el respeto a los derechos y libertades fundamentales y, entre estos, se encuentra el derecho de igualdad, que incluye la que debe existir entre hombres y mujeres y que es un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y principio constitucional.

C) Por lo que a la desestimación del alegato de la existencia de lesión al derecho de libertad de cátedra del personal docente respecta, esgrime la STC que "la opción del legislador está desprovista de orientación ideológica y no impone a los docentes perspectiva ideológica alguna, más allá del respeto a los valores constitucionales". O sea, aunque no lo explica nítidamente el TC, lo que viene a decir es que, si la perspectiva de género es un mecanismo para garantizar un valor superior del ordenamiento jurídico recogido en el artículo 1.1 CE, no puede considerarse como imposición de una ideología determinada, sino como algo intrínseco a la propia Constitución.

D) Y, en lo atinente a la invocada vulneración de los artículos 16.1 (libertad religiosa, ideológica y de culto) y 27.10 CE (que reconoce la autonomía universitaria), por la incorporación, a los programas curriculares de las carreras de

medicina y ciencias de la salud, de la "investigación y práctica clínica de la interrupción voluntaria del embarazo" (art. 8.a) y la formación de los profesionales en salud sexual y reproductiva, "incluida la práctica de la interrupción del embarazo" (art. 8.b), la STC también la desestima.

En cuanto a la vulneración de la autonomía universitaria del artículo 27.10 CE, la niega invocando su propia jurisprudencia constitucional previa, que rechaza que la autonomía universitaria sea incompatible con la obligatoriedad de incluir una asignatura en los planes de estudios de una universidad, declarando que "la autonomía universitaria no es una libertad absoluta y que el Estado tiene competencia exclusiva para regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y, por ende, para imponer en los planes de estudios las materias cuyo conocimiento considere necesario para la obtención de un título concreto, sin perjuicio de que a cada universidad corresponda la regulación y organización de la enseñanza de esas materias" (STC 187/1991, FJ 3, y STC 155/1997, FJ 2).

Y, por lo que se refiere a la pretendida vulneración de la libertad religiosa, ideológica y de culto (del art. 16.1 CE), argumenta la STC que "*(e)l derecho a la objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo* garantiza al personal sanitario la posibilidad de abstenerse de la intervención directa en la ejecución de abortos. Pero [...] *ni del artículo 16 CE, ni de ningún otro precepto constitucional se deriva una obligación del legislador de extender su alcance al ámbito académico, garantizando el derecho a la objeción de conciencia respecto de determinadas asignaturas*". Y "*la participación directa en la ejecución del aborto no es equiparable a la que pueda derivarse de la obligatoriedad de la enseñanza o estudio de su práctica clínica*, en la medida en que no implique participación directa en la interrupción del proceso vital en gestación". Como también añade la invocación del "*carácter excepcional del derecho a la objeción de conciencia* y la necesidad de armonizar el derecho del objetor con la salvaguarda de los fines constitucionalmente legítimos que justifican la imposición del deber".

5.1.5.3. Por lo que a la *STC 89/2024* respecta, esta vuelve a rechazar (en FJ 2) *la alegación* (por el Grupo Parlamentario del partido político VOX en el Congreso) de *que la imposición de la perspectiva de género en las políticas contra la discriminación (por el art. 4.4 de la Ley 15/2022) incorpora un planteamiento puramente ideológico, en contra del pluralismo político* reconocido por el artículo 1.1 CE, *la libertad ideológica* garantizada por el artículo 16.1 CE y la

objetividad con la que debe actuar la administración, según el artículo 103.1 CE. En su fundamentación, vuelve a incorporar argumentos de las sentencias que acabamos de citar (SSTC 34/2023 y 44/2023). Y con evocación de las mismas, sin incidir para este punto en sus argumentos específicos, afirma que "*la perspectiva de género, lejos de comprometer la neutralidad ideológica del Estado, supone un avance en el respeto a los valores constitucionales, especialmente, los recogidos en los artículos 1.1, 9.2 y 14 CE*".

5.1.5.4. En la STC 92/2024 se enjuicia la impugnación (por el Grupo Parlamentario del partido político VOX en el Congreso) de la constitucionalidad de determinados preceptos de la LO 1/2023, modificativa de la LO 2/2010 (de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo).

En ella se vuelve a abordar *la impugnación de la integración de la perspectiva de género en las políticas públicas*, con argumentos que son prácticamente los mismos de la STC 44/2023. Y se acomete la impugnación de la parte del precepto de la ley recurrida que dispone que "*las administraciones educativas*, en el ámbito de sus competencias, *contemplarán la formación en salud sexual y reproductiva [...] desde la óptica del placer, el deseo, la libertad y el respeto* [...]", porque *los recurrentes alegan que la imposición de esa concepción epicúrea de la sexualidad es contraria al principio de neutralidad ideológica del Estado*, que prohíbe que cualquier norma imponga como único y oficial un determinado punto de vista sobre una cuestión moral y que vulnera los preceptos constitucionales citados y el artículo 27.3 CE (que recoge el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones). Pero la STC (FJ 5) la desestima con el argumento ya recogido en la STC 34/2023, FJ 7.d, de que "(e)l respeto a las creencias morales y religiosas de los padres (art. 27.3) no puede conducir a excluir toda información o conocimiento con implicaciones de uno u otro signo", a lo que añade que *la ley enjuiciada "pretende que la educación afectivo-sexual ofrezca una visión completa de la sexualidad, que aborde todos los aspectos de esta realidad [...] huyendo de sesgos y evitando soslayar cuestiones –en el caso que nos ocupa, el placer y el deseo– que constituyen una parte de las relaciones sexoafectivas*". Como también adiciona el argumento ya recogido en la STC 34/2023 (FJ 7.d) de que, "si en algún caso concreto se produjera un 'abuso', el ordenamiento tiene las vías adecuadas de tutela para ponerle fin y remediarlo [...] pero [...] el recurso de inconstitucionalidad es un proceso objetivo y abstracto y por tanto no puede basarse en juicios de intenciones ni remediar vulneraciones hipotéticas".

5.1.6. Y, en la jurisprudencia del TS, también se han producido diversas sentencias en esta materia, a tener en cuenta.

5.1.6.1. Un primer grupo de ellas se han pronunciado sobre cuestiones relativas a la asignatura *"Educación para la Ciudadanía", de la que hay que resaltar que la LO 2/2006, de Educación, decía que*, *en ella, se prestaría "especial atención a la igualdad entre hombres y mujeres*".

5.1.6.1.1. En la STS, Sala 3.ª, de 11/2/2009 (Roj: STS 342/2009), *se desestimó la pretensión de que pudiesen quedar exentos de cursar dicha asignatura los alumnos cuyos padres lo solicitaran, invocando el derecho del artículo 27.3 CE*, casando la STSJ de Andalucía que sí se las había estimado.

Alude la STS, entre otros factores, a la Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, *relativa a la educación para la ciudadanía democrática*, que declara, entre otros apartados, "que la educación para la ciudadanía democrática es un factor de cohesión social [...] que *contribuye a promover el principio de igualdad entre hombres y mujeres* [...]". Por otro lado, afirma que, en tanto en cuanto las creencias religiosas y morales "sean respetadas, no hay serias razones constitucionales para oponerse a la existencia de una materia obligatoria cuya finalidad es formar en los rudimentos de dicha ciudadanía, incluido el reconocimiento del propio derecho a la libertad ideológica y religiosa" (FJ 9). Y culmina señalando que, no obstante, "el hecho de que la materia Educación para la Ciudadanía sea ajustada a derecho y que el deber jurídico de cursarla sea válido *no autoriza a la Administración educativa* -ni tampoco *a los centros docentes, ni a los concretos profesores- a imponer o inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas*". "Ello es consecuencia del pluralismo, consagrado como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, y del deber de neutralidad ideológica del Estado, que prohíbe a este incurrir en cualquier forma de proselitismo" (FJ 10).

5.1.6.1.2. En la STS, Sala 3.ª, de 11/5/2009 (Roj: STS 4131/2009), se casó la STSJ de Andalucía (sede en Sevilla) que había estimado parcialmente el recurso frente a las Órdenes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía por las que *se desarrollaron los currículos correspondientes a la Educación Primaria y Secundaria obligatoria en Andalucía*, en los que se incluía la asignatura *"Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos", por entender que implicaban la transposición a normativa jurídica de la llamada "ideología de género", consi-*

derando, en esencia, *que la citada asignatura* no se limitaba a la formación teórico-práctica de los principios democráticos de convivencia, sino que *perseguía introducir una determinada ideología, vulnerando así el principio de neutralidad ideológica* de los poderes públicos (FJ 1).

La STS revocó la STSJ, invocando que tanto la normativa reglamentaria estatal como la autonómica citada que *se habían dictado en desarrollo de la L.O. 2/2006, se limitaban a incluir la materia Educación para la Ciudadanía* y los Derechos Humanos *en el currículo* que recogía, como objetivos a conseguir, *el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el conocimiento y respeto a los valores recogidos en la Constitución* y el Estatuto de Autonomía, así como *favorecer la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres*. Como, asimismo, añadió que *no podía decirse que tales objetivos colisionasen con el derecho a la libertad ideológica y religiosa*. Y, también, culminó diciendo que tal declaración de la legalidad "no excusa de insistir en que tanto *los proyectos educativos* de cada centro, como *los textos empleados* y *la actividad docente* referida a la asignatura *deben eludir cualquier intento de adoctrinamiento* en la exposición de los contenidos que han de *reflejar con objetividad el pluralismo social existente*" (FJ 4).

5.1.6.1.3. Y, en la STS, Sala 3.ª, de 12/11/2012 (Roj: STS 7975/2012), se revocó la STSJ de Andalucía, sede en Sevilla, de 15/10/2010 (rec. 368/2009), que había estimado, por vulnerar los artículos 16.1 y 27.3 CE, la solicitud de los padres de un alumno menor de edad para que su hijo no asistiera a clase ni fuera evaluado en la asignatura Educación para la Ciudadanía, en el IES de su población, *invocando que, en tal asignatura del curso 3.º de la ESO se estaba utilizando un libro de texto de carácter adoctrinador y cuyo contenido no respetaba los principios y valores contenidos en la Constitución*.

Afirma la STSJ que "se adoctrina «bien *cuando se explican varias doctrinas pero se señala una como la correcta y las otras como erróneas*, o *cuando se explican de tal forma que, para el examen, una de las doctrinas es la respuesta acertada y las otras no*, o por último, *cuando en las explicaciones se ridiculiza una doctrina determinada en provecho de otras*» y, claramente, *la concepción de la sexualidad desarrollada –concepción antropológica–* no es la única vigente en la sociedad actual y, bien a las claras, discrepa de las convicciones morales y religiosas de los recurrentes, *denostando casi hasta el ridículo la «tradicional»* con datos fuera de contexto relativos al celibato, castidad, sacramento, un Concilio y un personaje destacado de dicha religión"

(FJ 6 de la STS, p. 8). Y, en su recapitulación inmediatamente anterior al fallo, dice que "*el libro* «no es en su conjunto respetuoso con los derechos fundamentales invocados» [...] porque «atiende preferentemente a una opción o visión parcial y objetiva» pues «en temas fundamentales (aquellos que primero se tratan en el libro y que tienen un alto contenido moral) [...] *no se puede imponer o inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de visita determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidos*»".

Pero la STS revocó la STSJ y desestimó finalmente el recurso de los mencionados padres, declarando que el libro de texto en cuestión no tiene carácter adoctrinador y que su contenido respeta los principios y valores contenidos en la Constitución. Entre los argumentos de la STS, cabe resaltar, por un lado, el consistente en que "*(l)a constatación de que un texto escolar es [...] inidóneo no justifica que los alumnos no cursen una asignatura*, en especial si su conformidad al ordenamiento jurídico ha sido expresamente declarada por el Tribunal Supremo" (FJ 14, p. 23, párrafo tercero). Por otro lado, afirma que, *en la STSJ, no ha quedado acreditado que el libro sea adoctrinador y que "declarar el carácter adoctrinador de un libro de texto pensado para y dedicado a la educación de menores es una imputación gravísima"*, de modo que "a tal pronunciamiento *solamente se pueda llegar cuando sea evidente tal naturaleza*". Y subraya, finalmente, que "la sentencia está desplazando el problema del texto a su interpretación" (FJ 14, p. 24, párrafo segundo).

5.1.6.2. Un segundo grupo de sentencias incide en una cuestión próxima a la de la materia "Educación para la Ciudadanía" y a *la inclusión en la misma de contenidos relacionados con la igualdad de género*, que es *no solo la inclusión de la igualdad de género en tal materia o asignatura, sino la inserción de tal cuestión en la regulación reglamentaria general de los distintos ciclos de enseñanza*.

5.1.6.2.1. Así, la STS 785/2023, de 13 de junio (ROJ: STS 2855/2023) enjuicia tal asunto, al resolver el recurso interpuesto por la Confederación Católica de Padres de Familia y Padres de Alumnos (CONCAPA) contra el RD 157/2022, por el que se establecen *la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria*, pues en él, además de impugnar la regulación sobre la religión católica (por considerar que dicha regulación era contraria a diversos preceptos constitucionales –arts. 9, 14, 16 y 27– y al Acuerdo de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede), se impugna la inclusión de más de 60 alusiones a expresiones relacionadas con el género, por considerar que, con ello, se están vulnerando especialmente los artículos 16.1 y 27, puntos 1 y 3 CE, "porque se

están introduciendo en el ámbito educativo referencias a la ideología de género, cuando lo que debería imperar es una garantía de neutralidad" (FJ 2.º), además del principio de seguridad jurídica (del art. 9.3 CE) y del artículo 103 CE sobre el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico (FJ 6.º).

Y la fundamentación de la desestimación de tal recurso por la STS se sintetiza en que tal terminología ("género", "perspectiva de género" o "igualdad de género") "*se encuentra ya en la norma legal de cobertura, y en distintos textos normativos internacionales*" (FJ 6.º, primer párrafo).

En cuanto a la norma legal de cobertura, es el artículo 18.6 de la LO 2/2006 de Educación, de modo que la declaración de nulidad de los preceptos reglamentarios exigiría la anulación por el TC de los preceptos legales de cobertura, pero este ha declarado ya la constitucionalidad de tales referencias, en la STC 34/2023, con base en los artículos 1.1 y 9.2 CE, desarrollados por la LO 3/2007, especialmente en sus artículos 23 y 24, relativos a las políticas de educación.

Y, en lo referente a los textos normativos internacionales, invoca la Directiva del Consejo 2004/113/CE; la Directiva 2010/41/UE; el Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020); la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025, de la Comisión de la Unión Europea, de 2020; y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, 1995, de Naciones Unidas, entre cuyos objetivos estratégicos figura la igualdad de género en relación con la educación.

Finalmente, culmina afirmando que "*la mera referencia al «género», sin más, no supone adoctrinamiento alguno para los alumnos*. Al contrario, cuando se alude a la «igualdad de género» o a la «perspectiva de género» se está aludiendo a la igualdad, que no olvidemos es un derecho fundamental, previsto en el artículo 14 de la CE y uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1.1 de la CE)".

5.1.6.2.2. Y la STS 928/2024, de 10 de julio (Roj: STS 3192/2023), vuelve a analizar tal asunto al resolver el recurso interpuesto por la CONCAPA contra el RD 243/2022, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas del bachillerato, tanto en lo atinente a la impugnación de la regulación sobre la religión católica (por los motivos ya citados), como en lo relativo a la inclusión de las expresiones relacionadas con el género, por entender que, con ello, se están vulnerando especialmente los artículos 16.1 y 27, puntos 1 y 3 CE, además del principio de seguridad jurídica (del art. 9.3 CE) y del artículo 103 CE sobre el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico (FJ 6.º).

Y la fundamentación de dicha STS en cuanto las referencias al género ha sido la misma que la recogida en la anterior STS 785/2023, de 13 de junio (Roj: STS 2855/2023), reseñada en el apartado anterior.

5.1.7. Como conclusión, por mi parte, considero que están claros en la jurisprudencia del TEDH y del TC español los parámetros de enjuiciamiento de si el contenido de la enseñanza en cuestión, impartida sobre la necesidad de garantizar la igualdad y la no discriminación entre ambos sexos y géneros, sin discriminación no justificada entre ellos, es conforme con los preceptos del Derecho de la ONU, del Consejo de Europa, de la Unión Europea y de nuestra Constitución: a) el respeto absoluto a la diversidad de sexos y géneros de los seres humanos existentes desde que el comienzo de los tiempos; y b) que tal enseñanza se realice con objetividad, pluralismo ideológico, moral y religioso, y proporcionalidad, sin que sea ofensiva para las personas de otro sexo o género (especialmente para las incluidas dentro de las siglas LGTBI) o poco respetuosa con las mismas, pero sin que tampoco sea ofensiva o poco respetuosa con las religiones existentes, especialmente las mayoritarias.

Pero otra cosa, es si se aplican correctamente o no tales parámetros. Y, en este sentido, la clave, a mi entender, está en la exigencia, destacada especialmente por la jurisprudencia del TEDH, de *enjuiciar el contenido concreto de la enseñanza impartida en cuestión o del texto utilizado como referencia o impuesto a una población joven en formación, tan influenciable,* y *comprobar si es objetiva y pluralista o no y, especialmente, si es ofensiva para determinados sectores de la población o no*. Y, a dichos efectos, nos parecen muy útiles los indicadores para considerar si ha habido adoctrinamiento que mencionó la STSJ de Andalucía, sede en Sevilla, de 15 de octubre de 2010 (rec. 368/2009), casada por la STS de 12 de noviembre de 2012 arriba citada: "cuando se explican varias doctrinas, pero se señala una como la correcta y las otras como erróneas, o cuando se explican de tal forma que, para el examen, una de las doctrinas es la respuesta acertada y las otras no, o [...] cuando en las explicaciones se ridiculiza una doctrina determinada en provecho de otras".

Así pues, la decisión final de anulación o no de la norma o actuación exigirá una motivación material suficiente del resultado del juicio efectuado sobre tales parámetros e indicadores.

5.2. La inclusión, en los planes de estudio universitarios que proceda, de enseñanzas en materia de igualdad entre mujeres y hombres y la creación de postgrados universitarios específicos

Ya hemos visto atrás que esto está previsto en el artículo 25.2 (letras a y b) de la LO 3/2007 (para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

5.2.1. En cuanto a *enseñanzas en la materia "en los planes de estudio universitarios que proceda"*, podemos hallar, por un lado, incluso planes de estudio completos destinados a enseñanzas en materia de género, como es el "Grado en Estudios Socioculturales de Género" de la Universidad Autónoma de Barcelona, con la mayor parte de las asignaturas relativas al género de las personas. Así, p. ej., "Educación y Género", "Lengua y Género" y "Construcción Psicosocial de las Identidades y las Diversidades", en el 1.er curso; "Género y Derecho" y "Economía y Desigualdad de Género", en el 2.º curso; y "Ciencia y Género", en 3.er curso.

5.2.2. Por lo que se refiere a la *creación de postgrados específicos*, también encontramos manifestaciones de su implantación. Es el caso, p. ej., del máster universitario "Erasmus Mundus en Estudios de las Mujeres y de Género", de la Universidad de Granada, en realización conjunta con otras universidades españolas y extranjeras, con la asignatura obligatoria "Teoría feminista: Igualdad, diferencia y diversidad" y, como asignaturas optativas, "Enfoques feministas en el análisis del discurso: lengua y literatura"; "Transformaciones socioeducativas en la España del siglo XX: feminismo y propuestas de igualdad"; "Trabajo Social e intervención social con perspectiva de género"; y "Women's Education in Contemporary World".

5.2.3. Nuestra reflexión en este apartado es que aquí no se plantean los problemas suscitados en esos otros niveles de enseñanza de menor edad, de riesgo de adoctrinamiento en una población más susceptible de manipulación intelectual, pues, en las enseñanzas universitarias, es totalmente libre la matriculación en la titulación de grado o máster de que se trate o en la asignatura en cuestión. Y, por otro lado, a diferencia de la problemática latente en la enseñanza primaria y secundaria, difícilmente puede invocarse aquí el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones del artículo 27.3 CE o el derecho a la protección de la juventud y de la infancia, que se contempla en el artículo 20.4 de la CE.

5.3. El tratamiento de la igualdad de sexo en los procesos selectivos del profesorado para acceso y provisión de plazas

5.3.1. En relación con los procesos selectivos de acceso y provisión de puestos de trabajo, del *profesorado de enseñanzas no universitarias*, debe tenerse en cuenta la previsión del artículo 61.1 de la LO 3/2007, que indica que "(t)odas las pruebas de acceso al empleo público de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella contemplarán el estudio y la aplicación del *principio de igualdad entre mujeres y hombres* en los diversos ámbitos de la función pública".

Por otro lado, en el artículo 7.2 del RD 276/2007 (por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la LO 2/2006), dice que "*(l)os tribunales estarán formados por un número impar de miembros*, no inferior a cinco", que "(e)n su composición se velará por el cumplimiento del principio de especialidad, de acuerdo con el cual la mayoría de sus miembros deberá ser titular de la especialidad objeto del proceso selectivo" y que "*se tenderá a la paridad entre profesoras y profesores*, salvo que razones fundadas y objetivas lo impidan".

5.3.2. En cuanto a los procesos selectivos de profesorado universitario, la LO 2/2023 establece, en su artículo 65.3, que "(t)odas las comisiones y órganos de concursos y acreditaciones a que hacen referencia los artículos 69, 71 y 86 garantizarán el principio de *composición equilibrada entre mujeres y hombres*". Dichas comisiones son las de acreditación y concursos de acceso del profesorado funcionario y las comisiones de concurso de acceso a plazas de personal docente e investigador laboral.

En su artículo 65.4, dice que "los *procedimientos de acreditación del profesorado funcionario y laboral deberán incorporar criterios que garanticen que la igualdad y la conciliación sean efectivas*".

Y, en su artículo 65.1, contempla que "*(s)e podrán establecer medidas de acción positiva en los concursos de acceso a plazas de personal docente e investigador* funcionario y laboral *para favorecer el acceso de las mujeres*. A tal efecto, *se podrán establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el cuerpo docente o categoría* de que se trate".

En desarrollo de lo anterior, en el RD 678/2023, *por el que se regula la acreditación estatal para el acceso a los cuerpos docentes universitarios y el régimen de los concursos de acceso a plazas de dichos cuerpos*, se incluyen varios preceptos sobre la materia que nos ocupa.

En su artículo 4.3, después de indicar que "(s)erá requisito para obtener la acreditación la realización de actividades de investigación o docencia y, en su caso, de transferencia e intercambio del conocimiento por un periodo acumulado de, como mínimo, nueve meses, en universidades o centros de investigación distintos de aquella institución en la que se presentó la tesis doctoral [...]", se matiza que "ANECA podrá dispensar de este requisito a aquellas personas que acrediten situaciones prolongadas en el tiempo que hayan impedido el cumplimiento de las actividades, por razón de [...] conciliación o cuidado de menores, familiares o personas dependientes, y excedencias por cuidado de hijo o hija, de familiar o por violencia de género, mediante resolución motivada".

En su artículo 8.3, dispone, *respecto de los procesos previos de acreditación* por la ANECA, que, *en las comisiones de acreditación*, ANECA garantizará "*una composición paritaria entre mujeres y hombres*".

En su artículo 8.4, añade que "*uno de los miembros de cada comisión deberá contar con experiencia en la integración del análisis de género en la evaluación*, de acuerdo con los criterios que ANECA determine".

En el artículo 14.1, se recoge, que "ANECA garantizará que en el conjunto de las comisiones exista *paridad entre presidencias* ocupadas por hombres y mujeres". Y, en el artículo 21.7, bajo el epígrafe "Méritos y competencias evaluables y criterios de evaluación", indica que "ANECA deberá incluir disposiciones específicas para *garantizar la igualdad entre mujeres y hombres* [...], así como el derecho a la *conciliación de la vida familiar en los procedimientos y criterios de evaluación*".

Después, ya en relación con la segunda fase de obtención de la condición de miembro de los cuerpos docentes universitarios funcionariales, *la determinada por los denominados "concursos de acceso a plazas"* de dichos cuerpos, se vuelve a indicar, en el artículo 32.3, que *en la composición de las comisiones de selección se procurará "una composición equilibrada entre mujeres y hombres*, salvo que no sea posible por razones fundadas y objetivas debidamente motivadas". En el artículo 33.3, se añade que "(l)as universidades *podrán establecer* medidas de *acción positiva* en los concursos de acceso [...] para favorecer *el acceso equilibrado de las mujeres*. A tal efecto, se podrán establecer *reservas y preferencias en las*

condiciones de contratación y *criterios de desempate de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado* en el cuerpo docente o categoría de que se trate". Y, en el artículo 34.1, se precisa que "(e)n los concursos de acceso quedarán garantizados, en todo momento, la igualdad de oportunidades de las personas aspirantes, el respeto a los principios de mérito y capacidad y el principio de *igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres* [...]".

En cuanto a la jurisprudencia producida en este ámbito específico, cabe destacar la STS, Contencioso-Administrativo, 1383/2019, de 16 de octubre (ROJ: STS 3203/2019), que enjuició la legalidad de una convocatoria de universidad pública de plazas de catedráticas/os de universidad para promoción de profesoras/es titulares acreditados, en la que, *invocando la finalidad de mitigar la desigualdad de género*, *se primó la creación de las referidas plazas en aquellas áreas que tuviesen un porcentaje inferior de mujeres al de hombres*, con asignación de una puntuación a las áreas de conocimiento de acuerdo con un baremo basado en los distintos porcentajes.

La Sentencia del Juzgado de lo C-A anuló dicho acuerdo, apreciando la vulneración de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución Española, en conexión con el artículo 103.3. La STSJ revocó tan solo parcialmente tal sentencia apelada, por considerar que había incurrido en el error de considerar que los puntos citados se atribuían a las profesoras cuando se trataba de acceder a una cátedra, dado que ello no era así, pues solo se trataba de tenerlo en cuenta a la hora de convocar las plazas a favor de las áreas que obtuvieran mayor puntuación con el baremo citado; pero mantuvo la anulación del acuerdo, porque consideró que seguía siendo una ventaja para las mujeres desligada de los méritos personales, que no era proporcional y que no estaba objetivamente justificada, comportando una vulneración de los principios de mérito y capacidad y serias dudas de que con ello se beneficiase, en realidad, a las mujeres, sobre todo en los casos de los departamentos en que ya había catedráticas (FJ 1.º).

Pero la STS revocó las dos sentencias previas, *declarando conforme a Derecho el Acuerdo de la Universidad en cuestión, por considerar que no suponía una discriminación proscrita por el ordenamiento jurídico*, sino que respondía, al amparo del artículo 27.10 de la CE (que reconoce autonomía a las universidades), al mandato del artículo 14, en relación con el 9.2, de la CE y del artículo 51.a) de la Ley Orgánica 3/2007.

Y el argumento principal de esta STS fue –a nuestro entender– que lo que perseguía tal medida era evitar el crecimiento de la "brecha de género en la universidad española", dado que en la estadística que citó del Ministerio de Educación tan solo ostentaba la categoría de catedrática/co un 20,8% de mujeres y que, una vez convocados los procesos selectivos de acceso a las plazas objeto de convocatoria, tal medida no garantizaba que tal plaza correspondiese necesariamente a una profesora y, por ello, tampoco podía considerarse que infringiese la igualdad basada en el mérito y la capacidad (FJ 8).

Mi conclusión en este apartado es resaltar la complejidad de las medidas de acción positiva en el mismo, porque el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 dice que "el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas *en favor del sexo menos representado*" y en este mismo sentido se ha pronunciado el RD 678/2023 (art. 33.3). Y es que, en determinadas áreas de conocimiento (lo mismo que en ciertas profesiones), el sexo menos representado puede ser el del hombre (como está ocurriendo actualmente en la judicatura, en la cual la mujer ha llegado en 2024 al 57,2% del total), pero no tanto por discriminación de un sexo a otro, sino por preferencias vocacionales, que también deberían ser respetadas, por la libertad proclamada en el artículo 1.1 CE como valor constitucional.

Capítulo 6
TRABAJO Y GÉNERO

José Fernando Lousada Arochena
Magistrado especialista de lo social Tribunal Superior de Justicia de Galicia
Profesor asociado
Universidad de Coruña
https://orcid.org/0000-0002-4629-0539

Declinar los tópicos de trabajo y género, como el título de este estudio promete exige analizar, desde una perspectiva iusfilosófica, cuáles son las estructuras socioculturales a las que se enfrentan las leyes de igualdad entre mujeres y hombres y cuáles son los contenidos que esas leyes deben incluir para luchar de manera efectiva contra tales estructuras (lo que nos ocupará en los epígrafes 1 a 3); y, desde una perspectiva iuspositiva, cuál era la situación de partida antes de la implementación de unas leyes modernas de igualdad de género, en qué hemos avanzado y qué nos queda por avanzar, lo que, después de una breve exposición de las fuentes normativas necesaria para contextualizar los análisis posteriores (epígrafe 4), nos llevará a abordar el principio de igual retribución por trabajo igual o de igual valor (epígrafe 5), las desigualdades, brechas y discriminaciones en el empleo (epígrafe 6), el muro maternal (epígrafe 7), los derechos de conciliación versus los derechos de corresponsabilidad (epígrafe 8), las violencias de género en el mundo del trabajo (epígrafe 9), la protección frente a represalias (epígrafe 10) y la discriminación interseccional de las mujeres trabajadoras (epígrafe 11). Finalizaremos con unas conclusiones (epígrafe 12) relativas a cada epígrafe, salvo el epígrafe 4, por presentar un contenido meramente expositivo.

1. DIVISIÓN SEXUAL DEL TRABAJO Y SISTEMA ECONÓMICO DE PRODUCCIÓN: ESTEREOTIPOS Y PREJUICIOS

En la Civilización Occidental (me atrevería a decir que en todo lugar y momento e incluyendo a todas las civilizaciones, aunque pudiera haber puntuales excepciones), se ha edificado una división social del trabajo atendiendo al

sexo a resultas de la cual el trabajo asignado a los hombres tiene más valor social y económico que el trabajo asignado a las mujeres (y esto es lo verdaderamente relevante pues una división sexual del trabajo no necesariamente tiene por qué generar desigualdades). Una diferente valoración que obedece no al sexo entendido como una realidad biológica (es decir, no es una consecuencia de la naturaleza), sino a los estereotipos, prejuicios, roles, sesgos, ideas preconcebidas, mitos y otras nociones o prácticas nocivas[1] que, en una sociedad patriarcal, conforman la urdimbre con que se teje el género (entendido no como un atributo personal, sino en sentido abstracto como un constructo sociocultural). Simone de Beauvoir lo expresó en su tan conocida frase: "No se nace mujer, llega una a serlo"[2].

A estas alturas de la elaboración feminista, la explicación de la división sexual del trabajo, o mejor dicho, de una división sexual del trabajo según la cual el de los hombres siempre tiene más valor que el de las mujeres, se ha hallado en la detentación masculina del poder que, figuradamente, se ha descrito a través de la teorización del pacto sexual, que sería previo al pacto social fundante de la sociedad (que es la figura con la que la Ilustración describió la transición desde el estado de naturaleza) y que no habría sido suscrito por los hombres y las mujeres libremente, sino por los hombres, que lo imponen a las mujeres (sería el pacto

---

1 Un estereotipo es una generalización basada en determinadas circunstancias externas de las personas que es comúnmente aceptada por una sociedad concreta acerca de atributos o características que esas personas poseen o deberían poseer o de las funciones sociales que desempeñan o deberían desempeñar. El estereotipo tiene un componente cognitivo que lo avala, aunque, como generalización que es, siempre produce distorsiones que serán tanto más grandes cuanto menor sea la veracidad de ese elemento cognitivo. Además, el estereotipo tiene un componente normativo que conmina a las personas estereotipadas a actuar conforme al estereotipo, de manera que, si no lo hacen, se pueden ver sometidas a sanción social. Por cualquiera de sus dos componentes, el estereotipo es susceptible de provocar situaciones de discriminación. Un prejuicio también es fruto de generalizaciones, pero aquí sustentadas en lo puramente emocional, con lo cual falta el elemento cognitivo que sustenta al estereotipo y no precisa llevar asociado un componente normativo. Por lo general, se asocia con situaciones de violencia. En todo caso, las diferencias entre estereotipo y prejuicio, y ambos con los demás conceptos semejantes (roles, sesgos, ideas preconcebidas, mitos y otras nociones y prácticas nocivas), no siempre son fáciles en la práctica, y en lo jurídico, acaso poco relevantes, de ahí que, con toda la cautela, utilizaremos estereotipos y prejuicios indistintamente para referirnos genéricamente a todos los ingredientes del sistema de género.

2 *Vid*. De Beauvoir, S.: *El segundo sexo* (1949), edición en español de Ediciones Cátedra, Madrid, 1999. La obra se divide en dos volúmenes: el I, "Los hechos y los mitos", y el II, "La experiencia vivida". La frase citada en el texto principal inicia el volumen II.

fundante del sistema patriarcal sobre el que después se alcanza el pacto social en el que los hombres fueron únicos participantes)[3].

Tal división sexual del trabajo se suele simplificar en la afirmación de que los hombres realizan las labores productivas (de mayor valor social) y las mujeres las labores reproductivas (debido a su condición y con menor valor social). Pero realmente esta afirmación, aparte de que presenta el riesgo de naturalizar la diferencia, en todo caso se queda muy corta en cuanto a su alcance, pues la división sexual del trabajo también afecta a las mujeres que realizan labores productivas, encasillándolas en ciertas profesiones, en niveles bajos o en trabajos marginales, así como a las mujeres que no realizan labores productivas y tampoco tienen hijos/as que cuidar, encasillándolas en labores de cuidado conyugal, familiar o comunitario o en la vida religiosa. Incluso en aquellas actividades fuera de lo socialmente aceptado, las mujeres están abocadas a actividades distintas a las de los hombres (usualmente, al ejercicio de la prostitución).

Más aún, la concreción de la división sexual del trabajo ni siquiera es un absoluto histórico y universal, porque depende de la realidad social en cada lugar y momento, lo que nos permite ratificar que la división sexual del trabajo no es una consecuencia de la naturaleza, sino que es un constructo sociocultural. De esta manera, una labor asignada a los hombres en una sociedad, en otra sociedad puede asignarse a las mujeres, e incluso, en la misma sociedad, la asignación sexual puede cambiar con el tiempo. Sin embargo, la tendencia es que la labor asignada a los hombres en una concreta sociedad y tiempo será de más valor que la asignada a las mujeres, aunque en otras sociedades o tiempos el valor fuera otro porque las asignaciones fueran diferentes. De ahí la amarga reflexión de aquella sindicalista que afirmaba que, después de muchos años de lucha, las mujeres hemos conseguido subir (o nos han dejado subir) a barcos que se hunden, en referencia a la desvalorización de trabajos tradicionalmente masculinos después de su progresiva feminización (sin que sea relevante discernir aquí si a las mujeres las han dejado subir porque se hunden o se hunden porque han subido).

¿Qué postura han adoptado, ante la realidad de la división sexual del trabajo, los sistemas económicos de producción? Hasta no hace mucho en términos

---

3 *Vid*. Pateman, C.: *El contrato sexual* (1988), edición en español de Editorial Anthropos, Barcelona, 1995.

históricos, todos los sistemas económicos de producción y los consiguientes sistemas de organización del trabajo llamado productivo (la esclavitud en la Edad Antigua, la servidumbre en la Edad Media, y el trabajo libre que se atisba en la Edad Moderna y se consolida en la Edad Contemporánea a través de la figura del contrato de trabajo), no solo no se han preocupado de erradicar la división sexual del trabajo, sino que, además, se han servido de la división sexual del trabajo para maximizar la finalidad de producción de la riqueza, y, con ello, han actuado como factores de consolidación del sistema patriarcal.

En particular, el sistema capitalista precisa de personas trabajadoras con amplias disponibilidades de tiempo, cuantitativamente (jornadas completas más horas extraordinarias) y cualitativamente (jornadas flexibles, trabajos a turnos). Al mismo tiempo, se precisan otras personas que cuiden a las trabajadoras, a la vez que sean consumidoras. Seguramente al sistema capitalista le sea igual que las personas trabajadoras sean hombres y que las personas cuidadoras sean mujeres. La atribución de esos roles obedece a la división sexual del trabajo. Pero es así como el sistema capitalista acabó fomentando el papel del hombre como proveedor de recursos (*male breadwinner*), exigiéndole una plena dedicación al trabajo con contraprestación de un salario familiar.

Hemos de reconocer que el sistema capitalista ha evolucionado desde un modo de producción liberal en el siglo XIX a un sistema mixto con elementos sociales en el siglo XX, dando nacimiento al Estado social o de bienestar, entre cuyos fines está la erradicación de desigualdades basadas en el sexo, en especial en el mundo del trabajo.

Con todo, las desigualdades laborales se mantienen. En parte, ello se debe a que, aunque el Estado social o de bienestar asume como uno de sus fines la erradicación de las desigualdades basadas en el sexo, hay fallas en orden a ese fin en forma de carencias legales (brechas normativas) y/o en las políticas públicas (brechas de diseño) y de falta de efectividad en la aplicación de las leyes y políticas públicas de igualdad (brechas de aplicación). En otra parte (y que en buena medida retroalimenta las anteriores brechas, y en particular las de aplicación), ello se debe a las características de los estereotipos y prejuicios de género, en la medida en que son versátiles porque se infiltran o son susceptibles de infiltrarse en todas las relaciones sociales; son invisibles porque se ocultan bajo el manto de un supuesto orden natural de las cosas; son mutables porque se manifiestan de renovada manera cuando se producen cambios en su entorno; son adaptables

porque se acomodan a las nuevas realidades antes de que las leyes o las políticas de igualdad las contemplen; y, en conclusión, los estereotipos y prejuicios de género son resilientes porque son capaces de mantenerse en su esencia, infiltrándose en todas las relaciones sociales de manera invisible, con nuevas manifestaciones diferentes a las más tradicionales y acomodándose a las nuevas realidades. Dada su resiliencia, los estereotipos y prejuicios de género presentan la virtualidad de confrontar con el valor de la igualdad y de desinflar la eficacia de las leyes de igualdad, demorando su aplicación, poniéndoles trabas, limitando su aplicación, y, a veces, consiguiendo derogarlas *de facto*[4].

2. EL TRABAJO DE LAS MUJERES: DE LA ECONOMÍA INDUSTRIAL A LA ECONOMÍA DIGITAL

La evolución acaecida desde la Revolución Industrial hasta la actual Economía digital nos sirve como ejemplo paradigmático para verificar la resiliencia de los estereotipos y prejuicios de género con la que hemos concluido en el anterior epígrafe.

El sistema capitalista decimonónico se construyó sobre una ideología económica liberal que solo valoraba el trabajo productivo, esto es, el trabajo industrial que generaba riqueza económica, y en el que, por los propios estereotipos y prejuicios de género, no entraba el trabajo realizado por las mujeres dentro del hogar, que quedaba invisibilizado. "¿Quién le hacía la cena a Adam Smith?" es un ensayo de Katrine Marçal que pone el acento en esta invisibilidad[5]. Adam Smith se maravillaba, con su teorización de la mano invisible que hacía que el interés económico del ganadero, el transportista y el carnicero le permitiesen disfrutar de un filete a la hora de cenar. Pero se olvidaba de que quien se lo preparaba y se lo servía era su madre, cuyo trabajo de cuidado, realizado por amor y no por un interés, quedaba fuera del sistema productivo.

De esta manera, y a causa de los estereotipos de género, persona trabajadora no es toda persona que trabaja, sino solo aquella que, trabajando, realiza un tra-

---

4 Más ampliamente, véase Fernández Galiño, M. D. y Lousada Arochena, J. F.: "Prejuicios de género en las relaciones laborales", *Revista de Derecho Social y Empresa*, Dykinson, núm. 16, 2022.

5 *Vid*. Marçal, K.: *¿Quién le hacía la cena a Adam Smith?* (2012), edición en español de Penguin Random House, Barcelona, 2016.

bajo socialmente considerado, y en una sociedad patriarcal lo socialmente considerado es lo que hacen los hombres. Por ello, el trabajo doméstico, el de cuidado de hijos/as, familiares o personas allegadas, el de colaboración en la explotación familiar o en sectores económicos no formalizados ni reconocidos profesionalmente, todos ellos trabajos mayormente feminizados, quedan fuera del sistema productivo formal. Baste comprobar cómo el PNB, el PIN u otros indicadores de la riqueza nacional siguen dejando fuera el trabajo doméstico, o cómo el trabajo regulado por el Derecho del Trabajo sigue siendo solo el trabajo productivo, y por ello retribuido. La economía moderna y el Derecho del Trabajo se construyeron sobre un modelo androcéntrico.

Que el sistema económico de producción y el sistema de organización del trabajo estuviesen construidos sobre un modelo androcéntrico no impidió que las mujeres, acuciadas por sus necesidades y las de sus familias, trabajasen en las fábricas surgidas al calor de la Revolución Industrial. Pero los prejuicios, que en principio las habían expulsado de la economía formal, estaban esperándolas cuando se unieron a ella. Cuando las mujeres, niños y niñas entraron a trabajar en las fábricas, su trabajo fue valorado en la mitad que el de los hombres, de ahí su consideración de "medias fuerzas", siendo su salario matemáticamente la mitad o, en el mejor de los casos, algo superior, pero siempre inferior al del hombre. La justificación de esta desigualdad se encontraba bien en que el hombre es siempre cabeza de familia y la mujer, aunque no trabajase, siempre tendría un varón protector, fuese padre, hermano, esposo o hijo, incluso su yerno; bien, más directamente, en que el valor del trabajo hecho por la mujer era siempre menor que el valor del trabajo hecho por el hombre, de ahí la derivada de que los trabajos feminizados no mereciesen los salarios de los trabajos masculinizados.

Siendo la mitad el salario de mujeres, niños y niñas, se abrió la veda, en el contexto del capitalismo liberal decimonónico, para su explotación. La reacción pietista contra estas situaciones de explotación humana introdujo condiciones especiales de trabajo para las mujeres. Pero esta normativa paternalista también venía con prejuicios de género incorporados: la prohibición del trabajo en el interior de las minas obedecía a su dureza, supuestamente incompatible con la debilidad femenina, cuando la fortaleza física y mental se debe verificar individualmente; la prohibición del trabajo nocturno se justificaba en el riesgo de agresión sexual, prostitución o adulterio, como si las mujeres, al salir de noche tendiesen a prostituirse o a engañar a sus parejas; o las prohibiciones en trabajos industriales con productos tóxicos pretendían salvaguardar la fertilidad de las mujeres, cuando

es un riesgo que también afecta a los hombres y cuya solución se encuentra no en la prohibición de trabajo, sino en las mejoras de las condiciones de salud laboral.

Durante y después de la Segunda Guerra Mundial, las mujeres entraron con más intensidad en el mercado de trabajo y en todas las profesiones, lo que demostraba lo injustificado de las prohibiciones paternalistas. Pero ni la irrupción masiva de mujeres en el mercado de trabajo, donde entraron para quedarse, ni el arrumbamiento del paternalismo, que fue progresivo, bastaron para conseguir la igualdad en las relaciones laborales, porque los prejuicios de género que sustentaban históricamente la exclusión de las mujeres se mantienen inmutables en su esencia, ahora con nuevas manifestaciones demostrativas del carácter sistémico de la discriminación laboral de las mujeres:

- Las mujeres deben seguir un patrón masculino para acceder al trabajo en plenitud y, en consecuencia, para acceder a la plena ciudadanía, en la medida en que el trabajo es la llave de acceso a la ciudadanía –por ejemplo, renunciando a la maternidad para acceder al trabajo, lo que sitúa a las mujeres en un dilema, técnicamente denominado "dilema de Wollstonecraft"[6], que no tienen los hombres: o son madres y no trabajan, o trabajan y no son madres, y, en las dos opciones, perpetúan el *statu quo*; la solución al dilema se encuentra en construir un mercado de trabajo que sea inclusivo–.
- Las mujeres se derivan hacia ciertos sectores que supuestamente encajan mejor con las habilidades femeninas –educación, servicios sanitarios y sociosanitarios, labores administrativas–, con dificultades para acceder a profesiones de carácter técnico –son las paredes de cemento o segregación vertical; de relevancia es la brecha STEM, que es la brecha en carreras de ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas–.
- Las mujeres tienen dificultades para ascender: es la segregación horizontal a través del techo de cristal, *ceiling glass*, y el suelo pegajoso, *sticky floor*; e incluso en entornos feminizados, los pocos hombres promocionan más fácil –escalera de cristal–; a veces a las mujeres se les ofrece la

---

6 Según la elaboración de Carole Pateman (1988/1995), el "dilema de Wollstonecraft" es una trampa, pues se fuerza a las mujeres a elegir entre la ciudadanía a través de una igualdad, entendida a veces como mismidad (con lo cual serán "hombres de segunda"), o a través de la diferencia, entendida usualmente como diferencia respecto del modelo legitimado de sujeto (con lo cual serán ciudadanas "de segunda").

oportunidad, pero se trata de una tarea casi imposible –precipicio de cristal–; otro fenómeno vinculado a la segregación horizontal semejante es el tokenismo –mujer florero–, situando a alguna mujer en puesto de poder, pero no sistemáticamente, y usualmente en áreas supuestamente propias de sus capacidades –recursos humanos en empresas o políticas sociales en los gobiernos–; y otro fenómeno también vinculado a la segregación horizontal es el síndrome del impostor/a que fue identificado precisamente en las mujeres directivas.

- Las mujeres, ante la ausencia de medidas de corresponsabilidad efectivas, se aglomeran, para poder cumplir con las cargas familiares, en relaciones precarias con menores exigencias de tiempo o desplazamiento –en el trabajo a tiempo parcial, en el trabajo de temporada, en el clásico trabajo a domicilio y en el moderno teletrabajo–.
- Las mujeres, a consecuencia de los estereotipos vinculados en particular a la sexualidad, sufren acoso sexual y son mayoritariamente las víctimas del acoso laboral.
- Se enquista una importante brecha salarial/retributiva como consecuencia de la conjunción entrelazada de las discriminaciones causadas por las retribuciones con todas las desigualdades anteriores; brecha retributiva causante de una posterior brecha pensional.

Mucho ha cambiado en las últimas décadas (en España, el hito sería la Constitución de 1978), pero la discriminación de las mujeres se mantiene. Por un lado, porque la discriminación de las mujeres se sustenta en prejuicios de género que permanecen, aunque cambien en sus manifestaciones, adaptándose rápidamente a las nuevas realidades económicas y laborales. De otro lado, porque el sistema productivo se sigue concibiendo con una finalidad primordial de generación de riqueza económica, sin asumir todavía que la igualdad de género fomenta la producción de riqueza; de donde, aunque sea de reconocer que, poco a poco, esa idea prende cada vez más, mientras esa idea no prenda con la fuerza que debe, el sistema productivo seguirá sustentándose en las desigualdades entre ambos sexos, y, a su vez, seguirá fortaleciendo tales desigualdades.

Va a ocurrir algo similar con el nuevo cambio en el modelo productivo derivado de la digitalización de la economía, pues los prejuicios de género permanecerán adaptándose a las nuevas realidades laborales a través de fenómenos como los sesgos de género en la inteligencia artificial, en particular si es generativa

(*machine learning*)[7], con especial incidencia en procesos de empleo o promoción profesional (véanse dos ejemplos resueltos por la justicia italiana: Glovo[8] y Foodinho[9]); un teletrabajo impuesto sin atender a la voluntad de la persona trabajadora y como mecanismo impropio de conciliación de la vida familiar y laboral, con el resultado de marginar a un colectivo mayormente feminizado; la brecha digital que las mujeres padecen, actualmente no tanto en el acceso a las TIC como en su diferente uso respecto a los hombres (que desemboca en una masculinización del sector tecnológico); las violencias digitales, que en sus múltiples manifestaciones suelen tener víctimas femeninas y casi todas pueden aparecer en el mundo del trabajo (el *ciberbullying*, en particular el grupal o *raiding*, y el realizado mediante *sockpuppets*; la sextorsión; el *sexting* inconsentido; el *cyberflashing*, o envío de "fotopollas"; el *revenge porn*; el *doxing* o divulgación de datos personales; el *zoombombing* o boicoteo de videoconferencias; o la difusión de *deepfakes* sexuales).

Mientras tanto se instalan las desigualdades en la nueva economía digital, las leyes de igualdad tardan en contemplar estas nuevas realidades, sin que el nuevo modelo productivo se comprometa como debiera en la promoción de la igualdad de género.

---

7 La IA se ha tildado de "arma de destrucción matemática" que aumenta la desigualdad y amenaza la democracia por O´Neil, C.: *Armas de destrucción matemática. Cómo el big data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, Capitán Swing, Madrid, 2017. Sobre los sesgos discriminatorios, me permito remitir a Lousada Arochena, J. F.: "Inteligencia artificial y sesgos discriminatorios: ¿es necesario un nuevo concepto de discriminación algorítmica?", *IgualdadES*, 11, julio-diciembre, 2024, pp. 97-123.

8 Sentencia del Tribunal Ordinario de Bolonia, Sección Laboral, de 31 de diciembre de 2020 (Causa 2949/2019): Deliveroo funciona con un algoritmo de atribución de turnos (llamado Frank) en función de si el *rider* se ha dejado de conectar a turnos con anterioridad. Los sindicatos demandaron porque esa instrucción no distinguía si esa conducta obedecía al ejercicio del derecho de huelga, a una enfermedad o al cuidado de familiares. El tribunal consideró la existencia de discriminación porque, siendo neutra la instrucción, colocó a *riders* en desventaja particular sin una evaluación de las razones justificadas de su absentismo.

9 Sentencia del Tribunal Ordinario de Palermo, Sección Laboral y de Previsión, de 17 de noviembre de 2023 (Causa 9590/2023): la calidad y eficiencia de las personas trabajadoras de Foodinho (filial italiana de Glovo) se media, entre otros factores, por la disponibilidad en horas de alta demanda, lo que perjudicaba a aquellas personas trabajadoras que, por razones familiares, de edad o salud, no podían atender a esas horas.

3. LEYES DE IGUALDAD CLÁSICAS Y LEYES DE IGUALDAD MODERNAS

Todas las situaciones reflejadas en el anterior epígrafe se pueden catalogar como discriminaciones por razón de sexo o, por decirlo de una manera más aséptica, desigualdades o brechas de género. Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, no todas las discriminaciones lo son en un sentido jurídico. La discriminación propiamente dicha es un concepto social, mientras que quienes nos dedicamos al Derecho, y por obvias razones de seguridad jurídica, manejamos un concepto definido en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina. Pero eso no nos debe llevar a engaño: la discriminación sigue siendo un concepto social y, a día de hoy, ese concepto es más amplio que el concepto de discriminación en sentido jurídico. Ciertamente, el principio de igualdad de género se ha caracterizado por una progresiva evolución, buscando una ampliación conceptual con la finalidad de que la discriminación en sentido jurídico sea igual que la discriminación en un sentido social. De ahí que la labor del jurista comprometido con la igualdad debe ser la de cooperar en la construcción de un concepto de discriminación en un sentido jurídico comprensivo de toda discriminación en un sentido social, y hacerlo además con seguridad jurídica, pues, si no hay un concepto técnico jurídico de discriminación se corre el riesgo tanto de incurrir en carencias (negar la discriminación cuando sí que la hay) como en excesos (afirmar la discriminación cuando no la hay).

La conceptuación más tradicional de la discriminación en sentido jurídico se ha construido a partir de las desigualdades de trato basadas en el sexo, impuestas por terceras personas identificadas, apreciables entre situaciones comparables y sin justificación razonable de la diferencia. Pero este concepto de discriminación no consigue captar la realidad de una discriminación estructural, sistémica y difusa, una "subordiscriminación"[10], y de ahí que las leyes de igualdad

---

[10] Utilizando el término acuñado por Maggy Barrère con la finalidad de redimensionar el derecho antidiscriminatorio. Sobre esta nueva concepción del derecho antidiscriminatorio: Arruti Benito, S.: *La transversalidad de género como garantía de tutela judicial efectiva: desafiando el paradigma androcéntrico*, Editorial Colex, Madrid, 2025; Barrère Unzueta, M. A.: *Feminismo y Derecho (Fragmentos para un derecho antisubordiscriminatorio)*, Editorial Olejnik, Santiago de Chile, 2019; Gil Ruíz, J. M. (coord.): *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminatorio*, Editorial Dykinson, Madrid, 2018; Irigoien Domínguez, A.: *Interseccionalidad y anti-estereotipación como recursos de un Derecho antidiscriminatorio crítico*, Gobierno Vasco – Eusko Jaurlaritza, Oñati, 2024; Ventura Franch, A. y García Campá, S. (coords.): *El derecho a la*

construidas sobre ese concepto (que hemos denominado clásicas en anteriores ocasiones[11]), siendo necesarias en la lucha contra la discriminación, no son, sin embargo, suficientes para erradicarla (condición necesaria, pero no suficiente), y ello, entre otras razones, por las siguientes:

1) Porque, al estar basadas en la comparación con un modelo masculino, se aplican sin problema a los hombres (pues los hombres son iguales a sí mismos, de ahí la aparición ocasional de jurisprudencia sobre "varones discriminados"), y más difícilmente a las mujeres (porque no son iguales a los hombres), erigiéndose la búsqueda de un tercer comparador en un "puente de los burros" que acaba desbaratando muchos reclamos de igualdad; se ha dicho en este sentido que las leyes de igualdad (las clásicas) están concebidas conceptualmente para que la igualdad no se consiga jamás[12].
2) Porque la dificultad de encontrar un tercer comparador se exacerba a consecuencia de la intersección de varias causas de discriminación, pues, cuanto más lejos esté una mujer individualmente considerada del modelo masculino tomado como referencia, más difícil resultará encontrar un tercer comparador que permita la aplicación de unas leyes de igualdad comparativas (a pesar de que, en esas circunstancias surgidas de la intersección con otras discriminaciones, resultaría más necesario aplicar la igualdad a la mujer en cuestión debido a su situación marginal).
3) Porque, al estar basadas en una igualación asimilacionista de la mujer al modelo masculino, la extensión formal a las mujeres de derechos pensados para los hombres no elimina todas las desigualdades reales (por ejemplo, a las mujeres se les permite trabajar, pero el Derecho del Trabajo, construido sobre un modelo masculino, las sitúa en desventaja frente a los

---

igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007, Aranzadi, Madrid, 2018.

11 Me permito remitir al lector o lectora a varios estudios propios: Lousada Arochena, J. F.: *El derecho fundamental a la igualdad de mujeres y hombres*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, en particular pp. 27-85; *El enjuiciamiento de género*, Editorial Dykinson, Madrid, 2020, en particular pp. 15-49; "Evolución de la igualdad desde la Constitución de 1978: del patriarcado fuerte hacia la igualdad de género", *Iqual. Revista de género e igualdad*, número 5, 2022, pp. 1-27; *Mujeres y discriminación interseccional. Un ensayo sobre las mujeres en los márgenes*, Editorial Dykinson, Madrid, 2024, *in toto*.

12 MacKinnon, C. A.: *Hacia una teoría feminista del Estado* (1989), la edición en español manejada para nuestro estudio se publicó por Ediciones Cátedra, Madrid, 1995, pp. 422-423.

hombres porque no se contempla la maternidad ni las particularidades de la salud de las mujeres en los planes de prevención de riesgos).

4) Porque, al estar basadas en una igualación asimilacionista de la mujer al modelo masculino, no es posible conceder a las mujeres (si no es aparentando conceder privilegios injustificados frente a la situación de los hombres) derechos inexistentes en un modelo masculino (por ejemplo, la protección solo de mujeres frente a la violencia de género, aún hoy día, se sigue valorando por amplios sectores sociales como un privilegio injustificado; las acciones positivas se ven como situaciones excepcionales).
5) Porque la consideración de la discriminación como un fenómeno puntual de desigualdad de trato obliga, para el éxito de una acción judicial, a concretar una imputación de personas individuales, lo que no siempre es posible (por ejemplo, y aunque estaríamos ante un evidente supuesto de discriminación sistémica, no se podría imputar a una empresa tecnológica, que abona salarios según el convenio colectivo, el hecho de que se aprecie una brecha salarial cuando, por razones de brecha educacional, hay una consiguiente ausencia de mujeres demandantes de empleo para los puestos tecnológicos mejor pagados); en algún momento histórico, la imputación incluso exigía, en ordenamientos con una tradición romanista, el dolo (o sea, el ánimo de discriminar).
6) Porque, al estar construidas sobre el sexo sin atender al concepto de género (las leyes de igualdad clásicas son *sex blind*, o sea, de sexo ciego), se limitan al cambio legal, en la ingenua idea de que el cambio legal traerá por sí solo el cambio en la sociedad, con lo cual, como no se pretende erradicar los estereotipos y prejuicios, estos permanecen incólumes en la sociedad y se acabarán manifestando de maneras distintas (por ejemplo, se reconoce el derecho al voto de las mujeres, pero esto no garantiza ni que se presenten como candidatas en ejercicio de su derecho de sufragio pasivo, ni que los partidos políticos se tomen en serio los derechos de las mujeres, ni que se erradiquen los discursos de odio contra las mujeres con imagen pública, o *gender hate speech*[13]).

---

13 Sobre los ataques a las mujeres dedicadas a la Política, y en general a las mujeres que opinan públicamente, véase Beard, M.: *Mujeres y Poder: Un manifiesto*, Editorial Crítica, Barcelona, 2018, quien reconoce haberlos sufrido por opinar públicamente sobre la igualdad de mujeres y hombres.

7) Porque, en conclusión, las leyes de igualdad clásicas conciben cada conducta discriminatoria como una conducta accidental, ocasional o puntual cuando cada conducta discriminatoria es consecuencia derivada de una discriminación sistémica.

Han motivado estas carencias una flexibilización de la comparación, así como la aparición de nuevas categorías conceptuales: en la discriminación directa se admite, además de la más común comparación real síncrona (por ejemplo, entre una mujer trabajadora y un hombre trabajador con contrato vigente al mismo tiempo en la misma empresa), la comparación real asíncrona (por ejemplo, entre una mujer trabajadora con contrato vigente y un hombre trabajador con contrato ya extinguido) y la comparación hipotética (por ejemplo, entre una mujer trabajadora y la situación promedio de los hombres trabajadores de la misma empresa); en la discriminación por embarazo, el elemento comparativo es hipotético pues, en cuanto no pueden quedar embarazados, no hay hombres comparables; en la discriminación retributiva, se ha relajado la comparación, pasando de comparar un trabajo igual a comparar un trabajo de igual valor; en la discriminación indirecta, el elemento comparativo se sustenta en un impacto adverso verificado estadísticamente o, en las elaboraciones más modernas, en una desventaja particular verificada en un resultado no necesariamente estadístico; en la discriminación por asociación, la comparativa se disloca, pues no se protege a la persona portadora del factor discriminatorio, sino a otra que se relaciona con ella; o en la discriminación por error, donde se protege a quien no porta el factor discriminatorio, si bien sí fue discriminado por quien creía que sí lo portaba (por ejemplo, una empresa despide a una trabajadora en la creencia de que estaba embarazada, cuando no lo estaba).

Aunque donde más radicalmente la comparación salta por los aires es cuando se trata de la violencia de género, pues su consideración discriminatoria obedece a la diferente situación de mujeres y hombres a consecuencia de los estereotipos y prejuicios de género, no a la constatación de una comparación que puede ser difícil de apreciar, cuando no directamente imposible. Sin embargo, no sería razonable ni proporcionado, que una situación de desigualdad por razón de género caracterizada por la existencia de violencia o intimidación no fuera una discriminación por razón de género. De ahí que, para evitar dudas o problemas interpretativos, no sea inhabitual encontrar en las leyes la afirmación expresa de que el acoso sexual y el sexista, o más genéricamente, las diversas manifestaciones de violencia de género, son discriminaciones por razón de género.

Junto a la exigencia de igualdad de trato se ha adicionado en la segunda mitad del siglo pasado la posibilidad de una igualdad de oportunidades que no es exigible ante los tribunales, sino que precisa para su efectividad de una intervención legislativa. Hay también en este ámbito un enriquecimiento de conceptos pues en sus momentos iniciales la igualdad de oportunidades se identificaba exclusivamente con las medidas de acción positiva (que, con carácter excepcional y vigencia limitada, corrigen una desigualdad de trato existente en un momento histórico) y, poco a poco, se han ido añadiendo otras elaboraciones bajo la denominación genérica de medidas de igualdad de oportunidades (que, con carácter ordinario y vigencia permanente, pretenden erradicar los estereotipos y prejuicios existentes bajo las desigualdades de trato), entre las cuales se podrían incluir los derechos de conciliación / corresponsabilidad que buscan valorizar los cuidados y acabar con el estereotipo de que solo las mujeres son buenas cuidadoras, o las medidas de empoderamiento dirigidas a implementar una democracia paritaria en los procesos electorales (las mal llamadas cuotas electorales) o una composición equilibrada en órganos de poder político (nombramientos discrecionales en gobiernos y administraciones públicas), económico (órganos de administración en empresas cotizadas) o social (sindicatos, colegios profesionales). Quede claro que, una vez implementadas las medidas de acción positiva, los derechos de conciliación o las medidas de empoderamiento, su incumplimiento se debería considerar vulneración de la igualdad de trato (y así se está reconociendo en algunas recientes leyes de igualdad).

Hemos de añadir, finalmente, que el concepto tradicional de discriminación basado en la comparación desconoce que en la realidad de la vida (también la laboral) las situaciones de desigualdad suelen obedecer a la confluencia de varios sistemas de opresión, generando situaciones específicas de discriminación interseccional, donde se combinan estereotipos y prejuicios de género con estereotipos y prejuicios vinculados a otros factores de discriminación (racismo, capacitismo, edadismo...). La interseccionalidad no solo confronta con unas leyes de igualdad clásicas construidas monotemáticamente, también confronta con el concepto de discriminación en que esas leyes de igualdad clásicas se sustentan, construido sobre un test de comparación que analiza la situación individual y se olvida del carácter estructural de la discriminación.

La necesidad de superar estas carencias sustanciales ha conducido a unas leyes de igualdad modernas que, siendo sistémicas las desigualdades / discriminaciones de género, pretenden responder con esa misma sistematicidad a través del

principio de transversalidad de la dimensión de género, que obliga a integrar la igualdad de trato y oportunidades con enfoque interseccional, en todas las normas jurídicas, tanto en su elaboración como en su aplicación e interpretación, lo que obliga a todos los Poderes del Estado de Derecho, incluyendo al Poder Judicial (y la vinculación del Poder Judicial a la aplicación e interpretación de las normas con perspectiva de género se conoce como enjuiciamiento de género o con perspectiva de género[14]). En suma, si las desigualdades / discriminaciones de género son sistémicas, la respuesta debiera ser también sistémica.

4. UNA BREVE REFERENCIA A LAS FUENTES NORMATIVAS

Las leyes de igualdad clásicas apenas se limitaban a proclamar el principio de igualdad de los sexos y poco más. Ha sido la evolución hacia las leyes de igualdad modernas lo que ha determinado un incremento exponencial del sector del ordenamiento jurídico dirigido a luchar contra la discriminación de mujeres y hombres.

- A nivel universal, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la igualdad de los sexos aparece en su mismo artículo 1 donde, a instancia de Eleanor Roosevelt y Hansa Mehta, se sustituyó el texto del proyecto, donde se decía "todos los hombres nacen libres e iguales", por el texto finalmente aprobado, donde se dice "todos los seres humanos nacen libres e iguales", con la finalidad de evitar que la expresión "hombre" se pudiera interpretar como excluyente de las mujeres (como muchas veces se había hecho a lo largo de los siglos XIX y XX, incluso ante reclamos judiciales). Tanto la DUDH como los dos Pactos internacionales que la desarrollaron sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales (1966) contienen otras referencias a la igualdad de los sexos y a la prohibición de distinciones por sexo.

  Estas proclamaciones de la igualdad de los sexos han sido completadas con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación

---

[14] Aparte de las obras citadas en notas previas, añadiría las siguientes dentro de la doctrina laboralista española: Cavas Martínez, F.: *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2021; Molina Navarrete, C.: *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*, La Ley, Madrid, 2020; Poyatos Matas, G., *Juzgar con perspectiva de género en el Orden Social*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2022.

contra la mujer (1979) (por sus siglas en inglés, Convención CEDAW), que, en línea con la evolución del concepto de discriminación, ya entra en la regulación de los derechos de las mujeres.

- La Organización Internacional del Trabajo (OIT) tiene dos convenios relevantes en la materia: el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo (1958), que contiene la primera definición de discriminación en un instrumento internacional: "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 la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación" (art. 1.1); y el Convenio 100 sobre la igualdad de remuneración de la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (1951). Ambos convenios están incluidos dentro del elegido elenco de los ocho convenios fundamentales de la OIT (que se consideran obligatorios, aunque no se hayan ratificado, por la pertenencia a la OIT).

  También la OIT tiene varios convenios sobre protección de la maternidad (el 3 de 1919, el 103 de 1952 y el 183 de 2000), y numerosos convenios sobre protección de las mujeres (aunque son antiguos, desde hace décadas no se han aprobado más).
- En el ámbito del Consejo de Europa, también se aprecia la evolución reseñada, pues se ha pasado de la cláusula general de igualdad del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), completada con el Protocolo 12 (2000), a regulaciones específicas, entre las que sobresale el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género (Estambul, 2011).
- En el ámbito de la Unión Europea, la referencia a la igualdad retributiva sin distinción por razón de sexo aparece en el artículo 119 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1957), actual 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2008). Tal referencia en el derecho originario ha servido de sustento para un número importante de directivas que se han aprobado en tres grandes oleadas:

  Una primera oleada (de 1975 a 1986) la conformaron las cinco directivas clásicas sobre igualdad de los sexos, construidas según la técnica legislativa de las "muñecas rusas", de manera que, con unas normas semejantes que constituyen el contenido sustantivo de la regulación, suponen la aplicación progresiva de esas normas a cada vez un mayor ámbito aplicativo:

igualdad retributiva (Directiva 75/117), igualdad en las condiciones de empleo y trabajo (Directiva 76/207), seguridad social pública (Directiva 79/7; única directiva de esta primera oleada nunca reformada), seguridad social privada (Directiva 86/378), e igualdad en trabajo autónomo (Directiva 86/613).

Una segunda oleada (iniciada en los años noventa y rematada hacia 2010) donde, se aprueban directivas sobre maternidad (Directiva 92/85), permiso parental (Directivas 96/34 y 2010/18, que derogó la anterior), carga de la prueba de la discriminación (Directiva 97/80) y acceso a bienes y servicios y su suministro (Directiva 2004/113); se modifican tres de las directivas de la primera oleada (la 86/378 por la 96/97; la 76/207 por la 2002/73; y la 86/613 por la 2010/41); y se refunden la totalidad de las directivas sobre empleo y trabajo por cuenta ajena (Directiva 2006/54, que refunde la 75/117, la 76/207 reformada, la 86/378 reformada y la 97/80).

Una tercera oleada iniciada tras la potenciación del Pilar Social de la Unión Europea acaecida en los últimos años: se aprueba una directiva sobre conciliación (Directiva 2019/1158, que ha derogado la bastante más incompleta Directiva 2010/18 sobre permiso parental), otra sobre equilibrio de género en la administración de sociedades cotizadas (Directiva 2022/2318), otra sobre transparencia retributiva y mecanismos para su cumplimiento (Directiva 2023/970), y otras dos sobre organismos de igualdad (Directivas 2024/1499 y 2024/1500); aunque su contenido laboral es más limitado, se debe añadir la esperada directiva sobre violencia de género (Directiva 2024/1385).

- A nivel interno, la Constitución contempla la igualdad como un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1), como un derecho a la no discriminación (art. 14) y como un mandato de promoción (art. 9.2).

  El desarrollo infraconstitucional de la igualdad de género ha sido abordado por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que no se contenta con proclamar la igualdad, sino que además integra la dimensión de la igualdad de trato y oportunidades en diversas regulaciones, lo que la convierte en magnífico ejemplo de lo que hemos llamado leyes de igualdad modernas.

  Junto a la LOIEMH, encontramos otras dos leyes de igualdad de género de alcance general: la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género (LO VioGen), y la Ley

Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres (LO Paridad).

Referida a todas las causas de discriminación, se debe traer a colación la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

A nivel de comunidades autónomas, todas tienen leyes de igualdad de género, de violencia de género, de igualdad laboral de las mujeres y/o de mujeres rurales.

Las leyes de igualdad se completan con los desarrollos reglamentarios de las leyes de igualdad, con los planes de igualdad estatales, autonómicos o de otras administraciones públicas, y con las regulaciones contenidas en convenios colectivos y planes de igualdad de las empresas.

Todo ello acaba formando un conjunto inabarcable.

5. PRINCIPIO DE IGUAL RETRIBUCIÓN POR TRABAJO IGUAL O TRABAJO DE IGUAL VALOR

Las desigualdades y discriminaciones en la retribución han acompañado siempre al contrato de trabajo de las mujeres[15]. No nos puede extrañar, en consecuencia, que los reclamos feministas, ya en el siglo XIX se dirigiesen a superar la brecha retributiva. Tampoco nos puede extrañar que los primeros logros laborales del feminismo tuvieran como protagonista a la igualdad salarial. Baste con recordar algunos hitos universales:

- A nivel internacional, su primer reconocimiento mundial lo encontramos en la famosa parte XIII del Tratado de Versalles (1919), donde se crea la Organización Internacional del Trabajo y donde, entre sus principios generales –art. 427–, aparece "El principio de salario igual, sin distinción de sexo, para el trabajo de valor igual". Tal principio se incorporó, en 1946, al preámbulo de la Constitución de la OIT.
- También la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece, en su artículo 23.2 que "Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual". Una fórmula limitada al no hablar

---

15 Nuestra doctrina conoce una excelente monografía sobre la cuestión: Quintanilla Navarro, B.: *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

del trabajo de igual valor, pero que probablemente se debe entender como una exigencia de mínimos en una época donde la idea de valor se podía interpretar con ambivalencia para justificar el diferente valor de un igual trabajo según si quien lo realizase fuese un hombre o fuese una mujer.

- La OIT retoma la cuestión en el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (1951). Su técnica es mejor. Por un lado, la remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, así como cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagado por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo (art. 1.a). Por otro lado, y al obligar a "adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que este entrañe" (art. 3.1), el igual valor depende de una evaluación objetiva de los trabajos y no de un supuesto y prejuicioso menor rendimiento femenino.
- La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1978) lo recoge en su artículo 11: "Derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo".
- También aparece en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, meta 8.5: "De aquí a 2030, lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor".

En la Unión Europea, el principio de igual retribución por trabajo de igual valor también ha tenido un fuerte protagonismo, pues fue uno de los pocos derechos de alcance social que ya aparecía en el Tratado de la CEE (1957), y a esta cuestión se dedicó la primera directiva de igualdad de género: la 75/117/CEE (actualmente refundida en la 2006/54/CE). Hoy día, el principio, mejorado, se encuentra en el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Lisboa, 2008): "Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor".

En España, la igualdad retributiva, además de encontrar apoyo general en la prohibición de discriminación del artículo 14 de la Constitución, aparece

expresamente en su artículo 35.1 *in fine*. En la legislación ordinaria, aparece en el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores, aunque su redacción tardó décadas en superar diversas carencias: en la redacción originaria (de 1980) se enunciaba como igual salario por trabajo igual, y debemos esperar a reformas posteriores para que, primero, se enunciase como igual salario por trabajo de igual valor (1994), después como igual retribución (salarial y extrasalarial) por trabajo de igual valor (2001) y finalmente (2019), detallando que no puede producirse discriminación alguna en ningún elemento o condición retributiva.

Pero la brecha salarial se resiste a pesar de todo este esfuerzo normativo. La explicación ya la conocemos: los estereotipos y los prejuicios sobre el menor valor del trabajo de la mujer, que conforman una discriminación sistémica difícil de desentrañar. Al respecto, se ha afirmado, con toda la razón, que la retributiva es el paradigma de la discriminación sistémica[16] pues no solo obedece a discriminaciones emanadas de las retribuciones, también a desigualdades arrastradas de otras condiciones de empleo de las mujeres (como el mayor desempleo, la atipicidad de los trabajos o el suelo pegajoso). Se conforma así una maraña de desigualdades provenientes de fuentes diversas y difusas que dificultan la identificación de las discriminaciones emanadas de las retribuciones, y que, para luchar contra la brecha retributiva, obligan a actuar de modo holístico, no solo sobre las retribuciones, también sobre las demás condiciones de empleo de las mujeres.

Todas estas circunstancias han obligado a cambiar la estrategia, pues el mero reconocimiento del principio de igualdad retributiva (incluso cuando se reconoce al más alto nivel normativo e incluso cuando se reconoce con total corrección) no ha servido para erradicar la brecha retributiva. Ello ha motivado unas nuevas leyes de igualdad retributiva que no se limitan a enunciar el principio, sino que son proactivas, pues se dirigen a facilitar las reclamaciones (Estados Unidos de América, a través de la *Lilly Ledbetter Fair Pay Act de 2009*), o imponen medidas de transparencia retributiva (Reino Unido, 2017; Alemania, 2017; o Islandia, 2017), siguiendo la Recomendación 2014/124/UE de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia.

---

16 Así lo afirma Cabeza Pereiro, J.: "La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica", *Lan Harremanak / Revista de Relaciones Laborales*, núm. 25, 2012.

Nuestro ordenamiento jurídico también ha apostado por ese camino a través de la reforma del artículo 28 del ET acometida por el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que implantó un registro retributivo y la necesidad de una auditoría retributiva en los planes de igualdad legalmente obligatorios. Cuestiones desarrolladas en los Reales Decretos 901 y 902, de 13 de octubre de 2020, sobre planes de igualdad e igualdad retributiva, respectivamente.

Aunque esa reforma de 2019 y su desarrollo reglamentario nos situaba en una posición de vanguardia en materia de igualdad retributiva dentro de la Unión Europea, hemos vuelto a quedar en *orsay* tras la reciente aprobación de 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, pues no es solo una normativización de la anteriormente citada Recomendación del Consejo, sino que va mucho más allá[17].

De un lado, establece hasta cinco mecanismos de transparencia retributiva: 1) Una transparencia retributiva previa al empleo (art. 5), absolutamente desconocida en nuestro derecho interno (también desconocida en los demás Estados miembros; es una completa novedad aportada por la Directiva); 2) Una transparencia en las políticas de fijación de las retribuciones y de progresión retributiva (art. 6), que es un mecanismo de transparencia interna (solo se informa a sujetos del entorno laboral) activa (se da aunque nadie lo pida) que no queda cubierto con nuestra regulación del registro retributivo pues, aunque su contenido informativo se pueda cubrir con los contenidos del registro retributivo, se debe dar la información aunque nadie lo pida, y eso no está previsto en nuestra regulación del registro retributivo; 3) Un derecho a la información (art. 7), otro mecanismo de transparencia interna, en este caso pasiva (hay que pedirla), que tampoco queda cubierto con nuestra regulación del registro retributivo pues, aunque su contenido informativo se pueda cubrir con los contenidos del registro retributivo, se debe dar

---

17 Sobre esta Directiva y su alcance, es imprescindible Ballester Pastor, M. A.: "Desentrañando la Directiva 2023/970 de transparencia retributiva", *Revista de Derecho Social*, núm. 11, 2025, pp. 13-48.

directamente a la persona trabajadora que pida la información sin intermediar la representación legal del personal que es la única posibilidad de acceso al registro retributivo contemplada en nuestra regulación; 4) Una información sobre la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras (art. 9), que es un mecanismo de transparencia externa (se debe informar, no solo a los sujetos del entorno laboral, también a ciertas autoridades públicas e incluso las empresas lo pueden publicitar en ciertas condiciones) que (aquí sí) queda cubierto por nuestra regulación del registro retributivo (sin perjuicio de algunas cuestiones puntuales como la posibilidad de pedir aclaraciones tras recibir la información obligada o la habilitación a las empresas para dar publicidad a determinados datos, que convendría trasponer); y 5) La evaluación retributiva conjunta (art. 10), que es un mecanismo de transparencia externa reforzado cuando se dan ciertas circunstancias sospechosas de discriminación retributiva que queda cubierto por nuestra regulación de la auditoría retributiva, en este caso mejorando la norma comunitaria.

De otro lado, contempla una regulación detallada de las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva (arts. 14 a 26) hasta el extremo de poder afirmar, sin ninguna duda, que es la regulación más detallada de las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva contenida en las directivas de igualdad de género (de cualquier igualdad, habría que añadir a fuerza de ser precisos). Aquí destacan algunos aspectos donde la regulación del derecho español también puede quedar en descubierto: la prueba de la realización del mismo trabajo o de un trabajo de igual valor (art. 19); el acceso a las pruebas (art. 20); o la regulación de las costas (art. 22); y lo más llamativo la obligación de ampliar los plazos de prescripción cuando menos al mínimo de 3 años (art. 21).

Baste este repaso a uña de caballo de las carencias de nuestra legislación a la vista de la Directiva 2023/970/UE para comprender que nos queda mucho camino por recorrer, y acaso no lo lleguemos a recorrer nunca por completo aun aplicando la Directiva, pero ello no nos debe hacer cejar en el empeño de mejorar en la brecha retributiva.

6. DESIGUALDADES, BRECHAS Y DISCRIMINACIONES EN EL EMPLEO

El reconocimiento desde los inicios del siglo XX del principio de igual retribución por trabajo de igual valor no vino acompañado de una aplicación efectiva del principio de igualdad en el acceso al empleo, en la promoción profesional

y en las demás condiciones de empleo pues, a pesar de que la DUDH y los pactos que la desarrollan proclamaban una igualdad genérica entre mujeres y hombres que se debía entender aplicable al contrato de trabajo (y lo mismo cabría decir de otros textos internacionales de derechos humanos y prácticamente de todas las constituciones aprobadas desde la segunda mitad del siglo XX), el paternalismo se enquistó en las relaciones laborales legitimando condiciones especiales de empleo para las mujeres[18].

Tal fenómeno se aprecia claramente en la normativa de la OIT. Durante los dos primeros tercios del siglo XX, la OIT aprobó numerosos convenios (falsamente) protectores de las trabajadoras (por ejemplo, el número 4 de 1919 sobre trabajo nocturno de las mujeres o el número 45 de 1935 sobre trabajo de las mujeres en las minas). Ni siquiera cuando la OIT aprobó su Convenio 111 relativo a la discriminación en materia del empleo y la ocupación (1958) se cuestionó la legitimidad de esas condiciones de empleo, pues (según reza su art. 5) "las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias".

Así es como las brechas de empleo, tanto las causadas por la segregación horizontal como por la segregación vertical, así como las desigualdades de trato y de oportunidades en las demás condiciones de empleo, resultaron reforzadas por determinadas condiciones de empleo supuestamente beneficiosas, incluso después del reconocimiento del principio de igualdad de los sexos en los niveles normativos universales. Una prueba más de que los estereotipos y prejuicios distorsionan el entendimiento recto del principio de igualdad de género y pueden llegar a derogarlo.

Hemos de esperar a la década de los setenta para que la OIT cambiase el rumbo a través de la revisión de los convenios paternalistas promovidos con anterioridad sobre protección especial de las mujeres trabajadoras no vinculadas

---

18 La necesidad de superar el paternalismo fue un tema recurrente en las primeras monografías de nuestra doctrina laboral: Pérez Del Río, M. T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, IELSS, Madrid, 1984; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Fernández López, M. F.: *Igualdad y discriminación*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986; Ballester Pastor, M. A.: *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. Véase Lousada Arochena, J. F.: *El derecho* ..., obra citada, pp. 39-40 y 51-54.

con la maternidad al considerarlas cada vez más como un obstáculo para la plena integración de la mujer y una perpetuación de las concepciones tradicionales sobre la capacidad de las mujeres.

Fue coherente con este revisionismo la Convención CEDAW (1978), en la cual no encontramos un artículo semejante al artículo 5 del Convenio 111 de la OIT, sino una más discreta alusión (art. 11.3) a la legislación protectora en la esfera del empleo con la condición de ser examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y de que será revisada, derogada o ampliada según corresponda.

Los derechos nacionales también comenzaron a revisar las prohibiciones en una labor en la que el protagonismo lo asumió el Poder Judicial. En los Estados Unidos de América, el Tribunal Supremo inició un cambio de su jurisprudencia a partir del caso *Reed v. Reed* (1971, en el cual colaboró la entonces abogada Ruth Bader Ginsburg)[19] que, en el ámbito laboral, culminó con el caso *UAW v. Johnson Controls Inc.* (1991)[20].

En la Unión Europea, el Tribunal de Justicia, desde el caso *Stoeckel* (1991)[21], solo admite las protecciones por embarazo o maternidad, interpretando restrictivamente la habilitación de protecciones especiales recogida en el artículo 2.3 de la Directiva 76/207/CEE ("la presente Directiva no obstará las disposiciones

---

19 Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América Reed v. Reed, 404 US 71 (1971): esta sentencia declaró inconstitucional una ley de Idaho que prefería a los hombres sobre las mujeres para administrar la herencia; en el caso los dos progenitores estaban separados y se trataba de la herencia de su hijo fallecido; el caso marcó un cambio en la interpretación de la Cláusula de Igual Protección de la 14.ª Enmienda y determinó que fueran desapareciendo progresivamente todas las diferencias entre ambos sexos.

20 Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América UAW v. Johnson Controls Inc., 499 US 187 (1991): esta sentencia consideró inconstitucional una prohibición de empleo de las mujeres, salvo si la mujer acreditaba esterilidad, en la industria de baterías para coches, donde había riesgo de exposición al plomo.

21 STJUE de 25/07/1991, caso Stoeckel, C-345/89: se consideró que los Estados miembros tenían "la obligación de no consagrar en su legislación el principio de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres ... cuando no exista una prohibición del trabajo nocturno para los hombres", rechazando que, por el establecimiento de numerosas excepciones, se satisfagan las exigencias de igualdad de los sexos. Igualmente, se rechazan, porque afectan por igual a los hombres, las justificaciones usadas para amparar la prohibición, consistentente en el riesgo de agresión nocturna de la mujer y sus mayores responsabilidades familiares.

relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad").

En España, las dos sentencias de muerte del paternalismo laboral fueron la STC 216/1991, de 14 de noviembre, que consideró discriminatoria la inadmisión de una mujer como piloto en la Academia General del Aire, y la STC 229/1992, de 14 de diciembre, que consideró discriminatoria la prohibición de trabajo de mujeres en el interior de la mina.

Pero, como era de esperar, atendiendo al carácter sistémico de la discriminación de género, la desaparición de las prohibiciones no ha supuesto la erradicación de las brechas de empleo. En primer lugar, porque los estereotipos y prejuicios operan también en aquellos trabajos que no estaban afectados por las prohibiciones de empleo, generando situaciones de discriminación directa e indirecta. Y, en segundo lugar, porque, salvo contadas excepciones donde se ha apreciado un proceso de feminización (como en las profesiones jurídicas: judicatura, fiscalía, registros, notariado, cátedras, abogacía[22]), la tendencia general ha sido el mantenimiento de la masculinización de todos aquellos trabajos que estaban prohibidos a las mujeres: las mujeres siguen siendo minoría en todas las industrias con manejo (real o supuesto) de sustancias tóxicas (industria química o del automóvil), con manejo de cargas (como en la construcción), en el interior de las minas, en trabajos con conducción de vehículos (transporte de mercancías), e incluso esto se ha detectado en un trabajo tan concreto como las pompas fúnebres, donde las mujeres solo entran en el trabajo de maquilladoras (un 5% del total).

Frente a esta situación sistémica, la actuación de los poderes públicos acaso no ha sido todo lo satisfactoria que cabía esperar, ni el Poder Judicial ni los otros dos Poderes.

En cuanto al Poder Judicial, se ha enfrentado a discriminaciones directas e indirectas en el acceso al empleo, en la promoción profesional y en otras condiciones de empleo, pero las discriminaciones directas, una vez removidas las prohibiciones paternalistas, han virtualmente desaparecido en las normas y prácticamente desaparecido en la práctica laboral (salvo las vinculadas a la

---

22 Aunque ello no quiere decir que se haya conseguido la plena igualdad entre mujeres y hombres en las profesiones jurídicas, véase al respecto: Fernández Galiño, M. D., Lousada Arochena, J. F.: "Judicatura, abogacía e igualdad de género", *Iqual: Revista de Género e Igualdad*, núm. 4, 2021.

maternidad, la conciliación, el acoso y las represalias, que abordamos por separado), y, con respecto a las discriminaciones indirectas, se trata de un concepto de aplicación compleja, de ahí que, aunque en él se habían depositado muchas esperanzas como mecanismo de remoción de la discriminación tras su aparición en el caso Griggs del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América[23], la valoración actual es que no ha resultado tan efectivo como se pensaba.

Vale la pena, en todo caso, recordar algunos de los casos en que el Poder Judicial ha aplicado en España el concepto de discriminación indirecta en el acceso al empleo y en la promoción profesional. Uno de los más relevantes –un caso Griggs a la española– ha sido el caso Fasa Renault[24], al haber allanado los obstáculos teóricos y prácticos de una demanda en la materia: la STS de 18/02/1994, RCO 1735/1992, admitió la legitimación sindical; la STC 41/1999, de 22 de marzo, analizó la prueba; y la STS de 04/05/2000, RCO 3708/1999, consideró discriminatoria la exigencia de formación profesional de segundo grado en ramas técnicas para un trabajo de especialista en cadena de montaje, porque perjudica más a las mujeres y porque es desproporcionada cuando el convenio colectivo aplicable no exige ninguna titulación para dicho trabajo.

En el ámbito de la promoción interna, la STS de 01/06/1999, RCO 4521/1998, es la primera sentencia sobre la cuestión dictada en casación. Caixa d'Estalvis de Catalunya promocionaba al cargo de delegado a más hombres (un 5% de la plantilla de hombres) que a mujeres (un 1,5% de la plantilla de mujeres); a través de una práctica no reglada de recomendaciones para el ascenso que beneficiaba a los hombres. Estimando la demanda de conflicto colectivo

---

23 El caso Griggs v. Duke Power Co. 401 U.S. 424 (1971) del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América fue el caso iniciático del concepto de discriminación indirecta, aplicado a la discriminación racial. Se refiere a una empresa que, antes de la Civil Rights Act de 1964 negaba a las personas de raza negra el acceso a categorías superiores a la de obrero, de manera que, cuando se vio obligada a eliminar esa exigencia, introdujo en su lugar la exigencia de bachillerato y la superación de un test de inteligencia para el acceso a esas categorías, lo que, además de perjudicar más a las personas de raza negra con menos estudios, era desproporcionado y, en suma, discriminatorio; no entenderlo así, dijo el Chief of Justice Burguer que actuó como ponente, convertiría la ley en una invitación a la fábula de la cigüeña y el zorro.

24 Más ampliamente, me permito remitir a mi comentario "Discriminación indirecta: Una aproximación a la Sentencia de 4 de mayo de 2000 del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Social*, número 12, 2000.

planteada por un sindicato, se consideró dicha práctica discriminación indirecta y se condena a la empresa a abstenerse de reiterarla.

Otra resolución, de excelente factura técnico-jurídica, es la STS de 18/07/2011, RCO 133/2010, que condena a El Corte Inglés al detectar la existencia de una discriminación sexista indirecta en la promoción interna en unos centros de trabajo radicados en la provincia de Barcelona. Todas las sentencias recaídas, y en especial la de casación, analizan las estadísticas sobre composición de la plantilla y valoran, como indicios de discriminación, el secretismo en el procedimiento de promoción profesional.

En cuanto a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, y a los efectos de acabar con las brechas de empleo, se han adoptado medidas de acción positiva en las políticas de empleo, en particular en materia de formación profesional y fomentando la contratación de mujeres o su autoempleo. Fuera de ello, el Poder Legislativo se ha limitado a habilitar legalmente acciones positivas y cuotas de desempate (art. 11 de la LOIEMH), pero no las ha implementado con generalidad en el ámbito del empleo público y, tanto en el empleo público como en el privado, ha dejado su implantación a una negociación colectiva que no siempre se ha caracterizado por su implicación en la lucha contra las discriminaciones. Hemos de reconocer, en cierto descargo de los poderes públicos, que las brechas de empleo vienen generadas, en gran medida, por vocaciones voluntarias de las personas trabajadoras, aunque a veces condicionadas por el entorno sociocultural (patriarcado de consentimiento[25]), con lo cual actuar en el momento del empleo o de la promoción profesional puede resultar tardío, y actuar en el ámbito de la formación profesional o de la educación en general, para fomentar las vocaciones femeninas en empleos masculinizados, no siempre resulta fácil, ni siempre da resultado.

7. EL MURO MATERNAL

Uno de los pasajes más famosos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América es la afirmación, contenida en el voto particular

---

25 Distingue Celia Amorós entre los patriarcados de consentimiento y los patriarcados que usan la fuerza en Amorós Puente, C.: *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... para las luchas de las mujeres*, Ediciones Cátedra, Colección Feminismos, Madrid, 2005, pp. 111-135.

concurrente del juez Bradley a la sentencia Bradwell v. The State (1872)[26], de que "el más alto destino y misión de la mujer es cumplir las funciones benéficas de esposa y madre: es la Ley del Creador", lo que le llevaba a avalar la prohibición legal de que las mujeres fueran abogadas impuesta por el Estado de Illinois. Afirmación cuya fama obedece a que fue utilizada como cita de autoridad a lo largo de casi un siglo para rechazar los reclamos de igualdad de las mujeres frente a diversas prohibiciones legales hasta que la jurisprudencia cambió el criterio con el caso Reed v. Reed (1971, *supra* citado).

Mucha distancia espacial, temporal e ideológica separaba al juez Bradley del régimen franquista, pero en esta cuestión resultaron coincidir pues, como afirmaba el Fuero del Trabajo (1938), "el Estado liberará a la mujer casada del taller y la fábrica".

La mística de la feminidad (que es el título del conocido ensayo de Betty Friedan, 1963[27]) se ha construido con mitos basados en una concepción esencialista de la feminidad, según la cual las mujeres tendrían una naturaleza especial y consustancial que solamente se puede desarrollar con plenitud en la pasividad sexual, en el sometimiento al padre/esposo y en la consagración amorosa a la crianza de los hijos; pero la asunción de tal mística llevaba a las mujeres al "malestar que no tenía nombre", que reflejaba la insatisfacción generalizada y profunda de mujeres de clase media en los Estados Unidos de América en las décadas de los 50 y 60 porque, a pesar de tener maridos, hijos y comodidades materiales, se sentían vacías, incompletas y sin propósito.

Así, lo que en la concepción tradicional era visto como el destino natural de las mujeres que el Estado debía respetar, e incluso potenciar, las nuevas miradas feministas lo veían como un muro maternal (*maternity wall*) para el libre

---

26 Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, Bradwell v. The State, 83 U.S. 130 (1872): Myra Bradwell reclamó contra el Estado de Illinois por prohibir a las mujeres el ejercicio de la abogacía. Se desestimó en 1872 su demanda con el argumento de que el derecho a ejercer una profesión no se garantiza en la Constitución de los Estados Unidos, con lo cual Illinois era libre para prohibir a las mujeres la práctica del Derecho. Y, en un voto concurrente, el juez Bradley iba más allá pues, proponía desestimar porque la prohibición de la práctica del Derecho se justificaba en que "el más alto destino y misión de la mujer es cumplir las funciones benéficas de esposa y madre: es la Ley del Creador".

27 Friedan, B.: *La mística de la feminidad* (1963), edición en español de Ediciones Cátedra, Madrid, 2009.

desarrollo de las vocaciones y el acceso al trabajo de las mujeres (como se aprecia en el caso Bradwell), que también sometía a las mujeres a condiciones especiales de empleo que excedían de lo vinculado estrictamente al embarazo, parto y lactancia natural, e incluso las expulsaba forzosamente del mundo del trabajo con instituciones como la excedencia forzosa por matrimonio, las cláusulas de celibato o la dote (como pretendía el franquismo).

El cambio de perspectiva se produjo en el último tercio del siglo XX, y las vías de evolución fueron dos: la limitación de la protección de la salud laboral de las trabajadoras estrictamente a los hechos biológicos (embarazo, parto y lactancia natural); y la eclosión del embarazo como una causa más de discriminación por razón del sexo.

Tales caminos han sido recorridos por el Derecho de la Unión Europea y en España para llegar a una regulación jurídica bastante satisfactoria en la actualidad, aunque con algunas carencias a las cuales se aludirá al final de este mismo epígrafe.

En el Derecho de la Unión Europea, los dos hitos relevantes se produjeron a principios de la década de los noventa. Uno de los hitos vino de la mano del Tribunal de Justicia: el caso Dekker (STJUE de 08/11/1990, C-179/88), que no solo consideró la discriminación por embarazo como discriminación por razón de sexo (lo que, aunque a día de hoy nos parezca impensable, era una cuestión sometida a debate), también diseñó un test de comparación hipotética para apreciar la existencia de discriminación (en la práctica, tal comparación opera como el test de sustitución llamado *but for*: en una situación dada, se sustituye el sexo de la persona y se verifica si el resultado sería el mismo: se sustituye a la Sra. Dekker, que no fue contratada por estar embarazada, a pesar de haber obtenido el número uno en el proceso de selección para un empleo, por un hombre que, como no podría estar embarazado, habría sido contratado si hubiera obtenido el número uno).

El otro hito en el Derecho de la Unión Europea lo marcó la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Con esta Directiva quedaba totalmente exorcizada la posibilidad de normas especiales para las mujeres por razones de salud laboral o por cualquier otra razón, salvo embarazo, parto y lactancia natural.

Ambas líneas normativas confluyen en la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la

Directiva 76/207/CEE, pues, además de eliminar el ambiguo artículo 2.3 (ya desactivado por la STJUE Stoeckel, *supra* citada), establece que "un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE constituirá discriminación en el sentido de la presente Directiva".

Nuestro derecho interno ha seguido estos mismos caminos (e incluso nuestra jurisprudencia constitucional se adelantó al TJUE en declarar discriminatorio por razón de sexo el trato desigual a causa del embarazo: STC 166/1988, de 26 de septiembre). En este sentido, la LOIEMH ha calificado como discriminación directa todo trato desfavorable a la mujer relacionado con el embarazo o la maternidad (art. 8) (la referencia a la maternidad es a la natural, no a la adoptiva, y no incluye lo relacionado con el cuidado del hijo/a, que son cuestiones propias de los derechos de conciliación).

Sin embargo, ello no oculta algunas carencias de nuestro derecho interno. Donde más le ha costado a nuestro legislador adaptarse a la Directiva ha sido en relación con las situaciones de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural. En la inicial transposición de la Directiva en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, simplemente se obviaron las dos instituciones. Posteriormente, en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, se introdujo la suspensión por riesgo durante el embarazo. Fue en la LOIEMH (2007) cuando se introdujo la suspensión por riesgo durante la lactancia natural. Acaso estas reticencias legislativas permearon en la doctrina judicial, e hizo falta acudir al TJUE para reconducir la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que obligaba a la trabajadora a acreditar el riesgo durante la lactancia natural, lo que no solo desconocía que el empresario es quien debe evaluar los riesgos, sino que también suponía una discriminación sexista (STJUE de 19/10/2017, caso Otero Ramos, C-531/15, planteada por el TSJ de Galicia, en auto del que quien esto escribe fue ponente; STJUE de 19/09/2018, caso González Castro, C-41/17, también planteada por el TSJ de Galicia).

Pues bien, y después de tanto vaivén, la situación aún plantea algunas dudas de transposición pues las medidas de prevención frente al riesgo durante la lactancia natural no están limitadas temporalmente en la Directiva, mientras que sí lo están en nuestro derecho interno, que limita la suspensión del contrato a la

edad de 9 meses del menor. También se ha llamado la atención[28] sobre la necesidad de una mayor concreción del artículo 26 de la LPRL en extremos tales como que la adaptación puede consistir no solo en no realización de trabajo nocturno o a turnos, sino también en cambio de turno o adaptación de horario, o en la consideración en la evaluación del riesgo de la situación personal y familiar de la trabajadora, de sus condiciones médicas o de sus riesgos psicosociales.

Con todo, en relación en concreto con la discriminación por embarazo, el problema realmente importante se encuentra en la brecha de aplicación de la normativa.

8. DERECHOS DE CONCILIACIÓN VERSUS DERECHOS DE CORRESPONSABILIDAD

Los derechos de conciliación son una categoría moderna. Mientras imperó una rígida división tradicional del trabajo, fundada en el género, entre los hombres, dedicados a la actividad laboral, y las mujeres, dedicadas a las labores domésticas, no se apreciaba la necesidad de conciliar vida personal, familiar y laboral. Los hombres no necesitaban derechos de conciliación y las mujeres eran encaminadas al cuidado, con premios a la natalidad, o reconociendo al hombre el llamado salario familiar, y, si trabajaban fuera de casa, se fomentaba su vuelta al hogar, reponiendo así el *statu quo*.

A impulsos de las necesidades de mano de obra a causa de las Guerras Mundiales, las mujeres entraron con fuerza en el mercado de trabajo y ya no lo abandonaron. Sus reclamos se dirigieron a posibilitar la conciliación con nuevos derechos (permisos o licencias, reducciones de jornada o suspensiones del contrato de trabajo) que les permitían conservar (con más o menos eficacia) sus puestos de trabajo, aunque, sustentados en una ideología liberal de no intervencionismo, esos derechos (que llamamos conciliación de primera generación) no alteraban el *statu quo* doméstico.

---

28 Ballester Pastor, M. A.: "La transposición pendiente en el ordenamiento español de la Directiva 92/85 de protección de la maternidad (lo que significa prevenir)", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, número extra *Mujer en el futuro del trabajo*, 2019, p. 189 y ss.

Tales derechos de conciliación, al no alterar el *statu quo* doméstico, sometían a las mujeres a la difícil decisión de desatender su vida familiar o atenderla asumiendo una doble jornada o interrumpiendo su trabajo con riesgo de desprofesionalización y abandono definitivo de la carrera laboral. En sus iniciales manifestaciones normativas, ni siquiera se cuestionó una titularidad femenina exclusiva. De ahí que, nada menos que en 1965, nos encontremos con la Recomendación 123 de la OIT sobre el empleo de "mujeres" con responsabilidades familiares (como si solo las mujeres las tuvieran).

Poco a poco, estos derechos van adquiriendo nuevas notas: (1) la titularidad indistinta, como lo acredita el hecho de que, poco más de tres lustros después de la citada Recomendación, la OIT aprueba su Convenio 156 (1981) sobre "trabajadores" con responsabilidades familiares; y (2) la consideración de las responsabilidades familiares como causa de discriminación, de manera que (art. 3 del citado Convenio 156) quienes las tengan puedan ejercer su derecho al empleo sin discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre responsabilidades familiares y profesionales.

La discriminación por responsabilidades familiares encuentra, además, una conexión muy íntima con la discriminación por razón de sexo: 1) Porque las empresas que exigen dedicación a tiempo completo, escaso tiempo libre y disponibilidad para desplazamientos imponen un modelo de trabajador que cumplen los hombres y que discrimina indirectamente a las mujeres (*masculine ideal worker*); y 2) Porque muchas empresas actúan siguiendo el estereotipo de que las mujeres reingresadas después de tener un hijo/a se dedican menos al trabajo (lo que nos conecta con el *maternity wall*).

Superar estos estereotipos y prejuicios obliga a un nuevo modelo de conciliación en el que ya no se pretende (o no se pretende de modo principal) conciliar la vida personal y familiar con la vida laboral de las mujeres, porque, si ello no se acompaña de medidas más trascendentes, supone perpetuar la asunción femenina de las responsabilidades familiares. Hoy en día, lo pretendido es la asunción igualitaria, por hombres y por mujeres, de las responsabilidades familiares, facilitando a ambos sexos, en igualdad de trato y oportunidades, conciliar la vida personal, familiar y laboral.

El Derecho de la Unión Europea ha seguido claramente este derrotero, inicialmente de manera tímida con el Acuerdo marco sobre el permiso parental (Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996) y con el Acuerdo

marco revisado (Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010), ya con una apuesta más dura en la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. La Directiva no solo presenta un mayor contenido en cuanto que, además del permiso parental y las ausencias por fuerza mayor familiar que se contemplaban en los Acuerdos Marco, instaura un permiso de paternidad, un permiso para cuidadores y fórmulas de trabajo flexible, que además, y en lo que aquí más nos interesa destacar, establece una serie de garantías de protección frente a la discriminación a causa de la solicitud o disfrute de los derechos reconocidos, frente al despido y frente al trato y las consecuencias desfavorables, que fortalecen la idea de que los derechos de conciliación merecen la protección de la tutela antidiscriminatoria.

Tal idea está claramente consagrada en nuestra legislación interna. La LOIEMH, ya en 2007, contempló (en su art. 44.1) la existencia de una discriminación por ejercicio de derechos de conciliación que, por estar en la LOIEMH, es por razón de sexo ("los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio"). Así lo ha ratificado el Real Decreto Ley 5/2023, de 18 de julio, al haber modificado el artículo 4.2.c) del ET para incluir como una discriminación por razón de sexo "el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral". La Exposición de Motivos del RDL 5/2023 justifica la adición en la Directiva (UE) 2019/1158 y en la doctrina del TJUE y del TC según la cual la discriminación por ejercicio de derechos de conciliación, por la mayor afectación de las mujeres, puede ser constitutiva de discriminación indirecta por razón de sexo. Aplausos por la inclusión, pero permítaseme disentir de la calificación de la discriminación como indirecta pues, en última instancia, es también una discriminación directa porque su causa está en los estereotipos y prejuicios vinculados al cuidado y que se encuentran íntimamente ligados con el sexo/género, con independencia de si quien ejercita el derecho es una mujer o es un hombre.

Que esta idea fundamental esté claramente consagrada en nuestra legislación interna no quiere decir que lo estén todas las derivadas de esa idea (que hemos analizado en anteriores ocasiones y ahora no es momento de

profundizar[29]): individualización de los derechos de conciliación; garantías de continuidad de la carrera profesional; fomento de la autoorganización de las familias; garantías de indemnidad; contemplación de la diversidad de familias; aplicación a todos los trabajadores/as). Adicionalmente (y como es habitual en toda esta materia) hay brechas de aplicación, con lo cual ni de lejos podemos considerar que la corresponsabilidad sea una realidad implementada a nivel general en las relaciones laborales y en el seno de las familias.

9. VIOLENCIAS DE GÉNERO EN EL MUNDO DEL TRABAJO

Las violencias de género no son algo nuevo en el mundo del trabajo. De hecho, entre las primeras huelgas de las trabajadoras de las fábricas se encuentran aquellas en las que denunciaban los abusos sexuales del patrono u otros mandos de las empresas, y así lo han revelado estudios históricos en Estados Unidos de América y en Francia. Sin embargo, el acoso sexual solo se ha visibilizado como tal cuando se detecta que la discriminación contra las mujeres no obedece a las características físicas de su sexo, sino a los estereotipos sociales y culturales asociados a su sexo (esto es, el género) que, considerados en su conjunto, constituyen una superestructura ideológica legitimadora de la superioridad/dominación de los hombres, y legitimadora de la inferioridad/sumisión de las mujeres. Como todo sistema de organización social, el patriarcado pretende imponerse y perpetuarse y, a tales efectos, la violencia de género es esencial, no solo para imponer conductas o corregir desviaciones, sino sobre todo para actualizar en la realidad de la vida la situación de dominación/sumisión, y en suma para perpetuarla.

Pues bien, el acoso sexual se inscribe en este planteamiento conceptual, e incluso se puede decir más: es el prototipo de ese planteamiento conceptual en cuanto conecta directamente con la esencia del género como estructura de dominación más que otras formas de violencia de género que en la conciencia social se identifican más fácilmente con violencia de género (por ejemplo, la violencia en la pareja o los delitos sexuales):

> Primero, porque el acoso sexual obedece no (como aparentemente pudiera pensarse) a las apetencias sexuales del agresor o a una atracción sexual (que

---

29 De imprescindible lectura, Reche Tello, N.: *La constitucionalización del derecho fundamental a conciliar la vida personal y familiar*, Editorial Comares, Granada, 2018.

puede existir o no), sino a un determinado estereotipo de entendimiento de la sexualidad, en el cual el hombre es el cazador (sujeto activo) y la mujer es la presa (objeto pasivo). Así, el acoso sexual actualiza y perpetúa el poder masculino y la sumisión femenina.

Segundo, porque los estereotipos sexuales son un elemento básico del género como construcción social de dominación/sumisión, pues se entiende que un hombre es hombre y una mujer es mujer si su comportamiento sexual se atiene al estereotipo sexual asignado. De este modo, el acoso sexual consolida los estereotipos sexuales como esencia misma del patriarcado y, derivadamente, consolida todos los demás estereotipos.

Tercero, porque la tradicional licitud jurídica, unida a la tolerancia social del acoso sexual, determina que, sin incurrir en responsabilidad legal ni siquiera moral, los hombres puedan, como sujetos activos del acoso sexual, situar a las mujeres como objetos pasivos, actualizando y perpetuando una situación de dominación/sumisión. Puede afirmarse, por tanto, que el acoso sexual es en la realidad una clase de dominación/sumisión.

A consecuencia de que el acoso sexual actualiza y perpetúa el poder masculino y la sumisión femenina, de que consolida los estereotipos sexuales como esencia misma del patriarcado y, derivadamente, consolida todos los demás estereotipos, y de que es una clara práctica de dominación/sumisión, cuando el acoso sexual se produce en el entorno laboral funciona, en los trabajos tradicionalmente masculinos, para mantener a las mujeres fuera y en los trabajos tradicionalmente femeninos, para mantenerlas abajo. En consecuencia, el acoso sexual en el mundo del trabajo es un arma de segregación tanto vertical como horizontal y, en este sentido, actúa como una violencia económica.

Justamente esta conexión del acoso sexual con la esencia del género como estructura de dominación es la que explica la importancia del acoso sexual en la lucha por la igualdad efectiva de hombres y mujeres, pues cualquier conducta de acoso sexual (incluso la más leve) está legitimando un sistema que las justifica hasta el punto de que aquellos que realizan las conductas más graves se sienten legitimados por quienes cometen las más leves. Quien comete cualquier conducta de acoso sexual (incluso la más leve) está apoyando ese sistema de dominación y lo sabe, o, cuando menos, debería saberlo. Esa legitimación general del sistema de dominación lo perciben las propias víctimas a través de la incomprensión de la sociedad hacia su situación personal como mujeres acosadas.

Pues bien, y a estas alturas de la exposición, casi se hace superfluo afirmar que esta cuestión del acoso sexual, como casi todas las demás en la materia, eclosiona en la década de los setenta en los Estados Unidos de América[30]. De ahí, la problemática pasa a Europa donde las instituciones comunitarias empiezan a abordarlo, aunque su normativización no se produce hasta la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE para incluir un concepto de acoso sexual, otro sexista y considerar ambos discriminatorios.

España fue pionera en Europa en la contemplación legal del acoso sexual: la Ley 3/1989, de 3 de marzo, modificó el artículo 4.2.e) del ET para considerar que "la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual" estaba dentro del derecho de los trabajadores en la relación de trabajo "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad"[31]. Será con la LOIEMH (2007) cuando se trasponga el concepto de acoso sexual, así como el sexista, y se consideren ambos discriminatorios por sexo (aunque esta consideración ya había sido asumida por no pocas sentencias laborales).

Aquí el problema no está tanto en la normativa como en la brecha de aplicación pues, estando el acoso sexual tan directamente conectado con la esencia del género como estructura de dominación, no nos puede extrañar que al acoso sexual sea un campo abonado para la introducción de prejuicios de género en la

---

30 En los Estados Unidos de América, la aportación jurídica decisiva para considerar el acoso sexual como una discriminación por razón de sexo protegida por las leyes de igualdad fue la de MacKinnon, C. A.: *Sexual harassment of working women*, Yale University Press, New Haven and London, 1979. La consideración del acoso sexual como discriminación por razón de sexo se ratificó en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en el caso *Meritor Savings Bank vs Vinson*, 477 US 57 (1986): Mechelle Vinson (en cuya defensa colaboró MacKinnon) había trabajado en el Meritor Savings Bank durante cuatro años; empezó como cajera en prácticas hasta alcanzar el puesto de asistente del gerente de la sucursal y, en su cuarto año de empleo, fue despedida por haber cogido excesivas bajas por enfermedad. Tras ello, Vinson demanda al banco por acoso sexual, alegando que su superior la había coaccionado a tener relaciones sexuales con él al menos en 40 ocasiones, le había requerido repetidamente favores sexuales, la había acariciado delante de otras personas empleadas en el banco y la había violado en varias ocasiones. El Tribunal Supremo, de manera unánime, consideró la existencia de discriminación por razón de sexo, argumentando que no era necesario probar una pérdida tangible de beneficios para entablar una demanda por acoso sexual y, a partir de la distinción entre el *quid pro quo harassment* y el *hostile work environment*, estableció que Vinson había sido víctima de este segundo.

31 Sobre la situación en esa época, me permito remitir a Lousada Arochena, J. F.: *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Editorial Comares, Granada, 1996.

delimitación del concepto, en la valoración de la prueba, en la aplicación de la prevención y en la tutela judicial por quienes operan en el mundo del Derecho (Judicatura, Fiscalía, Abogacía, Policía) y del Trabajo (dirección de las empresas, sindicatos, personas trabajadoras).

Tal introducción de prejuicios distorsiona la aplicación práctica del concepto de acoso sexual, dada la tendencia a introducir exigencias no contempladas en los textos normativos, como la reiteración de conductas o un ánimo libidinoso, para poder hablar de acoso sexual, y, ocasionalmente, ello se refleja en resoluciones judiciales, rechazando su existencia cuando hay una aislada manifestación de acoso sexual o cuando se considera que la conducta obedece a una intención romántica, lisonjera o jocosa, acaso torpe o burda, pero no con ánimo libidinoso. Sin embargo, tales exigencias no aparecen en las definiciones de acoso sexual del Derecho de la Unión o de España. Además, el Convenio 190 de la OIT sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (2019) establece que el conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, en que consiste la violencia y el acoso en el trabajo puede manifestarse de "una sola vez o de manera repetida", sin que sea condición necesaria que "tengan por objeto ... un daño físico, psicológico, sexual o económico", pues basta con "que (lo) causen o (que) sean susceptibles de causar(lo)".

Otra distorsión en la aplicación del concepto se produce cuando a la víctima se le exige que, frente a la aproximación sexual, manifieste un no rotundo, de manera que, si no lo hay, no hay acoso y solo lo habría si, tras el no rotundo, la conducta se reitera. Se hace así realidad el refrán, reflejo de un prejuicio, según el cual "cuando una mujer dice que no, es que puede ser que sí; cuando no dice nada, es que dice que sí, y cuando dice que sí, es una mujer pública". Respecto a este aspecto, los tribunales de justicia (salvo puntuales y criticables excepciones) han negado esa exigencia de no rotundo, bastando con manifestar una incomodidad y presumiendo que la hay si la aproximación es inaceptable. En este sentido, el Convenio 190 de la OIT se refiere a un conjunto de comportamientos o prácticas "inaceptables", no que sean expresamente rechazadas.

Las distorsiones causadas por los prejuicios de género también pueden afectar a la prueba del acoso sexual dada la tendencia a valorar la veracidad del testimonio de la víctima conforme a un modelo de víctima que reacciona frente a la agresión, de manera que, si no actúa de ese modo, su testimonio pierde credibilidad. Un modelo de víctima masculinizado, pues ese modelo de reacción se

construye sobre el estereotipo de reacción que se supone propio de los varones. Con lo cual, se le niega credibilidad a la víctima por no haber denunciado el acoso sexual hasta la terminación de la relación laboral y se rechazan otras pruebas que configuraban sólidos indicios de acoso sexual[32].

Las distorsiones causadas por los prejuicios de género también pueden operar sobre la prevención del acoso sexual: los protocolos de acoso meramente formales, las demoras en la tramitación de las denuncias, las quiebras de la confidencialidad, o la terminación abrupta e inmotivada de los procedimientos delatan el escaso compromiso de la empresa o de la organización de que se trate en la erradicación del acoso sexual.

Finalmente, los sesgos también pueden afectar a la tutela judicial con desviaciones en la motivación de las sentencias (véase STC 48/2024, de 28 de abril[33]).

---

32 Un buen ejemplo lo encontramos en el caso Anna Belousova v. Kazajstán, Comunicación núm. 45/2012, UN Doc. CEDAW/C/61/D/45/2012 (2015) (2015)159 del Comité CEDAW: La Sra. Belousova, trabajadora de una escuela cuyo contrato se renovaba año a año, alega que el nuevo director le exige relaciones sexuales, a lo que se niega, y, tras la no renovación, denuncia ante diversas instancias, siendo su denuncia inadmitida por infundada; en algunas instancias administrativas ni siquiera se le dio audiencia previa al rechazo de su denuncia; también alega no haberse valorado testigos y una grabación. Luego, el director de la escuela la demandó civilmente por atentado a su honor y la Sra. Belousova fue condenada a una indemnización y a retractarse públicamente; la Sra. Belousova cayó en depresión. El CEDAW concluye que "las instituciones nacionales permitieron que su razonamiento se viera influenciado por los estereotipos": "no estudiaron los motivos por los que el contrato laboral de la autora no se había renovado tras más de diez años de servicio"; el tribunal nacional, para restarle credibilidad a las acusaciones de la Sra. Belousova, adujo "que esta no se había quejado del presunto acoso sexual mientras aún era empleada de la escuela, sino que lo hizo cuando ya había sido despedida", demostrando "una falta de sensibilidad hacia la posición vulnerable en que se encontraba la autora como única trabajadora asalariada de su familia y subordinada de A."; "las instituciones del Estado parte no estudiaron debidamente ... la denuncia de la autora de que había sufrido violencia por razón de género en el lugar de trabajo ni las pruebas que apoyaban dicha denuncia", y, por lo tanto, "no dieron la debida consideración a los indicios *prima facie* de que se había incumplido la obligación de igualdad de trato"; se destaca que la denuncia de la Sra. Belousova no se investigó con prontitud ni adecuadamente, mientras que "el procedimiento civil iniciado por A. contra la autora fue examinado en menos de tres semanas".

33 Se trata de la primera sentencia donde el TC aplica en un amparo la perspectiva de género: la recurrente en amparo, que era profesora, denunció al decano de su facultad por abusos sexuales; el Juzgado de lo penal de Sevilla dictó sentencia condenatoria en la que aplicó la atenuante de dilaciones indebidas; la Audiencia Provincial de Sevilla elevó la atenuante a la condición de muy cualificada; el TC otorga el amparo por vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE) en relación con la no discriminación por razón de sexo (art. 14 de la CE) porque la

10. LA PROTECCIÓN FRENTE A REPRESALIAS

Si no se garantiza el ejercicio del derecho a la no discriminación, este quedará vacío de contenido y de ahí precisamente la importancia de la protección frente a represalias para fomentar las reclamaciones y superar las brechas de aplicación aludidas en anteriores epígrafes. Este aspecto de la tutela antidiscriminatoria aparece firmemente asentado en las directivas de igualdad y en la aplicación dada por el TJUE y, por derivación obligada, también lo está en el derecho español interno (art. 17.I.II del ET, en redacción dada por la LOIEMH en transposición de la normativa comunitaria: "serán igualmente 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"). Recientemente, esta garantía se ha visto reforzada a raíz de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa, que (en su Disposición adicional 3.ª) extiende la protección frente a "cualquier actuación efectuada ante la empresa" (lo que va más allá de una reclamación, incluyendo, por ejemplo, una solicitud de acceso al registro retributivo), así como frente "al cónyuge, pareja de hecho y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que presten servicios en la misma empresa"[34].

Dos recientes sentencias del TEDH han venido a ratificar la trascendencia de la protección frente a represalias para la efectividad de los derechos de igualdad de género.

La primera es la STEDH de 18 de enero de 2024, Allée vs. Francia (demanda n.º 20725/20). Vanessa Allée era secretaria de una asociación de educación religiosa que había denunciado, ante un directivo, haber sufrido acoso moral y agresión sexual por parte de otro dirigente, el padre del anterior. Mientras la situación continuaba, envió un correo electrónico a seis destinatarios: cuatro

---

resolución impugnada es irrazonable, pues, para apreciar la atenuante muy cualificada se computó el tiempo que transcurrió entre los hechos y la denuncia cuando aún no estaba incoado el proceso judicial y, porque, y aquí es donde el TC alude a la perspectiva de género, se soslayó el mandato constitucional de prohibición de discriminación por razón de sexo al desconocer que los abusos sexuales resultan parte de los delitos relativos a la violencia de género.

34 Lousada Arochena, J. F.: "Protección de la persona denunciante y tutela de la igualdad de género (Whistleblowing en perspectiva de género)", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo – Laborum*, núm. 17, 2025.

directivos, tres de los cuales ya estaban informados, su propio marido y la Inspección de Trabajo. Posteriormente, el marido publicó en Facebook una virulenta denuncia de la asociación empleadora. Por ello, la trabajadora fue objeto de un proceso por difamación y de una pena suspendida de multa de 500 euros. El Tribunal de Casación confirmó la multa pues, a falta de pruebas de los hechos alegados, la Sra. Allée no podía acogerse a la excusa de buena fe. Al conocer del asunto, el TEDH concluyó por unanimidad que, a pesar de su importe limitado, la sanción impuesta es de carácter penal y puede tener un efecto disuasorio sobre las víctimas de actos de gravedad similar. La interferencia con la libertad de expresión de la demandante se considera desproporcionada y hubo una violación del artículo 10 del CEDH con indemnización a su favor de 8.500 euros por daños morales y materiales.

Otro caso donde aflora expresamente la perspectiva de género es la STEDH de 4 de diciembre de 2025, Ortega Ortega vs. España (demanda núm. 36325/22). La Sra. Ortega, con 20 años de antigüedad, era directora financiera de una sociedad prestadora de servicios administrativos a un banco y, en ejercicio de ese cargo, era conocedora de las retribuciones del personal directivo. Interpuso una papeleta de conciliación y después un pleito por discriminación sexista contra su empleador, alegando percibir una menor retribución que sus colegas masculinos, en un pleito que ganó ante el Juzgado de lo Social; la sentencia la confirmó el Tribunal Superior de Justicia y la casación fue inadmitida por el Tribunal Supremo. Poco después de la conciliación y antes de presentar esa demanda, la empresa la despidió por incumplir la confidencialidad al divulgar datos personales de sus colegas para justificar su reclamo. La Sra. Ortega interpuso una segunda demanda argumentando que su despido fue una represalia. Sin embargo, el Juzgado de lo Social confirmó el despido al determinar que había incurrido en falta grave al utilizar y divulgar datos personales protegidos para fines ajenos a su trabajo. Los recursos posteriores de la Sra. Ortega fueron sucesivamente rechazados por el Tribunal Superior de Justicia e inadmitidos por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. El TEDH, en combinación con el derecho a la no discriminación sexista (art. 14), invoca aquí el derecho a la privacidad (art. 8) debido a que el despido, declarado judicialmente procedente, le causó a la demandante consecuencias económicas negativas y afectó a su reputación profesional, así como a su autoestima.

Estas sentencias permiten, no solo apreciar la importancia que la protección frente a represalias despliega en relación con la efectividad de la igualdad de mujeres y hombres, también que esa protección no decae cuando, sobre la

base de información obtenida en el contexto de la prestación de trabajo acerca de incumplimientos de la empresa constitutivos de discriminación sexista, se ejercita un derecho, sea reclamar por discriminación (STEDH Ortega Ortega), o sea libertad de expresión (STEDH Allée).

11. MUJERES TRABAJADORAS Y DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL

La transición del concepto de igualdad de género basado en la comparación al concepto de igualdad de género basado en la constatación de una dominación/subordinación presenta uno de sus retos más destacados con la discriminación interseccional. Aunque se trata de una idea en elaboración desde hace varias décadas desde los iniciáticos análisis de Kimberlé Williams Creenshaw[35] y aunque ha tenido un éxito apabullante en la Academia y es muy usada en la Agenda Política, su reconocimiento legal y su conceptualización jurídica se ha resistido durante mucho tiempo. Hasta hace no mucho, la interseccionalidad y la discriminación interseccional eran expresiones inexistentes en el Boletín Oficial del Estado y, aunque su implantación era importante en las Ciencias Sociales, era poco significativa en el mundo del Derecho, nos atreveríamos a decir que a nivel mundial, pero, para no realizar generalizaciones acaso imprecisas, en cuanto a España y a la Unión Europea y sus Estados miembros.

En España, la primera aparición de la interseccionalidad y la discriminación interseccional en el BOE se remonta (s.e.u.o.) al 2018, en la Ley andaluza de igualdad de mujeres y hombres, y en la legislación estatal en el 2020, en una ley antipandemia sobre violencia de género. Desde entonces se ha verificado una apabullante expansión. En la legislación autonómica ha aparecido en una docena de leyes, la mayoría sobre igualdad en distintos ámbitos, y en la legislación estatal ha aparecido en más de media docena de leyes, tanto de igualdad como otras que, sin serlo, regulan cuestiones relacionadas con la igualdad. La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, que se

---

35 Crenshaw, K. W.: "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1989, Issue 1, p. 139 ss.; y "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color", *Stanford Law Review*, Vol. 43, núm. 6 (1991), p. 1241 y ss.

presenta con la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español, define las discriminaciones múltiple e interseccional. Y el III Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025 erige como uno de sus principios orientadores el que denomina "enfoque de género y enfoque interseccional".

Algo similar se puede afirmar del Derecho de la Unión Europea. El vigente plan comunitario de igualdad de género "Una Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025", se refiere por primera vez a la interseccionalidad, y no es una referencia ocasional o accesoria, sino que se erige en un elemento central: "La estrategia se aplicará utilizando la interseccionalidad –la combinación del género con otras identidades o características personales y la forma en que estas intersecciones originan situaciones de discriminación singulares– como principio transversal".

Y el concepto de discriminación interseccional aparece expresamente definido en la reciente 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. Aunque esta Directiva se refiere exclusivamente 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.

¿Por qué ha tardado tanto en llegar y por qué se resiste en ser aplicada?[36] Porque la interseccionalidad confronta con el carácter monotema y vertical de las leyes de igualdad, a lo menos como están construidas en Estados Unidos, Canadá y Europa. Las leyes sobre discriminación sexista tienen como destinataria principal a una mujer no marcada: o sea, una mujer blanca (no racializada), adulta (ni joven ni tampoco madura), heterosexual, sin discapacidad y sin ningún otro factor de discriminación adicional. Y lo mismo ocurre con las leyes sobre igualdad racial, pues están construidas para un sujeto hombre negro adulto,

---

36 Lousada Arochena, J. F.: *Mujeres ...*, obra citada, *in toto*.

heterosexual, sin discapacidad y sin ningún otro factor de discriminación adicional. La verticalidad de las leyes de igualdad racial y por razón de sexo no solo crea la distorsionada imagen de que "todas las mujeres son blancas y todos los negros son hombres"[37]; también oculta que una mujer negra puede sufrir hasta cuatro clases de discriminación: la misma que una mujer blanca; la misma que un hombre negro; ambas acumuladas, lo que crea una especial vulnerabilidad, pues una mujer blanca o un hombre negro solo podría sufrir una de esas causas de discriminación, nunca las dos; 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 las mujeres blancas o de los 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 (cuando las dos causas de discriminación actúan en distintos momentos de la vida de una persona: 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 más habitualmente usados 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, mejor dicho, trabajos de cuello rosa pues, el personal directivo está masculinizado). 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 aprecia-

---

37 Parafraseando a Hull, A. / Bell-Scott, P. / Smith, B. (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.

ción separada de las causas de discriminación impediría afirmar que 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 considerado como un doble bateo, primero por las causas de discriminación prohibidas, y luego por otra no contemplada en el ordenamiento jurídico, que 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 (como denunció en su momento Creenshaw) que los movimientos sociales y políticos también se han organizado separadamente para cada causa de discriminación sin considerar las demás (ausencia de interseccionalidad política), y que en el imaginario social en la sociedad estadounidense se ve a la mujer blanca como la víctima de la discriminación sexista y al hombre negro como la víctima de la discriminación racial (ausencia de interseccionalidad simbólica).

La discriminación interseccional es el resultado de una urdimbre de estereotipos, prejuicios y prácticas nocivas que surgen en las intersecciones de los sistemas de opresión. De este modo, la interseccionalidad no solo confronta con las leyes clásicas de igualdad porque son verticales, sino que también confronta con ellas porque están construidas sobre un concepto de discriminación detectable con un modelo comparativo que tiende a analizar la situación individual y a olvidar el carácter estructural de la discriminación. Por ello, las leyes clásicas de igualdad no llegan a las mujeres y a las personas en los márgenes. Cuanto más lejos esté una mujer del modelo masculino, o cualquier persona del modelo de sujeto no marcado, más posibilidades hay de que no le protejan efectivamente esas leyes o políticas de igualdad. Sin embargo, quienes más necesitan de un tratamiento igualitario serán los menos similares, socialmente, a aquellos cuya situación establece el patrón con el que se mide su derecho a un tratamiento igualitario.

Ha sido la confrontación de la interseccionalidad, tanto con la verticalidad de las leyes clásicas de igualdad, como por estar basadas en un modelo comparativo, lo que explica que la interseccionalidad en su sentido más estricto (a diferencia de la discriminación múltiple, que no ha tenido tanto problema al ser un mero sumatorio de causas de discriminación) haya tropezado con dificultades importantes en su reconocimiento, en su conceptuación jurídica, en su

implementación jurídica y en su judicialización. Y esas dificultades siguen existiendo. De ahí que la efectiva aplicación de la interseccionalidad sea uno de los retos del derecho a la igualdad para el siglo XXI.

12. CONCLUSIONES

1) La división sexual del trabajo imperante en nuestra sociedad, que valora el trabajo de los hombres y desvalora el trabajo de las mujeres, se ha visto fuertemente reforzada hasta épocas recientes por el sistema económico de producción. La ruptura de esa ecuación propugnada por el Estado social de Derecho no ha sido hasta ahora todo lo efectiva que era de esperar por la resiliencia de los estereotipos y prejuicios de género.
2) Los estereotipos y prejuicios se han adaptado a los cambios en el sistema económico de producción acaecidos en la Edad Contemporánea, desde la sociedad industrial del siglo XIX hasta la actualidad, y se están adaptando a la economía digital.
3) Para luchar contra una discriminación sistémica son necesarias leyes de igualdad que tengan esa misma proyección sistémica a través de la integración de la igualdad de trato y oportunidades en todas las operaciones jurídicas (transversalidad).
4) El reconocimiento del principio de igual retribución por trabajo igual o de igual valor fue el primer éxito de las reivindicaciones feministas en el ámbito laboral, pero el simple reconocimiento se ha demostrado insuficiente; de ahí la necesidad de leyes proactivas donde se incida en la transparencia y en la efectividad de los remedios. En este aspecto, nuestro derecho precisa de adaptaciones a la normativa comunitaria.
5) Las desigualdades, brechas y discriminaciones en el empleo se han visto históricamente reforzadas por la normativa paternalista que se ha superado aún en el último tercio del siglo XX. Los conceptos de discriminación indirecta y acción positiva, diseñados para acabar con estas desigualdades, brechas y discriminaciones, no han tenido, de momento, el resultado que se esperaba de ellos cuando fueron introducidos.
6) El muro maternal ha sido combatido con una legislación comunitaria e interna bastante razonable, salvando algunas carencias menores de transposición, si bien en este aspecto donde está la brecha más importante es en la aplicación de la normativa.

7) Los derechos de conciliación están evolucionando hacia derechos de corresponsabilidad en una progresión bastante aceptable, aunque de nuevo aquí se aprecia una importante brecha aplicativa dado que a día de hoy la corresponsabilidad ni se comprende del todo bien en las relaciones laborales, ni es la regla en las familias.
8) Las violencias de género en el mundo del trabajo son, probablemente, donde los estereotipos y prejuicios de género inciden en más distorsiones aplicativas de la normativa en orden al concepto, a la prueba, a la prevención y a la tutela judicial.
9) La protección frente a represalias se está manifestando como un elemento trascendental para fomentar las reclamaciones y superar las brechas en la aplicación.
10) La integración de un enfoque interseccional en las leyes de igualdad de mujeres y hombres es, sin duda alguna, el mayor desafío conceptual y práctico ante el cual se enfrenta la normativa antidiscriminatoria y los planes de igualdad de los sexos.

Capítulo 7
RESPONSABILIDAD SOCIAL Y GÉNERO

María José Senent Vidal
Profesora titular Derecho Mercantil
Universitat Jaume I
https://orcid.org/0000-0003-4454-5312

1. DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL A LA SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL

1.1. Concepto de RSE

1.1.1. *Concepto y características de la RSE*

En una primera aproximación al concepto de Responsabilidad Social Empresarial (RSE), podemos tomar el que se adopta por el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en su Guía Laboral, cuyo contenido ha sido actualizado a 5 de mayo de 2025:

> "Por Responsabilidad Social de las Empresas se entiende, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales por parte de las empresas, la integración voluntaria de las preocupaciones sociales, laborales, medio ambientales y de respeto a los derechos humanos en su gobierno y gestión, en su estrategia, políticas y procedimientos, responsabilizándose de las consecuencias y los impactos que se deriven de su actividad para los distintos grupos de interés.
>
> Una empresa es responsable socialmente cuando en su gestión se satisfacen las expectativas de sus trabajadores, de sus accionistas, de sus clientes, de sus proveedores y de su entorno social."[1].

[1] La definición es claramente una actualización de la consensuada por el Foro de Expertos en RSE, convocado en 2005 por el Ministerio de Trabajo: https://observatoriorsc.org/wp-content/uploads/2013/07/foroexpertos_rse_informe.pdf, p. 7.

Aunque los orígenes del concepto moderno de Responsabilidad Social Empresarial (RSE) pueden situarse entre las décadas de los años treinta y cincuenta del siglo XX[2], "ha ido cobrando mayor fuerza y evolucionando constantemente en paralelo a la globalización económica, la conciencia ecológica y el avance tecnológico". De hecho, Cueto y de la Cuesta (2023), partiendo del análisis de la "filantropía empresarial" por Carnegie (1889) y de la definición de RSE por parte de Bowen (1953), señalan diferentes etapas: la "filosófica", de los años 60 del siglo pasado, en la que se debate sobre la propia definición de RSE y sobre los fines de la empresa; la "práctica", de los 70, en los que se comienzan a desarrollar estudios empíricos e instrumentos para la medición de la RSE; la "estratégica", en los años 80, en la que se define el "modelo *stakeholders*", se desarrollan códigos éticos y el denominado "balance social" como forma de interiorizar y comunicar la RSE; la etapa de "desarrollo sectorial e institucional", en la década de los 90; y la que se inicia con el siglo XXI, en la que se formula el concepto de "empresa ciudadana", se enfatiza la responsabilidad hacia el medio ambiente y la colaboración con la comunidad y se produce un auge de la rendición de cuentas y de su comunicación. La evolución ha sido tal que, como veremos, incluso se está produciendo un cambio de denominación, desde la de Responsabilidad Social Empresarial a la de Sostenibilidad Empresarial (SE), mediante la que se reconoce explícitamente la necesidad de promover y alcanzar una actividad empresarial que tenga en cuenta no únicamente unos resultados económicos, sino también la protección del medio ambiente y el respeto de los intereses de las personas.

Uno de los debates que se ha venido desarrollando en relación con la RSE es si debe considerarse como una opción voluntaria por parte de las empresas, que deciden ir más allá de las obligaciones legales que han de cumplir, o si cabe o incluso si se deben establecer normas jurídicas de carácter imperativo en algunos de sus aspectos. En relación con la corriente favorable a la voluntariedad[3]

---

2 No obstante, ejemplos de impulsos filantrópicos en las empresas pueden encontrarse a lo largo de la historia, especialmente desde los inicios de la Revolución Industrial. Un ejemplo próximo y conocido es el de las denominadas "colonias industriales" que en España se desarrollaron, sobre todo en el siglo XIX, en cuencas fluviales de Cataluña: https://es.wikipedia.org/wiki/Colonia_industrial

3 "La voluntariedad o autorregulación es defendida básicamente por las empresas, el personal directivo y las asociaciones empresariales ya que consideran que la RSE [...] tiene que ser intrínseca de cada empresa (el concepto puede ser trasversal y universal, pero no su aplicación en cada organización o en su entorno) y reside por tanto, en la cúpula directiva sin posibilidades de

han ido surgiendo toda clase de códigos éticos, deontológicos, que las empresas, tanto privadas como públicas, y otras instituciones de diferentes ámbitos y sectores han decidido crear o a los que han optado por adherirse. Se trata de manifestaciones de lo que ha venido en denominarse "derecho blando", "esa singular forma de ordenación normativa" de "no siempre claros perfiles", pero que "goza de una flexibilidad que no solo facilita su formulación, sino que hace posible también su pronta y fácil reforma" (Embid, 2025:LXX).

Suelen citarse como origenes de la formulación de los Códigos de Buen Gobierno Corporativo los grandes escándalos financieros de finales del siglo XX, como los de las empresas Enron y WorldCom, que marcaron la crisis económica de la primera década del siglo XXI. Su terrible impacto en la actividad económica empresarial global también tuvo entre sus efectos más conocidos una severa crisis reputacional. Frente a ella, sin perjuicio de que se promulgara una normativa legal contable y de control financiero más estricta, se fueron proponiendo estándares para una gestión más transparente y responsable de las grandes empresas, por regla general en torno a la consigna del "cumple o explica". Se ampliaba además el ámbito de los "stakeholders", entendiendo que ya no se podía circunscribir la dación de cuentas a las personas socias e inversoras, sino que los graves riesgos que genera la actividad empresarial pueden afectar a otros colectivos: personas trabajadoras, clientes y acreedoras, administraciones públicas, sociedad civil...[4]. En España, los Códigos de buen gobierno se han ido formulando bajo los auspicios de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. La última versión del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas actualmente vigente es de 2020, aunque, como veremos más adelante, ya se han iniciado los trabajos para su renovación, cuya aprobación está prevista para mediados de 2027.

---

negociación o consenso con otros agentes. En este sentido, la estrategia y los planes estratégicos emergen de los Consejos de Administración y se vierten en la organización, y/o en el entorno, madurados y bien definidos", Velasco et al., 2015:27 y 28.

4 Se ha de tener en cuenta que "La *Teoría de los stakeholders* (Freeman 1984)[...] entiende los *stakeholders* no solo como "afectados por la actividad empresarial sino como interlocutores válidos (...) que tratan de influir en las decisiones y actividades de la empresa" (González Esteban, 2007, p. 210). Mediante dicha teoría se lleva a cabo la identificación de aquellos grupos sin los cuales la empresa dejaría de existir, en palabras de Freeman.", Medina-Vicent, 2016:35. Por ello, una correcta identificación de sus grupos de intereses, deberá tener en cuenta que las mujeres siempre van a formar parte de los afectados por su actividad [...] las mujeres forman parte ineludible de los grupos de intereses de las empresas, ya sea como trabajadoras, clientes, accionistas, miembros de asociaciones feministas, etc.", Medina-Vicent, 2016:41.

Pero frente a la insistencia en la voluntariedad y unilateralidad en la adopción y ejecución de medidas de RSE se ha puesto de manifiesto que "cualquier iniciativa que quiera llevar la voluntariedad al ámbito de lo netamente discrecional, eximiendo a la empresa de cualquier nivel de exigencia, siquiera contractual, corre el riesgo de hacer de la RSE un instrumento de relaciones públicas y de *marketing*, un ejercicio, al fin y al cabo, de publicidad engañosa [...]. Ciertamente, es la empresa la que toma la decisión de actuar de manera socialmente responsable, pero, una vez explícitos los compromisos, esa concreta responsabilidad que asume libremente la empresa deja de ser voluntaria y pasa a ser obligatoria para ella" (Merino, 2009:10; en el mismo sentido, Pérez Troya, 2013: 69 y 70); y su eventual incumplimiento "es susceptible de dar lugar a responsabilidad" (Pérez Carrillo, 2012:56).

En relación con esta última cuestión se ha planteado que, frente al mal uso de normas de "Derecho blando" pueden utilizarse "instituciones jurídicas tradicionales". Así, se ha propuesto la reclamación de la responsabilidad civil "como contrapartida o elemento corrector de la conducta 'socialmente irresponsable' que, en su caso, pudieran llevar a cabo determinadas empresas"[5]. Con trazos propios, María Isabel Grimaldos (2018) considera que las medidas de RSE parten del principio general de voluntariedad, por lo que en las sociedades mercantiles "salvo que estos deberes se asuman vía estatutaria o por acuerdo del Consejo, los administradores no vienen obligados a cumplirlas". Sin embargo, plantea que la Ley 44/2015 de Sociedades Laborales y Participadas introduce un nuevo modelo: junto a las pautas de diligente y leal administración, se impone a los administradores la adopción de prácticas congruentes con la RSE. Ello complementa el patrón del "ordenado empresario" y el "representante leal" y genera para los administradores el deber de desarrollar políticas de RSE en el seno de su sociedad". Consecuentemente, "el incumplimiento de tal obligación puede ser

---

5 "El tema se ha planteado, sobre todo, en relación con la actividad económica desarrollada por sociedades filiales de grandes grupos de empresas en países carentes, por regla general, de estándares rigurosos en lo que atañe a la tutela del medio ambiente, de los derechos humanos y, con carácter genérico, en lo relativo a lo que aquí venimos denominando «dimensión social». Por otra parte, en esos mismos países se advierten notorias insuficiencias en el funcionamiento del sistema jurídico, con particular relieve en lo que se refiere a la Administración de justicia; tal circunstancia está dando lugar a que se opte por interponer las demandas de responsabilidad civil por conductas socialmente irresponsables frente a la entidad que dirige el grupo de empresas y en el foro que le corresponde, por lo común de un país próspero y desarrollado, en razón de su sede social", Embid, 2022:37.

fuente de responsabilidad civil para los administradores o motivo de impugnación de los acuerdos del órgano de administración"; y como corolario, propone la reflexión sobre la oportunidad de extender este "paradigma" a otras entidades de la Economía social y a otras sociedades de capital.

En cualquier caso, en paralelo han sido inevitables los procesos de "juridificación" (Esteban, 2005:56; 2023:278 y 279), conformando auténtica "constumbre en materia de RSC"[6]; e incluso de incorporación a normas de carácter jurídico de "Derecho firme" (Embid, 2025:LXX) de aquellos aspectos que, visibilizados y puestos en valor en ocasiones por las políticas de RSE, socialmente se consideran correctos y necesarios. Además, se ha hecho ver que "la regulación trasciende a las normativas generales emanadas del poder legislativo (leyes, decretos, etc.), ya que los pactos de empresa, convenios, etc. constituyen también normativa a cumplir por cada empresa o grupos de empresas (pactos sectoriales) y absorben con frecuencia iniciativas que nacen voluntarias y se transforman en derechos consolidados para determinados grupos de interés y, por lo tanto, en deberes y obligatoriedad para las empresas" (Velasco et al., 2015:28). Por lo demás, ya en 2011 se señalaba por la Comisión Europea (2011:9) que "los poderes públicos deben desempeñar un papel de apoyo ofreciendo una combinación inteligente de medidas voluntarias y, en caso necesario, de acciones reguladoras, por ejemplo, para promover la transparencia, incentivar en el mercado un comportamiento responsable de las empresas y asegurarse de que estas deben rendir cuentas". También algunos de los interlocutores sociales han indicado la necesidad de un marco jurídico básico, "orientador e impulsor" de las prácticas de responsabilidad social que "impida el libre albedrío de prácticas carentes de

---

6 "Cualquier práctica social, suficientemente repetida, adquiere consistencia jurídica, si concurre además la idea de que con su realización se está respondiendo a una necesidad sentida con carácter genérico; o, dicho de otra manera, [...] se «hace» RSC no porque lo imponga inexorablemente el precepto de una determinada ley, sino porque «se tiene que hacer», de acuerdo con los estándares que, en dicha materia, rigen en la sociedad o, si se prefiere otra fórmula, en atención a la «moralidad corporativa» predominante en el ámbito de las empresas que aspiran a ser socialmente responsables. (15) Se expresa en el texto, de este modo, una aplicación concreta de lo que constituye el núcleo argumental básico en torno al surgimiento de una costumbre y su conversión en práctica social vinculante", Embid, 2022:41. En el mismo sentido, A. Merino (2009:12): "La RSE, exponente destacado de lo que hoy se conoce como *soft law* [...] puede, de igual modo, actuar como antesala de futuras normas de *hard law* [...] ante una potencial generalización de prácticas *soft* socialmente responsables, al legislador se le brinda la oportunidad de revisar el grado de intervención normativa".

credibilidad y de proyecto, al tiempo que clarifica y delimita el terreno de juego y evita el mercadeo terminológico que está siendo el mejor amarre para las prácticas engañosas y de márqueting de la RSE"[7].

En relación con el papel que juegan las Administraciones Públicas en materia de RSE se ha destacado además la aplicación en su propio ámbito interno. Por una parte, en tanto que "empleadoras, consumidoras e inversoras deben asumir los principios de la responsabilidad social en el desarrollo y ejecución de sus competencias", lo que ha llevado, a su vez, al desarrollo del concepto de "contratación pública responsable"[8].

1.1.2. *Críticas a la formulación y desarrollo de medidas de RSE*

Las propuestas de RSE han sido objeto también de críticas. En particular, el despliegue de políticas de RSE por parte de grandes empresas multinacionales ha sido denunciado (Aledo, 2011) en tres sentidos: por una parte, el despliegue de medidas de RSE como "mera acción cosmética" para intentar ocultar o, al menos, desviar la atención de conflictivas actuaciones de grandes empresas en los países en que "deslocalizan" su producción[9]; por otra parte, la escasa eficacia

---

7 Secretaría de Acción Sindical de CCOO, en elEconomista.es, 12/03/07, http://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/179556/03/07/RSC-CCOO-apuesta-por-un-marco-juridico-basico-sobre-RSC-una-regulacion-no-exhaustiva-pero-impulsora-y-orientadora.html.

8 "Las autoridades públicas pueden participar en una contratación pública responsable desde el punto de vista social, comprando productos y servicios éticos y utilizando las licitaciones públicas para crear oportunidades de empleo, trabajo digno, inclusión social y profesional y mejores condiciones para las personas con discapacidad y las personas desfavorecidas. Comprar de manera responsable y ética puede crear también incentivos para que los empresarios se comprometan con una gestión más responsable y sostenible del proceso de producción y del empleo de trabajadores. Esto hace de la contratación pública socialmente responsable una herramienta estratégica para impulsar las políticas sociales y laborales de una manera eficaz. La Comisión Europea pretende facilitar la implantación de criterios socialmente responsables en la contratación pública y fomentar su uso en toda la UE." https://commission.europa.eu/funding-tenders/tools-public-buyers/social-procurement_es

9 A este respecto, Aledo (2011) cita varios ejemplos. Se pueden añadir otros que, además, podrían ser analizados desde una perspectiva de género, como los de las grandes empresas del sector textil que han sido denunciadas por su implicación en la sobreexplotación de trabajadoras en diversos países de Asia y Latinoamérica. Véase, a este respecto, el reportaje *Fashion Victims*, emitido por el programa *Salvados* el 21 de febrero de 2016, un fragmento del cual puede verse en https://vimeo.com/351233393. En el mismo sentido, Grimaldos (2018:60, nota 5) señala: "También se afirma que la promesa de las grandes sociedades respecto de la asunción de políticas

de las acciones de RSE que se dirigen a la cooperación al desarrollo[10]; y finalmente, se ha identificado la RSE como "parte oculta de la agenda del movimiento neoliberal mundial encaminada no solo a promover la desregulación, sino a establecer una nueva forma de relación entre sociedad y empresa en donde el Estado regulador se encoge para convertirse, en el mejor de los casos, en un *stakeholder* más"[11]. Ya desde la perspectiva concreta de la responsabilidad social de género se ha denunciado también la contradicción que supone que "muchas de las grandes multinacionales que promueven la RSE trabajan activamente en *lobbies* macroeconómicos que persiguen flexibilización en el mercado del trabajo, desregulaciones y políticas fiscales que debilitan los sistemas de protección social" (Farnsworth 2000, en Velasco et al. 2015, 95), de los que, como es sabido, son principales beneficiarias las mujeres.

Frente a ello se ha advertido de que "no es conveniente que las empresas, apelando a la inacción de los gobiernos, consoliden su poder de autorregulación, asumiendo el control de las normas sociales [...]; la RSE no puede ser empleada para redefinir, revisar, reinterpretar o evadir las leyes, las regulaciones o las legítimas expectativas de la sociedad en relación con el comportamiento de las empresas. [...]; debe [...] rechazarse cualquier iniciativa orientada a hacer de la RSE un sustituto de la normativa estatal, de la negociación colectiva y el diálogo social"

---

de responsabilidad social puede desviar la atención pública de la necesidad de leyes y reglamentos más estrictos o convencer al público de que, para empezar, no hay ningún problema real al que enfrentarse, [...]". En un sentido parecido, refiriéndose a la "autorregulación" mediante códigos de conducta de buen gobierno corporativo –si bien con reflexiones que podrían trasladarse al objeto de nuestro estudio–, véase Recalde Castells, "Los administradores de las sociedades anónimas en un entorno de buen gobierno", *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 7-I/2003, p. 67: "...la autorregulación deja el cumplimiento o incumplimiento en manos de aquellos a quienes van dirigidas las pautas de conducta que se pretenden implantar" (cit., p. 17).

10 Subyace además en estas posiciones una visión crítica al mismo concepto de "desarrollo" que se pretendería alcanzar, la consideración de que se trata de un modelo fracasado y el cuestionamiento de la pervivencia de los eventuales beneficios en las comunidades a las que se pretende "desarrollar".

11 Se considera que "la RSC oculta la propuesta neoliberal de que sea el mercado el que regule las relaciones entre empresas, sociedad y medio ambiente [...]. La responsabilidad de la vigilancia recaería supuestamente en el grupo de consumidores responsables y bien informados (o ciudadanos globales) que jugarían el papel que ahora ejercen las administraciones estatales" (Aledo, 2011). Y Grimaldos (2018:60, nota 5): "Las tesis de la Responsabilidad Social Corporativa no están exentas de crítica. Se dice que con ellas se socava el poder regulador del Estado para evitar los daños sociales producidos por las empresas a favor de medidas puramente voluntaristas que han de adoptar los mismos agentes productores del daño que se pretende evitar".

(Merino, 2009, 11 y 12). Como se ha indicado, "el respeto de la legislación aplicable y de los convenios colectivos entre los interlocutores sociales es un requisito previo al cumplimiento" de la RSE (Comisión, 2011, 7).

En este sentido, Ruiz (2011:62 a 65), muy crítico con la RSE[12], formula varias propuestas alternativas, de *lege ferenda* internacional[13]. Por nuestra parte, añadimos otro aspecto de la RSE que entendemos criticable, ya en el ámbito interno: una buena parte de los recursos económicos que las empresas dedican a la adopción de medidas de sostenibilidad empresarial van a verse "recompensados" con exenciones y bonificaciones fiscales[14], así como otro tipo de ayudas y tratos preferentes. Podemos inferir que, si tales recursos se mantuviesen como parte de los beneficios empresariales, tributarían al tipo impositivo correspondiente, generando ingresos en las arcas públicas, cuyo destino sería decidido por nuestras y nuestros representantes democráticamente elegidos. Con las exenciones y las bonificaciones y otros "ahorros" tributarios o de costes, las empresas

---

12 Así, citando a Stiglitz, "las corporaciones se han hecho adeptas a la manipulación de la imagen y han aprendido a hablar en favor de la responsabilidad social al tiempo que continúan soslayándola. De manera que [...], por importante que pueda ser el movimiento de la RSE no es suficiente, hay que completarlo con una normativa más dura", Ruiz, 2011:62.

13 "Por un lado, se sugiere limitar el poder de las corporaciones por medio del Derecho de la competencia, especialmente frente a la globalización de los monopolios, con una ley de competencia global y una autoridad global que la aplique. [...] Por otro, mejorar la gestión de las corporaciones, clarificando las obligaciones y las consiguientes responsabilidades de los administradores sociales, para que sepan a qué atenerse, por ejemplo, en orden a la aplicación de las políticas de protección del medio ambiente incluso a costa de los beneficios distribuibles. Y, en este mismo ámbito, responsabilizar a los ejecutivos de las empresas por sus acciones dañinas, dentro o fuera de la empresa, incluso con sanciones penales, [...] No menos importante, también en este ámbito de la gestión de las empresas, es lo relativo a que las corporaciones acaben reparando los daños producidos, ya sea a sus trabajadores o al entorno. En este punto, las leyes tienen que mejorar mucho. Ya sea para permitir que el dañado pueda demandar a la empresa dañante en el país donde se encuentra la sede de la corporación, y así solventar la probable insolvencia de la filial. O ya sea facilitando la ejecución de sentencias extranjeras en los países desarrollados. [...] En resumidas cuentas, se hace necesario contar con una legislación internacional y con la creación de tribunales de justicia internacionales, leyes globales para una economía global, que permitan las demandas conjuntas de los consumidores o de los colectivos perjudicados, bien por razones de competencia o bien por razones de daños".

14 Ver, por ejemplo, el régimen tributario derivado de la aplicación de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

estan "privatizando" las decisiones sobre políticas públicas y recibiendo adicionalmente por ello una reputación y una publicidad significativas[15].

No obstante todo ello, y estando, a nuestro entender, plenamente justificadas las sospechas que genera la adopción de concretas propuestas de RSE por parte de empresas multinacionales, consideramos, sin embargo, que no invalidan en su totalidad el movimiento global en favor de una forma de hacer empresa más responsable socialmente. Por una parte, la actividad empresarial se realiza también por empresas de todos los tamaños, ámbitos y finalidades. En ese sentido, no debe olvidarse, por ejemplo, que son las "pymes" españolas las que crean aproximadamente 2 de cada 3 empleos en España; o que las empresas de economía social (cooperativas, sociedades laborales, asociaciones y fundaciones con actividad empresarial...) integran, desde hace siglos, verdaderas políticas de RSE en sus estructuras y funcionamiento[16]. Por otra parte, la eventual arbitrariedad de las propuestas desreguladoras neoliberales puede (y debería) ser combatida mediante el control normativo y la supervisión.

1.1.3. *Evolución de la normativa interna en materia de RSE*

En cualquier caso, después de varias décadas, en España el acervo normativo en materia de RSE es ya consistente. Así, en 2008 se promulga el Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas (CERSE), como foro de debate y fomento de la RSE

---

15 Un ejemplo ilustrativo puede ser el de la donación a la sanidad pública que la Fundación Amancio Ortega realizó en 2017 para equipos oncológicos: "¿A quién puede parecerle mal que haya más recursos en la sanidad? Desde luego, a los pacientes de cáncer les ha encantado la idea. [...] El catedrático de Salud Pública Ildefonso Hernández Aguado [...] se cuestiona «quién pone las prioridades y el destino de los fondos». En este caso, los millones de la Fundación Ortega tienen un único objetivo: la tecnología oncológica. Es el carácter finalista de esta donación –el capital tiene que utilizarse en esto– lo que genera dudas en algunos. «No hay un análisis pormenorizado de cuál es la necesidad», reflexiona Marciano Sánchez Bayle, expediatra en el Hospital Niño Jesús de Madrid y durante muchos años cabeza visible de la Federación en Defensa de la Sanidad Pública. [...] Él preferiría que el dinero pudiera destinarse donde se considerara, tras un estudio, que va a ser más beneficioso: «Podría ser que fuera más útil tener más pediatras o más médicos de familia para que las consultas no estuvieran tan presionadas, o reforzar la atención primaria»", (Raúl Rejón, 10 de junio de 2017, https://www.eldiario.es/sociedad/donacion-amancio-ortega-millones-sanidad_1_3350124.html).

16 En relación con ello, la Comunicación de la Comisión "Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas" (2011, 8) ya reconocía que "Algunos tipos de empresas, como cooperativas, las mutuas y las empresas familiares, tienen estructuras de propiedad y de gobernanza que pueden ser especialmente propicias para una gestión empresarial responsable".

y promoción de estándares y herramientas para su seguimiento, con particular atención a las PYMEs. Su composición y funcionamiento se han modificado mediante el Real Decreto 144/2021, de 9 de marzo, incorporando, entre otros aspectos, la composición paritaria y procurando paliar su anterior lenguaje no inclusivo[17].

Pero es en el artículo 39 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, donde se establece como objetivo de las Administraciones públicas "incentivar a las empresas, organizaciones e instituciones públicas o privadas, especialmente a las pequeñas y medianas y a las empresas individuales, a incorporar o desarrollar políticas de responsabilidad social". En ese contexto, el Gobierno ha de poner a su disposición "características, indicadores y modelos de referencia" que les permitan autoevaluarse, especialmente en "transparencia en la gestión, buen gobierno corporativo, compromiso con lo local y el medioambiente, respeto a los derechos humanos, mejora de las relaciones laborales, promoción de la integración de la mujer, de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, de la igualdad de oportunidades y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y del consumo sostenible". Se prevé además la posibilidad de que las sociedades anónimas (?![18]) hagan público un informe anual sobre sus políticas y resultados en materia de RSE, en cuyo caso han de indicar si el informe ha sido verificado o no por terceras partes. Además, su artículo 35 obliga a las sociedades mercantiles estatales, las entidades públicas empresariales adscritas a la Administración General del Estado, y a las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad

---

17 En cuanto al lenguaje inclusivo, curiosamente, se mantiene la denominación de los cargos de "Presidente" (art. 8) y "Secretario" (art. 10), para incluir después una Disposición adicional segunda, "Lenguaje no sexista", que indica que "De conformidad con el artículo 14.11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que establece como criterio general de actuación de los Poderes Públicos la implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo, todas las referencias al Presidente y al Secretario del Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas y, en particular, las contenidas en los artículos 5 a 8, 10, 11 y 14 del presente Real Decreto se entenderán hechas a la Presidencia y la Secretaría, respectivamente".

18 Nos sigue llamando la atención porqué, tanto las medidas de RSE en general como las de presencia equilibrada de mujeres y hombres en particular, siguen circunscribiendose a determinados tipos societarios, a veces, como es el caso, sin siquiera justificarlo en parámetros de "tamaño" o complejidad. No se nos ocurren motivos por los cuales empresas con otras formas jurídicas, no solo las sociedades limitadas sino, por ejemplo, las de la amplia gama tipológica de la Economía social, no puedan optar por "hacer público un informe anual sobre sus políticas y resultados en materia de RSE".

Social, a elaborar anualmente informes de gobierno corporativo y memorias de sostenibilidad, "con especial atención a la igualdad de mujeres y hombres".

Para su desarrollo, en 2014 se formuló la "Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora" (EERSE)[19]. No ha sido sustituida por una más reciente, pero sí que se anunció en abril de 2024 la constitución de una Comisión internacional de personas expertas en RSE cuyo informe "podrá inspirar la elaboración de una nueva Estrategia Española de la RSE y actualizará el enfoque de la responsabilidad social a fin de adaptarlo a los retos contemporáneos en materia de derechos laborales y medioambientales, así como al nuevo contexto normativo y social"[20]. Son las medidas 20, 22 y 23 de la Estrategia "las que abordan, de una manera u otra, la igualdad de género. La primera señala que se deberá fomentar la inclusión, en los informes anuales de las distintas entidades, de políticas de igualdad de género y programas de diversidad, entre otros aspectos. La segunda, enmarcada en el eje de la gestión responsable de los recursos humanos y el fomento del empleo, concreta que las organizaciones deberían impulsar actuaciones para favorecer la diversidad de las plantillas mediante una política de igualdad de oportunidades. Por último, la medida 23 trata de impulsar la aplicación de fórmulas que faciliten no solo la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras, sino también la corresponsabilidad en la asunción de responsabilidades familiares y de cuidado" (Tobías, 2017:117).

Además, como veremos más adelante, se han dictado sucesivas normas a fin de transponer las Directivas europeas en materia de información sobre sostenibilidad, ampliando cada vez más su ámbito de aplicación a sociedades mercantiles de diverso tamaño y características .

---

19 La Estrategia declara recoger "las recomendaciones plasmadas en la Estrategia Renovada de la Unión Europea sobre Responsabilidad Social de las Empresas, las Líneas Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales, los diez principios de la iniciativa del Pacto Mundial de las Naciones Unidas, la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT y los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos y los principios de inversión responsable de Naciones Unidas (PRI)", alineándose así con las principales propuestas europeas e internacionales formuladas hasta entonces.

20 La Comisión ha presentado, el 6 de mayo de 2026, su Informe "Cien medidas para un nuevo impulso de responsabilidad social empresarial", https://prensa.mites.gob.es/webPrensa/api/file/adjunto/3900

1.2. El Buen Gobierno Corporativo como modalidad de RSE

Cabe referir ahora la intersección que se produce entre la RSE y el denominado Gobierno Corporativo. A nuestro entender, entre los diferentes aspectos que se incluyen en este último concepto se encuentran medidas de "Buen Gobierno Corporativo" o "Responsabilidad Social Corporativa" (RSC) que tienen, al menos parcialmente, su fundamento en motivaciones de RSE. Como veremos, el fomento de la presencia equilibrada de mujeres y hombres puede ser uno de los ejemplos más conocidos de ello.

En el debate, todavía no del todo resuelto (Embid, 2022:34; Esteban, 2023:281 a 284), sobre si el ánimo de lucro es la finalidad exclusiva de la constitución de una sociedad mercantil[21] (art. 116 Cco) (Pérez Carrillo, 2012) o si se ha ido evolucionando hacia su relativización o incluso a la exclusión como objetivo teleológico general, se afirma que "la empresa socialmente responsable o la que aspire a lograr la mayor sostenibilidad en relación con su actividad en el mercado se orientan decididamente a promover o realizar intereses que trascienden a la propia explotación económica y que, por ello mismo, pueden situarse en la órbita de los intereses generales" (Embid, 2022:35). Pero cabe señalar que tales propuestas de buen gobierno se siguen centrando, al menos en las primeras décadas de su formulación y desarrollo, en la adopción de medidas circunscritas al funcionamiento de los órganos de gobierno y representación de las grandes empresas, de las sociedades cotizadas (Embid, 2025:7; Kahale, 2013:79[22]). Se insiste además en la voluntariedad de su adopción.

En cualquier caso, todo ello nos lleva a concluir que RSE y gobierno corporativo tienen ámbitos de aplicacion y desarrollo comunes, como los relacionados con la presencia equilibrada de mujeres y hombres y la diversidad en la representación y gestión de la entidad, o el fomento de la participación de los diversos intereses sociales; pero que la RSE alcanza a otros aspectos de la actividad empresarial y que el gobierno corporativo atiende también a funciones

---

21 Gallego, 2024, que considera que "la versión que hoy acoge nuestra legislación sobre el interés a que deben atender los administradores en su labor de gestión de la sociedad [...] continúa siendo concebido como el interés de la sociedad coincidente con la maximización del valor de las inversiones que han efectuado sus socios". En sentido contrario, Esteban, 2023:281 a 284.

22 "La RSE tiene como sujeto activo a las empresas, independientemente de su tamaño, así como a todas las organizaciones y asociaciones económicas o financieras públicas o privadas, lucrativas o no lucrativas; y la Responsabilidad Social Corporativa solo a las grandes sociedades anónimas".

orgánicas y equilibrios de poder ajenos a la RSE. Podría por ello decirse que estaríamos ante "conjuntos secantes" de medidas dirigidas a una mejor actividad de la empresa. En este sentido se ha recordado que inicialmente, en los mercados financieros lo que se reclamaba era transparencia informativa, referida "fundamentalmente a cuestiones vinculadas a las emisiones de valores y a los instrumentos financieros negociados en los mercados, para proteger así a los inversores y evitar riesgos en la operativa", pero que "los primeros códigos de gobierno corporativo [...] extendieron esa transparencia informativa a cuestiones relativas a la gestión de la compañía, [...] bajo el principio 'cumplir o explicar'". Fundamentalmente, se pretende con ello adquirir reputación corporativa, considerando que "los esfuerzos y las inversiones económicas que mejoren la reputación de la compañía son necesarios, pues generan un retorno económico en forma de inversión y de incremento en las cuotas de mercado [...] no es tan solo una etiqueta, a veces negativa, o una medalla" (Martínez-Echeverría, 2022:26).

Como ejemplo bastante representativo de la centralidad en el gobierno corporativo del funcionamiento societario y de la reputación corporativa como elementos de rentabilidad económica podemos tomar la versión actualizada de los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE. El mero enunciado de sus seis Principios generales ya nos orienta acerca de cuáles son los principales intereses en torno a los cuales se desarrollan los Principios: el funcionamiento societario interno y la información a facilitar. Una revisión más detallada nos confirma que, salvo la información sobre medidas empresariales orientadas a la sostenibilidad (centrada fundamentalmente en aspectos medioambientales: ver desarrollo del Principio VI), y el "fortalecimiento de la cantera de talento femenino", son escasos los puntos de conexión con el resto de los principios de RSE. En relación con este último aspecto es el subprincipio V.E.4 el que se ocupa de la materia, centrándose fundamentalmente en la presencia equilibrada en los órganos de gobierno y dirección. Además de caer en la confusión, bastante común, entre los conceptos de "genero" y "sexo"[23], la OCDE considera a la categoría como uno entre otros "criterios

---

23 Kahale (2013:16) sintetiza esta difereciación básica aportada por la teoría feminista definiendo "género, como la construcción simbólica que apunta al conjunto de atributos socioculturales establecidos a las personas a partir del sexo, y que convierte la diferencia sexual en desigualdad social. Lo más relevante de este concepto es la diferenciación que establece entre mujeres y hombres, en el que las palabras sexo y género no son sinónimas. Dicho en otros

de diversidad", una entre otras "características demográficas". En cualquier caso, con respecto a ella, el texto se limita a constatar que "muchos países exigen o recomiendan que las empresas cotizadas hagan pública la composición de género [...] de los consejos de administración y de la alta dirección"; y que "algunos países han establecido cuotas obligatorias u objetivos voluntarios de participación femenina en los consejos de administración". No se formula una recomendación explícita al respecto. En cambio, sí que se utiliza una fórmula de cierta obligatoriedad respecto de que "los países y las empresas también deben considerar otras medidas complementarias para fortalecer la cantera de talento femenino en toda la empresa y reforzar otras medidas estratégicas destinadas a fomentar la diversidad en los consejos de administración y la dirección".

En España, como ya hemos avanzado, la regulación del buen gobierno corporativo se ha desarrollado fundamentalmente mediante normas de "derecho blando"[24]. Desde el primer código de buen gobierno, elaborado en 1998 por la Comisión especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades, conocida como "Comisión Olivencia", en España se han aprobado hasta cinco códigos, el más reciente de los cuales es el denominado "Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas", actualmente vigente desde 2020. El primero de tales códigos que incorpora recomendaciones en materia de "diversidad de género" es el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de 2006, que introduce una justificación a nuestro entender impecable:

---

términos, pretende distinguir las diferencias entre mujeres y hombres que responden a la naturaleza de aquellas otras que son establecidas por la sociedad y que no son, por ende, inamovibles e irremediables. Así, sexo alude al conjunto de caracteres genéticos y a las diferencias biológicas entre mujeres y hombres; mientras que género apunta a las diferencias fundadas social y culturalmente para mujeres y hombres, a la manera de relacionarse y dividir sus funciones". Para una diferenciación terminológica, ver Lousada et al., 2022:31.

[24] No obstante, como se ha hecho ver (Embid, 2025:7), "La reseñada orientación [...] no ha impedido, sin embargo, la existencia de ciertas conexiones entre los códigos de buen gobierno y el Derecho firme de sociedades de capital entre nosotros, con trasvase de algunas recomendaciones a este último y su consiguiente generalización a todos los tipos y modalidades de sociedades de capital. Este ha sido el caso de la importante reforma legislativa «para la mejora del gobierno corporativo» llevada a cabo, como es bien sabido, mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre". Nuestro análisis de dicho trasvase lo hemos desarrollado en Senent, 2015: 33 a 36, en relación, precisamente, con la presencia equilibrada en los consejos de administración.

"Lograr una adecuada diversidad de género en los Consejos de Administración no constituye solo un desafío en el plano de la ética, de la política y de la "responsabilidad social corporativa"; es también un objetivo de eficiencia que las sociedades cotizadas deben plantearse, al menos a medio plazo. Desaprovechar el potencial talento empresarial del 51% de la población –las mujeres– no puede ser económicamente racional en el conjunto de las grandes empresas de nuestro país. La experiencia de las últimas décadas, en las que hemos asistido a una creciente incorporación de la mujer al mundo empresarial, así lo acredita. Se trata ahora de hacer un esfuerzo adicional para que esa presencia llegue a la alta dirección y a los Consejos de Administración de las sociedades cotizadas. En atención a esta circunstancia, el Código invita a las sociedades con escasa presencia femenina en sus Consejos a que hagan un esfuerzo deliberado por buscar posibles candidatas cada vez que deba cubrirse alguna vacante en el Consejo, especialmente para puestos de independientes.

15. Que cuando sea escaso o nulo el número de consejeras, el Consejo explique los motivos y las iniciativas adoptadas para corregir tal situación; y que, en particular, la Comisión de nombramientos vele para que al proveerse nuevas vacantes:

a) Los procedimientos de selección no adolezcan de sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras;

b) La compañía busque deliberadamente, e incluya entre los potenciales candidatos, mujeres que reúnan el perfil profesional buscado".

El profesor Esteban ya consideraba en 2006, comentando dicha Recomendación 15 que:

"Se trata de corregir un irracional agravio histórico y contar con la aportación valiosa de otros seres humanos. Transitoriamente están justificadas las medidas de promoción de sectores discriminados pero no porque su aportación sea distinta o de «género distinto», sino porque puede ser de la misma calidad y eficiencia que la del otro género hasta ahora dominante y principal responsable de la discriminación. En estas circunstancias es razonable pensar que el género masculino se resista en alguna medida a soportar el cambio y la competencia y que el «mercado» de forma natural no será eficiente (como acredita la experiencia histórica) o que actuará a un ritmo y con unos costes que puede acortar una adecuada acción política. De eso se trata".

Por nuestra parte consideramos que las consejeras, además de poder realizar aportaciones de igual calidad y eficiencia, pueden aportar también una "mirada diversa", al representar intereses y necesidades específicos, diferentes, anteriormente

no presentes. En cualquier caso, la preocupación del profesor Esteban por las esperables "resistencias al cambio del género masculino" ha resultado plenamente fundada: como hemos analizado con anterioridad (Senent, 2015: 33 a 36), se ha dado un proceso de progresiva y sutil devaluación del sentido de la Recomendación formulada en 2006, tanto en la versión actualizada del Código de 2013 como en el Código de 2015. Y, como veremos más adelante, el código actualmente vigente, por una parte (R. 14) persiste en la difuminación que supone recomendar que en la estructura del consejo de administración se "favorezca la diversidad de conocimientos, experiencias, edad y género", considerando como tal favorecimiento "las medidas que fomenten que la compañía cuente con un número significativo de altas directivas"; aunque también formula una recomendación más concreta (2.º pár. de la R. 15) y, por tanto, medible: "que el número de consejeras suponga, al menos, el 40% de los miembros del consejo de administración antes de que finalice 2022 y, en adelante, no siendo con anterioridad inferior al 30%".

1.3. Evolución de la RSE hacia la SE

En las últimas décadas, en la medida en que las grandes sociedades mercantiles han ido considerando que "la sostenibilidad es económicamente rentable" las siglas RSC se han ido sustituyendo por el concepto de "sostenibilidad", "concretado o subdividido en los criterios ambientales, sociales y de gobierno corporativo (ASG –o ESG, por sus siglas en inglés, *Environmental, Social and Governance factors*–)[25]. Se ha de tener presente por tanto que, "aunque a menudo

---

[25] Los criterios ESG "están íntimamente vinculados con los objetivos de desarrollo sostenible impulsados en el ámbito de las Naciones Unidas. De hecho, como principio normativo, la diligencia debida en materia de sostenibilidad emergió dentro del marco del derecho internacional con los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos de 2011, adoptados para «proteger, respetar y remediar». Según estos principios, las empresas deben adoptar medidas para prevenir cualquier impacto negativo que sus actividades puedan tener sobre los derechos humanos y el medio ambiente, tanto dentro de sus operaciones directas como a lo largo de sus cadenas de suministro" (Gallego, 2024).

En materia de igualdad y en relación con los ODS se ha de recordar que el Objetivo 5, Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas (https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/) "aims to achieve gender equality by ending all forms of discrimination, violence and any harmful practices against women and girls. It also calls for the full participation of women and equal opportunities for leadership at all levels of decision-making".

Al respecto señala Esteban (2023:278 y 279) que "el paradigma de la sostenibilidad se ha convertido en un impulso multifuncional para la revisión del gobierno corporativo y, por tanto, son

se asocia la sostenibilidad con el medio ambiente, su dimensión social es igualmente crucial para garantizar la equidad, el bienestar y la inclusión en el ámbito empresarial y en la sociedad en general". Por ello, se ha desarrollado el concepto de "sostenibilidad social empresarial", esto es, "la adopción de políticas que promuevan condiciones laborales dignas, fomenten la diversidad e inclusión y contribuyan al desarrollo social de todas las personas impactadas por la actividad de la empresa, incluyendo su plantilla, clientes, comunidades y otros grupos de interés". Entre sus "pilares fundamentales" se encuentra el "compromiso con la igualdad de género, garantizando "la igualdad de oportunidades en el empleo, la promoción y la retribución salarial" de mujeres y hombres (Pacto Mundial, *Sostenibilidad social*...).

No obstante, en los últimos años parece detectarse un cierto "agotamiento" en la tendencia hacia la sostenibilidad de las políticas empresariales. La diversidad de normas promulgadas en materia de gobierno corporativo y sostenibilidad tanto por la Unión Europea como internamente en España ha dado lugar a corrientes de opinión que consideran que se trata de "una excesiva e innecesaria presión regulatoria". Así lo manifiesta Martínez-Echeverría (2022:28, citando a Ringe), "no solo porque puede dificultar la eficiencia en el gobierno de las corporaciones, sino, fundamentalmente, porque llega cuando ya hace décadas que el mercado y sus actores se muestran implicados en el fomento de la sostenibilidad", y termina considerando que "son las reglas del mercado las que mejor incentivan a las sociedades mercantiles".

Más recientes son algunas noticias que no resultan muy esperanzadoras sobre el mantenimiento de la implicación de las grandes empresas en el fomento de la sostenibilidad. Así, por ejemplo, en 2025 un nutrido grupo de entidades inversoras, empresas, proveedoras de servicios y organizaciones de la sociedad civil ha hecho público un manifiesto conjunto[26] para llamar la atención respecto del paquete normativo conocido como Ómnibus I, impulsado como iniciativa de simplificación por las instituciones europeas pero que puede resultar "un retroceso en

---

muy numerosas las cuestiones que exige abordar. Nos parece que nos enfrentamos a una nueva fase de tránsito en el proceso de su juridificación, con sus tensiones y asimetrías, de una mayor integración del pluralismo de intereses implicados en la empresa".

[26] "Omnibus initiative: Sustainability rules are essential for European competitiveness", 01/10/25, https://www.eurosif.org/wp-content/uploads/2025/06/Joint-statement-Omnibus.pdf

los estándares que sustentan el marco de finanzas sostenibles de la UE"[27]. En este sentido, La Plataforma por Empresas Responsables ha calificado la propuesta de "desregulación diseñada para desmantelar la responsabilidad de las empresas". Según la Plataforma, esta iniciativa podría debilitar pilares fundamentales del Pacto Verde Europeo, como la Directiva de diligencia debida en sostenibilidad empresarial (CSDDD), la Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad (CSRD) y el Reglamento de Taxonomía"[28]. Y más preocupantes todavía parecen los argumentos que comienzan a escucharse respecto de que los principios de las inversiones ESG han de "evolucionar" o al menos "cohabitar", con otros significados: "Energía", "Seguridad" y "Geopolítica". Uno de los más conocidos analistas que apuntan a la necesidad de este cambio es Stéphane Boujnah, el CEO de Euronext, la bolsa de valores europea con sede en París, que considera que el mercado europeo "debe granjearse autonomía energética, capacidad industrial y disuasión militar si quiere competir con EE. UU. y China"[29].

---

27 "198 entidades europeas reclaman que el paquete Ómnibus no debilite las finanzas sostenibles", 14/07/25, https://www.economiasolidaria.org/noticias/198-entidades-europeas-reclaman-que-el-paquete-omnibus-no-debilite-las-finanzas-sostenibles/

28 Sara García Martín, *Valor Social*, 02/03/25, "¿Simplificación o retroceso? El debate sobre el Paquete Ómnibus de la Unión Europea", https://valorsocial.info/simplificacion-o-retroceso-el-debate-sobre-el-paquete-omnibus-de-la-union-europea/. Sobre la Plataforma por Empresas Responsables, https://empresasresponsables.org/

29 Ignacio J. Domingo, *eldiario.es*, 29/11/25, "De inversiones 'verdes' a seguridad y geopolítica: así está mutando la sostenibilidad en las empresas", https://www.eldiario.es/economia/inversiones-verdes-seguridad-geopolitica-mutando-sostenibilidad-empresas_1_12806262.html: "un lema que empieza a cundir en el mercado: la urgencia por encontrar un nuevo encaje ESG que aúne las dos acepciones de sus siglas. O, dicho de otro modo: el marco clásico de la inversión en valores medioambientales, sociales y corporativos no tiene cabida sin una lectura estratégica que atienda tanto la seguridad como la competitividad energética. Para atender, por un lado, la creciente y masiva demanda eléctrica que reclaman, por ejemplo, los centros de datos que se construyen en numerosas latitudes del planeta. Pero también para garantizar una autonomía tecnológica a los países para proteger sus cadenas de valor frente a un orden global menos predecible, por otro".

2. LA IGUALDAD COMO VALOR INESCINDIBLE DE LA RSE/SE

2.1. La igualdad en la RSE/SE

En todo este contexto en el que la RSE ha ido evolucionando hacia la adopción de medidas de sostenibilidad en su triple acepción[30], nos corresponde centrarnos en aquellas propuestas que inciden en la igualdad y no discriminación de las mujeres. Como se ha puesto de relieve, "sería equivocado considerar la igualdad, y una recuperación de la igualdad, una causa "secundaria o lateral", no sustancial, un objetivo imposibilitado para definir una situación de extraordinaria y urgente necesidad. ¿Urgente ante la existencia de discriminaciones insoportables, intolerables e injustificadas que afectan a la mitad de la población? Sin la menor duda. Todas las instituciones de la gobernanza mundial habían destacado, en 2019, la lentitud de los avances en igualdad y las graves consecuencias de su retraso en el aumento de las desigualdades y de la exclusión, retraso que, como dice la exposición de motivos del Real Decreto Ley 6/2019, provoca "un daño de difícil reparación" (Casas, 2023)[31].

Para ello consideramos que como punto de partida se ha de tomar en cuenta una de las aportaciones básicas de la teoría jurídica feminista: la brecha entre la igualdad formal y la igualdad real y efectiva. Sin perjuicio del reconocimiento explícito de la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo que formula el artículo 14 de la Constitución Española, y de que el artículo 9.2 del

---

30 "The topic of gender equality is even more relevant in the ESG scenario since it's both a Social (S) and Governance (G) matter and must be taken into account when making business or institutional decisions in general, promoting economic development in a sustainable and inclusive way", *Closing the gender gap as part of corporate sustainability strategy*, https://digitalwithpurpose.org/wp-content/uploads/2024/05/dwp_manifesto4.pdf

31 "En enero de 2019, la Comisión Mundial de la OIT para el futuro del trabajo constataría en su Informe, Trabajar para un futuro mas prometedor, que el ritmo de cambio hacia la igualdad de género era "frustrante por su lentitud durante los últimos decenios a pesar de las medidas jurídicas e institucionales adoptadas para prohibir la discriminación y promover la igualdad de trato y de oportunidades". También el Foro Económico Mundial había avisado en 2019 de que, al ritmo del progreso de la igualdad de género desde 2006, fecha de la primera edición de su Informe, tardaríamos 99,5 años, por término medio, en cerrar la brecha de género –global situada en el 68,6%– en los ámbitos de la política, la economía, la salud y la educación en los 107 países cubiertos por dicho Informe [13: En concreto, el cierre de la brecha de "participación y oportunidades económicas" necesitaría 257 años, calculados según la lenta velocidad del progreso en igualdad del período 2006-2020: Global Gender Gap Report 2020, Ginebra, diciembre, 2019, p. 6.]. La situación se agravaría en y por la pandemia de la Covid-19" (Casas, 2023).

mismo texto constitucional dirija un mandato a los poderes públicos para que promuevan la igualdad real y efectiva y que remuevan "los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud", las mujeres siguen siendo objeto de discriminación[32], también en el ámbito empresarial. No pueden calificarse de otro modo, por ejemplo, las persistentes resistencias a que mujeres sobradamente preparadas desarrollen sus carreras profesionales y alcancen puestos de dirección y representación[33]; o la brecha salarial y retributiva entre mujeres y hombres para puestos y trabajos de igual valor; o la ignorancia deliberada de la necesidad (personal, conyugal, familiar, pero también social y empresarial) de atender a tareas de cuidados, de reproducción de la fuerza de trabajo, que además se realizan generalmente sin contraprestación[34]. Es en este espacio entre la igualdad formal y la igualdad real y efectiva en la que, a nuestro entender, se han de situar las diversas propuestas que se formulan para la RSG.

La igualdad está presente en las políticas de RSE desde sus inicios[35], aunque se ha ido visibilizando cada vez más, ya sea mediante su consolidación y desarrollo

---

32 "La discriminación actual es menos visible, más sutil, ya no hay leyes que hagan diferente al colectivo femenino, ni poderes que nieguen la igualdad; no obstante, permanecen tozudas las situaciones de desigualdad, discriminación y violencia contra las mujeres. Por ello, la igualdad debe seguir constituyendo un objetivo prioritario de todo sistema democrático y una conquista universal" (Chicano, 2010, citado en Kahale, 2013:17).

33 "Al escoger a las personas que formarán parte de los consejos de administración o de dirección empresarial, existe todo un entramado ideológico subyacente que influye en la decisión, pasando por alto los componentes que verdaderamente deberían importar como la experiencia profesional del/la candidato/a, su formación universitaria, sus credenciales, etc. En este caso, los estereotipos de género se convierten en la base central de la elección, cuando son un elemento ideológico contaminado, que presupone la superior capacidad del género masculino para desarrollar posiciones de liderazgo", Medina-Vicent, 2016:38, citando a Amelia Valcárcel, (2007), "El techo de cristal en las empresas", en C. Martínez y P. González (Coord.) *Las mujeres en la dirección de las empresas*, Santander: Ediciones Universidad Internacional Menéndez Pelayo, pp. 201-214.

34 "De acuerdo al análisis feminista, la economía es una estructura de género donde el trabajo productivo y el reproductivo no deberían separarse. Tradicionalmente la actividad económica se ha centrado en las actividades orientadas al mercado, obviando la economía reproductiva (trabajo no remunerado de cuidado de menores y labores domésticas). Las actividades no remuneradas domésticas son indispensables para que el trabajo productivo funcione, ya que mantienen la reproducción y la fuerza laboral", Velasco et al., 2015:91, nota 38.

35 Así, en España, ver p. e. la Recomendación núm. 11 del Informe aprobado por la Subcomisión del Congreso de los Diputados para potenciar y promover la responsabilidad social de las empresas (Cortes Generales, 2006:115), "Fomentar la igualdad entre hombres y mujeres en todos los planos de actividad de la empresa".

en los diferentes instrumentos de "derecho blando" (memorias de sostenibilidad, códigos de buen gobierno, planes de igualdad...) ya sea mediante el proceso de "juridificación" anteriormente descrito, dando lugar a normas de "derecho duro". Estas últimas se han ido promulgando habitualmente con carácter obligatorio únicamente para las grandes empresas, por regla general para aquellas con forma de sociedades de capital cotizadas, aunque buena parte de sus medidas no requieran necesariamente en su ejecución de grandes desarrollos económicos ni organizativos. Es el caso, por ejemplo, de la procura de la presencia equilibrada de mujeres y hombres tanto en la estructura societaria como en la técnica de las empresas. En cualquier caso, las medidas tendentes a la igualdad de mujeres y hombres siguen considerándose integrantes de las políticas de RSE/SE, de un lado porque siguen dándose resistencias por parte de las grandes empresas al "cumplimiento estricto" de sus obligaciones legales en materia de igualdad; y, de otro, porque su integración voluntaria en las empresas no obligadas facilita referentes y estándares de igualdad. Como planteaba Esteban en 2005, en algunos aspectos será necesaria la regulación "de determinadas exigencias éticas o sociales en el ordenamiento [...] e incrementar las normas de transparencia [...], dejando al ámbito de las recomendaciones y la autorregulación el eventual complemento de mayores espacios de lo demandado por una empresa socialmente responsable".

2.2. La Responsabilidad Social de Género (RSG)

Lo bien cierto es que, aún con las consabidas resistencias y barreras fruto de los estereotipos de género, o quizá precisamente por ello, en la actualidad ya no puede afirmarse que una empresa es socialmente responsable si no adopta políticas proactivas para la igualdad de mujeres y hombres[36]. Para su desarrollo se ha elaborado doctrinalmente el concepto de "Responsabilidad Social de Género" (RSG), que ha sido definida como "una variante de la Responsabilidad Social de las Empresas, entendida como la responsabilidad de una empresa ante los impactos

---

36 "Los debates sobre gobierno global, RSE y el papel de las empresas en la sociedad serán incompletos mientras determinadas preguntas sigan sin resolverse. ¿Por qué existe la desigualdad de las mujeres? ¿Por qué persiste y cuál es el papel de las empresas en la creación y perduración de la misma? ¿Las empresas deberían aprovecharse de ello o ayudar a eliminarlo? (Kilgour, 2007:769, citado en Velasco et al., 2015:32). Medina-Vicent (2016:34): "es importante reconocer la igualdad de género como un valor universal, y el hecho de que cualquier acción o medida que se promueva desde la empresa no podrá contar con el acuerdo de todos/as los/as afectados/as si no promueve dicha igualdad".

de las políticas de género que sus decisiones o actividades ocasionan en la sociedad y se manifiesta mediante un compromiso y [sic] ético que contribuye al desarrollo de la igualdad real entre mujeres y hombres, tanto a las personas trabajadoras como a otros grupos de interés externos" (Kahale, 2013:84). La motivación para su adopción oscila principalmente entre dos líneas argumentales: la primera, que la igualdad efectiva y la no discriminación son derechos fundamentales constitucionalmente reconocido[37]; la segunda, que los estereotipos de género hacen que se desperdicie el talento empresarial y profesional de las mujeres[38].

Se trata en cualquier caso de que en un mundo globalizado y con actividad económica transnacional "uno de los problemas que comparten todos los territorios en los que puede radicar la actividad empresarial, es el de la desigualdad de género (Nica, 2014)". Frente a ello, la RSG consiste en "adoptar la perspectiva crítica de género en todas las políticas y acciones de la empresa. Porque la clave no reside en actuar de forma aislada o específica sobre aspectos concretos como la concilia-

---

37 "Una de las consecuencias que se desprenden de que la LOI diferencie el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres y el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo es la siguiente: solo con la prohibición de la discriminación por razón de sexo proclamada en el art. 14 CE no se garantiza la igualdad efectiva de mujeres y hombres que es objeto de la LOI. [...] En ambos casos estamos ante manifestaciones de derecho antidiscriminatorio, pero su relación no es de identidad. La prohibición de discriminación por razón de sexo, aunque se puede considerar un primer paso para alcanzar la igualdad, no coincide completamente con el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Sevilla Merino, Ventura Franch, García Campà, 2007)" (García y Ventura, 2018:56).

38 En relación con ello, Medina-Vicent, 2016:39 y 40, advierte: "las razones que mueven [...] a establecer directrices en pro de un marco ético para las empresas europeas, así como de una igualdad de género en las mismas, se centran sobre todo en una visión de las mujeres o del «talento femenino» como un elemento potencial para el incremento de la competitividad europea. Se concibe pues, la escasa presencia de mujeres en puestos directivos de empresas europeas, como un problema económico que implica un desperdicio de capacidades humanas que podrían contribuir al desarrollo económico de Europa. [...] quizás una de las razones por las que los resultados positivos derivados de la implantación de las normas y las directivas europeas están tardando tanto en tener un efecto considerable, reside en las razones sobre las que se ha realizado la reglamentación. Es decir, el problema puede residir en que la cuestión de género ha sido incorporada en la reglamentación europea y española, no desde la perspectiva de género o de la búsqueda de la igualdad como valor humano básico; sino como una necesidad meramente económica". Larrieta et al., 2014:183, lo expresan en sentido inverso: "el objetivo actual es que la perspectiva de género impregne todos [sic] las áreas de la RS en mayor o menor medida y no solo por motivos de justicia, equidad o de oportunidad, sino porque la gestión de la diversidad y la integración plena y equilibrada de los géneros en las empresas conlleva un aprovechamiento óptimo del capital humano en las empresas y un impacto positivo en los resultados de la empresa".

ción o afanarse en conseguir sellos o certificaciones, sino en integrar la perspectiva de género como un eje transversal del pensamiento y la cultura organizacional" (Medina-Vicent, 2016:32 y 43). Consiste, en definitiva, en aplicar la "transversalidad de género"[39] en la actividad empresarial, teniendo en cuenta no obstante la advertencia de Lombardo, respecto de que "la tendencia en los países europeos ha sido la de adoptar un enfoque más «integracionista» al *mainstreaming*, que pretende abordar los asuntos de género dentro del paradigma político existente y sin grandes cambios en la estructura institucional, en lugar de un enfoque de «cambio de agenda» (*agenda-setting*), que implica la transformación y la redirección de la misma agenda política" (Lombardo, 2003, p. 11).

Sea como sea, la "introducción de la clave de género en la RSE" ha seguido un tortuoso y ya largo camino (Velasco et al. 2015, 28 ss), en el que la transversalidad todavía brilla por su ausencia en los aspectos relacionados con el ejercicio del poder empresarial, en la intersección entre la RSE y el Buen Gobierno Corporativo, que es donde se sitúa el objeto de nuestro trabajo. En efecto, poco a poco van abriéndose paso diferentes ejemplos de RSG, pero con mayor dificultad cuando nos referimos a los intentos por llevar la igualdad y la no discriminación a los ámbitos de dirección y representación de las empresas. En esta materia, tanto las propuestas desarrolladas hasta la fecha como los correspondientes análisis doctrinales se centran en lograr una mayor presencia de mujeres en los órganos de administración de las grandes empresas. Queda por hacer toda una revisión transversal, completa, del ejercicio del poder económico real, que aborde, además de las medidas efectivas para conseguir la presencia equilibrada en toda la estructura societaria y en la de gestión, otros aspectos tan importantes como este: la superación de la brecha retributiva, la eliminación de obstáculos a la promoción profesional y la erradicación de la violencia de género son solo algunos de ellos (Senent, 2015).

3. LA NORMATIVA REGULADORA Y OTROS INSTRUMENTOS PARA PROMOVER LA IGUALDAD EN LA RSE/SE

Como veremos, las concretas medidas que se han ido planteando para introducir la presencia de mujeres en los órganos de administración de las grandes empresas se han llevado a cabo por dos sendas paralelas: la de su inclusión en

---

39 Sobre el concepto de *mainstreaming* o transversalidad, ver Lousada et al., 2022:29 y 30; y sobre su relación de refuerzo mútuo con la RSE, ver Velasco et al., 2015:88 a 90.

normas legales y la de su incorporación a códigos de gobierno corporativo. En el Estado español, los hitos de partida pueden situarse, respectivamente, en el Título VII de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH) y en la Ley Orgánica 2/2024 , de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres (LORPPEG), y en la Recomendación número 15 del Código Unificado de Buen Gobierno de 2006. Veremos a continuación cuáles han sido sus desarrollos.

3.1. Normativa de "derecho duro"

3.1.1. *El Título VII de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*

La LOIEMH centra su intervención en el ámbito empresarial en su Título VII, "La igualdad en la responsabilidad social de las empresas". Su contenido se plasma en tres artículos: el 73, 74 y 75. Por lo que respecta al primero de ellos, "Acciones de responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad", como hemos reiterado, tiene un carácter meramente "recordatorio": aunque no se hubiese incluido en la Ley, no cabría ninguna duda de que las empresas, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, pueden concertar cualesquiera acciones que no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público y pueden hacerlo con toda clase de personas, físicas o jurídicas, no únicamente con las expresamente citadas. Nos parece que se perdió con su redacción la oportunidad de introducir, al menos, medidas para su fomento, tales como, por ejemplo, el reconocimiento explícito de su carácter "subvencionable" o calificable como susceptible de valoración en eventuales cláusulas sociales en la contratación pública. No obstante, se ha hecho ver que su tercer inciso entrañaría una obligación informativa para la empresa, lo cual sería "un ejemplo más de la trascendencia jurídica que pueden tener unas acciones que inicialmente [...] se asumen voluntariamente por las empresas" (Pérez Troya 2013, 70).

En cuanto al artículo 74, "Publicidad de las acciones de responsabilidad social en materia de igualdad", se refiere a que "Las empresas podrán hacer uso publicitario de sus acciones de responsabilidad en materia de igualdad, de acuerdo con las condiciones establecidas en la legislación general de publicidad. El Instituto de la Mujer, u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, estarán legitimados para ejercer la acción de cesación cuando consideren que pudiera haberse incurrido en supuestos de publicidad engañosa". Se menciona así el interés que puede

tener para las empresas que adoptan medidas de RSE en materia de igualdad hacer referencia a ellas en su actividad publicitaria, debido a la buena reputación, al prestigio que de ello se derive y que puede resultar un "factor diferencial empresarial". En ese sentido, el primer párrafo del art. 74 LOI no hace más que "recordar" lo que ya era posible (Embid 2008:316; Campuzano 2007:199); no obstante, también aquí se ha hecho ver que el anuncio público por parte de las empresas en torno a sus acciones de RSC "resultarán vinculantes para su autor, al integrarse en un "discurso comercial" sometido a rigurosos patrones de veracidad" (Embid 2006:65).

En relación con ello, podrían aprovecharse recientes desarrollos respecto del uso de otras "alegaciones publicitarias" derivadas de la adopción de medidas de RSE/SE, las medioambientales, para las que se ha desarrollado el concepto del denominado *greenwashing*, o "lavado de imagen verde". El profesor Tato Plaza ha realizado (2025:259 a 276) un pormenorizado análisis de las principales hipótesis de alegaciones medioambientales engañosas, tanto de las tipificadas en la Directiva 2024/825 como de las que "aun no habiendo sido tipificadas, han sido correctamente identificadas por la jurisprudencia y los organismos de autorregulación publicitaria". Además, ha analizado la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la justificación y comunicación de alegaciones medioambientales explícitas (Directiva sobre alegaciones ecológicas)[40]. Tanto los contenidos de la Directiva 2024/825 como de la Propuesta de Directiva se dirigen fundamentalmente a combatir el "ecopostureo", pero parece que puedan darse elementos suficientes, siquiera sea por la vía de la analogía y de la jurisprudencia, para desarrollar procedimientos contra el *genderwashing*, cuando las empresas realicen alegaciones publicitarias que utilicen de manera engañosa o desleal en general la adopción de acciones de RSG.

Precisamente para combatirlo, el segundo párrafo del artículo 74 LOI introdujo en su momento una legitimación explícita y concreta en favor del Instituto de la Mujer y de los "órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas",

---

40 La propuesta de Directiva vendría a reforzar la tendencia a "implantar un sistema de control y verificación previo de las alegaciones publicitarias cuando estas se difunden en ámbitos donde los intereses afectados revisten una especial trascendencia". Advierte al respecto Tato (2025:274 a 276) de que, entre otros resultados no deseados, puede provocarse "un tránsito del indeseable ecopostureo o *greenwashing* a un no menos inoportuno *greenhushing*, ecosilencio o silencio verde, término acuñado precisamente para designar aquella situación en la que la empresa opta voluntariamente por no difundir las ventajas ambientales de sus productos o servicios".

para que pudiesen actuar judicialmente cuando considerasen que el mensaje publicitario relacionado con la actividad de RSE de una empresa pudiese ser calificado como "publicidad engañosa". Como entonces comentamos (Senent 2007b, 537-539), se trataba de una medida de discutible valor y técnica legislativa (Tato 2005, 497), que además quedó definitivamente obsoleta cuando la Ley 29/2009 derogó el título IV y la Disposición adicional de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Cabía entonces reconducir la legitimación del Instituto de la Mujer y de los "órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas" a lo previsto en el art. 11bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción dada, precisamente, por la Disp. adicional 5.ª1 de la LOIEMH) "para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres". Con posterioridad, dicho artículo 11bis de la LEC fue modificado por la Disposición final 2.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, atribuyendo la legitimación a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación[41].

El artículo 75, Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles, es el más comentado doctrinalmente por su posible mayor trascendencia práctica. Su redacción definitiva quedó como sigue:

> "Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley.
>
> Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley".

Se dirige así un mandato para que las grandes empresas españolas[42] procuren alcanzar una presencia de mujeres en sus órganos de administración que suponga

---

41 La Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No discriminación, regulada en los artículos 40 a 45 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, fue constituída el 6 de mayo de 2025.

42 Se ha hecho ver, acertadamente, que la política legislativa de "ser menos exigente" con el régimen jurídico de las pequeñas y medianas empresas sería la razón de que, tanto por parte del legislativo español como de otros estados europeos [o de la propia Unión europea; en este sentido, ver la no aplicabilidad de la Directiva 2022/2381 a las PYME, Considerando 29 y art. 2], se procure excluirlas de la tendencia hacia la presencia equilibrada, pareciendo entenderse "que podría

al menos el 40% de sus miembros, en un plazo que finalizaba en 2015. Tres cuestiones básicas se formulan en relación con su contenido: qué tipo de empresas y de órganos sociales resultan afectados, cuál es su grado de obligatoriedad y si podrían aplicarse eventuales sanciones ante su incumplimiento.

En relación con el tipo de entidades que se han de considerar sometidas al cumplimiento de lo previsto en el artículo 75 LOIEMH, consideramos plausible una lectura "teleológica" que permita su aplicación a toda clase de personas jurídicas empresarias cuya dimensión económica sea suficiente para que hayan de presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada. En esa línea apunta el artículo 2.2 de la LOIEMH ("Las obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia"); pero además, si es el tamaño o complejidad el que ha llevado al legislador a exigirles a todas ellas el mismo nivel de transparencia, no vemos motivo para circunscribir la aplicación de la presencia equilibrada a las sociedades de capital. Estimamos, por tanto, que el artículo 75 LOIEMH es reclamable a todo tipo de sociedades mercantiles (incluidas las laborales) y civiles, otras entidades financieras, organizaciones sindicales y patronales y otras cooperativas, fundaciones y asociaciones cuyo volumen les excluya de una contabilidad abreviada.

Más compleja resulta la cuestión relativa a los órganos sociales en los que se haya de observar la presencia equilibrada. Como hemos manifestado con anterioridad, frente a una interpretación restrictiva del artículo 75 LOIEMH que circunscribiría su aplicación a los órganos de las grandes empresas que se hayan configurado en forma y con la denominación de "consejo de administración" (Campuzano 2007:194; Embid 2008:331-335; Márquez 2009:285; Leiñena 2010:1245; Pérez Troya 2013:52; Escribano 2015:660), suscribimos la interpretación amplia, "sociológica", que lo aplicaría a "todo tipo de estructura de administración no solo de las sociedades mercantiles, sino, en términos generales, de las empresas" (Huerta 2009:287 ss.; Elósegui y Lousada, 2007:262).

---

representar un coste o sobrecarga que estas procurasen incluir más mujeres en sus consejos" (Pérez Troya 2013, 52). Por nuestra parte, consideramos que, bien al contrario, el fomento de la presencia equilibrada en las pyme puede ser una medida de eficiencia empresarial de indudable rentabilidad. Pero además y sobre todo, como indica Huerta, "si el objetivo de promover la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres es consustancial a la Unión Europea, no debería circunscribirse solo a las grandes sociedades cotizadas" (2013, 237).

Por nuestra parte, lo consideramos aplicable a cualquier nombramiento de miembros del órgano de administración general de empresas obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada, sea o no su denominación la de "consejo de administración" y sea su composición unipersonal o pluripersonal, colegiada o no, mancomunada o no, monista o dual. En cambio, no encontramos base suficiente para extender su aplicación a otros órganos o cargos de administración o dirección (comisiones delegadas, consejerías delegadas, presidencia ejecutiva, órganos de control, alta dirección...) en los que, significativamente, reside más habitualmente el verdadero poder de decisión, dado que en otros artículos de la LOIEMH sí se menciona explícitamente a los "órganos de dirección". En relación con los "órganos de dirección" se ha apuntado el carácter laboral especial de su relación con la sociedad, por lo que la presencia equilibrada en tales ámbitos se reconduciría a los eventuales planes de igualdad u otras medidas de promoción de la igualdad en la empresa (Leiñena 2010:1247).

Por lo que respecta a la cuestión de la obligatoriedad o no del cumplimiento del art. 75 LOI se dan, básicamente, tres posiciones doctrinales. La opinión mayoritaria (Campuzano 2007:191 y 192; Farias 2008:530 y 534; Márquez 2009:283 y 284; Valpuesta 2007:25)[43] considera que la norma no tiene carácter imperativo y que, por tanto, estaríamos ante una mera "recomendación", en sintonía con muchas de las acciones de RSE en general y con las de gobierno corporativo en particular. Otra interpretación (Huerta 2009:352-322, seguida por Tobías 2017:51) estima, en cambio, que "el art. 75 acoge una obligación de resultado", esto es, que la sociedad "tendrá que llevar a cabo" la incorporación de mujeres a sus consejos. Finalmente, una posición intermedia (Embid 2008:340-344; Leiñena 2010:1238; Pérez Troya 2018:164 y 165 y 2013:54[44]; Escribano 2015:661

---

43 María Elósegui y José Fernando Lousada (2007, 267) consideran la norma como "recomendación", pero le atribuyen una mayor exigibilidad cuando se haya asumido voluntariamente su cumplimiento.

44 Recuerda además Pérez Troya (2013, 53) que el artículo 75 LOI está incluido en una ley, de rango además orgánico, por lo que tiene "fuerza de obligar", imponiendo "un mandato imperativo, aunque este se limite, con todo, a un *deber de procurar* [...] prescribe, por consiguiente, una obligación que es de medios, aunque no de resultados, pues obliga, no a incorporar mujeres en los consejos, pero sí a procurar su incorporación en ellos". Considera Pérez Troya que también coadyuvan a la interpretación realizada el plazo temporal de ocho años previsto en el mismo artículo 75; la exigencia de información prevista en la Disposición adicional vigésimo sexta LOI; y la obligación de hacer constar el eventual impacto de género de las operaciones de fusión o escisión en los órganos de administración prevista en los artículos 31.11.ª y 73.1 de la Ley 3/2009,

y 2019:145), a la que nos sumamos, entiende que "nos encontramos ante una obligación de medios, cuyo satisfactorio cumplimiento está vinculado al empleo de la diligencia debida por parte de las sociedades afectadas por la norma".

En cuanto a las posibles consecuencias del incumplimiento de la previsión contenida en el artículo 75, la propia LOIEMH no establece expresamente ninguna. Habrá que explorar, pues, las posibilidades de aplicación de los recursos que, con carácter más general, prevé el ordenamiento jurídico. Desde la posición doctrinal partidaria de interpretar el artículo 75 como una obligación de resultado se ha planteado la viabilidad de que "la candidata no designada pudiera impugnar por causa de nulidad radical el acuerdo, de conformidad con lo previsto en el artículo 14 de la Constitución y en el 75 de la Ley de Igualdad" (Huerta 2009:340). Desde la interpretación que considera que el artículo 75 contiene una obligación de medios, esto es, de procurar alcanzar la presencia equilibrada, el profesor Embid (2008) concluye, en cambio, "la inadecuación, en términos generales, de los mecanismos del Derecho de sociedades para encauzar el reproche al incumplimiento de la obligación contenida" en dicho artículo. Por nuestra parte, ya hemos manifestado con anterioridad nuestra opinión: el artículo 75 LOIEMH establece una obligación de "procurar", por lo que su eventual incumplimiento debería poder sancionarse por los mismos procedimientos establecidos en general. Así, la acción social o individual de responsabilidad de las personas administradoras permitiría actuar frente a aquellos que, pudiendo intervenir en una votación (para la elección por cooptación, por ejemplo) o pudiendo proponer la adopción de medidas de procura de la presencia equilibrada (búsqueda activa de candidatas, eliminación de sesgos discriminatorios...) no lo hayan hecho, incumpliendo así su deber de diligencia (art. 225 LSC). Pero también entendemos que no sería descartable una acción de impugnación de acuerdos en los supuestos en que la sociedad obligada a procurar la presencia equilibrada no acreditase haber efectuado actuaciones significativas tendentes a ello en las renovaciones del órgano de administración siguientes a la entrada en vigor de la LOIEMH[45]. A ello podría contribuir la previsión general

---

de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Tales obligaciones de transparencia informativa "se entienden mejor en conexión con un sistema prescriptivo que con uno meramente recomendatorio".

45 Señala Pérez Troya (2013, 55) que "si durante años sucesivos no varían en este aspecto los datos de la Memoria cabrá presumir, siguiendo el principio de inversión de la carga de la prueba

del artículo 10 LOIEMH, en el sentido de declarar que "los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto".

En cualquier caso, cabe recordar que el artículo 75 de la LOIEMH sigue vigente, y que no es únicamente un recordatorio de un plazo mayoritariamente incumplido por las grandes sociedades de capital españolas: sigue siendo un mandato de "procura", de obligación de poner los medios para alcanzar la presencia equilibrada en sus consejos de administración.

3.1.2. *La Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres*

La Ley Orgánica 2/2024 (LORPPE o LO 2/2024), que viene a especificar y desarrollar el mandato de la LOIEMH, supone, indudablemente, un avance cualitativo hacia la presencia equilibrada en la actividad empresarial privada. Frente al mantenimiento de la discriminación de las mujeres en el acceso a los consejos de dirección se establecen objetivos, medidas, explicaciones y sanciones. Además, se transpone lo preceptuado en la Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas, y se extiende a órganos de "alta dirección", "empresas de interés público" no cotizadas y entidades de la economía social. (Senent, 2025). Sin embargo, mientras que en el ámbito público la presencia equilibrada tiene carácter imperativo, sin excepciones y con efectividad inmediata; en el privado empresarial las medidas se circunscriben a consejos de administración y alta dirección de las sociedades cotizadas y de interés público, no se aplican a las PYME. Como hemos reiterado, "quedan, una vez más, al margen la mayor parte de las personas jurídicas empresarias (pequeñas y medianas, familiares, profesionales o abiertas, de capital o mutualísticas) que resultan ser la casi totalidad del tejido empresarial español (Senent, 2025:7/17). Por lo demás, la LORPPE incluye, como veremos, algunos aspectos que amenazan con dificultar su aplicación e incluso permitir ciertos niveles de incumplimiento de la tendencia hacia el objetivo de la presencia equilibrada.

---

que acoge el art. 13 LOI [...] que no se ha procurado incluir mujeres en los consejos. Lo mismo podrá presumirse si la reestructuración de la sociedad no se ha aprovechado para incrementar la representación femenina en el consejo, especialmente si se realizan nombramientos nuevos".

Es su Capítulo V el que se ocupa de la Transposición de la Directiva (UE) 2022/2381. En él se opta por establecer que "las sociedades cotizadas deberán asegurar que el consejo de administración tenga una composición que garantice la presencia, como mínimo, de un cuarenta por ciento de personas del sexo menos representado". No distingue, por tanto, entre personas administradoras ejecutivas y no ejecutivas, y tampoco recoge el mandato para que las sociedades cotizadas afectadas fijen "objetivos cuantitativos individuales con vistas a mejorar el equilibrio de la representación de género entre los administradores ejecutivos", lo cual podrá dar lugar a que el cumplimiento del 40% se cumpla exclusiva o mayoritariamente con las no ejecutivas, que suelen contar con menor capacidad de incidir en la toma de decisiones (Pons, 2024:120). Y tampoco se ha aprovechado para extender la adopción de medidas en las comisiones delegadas del consejo, especialmente la ejecutiva y las de nombramientos y de retribuciones, para cuya composición la presencia equilibrada continúa sin tomarse en consideración (en relación con ello, ver Embid, 2024b, y Pérez Troya, 2024). Además, la LORPPE establece plazos más largos para su cumplimiento que el que indica la Directiva, manteniendo únicamente la fecha del 30 de junio de 2026 "para las 35 sociedades con mayor valor de capitalización bursátil". El resto de sociedades cotizadas cuenta con un período más amplio, de hasta el 30 de junio de 2027, y para otras personas jurídicas empresarias (entidades de interés público, fundaciones, organizaciones del Tercer Sector de acción social y entidades de la economía social) los plazos son todavía mayores.

En cuanto al porcentaje máximo a alcanzar de personas consejeras del sexo menos representado, a nuestro entender la LORPPE deja abierta la puerta a la superación del 49%, establecido tanto en la Directiva 2022/2381 (art. 5.3) como en la LO 2/2024 (nuevo art. 529 bis.3 TRLSC), "en consonancia con el principio de acción positiva, cuando exista una representación de mujeres superior al sesenta por ciento que, en todo caso, deberá justificarse" (Disp. adicional 1.ª) (también Pérez Troya, 2024, por su carácter excepcional; en contra, Pons, 2024:120 y 131; y García Campá, 2024c). Esta interpretación debería permitir que las mujeres superen el porcentaje del 49% en los órganos de representación y dirección de las personas jurídicas empresarias en diferentes supuestos, como medidas de acción positiva "debidamente justificadas". Sin embargo, por el contrario, estimamos que con la regulación adoptada se permite el aplazamiento e incumplimiento del objetivo de alcanzar el 40% si se explica porqué y se "ajustan" los procesos de selección (Senent, 2025:4 y 5/17). Así se deduce del nuevo artículo 529 bis, 4, de

la Ley de Sociedades de Capital (LSC) que establece que "en el caso de que una sociedad cotizada no alcance" el porcentaje mínimo "deberá ajustar los procesos de selección de las personas candidatas a miembros del consejo de administración, para garantizar la consecución". Con ello, en definitiva, el principio de presencia equilibrada en el ámbito económico privado mantiene, aunque de forma un tanto encubierta, la fórmula del "cumple o explica": "Si se brinda la posibilidad de que las corporaciones puedan justificar el no cumplir con la obligación de paridad, no se está estableciendo una obligación real de cumplir con dicho requisito"[46].

Por otra parte, el nuevo apartado 8 del artículo 529 bis introduce la procura de la presencia equilibrada en la "alta dirección". Se trata de un aspecto no regulado en la Directiva y que únicamente obliga a las sociedades cotizadas a que "velen" (Embid, 2024b; Senent, 2015:33 a 35; Pérez Troya, 2019:200 y 2024) por alcanzar el porcentaje del 40% en la estructura técnica de gestión, en los mismos plazos establecidos para el resto de los nuevos apartados del artículo 529 bis TRLSC. Es aquí, de forma clara, únicamente una obligación de adoptar medidas, de una "obligación de medios", y no de obtener resultados; y, en caso de no alcanzarlos, de explicar los motivos y las medidas adoptadas. Uno de los interrogantes que se plantean al respecto es si también se pueden reclamar para la alta dirección otros aspectos establecidos para la presencia equilibrada en los consejos de administración: plazos, requisitos y criterios para los procesos de selección, preferencia de las personas candidatas del sexo menos representado, información que debe facilitar la sociedad, inversión de la carga de la prueba...

En cuanto a las posibles sanciones por incumplimiento de las obligaciones, no se ha aprovechado la ocasión que ofrecía el artículo 8.1 de la Directiva 2022/2381: "la posibilidad de que un órgano jurisdiccional anule o declare la nulidad de una decisión relativa a la selección de los administradores realizada en contra de las disposiciones nacionales adoptadas" (la denominada sanción de la "silla vacía"); y tampoco se han propuesto otras, como el establecimiento de sanciones económicas (multas, pérdida de derechos remuneratorios de las personas administradoras, etc.) o de otro tipo (penalizaciones para concurrir a concursos públicos, suspensión de cotización bursátil, nulidad de las deliberaciones del consejo que no cumpla la composición equilibrada en plazo...) (Pérez Troya,

---

46 Enmienda 49 del Grupo parlamentario Republicano, "Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, 121/000001..."

2019:207; Huerta, 2013:248; Grupo parlamentario Republicano, enmiendas 54 a 57). Más lejos todavía ha quedado la posibilidad de replicar medidas del ámbito público que han demostrado tener una mayor efectividad práctica, como la prevista en el artículo 44 bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. De forma equivalente, podría preverse la no inscripción de los nombramientos de cargos de las personas jurídicas empresarias que no cumplan con la composición equilibrada en sus Registros correspondientes: el Mercantil, el de Cooperativas, el de Fundaciones... (Ventura, 2024). En cualquier caso, como recuerda Adoración Pérez Troya (2024), "la falta de una previsión *ad hoc* no excluye, lógicamente, que, eventualmente, el nombramiento de un administrador pueda ser declarado nulo cuando el proceso de selección haya vulnerado los requisitos previstos en el artículo 529 bis TRLSC".

La LORPPE también extiende la regulación de la presencia equilibrada a los órganos de administración de otras personas jurídicas empresarias. Así, a las grandes entidades de interés público no cotizadas les será de aplicación, con algunas excepciones y especialidades. Por otra parte, el artículo octavo de la LO 2/2024 modifica la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen del Sector Público (LRJSP), introduciendo un nuevo artículo 84 bis, "Presencia equilibrada entre mujeres y hombres en las entidades del sector público institucional estatal". El cumplimiento del principio de presencia equilibrada en las entidades del sector público institucional estatal "deberá quedar garantizado en un plazo máximo de cinco años" desde la entrada en vigor de la LO 2/2024 (Disp. trans. 1.ª, 3, 2.º párr.), esto es, el 21 de agosto de 2029.

Además, la LO 2/2024 dedica varias disposiciones a introducir la presencia equilibrada en las entidades de la Economía social, entendidas estas en un sentido amplio. El que podríamos denominar "régimen común" que se puede inferir es el siguiente: los órganos de gobierno y representación de las citadas personas jurídicas se han de nombrar "atendiendo al principio de representación equilibrada", cuando concurran las siguientes circunstancias: a) que el número medio de personas empleadas durante el ejercicio sea superior a 125; y b) que el importe del volumen de presupuesto anual supere los 20 millones de euros. Muy probablemente van a ser pocas las entidades que alcancen tales requisitos mínimos; y se establece además la posible exención de dicha obligación para las fundaciones y las organizaciones del tercer sector de acción social "cuyos fines u objeto así lo justifiquen". La aplicación de los objetivos de presencia equilibrada en fundaciones, organizaciones del Tercer Sector de acción social y entidades de

la economía social referidas por la norma habrá de comenzar, como máximo, el 30 de junio de 2028.

Todo ello nos hace concluir que el principio constitucional de igualdad y no discriminación por razón de sexo sigue quedando desprotegido en el acceso a los cargos de representación y dirección de las empresas. Pero tal constatación no es contradictoria con una valoración global positiva de la norma, que, a pesar de todo, no deja de representar un avance. Frente al primer y tímido intento de la LOIEMH, la LO 2/2024 supone el reconocimiento explícito, con carácter general, de que frente a la secular discriminación de las mujeres en sus posibilidades de acceso a los consejos de dirección de las empresas es necesario establecer objetivos, medidas, explicaciones y sanciones en supuestos de incumplimiento. Además, como hemos visto, en algunos aspectos la LO 2/2024 va más allá de las disposiciones incluidas en la Directiva 2022/2381, extendiendo el fomento de la presencia equilibrada, con diferentes requisitos y condicionantes, a los órganos y cargos de "alta dirección"; y a diversos tipos de empresas no cotizadas.

3.1.3. *Otras normas relacionadas con la igualdad en la actividad empresarial*

Una manifestación distinta y específica de la procura de presencia equilibrada es la que se lleva a cabo mediante la denominada "titularidad compartida" de la actividad empresarial, mediante la que se visibiliza la aportación, a veces invisibilizada, de las mujeres. Una concreta materialización de la titularidad compartida, para las explotaciones agroalimentarias, se introduce mediante el artículo 30 de la LOIEMH, en el que se incluía un mandato para que se desarrollara la figura jurídica, "para que se reconozcan plenamente los derechos de las mujeres en el sector agrario, la correspondiente protección de la Seguridad Social, así como el reconocimiento de su trabajo". En su virtud se publicó primero el Real Decreto 297/2009 y, varios años después la vigente Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias (LTCEA). Su finalidad expresa es, efectivamente, "promover y favorecer la igualdad real y efectiva de las mujeres en el medio rural, a través del reconocimiento jurídico y económico de su participación en la actividad agraria"; pero, además, se apuntan otras razones que recomiendan el favorecimiento de la titularidad compartida. Por una parte, la constatación, a nivel internacional, de que los proyectos asumidos por las mujeres de una comunidad proporcionan resultados tangibles y extensibles al núcleo familiar y a todo el ámbito comunitario (Espín 2010:1344); por otra, que

"el nuevo éxodo rural es de mujeres", respondiendo a lo que se ha denominado "huida ilustrada" y a la pervivencia de antiguos modelos "que priman al varón como sucesor de los negocios familiares" (Morán 2009; Espín 2010:1346-1351; Senent y Rodríguez 2023).

Frente a todo ello, la LTCEA regula tres opciones alternativas para la equiparación de derechos entre la persona titular de una explotación agraria y su cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad: a) la constitución de una unidad económica denominada "titularidad compartida" (TC) de las explotaciones agrarias; b) la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada con un capital no superior a los 3100 euros y sujeta a unos estatutos tipo; y c) el reconocimiento de derechos económicos al/a la cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad, frente al titular de la explotación[47]. Desafortunadamente, el contexto de crisis económica en el que se promulgó la ley y las posteriores restricciones presupuestarias no han favorecido su deseable implantación progresiva: quince años después de su promulgación, en enero de 2026, el número total de titularidades compartidas es de 1558 en todo el Estado, y su distribución territorial sigue siendo muy desigual (Moreno, 2022:394).

En otro orden, entre las medidas de fomento público de la igualdad en el ámbito empresarial, cabe reseñar dos tipos específicos: el posible establecimiento de las denominadas "cláusulas sociales" con perspectiva de género en los contratos de las administraciones públicas (arts. 33 y 34 LOIEMH); y la posible valoración como méritos en los procedimientos de subvención de la adopción por parte de las empresas de medidas de conciliación, de RSG o del distintivo de igualdad (art. 35 LOIEMH). Pero "es a partir de la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, cuando se incide realmente en el deber de que toda contratación pública incorpore criterios sociales, como la igualdad de género", (Lesmes, 2022:3). En su virtud, las administraciones públicas españolas, especialmente las del ámbito local, han

---

47 Para el desarrollo de los correspondientes regímenes jurídicos, ver A. Pérez Vallejo (2013) y M.ª J. Senent (2012b), así como los diversos trabajos al respecto incluidos en VV. AA. (2017), *Construyendo la igualdad...*, T. Torres (dir.), F. Infante, M. Otero y A. Rodríguez (coords.).

ido introduciendo este tipo de cláusulas, condiciones y criterios de valoración[48], con diverso éxito y encontrando también algunas notables dificultades y resistencias (Lesmes 2013, 26 a 35).

Además, no queremos dejar de mencionar los mandatos contenidos en la LOIEMH al objeto de obtener datos desagregados por sexo, también en el ámbito de la actividad económica, que permitan conocer la situación real de las mujeres y adoptar las más adecuadas medidas para promover la igualdad. Así, el artículo 20 LOIEMH reclama a los poderes públicos la inclusión sistemática de la variable de sexo en las estadísticas, encuestas y recogidas de datos que lleven a cabo; el establecimiento, en su caso, de nuevos indicadores; la realización de muestras suficientemente amplias; y la explotación de los datos disponibles. Pero además la Disp. adicional Vigésima sexta de la LOIEMH vino a establecer que las sociedades de capital han de incluir en su memoria anual "la distribución por sexos al término del ejercicio del personal de la sociedad, desglosado en un número suficiente de categorías y niveles, entre los que figurarán el de altos directivos y el de consejeros" (art. 260, décima, 2.º párr. LSC[49]). Bien es cierto que se hubiese podido aprovechar la oportunidad para extender la desagregación por sexos a la información sobre sueldos y salarios de todo el personal (art. 260, décima, 1.er párr. LSC); y que la eficacia de la norma se circunscribe a las sociedades de mayor tamaño, al no ser aplicable a las que puedan formular balance abreviado.

Para las sociedades cotizadas, la obligación de presentar información relativa a la posición de las mujeres en su organización se refuerza, incluyéndola entre el contenido de su informe de gobierno corporativo, según lo preceptuado en el artículo 540.4, c), 8.º LSC. Además, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece la obligación de elaborar memorias de sostenibilidad e informes de gobierno corporativo para el caso de ciertas entidades públicas, y la posibilidad de hacerlo por parte de las entidades privadas; pero es la Ley 11/2018, en materia de información no financiera y diversidad, la que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/95/UE, ampliando

---

48 Para el desarrollo del procedimiento de inclusión de cláusulas sociales en materia de igualdad pueden consultarse Belando, 2024; y Rodríguez y Senent, 2019.

49 Si bien el mandato de la Disposición adicional vigésimo sexta modificaba el art. 200 de la LSA, se trasladó al art. 260. Octava de la posterior Ley de Sociedades de Capital. Después, la Disposición final 4.5 de la Ley 22/2015, de 20 de julio de Auditoría de cuentas la ha convertido en la mención Décima del mismo art. 260.

significativamente su ámbito de aplicación a las sociedades de capital con un número medio de personas trabajadoras superior a 500 y que cumplan con otros parámetros previstos en el art. 262.5, b) LSC; así como a determinadas sociedades dominantes de un grupo que estén obligadas a consolidar. Dicha información "incluirá [...] las medidas que, en su caso, se hayan adoptado para favorecer el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres" (art. 49.6, 1.er párr. CCo)[50].

A su vez, la Directiva (UE) 2022/2464 vino a sustituir la Directiva 2014/95/UE, dando un plazo de dos años para su transposición a la legislación interna, que finaliza, en principio, el 26 de julio de 2027. En su virtud, en enero de 2026 se encontraba en tramitación en las Cortes Generales el proyecto de ley de información empresarial sobre sostenibilidad, que preveía su aplicación "a todas las grandes empresas y grupos de empresas, y también a medianas y pequeñas empresas cotizadas (excepto microempresas) [...] para todas las empresas europeas, así como la obligación de presentarlo en un formato electrónico único, que permitirá una mayor comparabilidad de la información de las empresas a nivel europeo". La ley proyectada mencionaba como objetivo incorporar la Directiva (UE) 2022/2464; pero la más reciente Directiva 2025/794 de 14 de abril de 2025 *Stop-the-Clock* o "de suspensión temporal" (una de las normas incluidas en la Propuesta Ómnibus I de la Comisión) ha retrasado los plazos establecidos y los ámbitos de aplicación tanto de la Directiva 2022/2464 (CSRD) como de la Directiva 2024/1760 (CSDDD), sobre diligencia debida por parte de las empresas.

---

50 Entre la información a facilitar se demandan "datos desagregados por sexo relativos a la contratación, incluida la temporal y la parcial; despidos; remuneración media y su evolución; brecha salarial; la remuneración media, incluyendo percepciones de todo tipo, de personas consejeras y directivas. También se demanda información sobre medidas destinadas "a facilitar el disfrute de la conciliación y fomentar el ejercicio corresponsable de esta por parte de ambos progenitores"; salud y seguridad en el trabajo, desagregada por sexo. Y específicamente en materia de "Igualdad: medidas adoptadas para promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres; planes de igualdad [...], medidas adoptadas para promover el empleo, protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo, la integración y la accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la política contra todo tipo de discriminación y, en su caso, de gestión de la diversidad". Además, en la "Información sobre la sociedad" (art. 49.6,V CCo) se demanda, en relación con la subcontratación y personas proveedoras, "la inclusión en la política de compras de cuestiones sociales, de igualdad de género y ambientales" . Cuando no se aplique ninguna política en alguna de las cuestiones previstas, se ofrecerá "una explicación clara y motivada".

3.2. Normativa de "derecho blando"

Como ya hemos mencionado, las organizaciones empresariales han tendido a orientar la RSE en general y la RSG en particular en materia de gobierno corporativo hacia la adopción voluntaria de códigos de buen gobierno. La primera de sus concreciones en España fue la Recomendación número 15 del Código Unificado de Buen Gobierno de 2006, citada *supra*. Con posterioridad, en un complejo proceso que hemos descrito con detalle en otros trabajos (Senent, 2015) los sucesivos códigos de buen gobierno aprobados y sus actualizaciones han ido evolucionando hacia una "difuminación" de las recomendaciones, tanto por lo que respecta a la adopción de medidas para progresar hacia la presencia equilibrada como en cuanto a la información sobre los motivos que hubiesen dificultado su eventual realización. Finalmente, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de 2015 fué objeto de actualización en 2020, cuyo texto es el vigente en 2026, sin perjuicio de que ya se haya anunciado el inicio de los trabajos para su futura renovación. En materia de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración se da un desglose, entre las Recomendaciones 14 y 15. La primera de ellas recomienda:

> "Que el consejo de administración apruebe una política dirigida a favorecer una composición apropiada del consejo de administración y que:
>
> a) sea concreta y verificable;
>
> b) asegure que las propuestas de nombramiento o reelección se fundamenten en un análisis previo de las competencias requeridas por el consejo de administración; y
>
> c) favorezca la diversidad de conocimientos, experiencias, edad y género.
>
> A estos efectos, se considera que favorecen la diversidad de género las medidas que fomenten que la compañía cuente con un número significativo de altas directivas.
>
> Que el resultado del análisis previo de las competencias requeridas por el consejo de administración se recoja en el informe justificativo de la comisión de nombramientos que se publique al convocar la junta general de accionistas a la que se someta la ratificación, el nombramiento o la reelección de cada consejero.
>
> La comisión de nombramientos verificará anualmente el cumplimiento de esta política y se informará de ello en el informe anual de gobierno corporativo".

Se persiste, pues, en la Recomendación 14, en la "difuminación" que supone:

a) Recomendar que se apruebe una "política dirigida a favorecer una composición apropiada". Nótese la redacción que a nada compromete, sin objetivos medibles ni plazos determinados.

b) Que dicha política, que todavía se habría de aprobar "favorezca la diversidad de conocimientos, experiencias, edad y género". Ya hemos advertido con anterioridad sobre el riesgo de sustituir el objetivo de la presencia equilibrada de mujeres y hombres con el de perseguir una "diversidad" de objeto múltiple, en el que la presencia de mujeres se haya de "compaginar" con otros parámetros[51].

c) Que se considere cumplido el "favorecimiento" cuando se alcance "un número significativo de altas directivas". Concepto indeterminado donde los haya, el de "número significativo".

Por el contrario, el segundo párrafo de la Recomendación 15 aconseja "que el número de consejeras suponga, al menos, el 40 % de los miembros del consejo de administración antes de que finalice 2022 y, en adelante, no siendo con anterioridad inferior al 30%". Dejando aparte la mejorable redacción del texto, no cabe duda de que se establecen aquí objetivos concretos y mensurables. Sin embargo, siendo una mera recomendación, lo cierto es que en el ejercicio de 2022 no se alcanzó el porcentaje del 40%, situándose en el 31,9% de mujeres consejeras. En 2024, último ejercicio cuyos datos se han publicado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el momento de escribir estas líneas, el porcentaje se sitúa en el 36,3%.

Varios trazos son reseñables en la vigente regulación de "derecho blando": por una parte, se produce una dicotomía entre las Recomendaciones 14 y 15: mientras la primera persiste en la "dilución" de la aspiración de tender hacia la presencia equilibrada de mujeres y hombres en la adopción de una más genérica "política de diversidad", la número 15 se alinea con el objetivo marcado por la LORPPE de alcanzar un 40% mínimo de mujeres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas. Por otra parte, se recomienda que el consejo de administración apruebe "una política dirigida a favorecer", entre otras cosas, lo que continúa denominándose "diversidad de género". Lo cierto es que las recomendaciones que en materia de presencia equilibrada pueden formularse desde el gobierno corporativo quedan bastante limitadas a partir de la aprobación de la Ley Orgánica 2/2024.

---

51 Ver al respecto el caso de las propuestas para el Código de Gobierno Corporativo alemán en contribuciones anteriores (Senent 2012a, 185 y 186); y la recopilación y clasificación de la información sobre los códigos de gobierno de la UE en E. Tobías (2017, 33 ss. y, particularmente, 80).

Por lo demás, cabe recordar que la regulación comentada solo se aplica a las sociedades cotizadas. No existe ninguna previsión para intentar corregir la discriminación de las mujeres en su acceso a los consejos de administración del resto de sociedades mercantiles (el resto de sociedades anónimas, incluidas las europeas, las limitadas, las laborales...), de las sociedades de garantía recíproca, las cooperativas, las mutuas de seguros y otras entidades de la economía social, sea cual fuere su forma jurídica o tamaño. Tampoco se contempla la cuestión respecto de cualesquiera otros órganos de representación, gestión y/o dirección (comisiones ejecutivas, otras comisiones, como las de auditoría, nombramientos, remuneración...), incluyendo los que son o pueden ser no colegiados (personas consejeras delegadas, liquidadoras, comisaría del sindicato de obligacionistas...).

4. CONCLUSIONES

El análisis efectuado respecto de las principales normas de Responsabilidad Social de Género en el ámbito del gobierno empresarial nos lleva a formular varias conclusiones. La primera se refiere a la constatación de que fiar la adopción de medidas de igualdad de mujeres y hombres en la representación y gestión de las empresas más grandes a su propia voluntad se ha revelado, por regla general, como inoperante. Como muestra más evidente, la que se deriva de la única medida de la LOIEMH que incorpora un plazo para su realización, la de su artículo 75, que quedó patentemente incumplido. Solo la promulgación de la Directiva 2022/2381 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas parece haber llevado a sus direcciones a moverse hacia el cumplimiento de su objetivo mínimo. En efecto: si la Directiva, y por tanto la Ley Orgánica para su transposición, establecen un "suelo" en la presencia de consejeras de un 40%, los más recientes datos, relativos al ejercicio de 2024 indican que en su conjunto se alcanzaba un 36,58%, de las cuales solo un 8,55% eran consejeras ejecutivas, y que en la alta dirección el porcentaje de mujeres era del 24,83%[52]. Quedan por ver al menos dos cuestiones: por una parte, cómo se van a ir aplicando las previsiones de la LORPPE en los próximos años; y, por otra parte, si se va a reclamar el cumplimiento del artículo 75 LOIEMH en aquellas empresas a las que les sigue siendo de aplicación, esto es, a las que, no siendo sociedades cotizadas, sí estén obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada.

---

52 https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/PresenciaMujeresConsejo2024.pdf

La segunda cuestión a resaltar es que la aplicación de la perspectiva de género al ejercicio del poder económico se mantiene prácticamente circunscrita a promover la presencia de mujeres en los órganos de gestión de las grandes sociedades. Y si bien la LORPPE ha ampliado el foco, regulando la presencia equilibrada también para la alta dirección y para grandes empresas no cotizadas, siguen quedando fuera de su aplicación, por una parte, la mayor parte del tejido empresarial, conformado por pymes; y, por otra, el resto de la estructura orgánica y de gestión[53].

Finalmente, la discriminación empresarial de las mujeres se plasma en otros diversos aspectos que siguen siendo poco estudiados: las dificultades de acceso a la titularidad empresarial; la brecha retributiva y de financiación; la diversa gama de obstáculos a la promoción profesional, entre los cuales caben destacar las dificultades para la conciliación y para la formación...

Por todo ello, consideramos que, para progresar a un ritmo más eficaz en la efectiva implantación del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el ámbito de la actividad empresarial, sería recomendable adoptar diversas acciónes. Por una parte, con independencia de que puedan mantenerse las políticas de fomento de la RSG en general y de las recomendaciones de gobierno corporativo en particular, sigue siendo necesaria la promulgación de normas legislativas, de carácter imperativo y con previsión de sanciones para su eventual incumplimiento, que garanticen que la actual vulneración del derecho fundamental a la igualdad efectiva de las mujeres en el ámbito empresarial ya no es una opción sostenible.

Por otra parte, convendría promover una eventual reforma del título VII de la LOIEMH, que debería incluir, como mínimo, un artículo dedicado al proceso hacia la presencia equilibrada de mujeres y hombres en todos los órganos de representación y dirección de todo tipo de empresas, en el que se establezcan plazos razonables para su obligatorio cumplimiento y sanciones realmente disuasorias de un eventual incumplimiento.

---

53 En ese sentido, cabe señalar que en el mismo informe se da cuenta de que, del total de consejeras integradas en consejos de administración de las sociedades cotizadas en 2024, solo un 1,8% eran consejeras ejecutivas. En cuanto a la presencia de mujeres en las comisiones del consejo, mientras que en la de auditoría y en la de nombramientos y retribuciones se acercaban a la paridad (47,1% y 46,4% respectivamente), en la comisión ejecutiva únicamente era del 7,2%. Por lo que respecta a las presidencias de los consejos solo un 14% estaba ocupado por mujeres, y solo 2 de ellas eran presidentas ejecutivas.

Queda también por hacer una revisión transversal, completa, del ejercicio del poder económico real desde una perspectiva de género. En ella, además de atender a la presencia de mujeres en toda la estructura societaria y en la de gestión, se habrían de tener en cuenta otros aspectos, como la superación de la brecha retributiva, la eliminación de obstáculos a la promoción profesional y la erradicación de la violencia de género.

Una política efectiva de fomento de la igualdad en el ámbito empresarial pasaría también por revisar y, en su caso, mejorar la aplicación tanto de la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias, como de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. La efectividad de la primera pasa por dotar de recursos (y de voluntad política) al Ministerio de Agricultura y a las Comunidades Autónomas, de manera que llegue la información y el apoyo económico a las personas destinatarias y se facilite el acceso a las diferentes opciones en ella previstas. En cuanto a la Ley de Contratos del Sector Público, requeriría una clara voluntad proactiva y la adopción de medidas por parte de las Administraciones públicas en materia de introducción y supervisión de eventuales cláusulas sociales de género.

Finalmente, en materia de información sobre la situación de las mujeres consideramos necesario incidir en varios aspectos. Por una parte, con carácter general, se habrían de implementar medidas para controlar el cumplimiento de la Disposición adicional vigésima sexta de la LOIEMH, a fin de que las grandes sociedades de capital incluyan efectivamente en su memoria anual "La distribución por sexos al término del ejercicio del personal de la sociedad, desglosado en un número suficiente de categorías y niveles, entre los que figurarán el de altos directivos y el de consejeros" (art. 260, décima, 2.º párr. LSC). Además, debería promoverse la extensión de la desagregación por sexos a lo previsto en las menciones undécima y duodécima del artículo 260 LSC, esto es, a "los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa"; y a "los anticipos y créditos concedidos a cada uno de los miembros de los órganos de administración y del personal de alta dirección". En cuanto a las obligaciones de información de las sociedades cotizadas, habrá que observar cómo se da cumplimiento en los próximos ejercicios a lo previsto en el artículo 529 bis de la LSC según su nueva redacción en virtud de la aplicación de la LORPPE.

Capítulo 8
IGUALDAD Y BRECHAS DE GÉNERO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: EL EMPLEO PÚBLICO

Mª Consuelo Alonso García
Catedrática de Derecho administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha
https://orcid.org/0000-0002-1240-8260

1. INTRODUCCIÓN: LAS IMPORTANTES BRECHAS DE GÉNERO EN EL EMPLEO PÚBLICO: SITUACIÓN, RAZONES, CONSECUENCIAS Y MEDIDAS

1.1. La situación de partida: la necesidad de afrontar el problema de las desigualdades y brechas de género desde las políticas públicas

La consecución de la igualdad, que diseña como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico el artículo 1.1 de la Constitución y que se erige como uno de los primeros derechos fundamentales de la persona (art. 14 CE), constituye una obligación que el propio texto fundamental impone a los poderes públicos, al conminarles a que promuevan las condiciones para que este derecho del individuo, pero también de los grupos en que se integra, sea real y efectivo, remuevan los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y faciliten la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social" (art. 9.2 CE).

Dicha exigencia es, asimismo, una consecuencia de la propia configuración del Estado como social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). Como democrático, su calidad se valora en términos de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, que los poderes públicos han de promover (mandato del art. 23.1 CE); como Estado de Derecho ha de asegurar –incluso jurisdiccionalmente, a través del recurso de amparo y el procedimiento judicial especial y sumario– la protección de los derechos fundamentales de la persona (art. 53.2

de la Constitución), y, como social, el reconocimiento, el respeto y la protección los principios rectores de la política social y económica que hacen posible el mismo (capítulo III CE) "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos" (art. 53.3 CE).

La garantía de la igualdad real y efectiva reside en una parte importante en la acción que sobre la misma realice el Gobierno al diseñarla y la Administración pública al ejecutarla. Obviamente, la política gubernativa y la acción administrativa han de ser inclusivas en cualquier caso, amparando a todos los colectivos que sufren discriminación y segregación (ancianos, personas con discapacidad, homosexuales, etc.), pero debe prestar una atención especial a la igualdad de género. Y ello no porque las demás iniquidades no tengan el mismo peso específico a la hora de afrontarlas, sino porque en el caso de las mujeres hay importantes razones (incluso de carácter práctico) para así hacerlo: se parte de una posición de desigualdad y discriminación secular de ellas respecto de los varones, incluso en la esfera social, que hay que erradicar; las mujeres constituyen el cincuenta por ciento de la población, por lo que son una fuerza laboral, social y económica importantísima de la que no podemos prescindir; además, nuestro Estado ha asumido la totalidad de los compromisos internacionales y europeos en materia de igualdad de género, en general, así como de empleo femenino, en particular, teniendo la obligación de cumplirlos por exigencias del artículo 10.2 CE, al estar implicado un derecho fundamental.

En cualquier caso, a la hora de definir una política de género y de que la misma sea eficaz hay que tener en cuenta una importante circunstancia: que ninguna actuación pública (ni privada –en algunos casos incluso se puede producir un efecto de *boomerang* entre lo público y lo privado: los logros alcanzados en el terreno público se aplican al ámbito privado y viceversa–) es neutra respecto del género. Esto conlleva dos importantes consecuencias: la primera, que la integración de la perspectiva de género ha de ser transversal, horizontal (*gender mainstreaming*, como definición consagrada en la Plataforma para la Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres de Naciones Unidas celebrada en Pekín en 1995), lo que quiere decir que la misma se ha de incorporar a cualquier política, programa, norma o actuación, y en todas sus fases (diagnóstico, planificación, implementación, evaluación). El segundo corolario es que, cualquiera que sea la naturaleza de la acción o norma que se proyecte, ha de ir precedida de una evaluación de su impacto respecto del género, a efectos de valorar y considerar sus implicaciones a este respecto.

Ante la imposibilidad de abordar, por su amplitud, el examen de todas las políticas públicas para mitigar la situación de desigualdad de las mujeres emprendidas en nuestro Estado, vamos a centrar nuestra atención en una concreta, la del empleo público. Y ello por las siguientes razones:

La primera, y con carácter general, la importancia del trabajo para la mujer: el hecho de que la mujer esté empleada la empodera, la hace independiente, le permite hacer frente, en una mejor posición, a situaciones de acoso o violencia, etc.

En segundo lugar, la feminización de la función pública. Cada vez son más las mujeres que prestan sus servicios profesionales en el sector público, precisamente, entre otras circunstancias, gracias al impulso hacia la igualdad realizado por los poderes públicos. Y es que, efectivamente, este ámbito laboral es muy atractivo para las mujeres si lo comparamos con el privado: el sistema de acceso es objetivo –aunque podamos advertir todavía algunos escollos que lo dificultan–, les aporta estabilidad laboral, seguridad de sus retribuciones, les permite la promoción en la carrera profesional, las jornadas de trabajo son fijas y los horarios más flexibles que en el sector privado –lo cual conlleva una mayor facilidad para conciliar el trabajo con su vida personal, que todavía las mujeres siguen asumiendo de forma mayoritaria–, los permisos remunerados son amplios, así como los beneficios y asistencia social, se presta garantía a las pensiones y a la seguridad social, etc.

Las novedades normativas que en el último lustro se han producido en el marco jurídico, particularmente para transponer el Derecho de la Unión Europea sobre la materia[1], la adopción de planes, programas y estrategias, la doctrina constitucional y la jurisprudencia dictada en la materia, han experimentado un

---

[1] Entre los relacionados con el objeto de este trabajo destacan la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo; la Directiva 2004/113/CE sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios y a su suministro; 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, y la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

notable desarrollo[2]. Entre ellas, podemos destacar: la reforma de los permisos parentales operada por el Real Decreto Ley 9/2025, de 29 de julio, que resulta de aplicación también a los empleados públicos; la consideración de los hijos e hijas a efectos del cómputo de la pensión de jubilación, cuya última reforma se ha llevado a cabo mediante el Real Decreto Ley 9/2025; la imposición de una mayor participación de la mujer y su representación en todos los ámbitos de la vida pública, en especial en los altos cargos y órganos de dirección operada por la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres (LORP, en adelante), etc.

No obstante, pese a esta activa política, la situación de desigualdad de la mujer en el empleo público no parece remontar, al subsistir todavía importantes problemas, como el acceso y promoción en el empleo, la interinidad, –que afecta particularmente a las mujeres–, las dificultades para la conciliación, la brecha salarial y de pensiones, la escasa presencia femenina en algunos cuerpos, como las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y las Fuerzas Armadas o en determinados sectores afectados por la denominada "discriminación horizontal", su débil participación en los órganos encargados del diseño y decisión de las políticas públicas y su insuficiente representación –desde luego, muy lejos de la paridad–, en los puestos de dirección y de responsabilidad dentro de la Administración, incluso en ámbitos donde ya existe una abrumadora mayoría de mujeres, como la universidad, la administración de justicia, la docencia o la sanidad.

Y esta situación arrastra consecuencias que se presentan en ocasiones como irreversibles.

1.2. Razones de las dificultades de las mujeres para el acceso, el desarrollo profesional y la promoción en el empleo público y la escasa representación femenina en los puestos de dirección y responsabilidad en la función pública

Entre las razones que propician las desigualdades y brechas de género advertidas en el empleo público femenino destacan las siguientes:

---

2 El panorama que yo expuse y analicé en mi trabajo de 2022 titulado "La igualdad de género en el empleo público: una realidad pendiente de lograr", en Marco Francia, Mª P. y Jiménez Montañes, Mª A. (dir.) y Villaluenga de Gracia (coord.): *Responsabilidad social y Covid-19*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 163-191, ha quedado hoy superada por esta nueva realidad jurídica.

En primer lugar, y como eje central del problema, todavía persiste el escollo de la maternidad y la mayor dedicación que la mujer al cuidado de los hijos y de las personas mayores, dependientes o enfermos[3].

En efecto, la maternidad, que, dadas las disminuidas cifras de natalidad en España[4], debería promoverse y ser una responsabilidad compartida entre los progenitores, frena la carrera profesional de las mujeres, ya no solo por coincidir normalmente con el período álgido de su vida laboral, sino también por la exigencia de determinadas profesiones, con muchas horas de trabajo, jornadas nocturnas, turnos, trabajo en fines de semana, etc.[5]

Pero, además, la maternidad y el cuidado de los hijos y dependientes son una ocupación muy intensa en el tiempo, por lo que la mujer soporta una doble carga laboral: la del trabajo remunerado y el doméstico, en absoluto retribuido[6], considerándose, por otro lado, que es una obligación que debe asumir la mujer en

---

3 Según datos aportados por el Instituto de las Mujeres, del Ministerio de Igualdad, que recaba del Instituto Nacional de Estadística, las mujeres dedican, en promedio, el doble de horas semanales que los hombres a los cuidados y tareas del hogar. Uno de los motivos por el que optan de forma voluntaria por trabajar a tiempo parcial es, precisamente, el cuidado de menores y personas dependientes. Mientras, los hombres eligen de forma voluntaria el trabajo a tiempo parcial para seguir cursos de enseñanza o formación, según datos de 2024 de Empleo.
Además, un 22,3% de mujeres con menores a cargo trabaja a tiempo parcial, frente al 4,1% de hombres. Cuando hay tres o más menores, el porcentaje asciende al 25,5% en mujeres y al 6,2% en los hombres.
Disponible en: https://www.inmujeres.gob.es/elInstituto/conocenos/home.htm.

4 Según el estudio Movimiento Natural de la Población / Indicadores Demográficos Básicos. Año 2024, de 19 de noviembre de 2025, del Instituto Nacional de Estadística, durante 2024 se registraron 318.005 nacimientos en España, lo que supuso un descenso del 0,8% respecto al año anterior. El número medio de hijos por mujer se redujo hasta 1,10, siendo los nacimientos de madres nacidas en el extranjero el 33,3% del total. Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm.

5 Para Margarita León, "... la maternidad continúa penalizando la participación laboral de las mujeres y explica una buena parte de la brecha salarial y de las desiguales posibilidades de su promoción, fundamentalmente, porque la mayor participación de las mujeres en el mercado laboral no se ha visto correspondida por una participación equivalente de los hombres en tareas vinculadas con la reproducción" (*El arte de pactar*, Catarata, 2023, p. 82).

6 Así lo ha señalado, por ejemplo, la directora de la *London School of Economics*, Minouche Shafik, en su estudio *Lo que nos debemos los unos a los otros. Un nuevo contrato social*, Paidós, 2022, p. 53.

razón de su sexo, por estar biológicamente más preparada para ello, no pareciendo afectar al varón[7].

En segundo lugar, en ocasiones, como luego podremos comprobar, los criterios de acceso, ascenso y promoción en la carrera profesional, aunque aparentemente neutros, no lo son y difieren del mérito y la capacidad: las comisiones y tribunales de los procesos selectivos compuestos por hombres tienden a favorecer a sus congéneres; pueden desconfiar de la preparación de las mujeres o tener dudas sobre su disponibilidad futura, puede existir la percepción general de que

---

7 Son muy reveladoras en este sentido las palabras del divulgador musical Fernando Argenta, que en su obra *Los clásicos también pecan* (De bolsillo, 3.ª ed., 2014: 155), además de no incluir ninguna mujer entre los grandes músicos, refiriéndose a los problemas domésticos del gran Beethoven, señalaba cómo estos frenaban su actividad creativa:

> "Beethoven tuvo una etapa en la que compuso bastante poco debido a los follones domésticos y las preocupaciones que le causaba la tutela de su sobrino e hijo adoptivo, Karl. La posdata de una carta que envió a su amigo Smeskall refleja hasta qué punto el genio, el gran hombre, debía ocuparse de detalles absurdos [compra de un uniforme para el servicio doméstico, con librea, gorra y botas] con evidente perjuicio para sus actividades creativas".

Nos preguntamos si el autor hubiera realizado este comentario si el músico hubiera sido mujer o si una escritora hubiera hecho este tipo de observación.

A la primera pregunta, lamentablemente, hay que responder negativamente: nadie se hubiera molestado en saber qué asuntos de esta índole ocuparon a las invisibilizadas y olvidadas por la historia mujeres músicas. Por citar alguna de las más (des)conocidas cuyo talento fue relegado al ámbito privado, destacamos Fanny Mendelssohn, algunas de cuyas obras fueron publicadas con la firma de su hermano menor, Félix, (Sobre esta compositora puede verse el completo libro de R. Larry Todd titulado *Fanny Hensel: The Other Mendelssohn*, Dover Publications, 2004); María Anna Mozart, sobre la que puede leerse la novela histórica de Rita Charbonnier, titulada *Nannerl, la hermana de Mozart* (Edhasa, Barcelona, 2006). Con ese mismo título hay una película francesa de 2010, del director René Féret; Clara Wieck, quien luego adoptó el apellido de su marido, Robert Schumann, gran pianista y compositora (*vid.* sobre ella, entre otros, el libro escrito por su biznieta, Elizabeth Subercaseaux, titulado *La música para Clara*, editorial Lumen, Barcelona, 2015) o Alma Mahler, esposa de Gustav Mahler (sobre la intensa vida de Alma María Margaretha Schindler hay abundante bibliografía. A mí particularmente me ha gustado el libro *Alma Mahler Gropius* (titulado así por el apellido de su también esposo, el arquitecto alemán Walter Gropius), de Almudena de Maeztu, JP Libros, Barcelona, 2010).

Afortunadamente, ahora se están realizando algunos tímidos intentos de recuperar la música de estas grandes mujeres. En 2025, la pianista española Isabel Dobarro ganó el premio Latin Grammy al Mejor Álbum de Música Clásica en 2025 por su disco *Kaleidoscope*, que tiene como fin visibilizar la presencia de la mujer en este campo de las artes.

A la segunda pregunta hay que responder que, desgraciadamente, la percepción del hombre en buena parte de nuestro mundo es que corresponde a la mujer ocuparse de estos temas.

las mujeres están en dichos puestos debido a una "acción afirmativa" o se piensa que están más cualificadas para afrontar mejor unas tareas que otras.

Esta situación puede provocar la renuncia de las mujeres a ocupar determinados puestos laborales o de dirección y responsabilidad, negándose incluso a presentarse a los procesos selectivos que saben que no van a ganar, o sencillamente porque la estructura o la forma de trabajo están altamente masculinizados.

Existen, igualmente, causas provocadas por el entorno o la sociedad: escepticismo sobre la competencia de las mujeres para asumir ciertas profesiones y de su motivación para realizarlas, asociación de determinadas profesiones con la virilidad, incertidumbre sobre el comportamiento de la fuerza laboral mixta, etc.

Por otro lado, también se advierten barreras institucionales, como la falta de apoyo público para la presencia de las mujeres ciertos campos, las instalaciones y los equipos están concebidos para ser utilizados por un solo sexo (dormitorios, baños, baños y vestuarios)[8], las políticas son inadecuadas respecto del embarazo y seguridad reproductiva, es escasa la información adecuada sobre los riesgos del ejercicio de ciertas profesiones en caso de embarazo, faltan opciones de cuidado infantil para los trabajadores en turnos[9], etc.

---

8 Esta situación es más cotidiana de lo que nos creemos y está presente en muchos objetos de nuestra vida diaria, que están pensados para ser utilizados por hombres. Caroline Criado Pérez así lo demuestra en el capítulo 8 de su estudio, que lleva el ilustrativo título de "Talla única de hombre". Por ejemplo, los teclados de los pianos tradicionales están diseñados para la mano de un varón de talla media, no para mujeres, lo que las perjudicó y perjudica no solo a la hora de interpretar sino también en su salud. La denuncia de esta situación no vino, sin embargo, de una mujer, sino de un hombre, el pianista Christopher Donison, que tenía manos más pequeñas que la media, y que creó el teclado 7/8 DS, que sin embargo, y como dice esta autora, "en el mundo del piano sigue habiendo una extraña reticencia (si uno no acepta que hay sexismo en juego) a adaptarse"; igual sucede, más recientemente, con los teléfonos inteligentes, que solo encajan en una sola mano, la del hombre, o con algunos de los *software* de reconocimiento de voz de los navegadores de los vehículos automóviles, que no registran la voz de determinadas mujeres. No obstante, se están haciendo esfuerzos para reducir estas "brechas" (*La mujer invisible*, Seix Barral, Barcelona, 2020, pp. 221 a 236).

9 Para Minouche Shafik, precisamente una de las razones que explican el lento avance de la oferta de servicios de atención a la infancia para padres y madres trabajadores (se refiere a nivel mundial) es "lo extendida que está la creencia tradicional de que el hecho de que la mujer trabaje fuera de casa tiene un efecto adverso para sus hijos pequeños". Y los datos reales de las muchas investigaciones que se han hecho al respecto revelan que no es así (*Lo que nos debemos...*, *op. cit.*, p. 65).

Finalmente, se pueden dar otro tipo de causas: acoso sexual y otras conductas hostiles basadas en el género, falta de confianza de las mujeres en su capacidad para desarrollar determinadas funciones y puestos, malestar con el papel "pionero" o falta de colaboración y apoyo de sus congéneres o sus parejas.

1.3. Consecuencias del estancamiento o freno de la vida laboral de la mujer

Las circunstancias señaladas conllevan una serie de negativas consecuencias no solo para las mujeres, sino también para el conjunto de la sociedad, al menos en los países desarrollados.

En relación con los efectos sobre la sociedad, estos son, entre otros, económicos[10]: la mayor dedicación de las mujeres a las actividades domésticas y a los cuidados hace que la sociedad pierda una importante fuerza laboral, muy cualificada en muchos casos, y la inversión que ha dedicado a su formación.

Por otro lado, al no ser estas actividades remuneradas, no se consideran dentro del producto interior bruto de los países (PIB) ni tampoco en los presupuestos, por lo que no se calcula el impacto de las políticas públicas en las mujeres, cuyo trabajo vuelve a ser invisible[11].

Las dificultades de conciliación que sufren mayormente las mujeres las llevan a retrasar la maternidad[12], cuando no a renunciar a la misma, con el consiguiente efecto negativo en la tasa de natalidad del país.

El empleo de la mujer se convierte en precario, tanto en el ámbito privado como en el público. Esto es fácilmente colegible si atendemos al hecho de que el mayor número de empleados públicos interinos son mujeres.

---

10 Para la economista Minouche Shafik, "[D]esde la perspectiva económica, las pérdidas que estamos soportando por no apoyar mejor la participación de las mujeres en el mercado laboral son ingentes" y da cifras (*Lo que nos debemos...*, *op. cit.*, pp. 51 y 52). Para la misma autora, "[L]a conclusión es que un mercado de trabajo verdaderamente neutral en cuanto al género, que permitiese que las mujeres con aptitudes desarrollasen su pleno potencial, incrementaría la productividad tanto de ellas como de ellos. Los beneficios económicos son potencialmente enormes: cerrar las brechas de género podría hacer que el PIB subiera un 35% gracias a las aptitudes adicionales aportadas por las mujeres al entorno laboral..." (*Ibidem*, p. 56).

11 *Vid*. Criado Pérez, C.: *La mujer invisible*, *op. cit.*, p. 326 y ss.

12 Según el citado estudio sobre *Movimiento Natural de la Población. Indicadores Demográficos básicos. Año 2024*, del INE, la edad media en la que la mujer se convierte en madre es 32,61 años.

Desde el punto de vista de la adopción de decisiones, ya sean políticas públicas, investigaciones o incluso fallos judiciales, el apartamiento de las mujeres del mundo laboral y su escasa presencia en puestos de dirección determina la pérdida de otra posible forma de considerar los problemas y la falta de la perspectiva femenina en la gestión de las áreas administrativas, desaprovechar el enriquecimiento de los equipos de trabajo cuando estos son mixtos, desperdiciar su talento, provocando el menor reconocimiento de la mujer y relegando los referentes femeninos para la sociedad[13].

A nivel personal, se produce una merma de los ingresos de las trabajadoras, causando una brecha salarial en relación con la remuneración de sus compañeros varones. Asimismo, sus cotizaciones a la Seguridad Social disminuyen, por lo que puede que no generen derecho a obtener una pensión contributiva[14].

Esta brecha salarial de las mujeres ha alcanzado también a algunos complementos ligados a los desplazamientos y dietas que recibe un determinado colectivo en el desarrollo de su actividad laboral fuera del lugar de trabajo, admitiéndose por el TJUE que las cuantías percibidas por estos conceptos, que deberían ser iguales para todos los profesionales, forman parte de la "retribución", lo que conlleva que pueda haber una diferencia en atención a la distinta categoría profesional de los colectivos. Evidentemente, esta situación discrimina mayormente a las mujeres, que normalmente ocupan puestos de trabajo que se

---

13 Gloria poyatos, presidenta de la Asociación Juezas y Jueces para la Democracia, señalaba en una entrevista concedida a la Cadena Ser el 10 de septiembre de 2018, con ocasión de la apertura del año judicial, que "[Q]uienes están en la cúpula marcan la jurisprudencia y esa jurisprudencia es vinculante, de manera que si tenemos 85 jueces en el Supremo y solo 14 son mujeres se está esculpiendo una jurisprudencia de espaldas a la mirada femenina" (disponible en: https://cadenaser.com/programa/2018/09/10/hoy_por_hoy/1536568076_749218.html).

14 Como ha señalado Shafik, esto "... puede explicarse en buena medida por el hecho de que los puestos de trabajo que permiten a las mujeres atender las obligaciones domésticas son más flexibles, a tiempo parcial o con jornadas más cortas, y normalmente están peor remunerados por horas. Y, como las mujeres hacen jornadas laborales más cortas, adquieren menos experiencia profesional, lo que retrasa su progresión, y, a su vez, congela su nivel salarial en cotas bajas. Además, muchas de las que abandonan el mercado laboral al tener hijos ya no vuelven nunca a él, en muchos casos porque el hecho de pasar largas temporadas desempleadas lo hace especialmente difícil", indicando también que "... los niveles de remuneración laboral de hombres y mujeres siguen un recorrido similar hasta que nace el primer hijo; a partir de ahí, comienzan a divergir de forma marcada. Las mujeres experimentan una acusada caída en sus ingresos, mientras que los de los hombres permanecen básicamente inalterados" (*Lo que nos debemos...*, *op. cit.*, pp. 56 y 63).

entienden de categoría inferior a los hombres, puestos de trabajo, además, muy feminizados, como era el caso sometido a la Curia, –pilotos de aeronaves (principalmente varones) y tripulantes de cabina (en su mayoría féminas)–[15].

Este escenario, entre otros, es el que ha llevado a algunos autores a plantearse la necesidad de un nuevo pacto social, un moderno contrato social, un nuevo marco que sostenga la sociedad, tal y como lo concibieron los ilustrados Hobbes, Locke y Rousseau[16], que sea capaz de reorientar y adaptar las políticas futuras, teniendo en cuenta las nuevas necesidades sociales, incluyendo, de manera muy primordial, la perspectiva de género[17].

1.4. Acciones para evitar la desigualdad y la discriminación

La situación de desigualdad en que se encuentra la mujer en el ámbito que nos atañe, el del empleo público, no se ha corregido por sí misma, por más que hayan pasado más de cuarenta y cinco años desde las primeras normas y acciones para lograr la remoción de los obstáculos que impedían su incorporación como empleada de la Administración pública en cualquiera de sus sectores.

Las medidas jurídicas inicialmente previstas –tanto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI en adelante) como en sus desarrollos posteriores–, calificadas de medidas y políticas activas, de *acción positiva* y proyectadas sobre todas las políticas públicas, aunque importantes, no han sido suficientes para superar las brechas de género

---

15 STJUE de 4 de octubre de 2024, as. C-314/23, *Air Nostrum*. *Vid*. el comentario a la misma realizado por Monereo Pérez, J. L. y López Bedmar, R.: "Discriminación indirecta por razón de género en el abono de dietas de manutención. El concepto extensivo de retribución a los efectos instrumentales de la Directiva 2006/54/CE (STJUE de 4 de octubre de 2024, as. C-314/23: *Air Nostrum*)", *La Ley Unión Europea*, n.º 138, 2025.

16 Thomas Hobbes: *Leviatán*, 1651. Traducción al español de Antonio Escohotado, Deusto, 2018; John Locke: *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, (1689), Espasa Calpe, S.A., 1991, y Jean-Jacques Rousseau: *El contrato social* (1762). Edición española de Austral Clásica, 2012. Prólogo de Manuel Tuñón de Lara y traducción de Fernando de los Ríos Urruti.

17 *Vid*. los trabajos ya citados de Shafik (*Lo que nos debemos*...) y León (*El arte*...). En esta misma idea de reconfiguración de la organización social insiste Susana de la Sierra, para quien el modelo de producción y organización del trabajo de la sociedad capitalista es incompatible con la crianza y por ello, con la conciliación ("Las mujeres y la Universidad", en de la Sierra, S. y Ortiz, J. C. (dir.): *El Derecho y la Economía ente las mujeres y la igualdad de género*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 259 y 263).

o romper el "techo de cristal" en el ámbito público y lograr el mandato constitucional de la igual "real y efectiva", además de plena (art. 9.2 CE).

Para superar estos escollos, y en atención a la obligación que le impone la Carta Magna, nuestro ordenamiento jurídico permite que los poderes públicos puedan establecer otro tipo de acciones, consideradas como de *discriminación positiva* o *inversa*, que se basan en un trato preferente a colectivos o grupos desfavorecidos, discriminados, subrepresentados o infravalorados a fin de compensar las desventajas en las que están sumidos. Se concretan en reservas, cupos, cuotas o en trato preferente para las personas que los integran. Estas medidas están avaladas por la Unión Europea, que en el artículo 157.4 de su Tratado de Funcionamiento precisa, respecto de la vida laboral, que "[C]on objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar *medidas que ofrezcan ventajas concretas* destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales"[18].

En cualquier caso, las medidas de discriminación positiva están sometidas al cumplimiento de determinados presupuestos para su validez; concretamente, su finalidad ha de ser legítima, en cuanto han de dirigirse a compensar las desventajas históricas y estructurales de las mujeres para lograr la igualdad en todos los ámbitos; han de ser necesarias, en el sentido de que no ha de existir otro mecanismo capaz de atender la situación, proporcionales para alcanzar dicha finalidad, es decir, que hayan de suponer más beneficio al interés general que los perjuicios causados, y de carácter temporal, esto es, que permanezcan mientras persistan las razones que avalaron su imposición. Además, y por lo que se refiere al objeto de nuestro estudio, las mismas no han de vulnerar los principios constitucionales de mérito y capacidad para el acceso y ejercicio de la función pública[19].

---

18 La cursiva es nuestra.

19 *Vid*., entre otros, Casado Casado, L.: "Presupuestos para la validez de las medidas de acción positiva", incluido en su obra *Acción positiva para la igualdad de mujeres y hombres en el régimen jurídico del personal docente e investigador de las universidades públicas*, Atelier, Barcelona, 2025, pp. 172-178.

En cuanto a su validez, y sin perjuicio de lo que más adelante analizaremos de manera más particularizada sobre ciertas medidas concretas, las mismas han tenido suerte diversa:

Respecto de las cuotas femeninas en las listas electorales, prevista inicialmente en la Disposición adicional 2.ª de la Ley 3/2007, que modificó la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (5/1985) para atender el criterio de una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supusiera como mínimo el cuarenta por ciento, ha sido ahora elevada a la imposición de listas "cremallera" en las candidaturas electorales por la ya citada LORP, y avalada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 12/2008[20], que considera que se trata de un mecanismo necesario para la superación de una realidad social caracterizada por la menor presencia de la mujer en la vida pública, que han estado materialmente preterida. Para el intérprete constitucional, alcanzar la igualdad sustantiva y material entre los dos sexos (art. 9.2 CE) no solo se traduce en las medidas de carácter formal del artículo 14 CE, que parece implicar únicamente un deber de abstención, sino también en la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, recurriendo incluso a acciones positivas y medidas de discriminación positiva a favor de la mujer para lograr un equilibrio entre sexos[21].

---

[20] Ya antes de este fallo, las sentencias del propio Tribunal Constitucional 128/1987 y 229/1992 habían entendido que acometer la situación de inferioridad de la población femenina puede atenderse incluso por medidas de acción positiva o tratamientos legales diferenciados o "desigualdades compensatorias" en favor de las mujeres (FJ 7.º), "siempre que exista una concreción normativa previa, que la medida sea proporcionada y que su eficacia sea temporal, hasta que desaparezca la situación de desigualdad" (ATC 119/2018). En el mismo sentido, la STC 13/2009, sobre presencia equilibrada de mujeres y hombres en las comisiones de selección de los funcionarios públicos.

[21] La constitucionalidad de la medida se expresa en tres argumentos principales:

El primero, que no se trata de una disposición de discriminación inversa o compensatoria (favoreciendo a un sexo sobre otro), sino de una fórmula de equilibrio entre sexos, que tampoco es estrictamente paritaria, en cuanto que no impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino la regla de que unos y otras no podrán integrar las candidaturas electorales en una proporción inferior al 40% (o superior al 60%). Su efecto es, pues, bidireccional, en cuanto que esa proporción se asegura igualmente a uno y otro sexo: mínimo 40% para cada sexo.

En segundo lugar, estas previsiones no suponen un tratamiento peyorativo de ninguno de los sexos, ya que, en puridad, ni siquiera plasman un tratamiento diferenciado en razón del sexo de los candidatos, habida cuenta que las proporciones se establecen por igual para los candidatos de

También ha sido muy discutida la imposición de cuotas femeninas en los órganos de gobierno y de decisión de las empresas cotizadas en bolsa y de las sociedades mercantiles del sector público, establecida por la propia LORP para trasponer a nuestro Derecho la Directiva (UE) 2022/2381, de 17 de octubre de 2022, conocida como la Directiva *Women on Boards*, y que exige una representación equilibrada de un mínimo del 40% para el sexo menos representado con el objetivo de corregir la infrarrepresentación histórica de las mujeres en las mismas.

Esta normativa implica el cumplimiento obligatorio del mandato, la elaboración de informes anuales al respecto, así como la posibilidad de imponer sanciones frente a su incumplimiento. Sin embargo, las sociedades del sector público aún muestran porcentajes por debajo del 40% en sus consejos de administración[22].

Otras medidas, como las destinadas a la provisión de las presidencias de las Salas del Tribunal Supremo, han sido más cuestionadas por la doctrina, pero se admiten con la cautela de que el criterio de la presencia femenina no impida, *per se*, la aplicación de los requisitos de mérito y capacidad de todos los candidatos[23].

---

uno y otro sexo. No se trata, pues, de una medida basada en los criterios de la mayoría/minoría (como sucedería si se tomase en cuenta como elementos de diferenciación, por ejemplo, la raza o la edad), sino atendiendo a un criterio (el sexo) que de manera universal divide a toda la sociedad en dos grupos porcentualmente equilibrados.

Finalmente, con esta acción no se impide la existencia de formaciones políticas que defiendan activamente la primacía de las personas de un determinado sexo, o que propugnen postulados "machistas" o "feministas". Lo que exige es que, cuando se pretenda defender esas tesis accediendo a los cargos públicos electivos, se haga partiendo de candidaturas en las que se integran personas de uno y otro sexo.

La magistrada del Tribunal Constitucional, M.ª Luisa Balaguer Callón, se ha referido a la posición del Tribunal Constitucional respecto a las cuotas electorales con la ilustrativa expresión, título de su estudio "Una legislación favorable a cuotas electorales no es inconstitucional en España", en Saavedra, P. (dir.): *La democracia paritaria en la construcción europea*, Madrid, CELEM, 2000.

22 Datos aportados por el informe "Presencia de las mujeres en la empresa española", Dirección de Estudios del Ministerio INFORMA D&B, marzo de 2024 (disponible en: https://www.igualdadenlaempresa.es/recursos/CentroDocumentacion/docs/Presencia_de_las_mujeres_en_la_empresa_espanola). Entre la mucha literatura existente sobre este tema, puede examinarse el trabajo de Cristina Escribano Gamir: "El acceso de las mujeres a los consejos de administración de las sociedades mercantiles: una reflexión desde el derecho de la UE y la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres", *La Ley mercantil*, 130, diciembre de 2025.

23 Velasco Caballero, F.: "Presidencias de las salas del Tribunal Supremo y presencia equilibrada de hombres y mujeres", blog de F. Velasco, octubre de 2024. Disponible en: https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2024/10/.

Por su parte, la acción establecida en España de compensar con un complemento por maternidad a las mujeres por su aportación demográfica, prevista en la Ley 48/2015, de presupuestos generales del Estado para 2016, luego incorporada al artículo 60 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLSS, en adelante), ha sido considerada por la STJUE 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), discriminatoria para los hombres, pero no porque la misma no se pueda establecer para paliar el déficit de cotización de las mujeres que, por causa de la maternidad, no han podido cotizar durante los períodos que han dedicado al cuidado de hijos, sino porque no se había vinculado a tal finalidad de mitigar la brecha de la pensión de estas mujeres. No tuvo mejor suerte la reforma de esta norma operada por el Real Decreto Ley 3/2021, que, aunque se ha vinculado a la finalidad de reducir la brecha de género, también ha sido considerada discriminatoria para los hombres por la sentencia de Luxemburgo de 15 de mayo de 2025 (asuntos acumulados C-623/23 y C-626/23), al haber limitado la posibilidad de cobrar el complemento por los hombres al cumplimiento de determinados requisitos, que no se exigen en el caso de las mujeres. A esta cuestión nos referiremos más ampliamente en líneas posteriores.

2. LAS NOVEDADES JURÍDICAS PARA EVITAR LA DESIGUALDAD Y LA BRECHA DE GÉNERO EN EL EMPLEO PÚBLICO

2.1. Medidas conducentes a garantizar el acceso al empleo público

2.1.1. *Introducción*

No obstante, el intenso debate en la época de la Segunda República acerca de si las mujeres deberían o no incorporarse al mundo laboral, y pese a que la Constitución de 1931 aseguró, en su artículo 40, a todos los españoles, sin distinción de sexo, el acceso a los empleos y cargos públicos teniendo en cuenta únicamente los criterios de mérito y capacidad, lo cierto es que las mujeres no podían ejercer determinadas profesiones en el ámbito público, como las Fuerzas Armadas, las carreras fiscal y judicial y ser secretarias judiciales, ni acceder a los cuerpos ministeriales y al Cuerpo Pericial de Aduanas.

Estas prohibiciones se acusaron aún más en la etapa franquista, donde una Orden del Ministerio de Trabajo de 1939 vetó a los "funcionarios femeninos"

obtener la categoría de Jefes de Administración y acceder a los cargos de delegados e inspectores provinciales de Trabajo. También se impedía a las mujeres el acceso a la carrera diplomática, a las notarías (Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944) y al Cuerpo de Registradores de la Propiedad (1946). En 1953 se les impidió acceder al Secretariado de la Administración de Justicia, no pudiendo ser ni abogadas del Estado ni agentes de Cambio y Bolsa. Su acceso a puestos directivos también se limitaba en algunas empresas públicas. Con carácter general, en las Administraciones públicas no eran admitidas las mujeres casadas, que debían abandonar su puesto al contraer matrimonio (reglamentaciones de trabajo a partir de 1942)[24].

Más avanzada la dictadura, la Ley 56/1961, de 22 de julio, impidió a las mujeres presentarse a las oposiciones a determinados cuerpos en la Administración de Justicia (fiscales, jueces y magistrados), salvo en lo referente a las jurisdicciones tutelar y de menores, así como pertenecer a los cuerpos que utilizaran armas o a aquellos empleos que la norma les excluyera para las mujeres por considerarlos "penosos, peligrosos o insalubres".

Las restricciones para el acceso a la carrera judicial no se levantaron hasta la Ley de 14 de julio de 1966. La finalidad de la norma era la necesaria adecuación a la realidad social, ya que se consideraba que la mujer española tenía la madurez suficiente para afrontar los trabajos más "aflictivos" si sentía vocación hacia ellos, y es que el apartamiento de las mismas de la carrera judicial, según la explicación de motivos de la norma, había sido no por su falta de capacidad o responsabilidad para desempeñar las profesiones asociadas a la misma, sino más bien por la necesidad de proteger sus sentimientos ante determinadas actuaciones que el cumplimiento del deber haría ineludibles"[25, 26].

La norma consideraba que, para estas profesiones dedicadas a la Justicia, podría ser muy beneficiosa la aportación de la mujer, pues contribuiría a clarificar

---

24 Ruiz Franco, R.: *¿Eternas menores? Las mujeres en el Franquismo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2007, pp. 32 y 44-47.

25 *Vid*. Ruiz Franco, R.: "¿Eternas...?", *op. cit.*, pp. 149-150.

26 En la pérdida de derechos que experimentó la mujer durante la dictadura franquista respecto de las conquistas de la República ha insistido también Ángeles Egido León, en su trabajo "Ser mujer en tiempos de Franco" (*Revista Sistema* núm. 273-274, 2025), especialmente en lo que se refiere a las mujeres represaliadas. Esta situación de la mujer ha sido, por otra parte, una tendencia secular, como pone de manifiesto, entre otros estudios, el de Carmen Burgos titulado *La mujer moderna y sus derechos*, Espora ediciones, 1927 (la edición que se maneja aquí es la de 2025).

muchas situaciones. A pesar de ello, dado lo "difíciles" de las mismas, no era esperable que tuvieran una gran demanda de féminas.

Esta apreciación bien pronto resultó errónea, pues ya en la época empezó el proceso de lo que hoy conocemos como "feminización", no solo de la Justicia, sino también de buena parte de la función pública en muchas áreas, como la educación, la universidad o la sanidad.

A partir de la Constitución de 1978, tras el reconocimiento al máximo nivel normativo de la igualdad como derecho fundamental y la aplicación de los artículos 23.2 y 103.3 –que garantizan, respectivamente, el derecho de los ciudadanos a acceder "en condiciones de igualdad" a las funciones y cargos públicos, y la regulación legal del acceso a la función pública "de acuerdo con los principios de mérito y capacidad"–, todas estas excepciones al desempeño por la mujer de puestos en el sector público desaparecen. Estos derechos se complementarán por una importante normativa de desarrollo que adapta a nuestro Estado las reglas internacionales y europeas en la materia, sin olvidar la propia exégesis que de estos preceptos ha hecho el Tribunal Constitucional para combatir la discriminación de la mujer que, en sus ya tempranas y citadas Sentencias 128/1987 y 229/1992, entre otras, determinó, en palabras de Casas Baamonde, "el giro de inflexión" de su inicial jurisprudencia sobre los "varones discriminados", al entender la histórica situación de inferioridad en que la vida social y jurídica ha colocado a la población femenina, que se traducía, en el caso considerado, precisamente en "dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo" (FJ 5.º), entendiendo que su superación pueda ser abordada, como ya hemos indicado, a través de medidas acción positiva o tratamientos legales diferenciados o "desigualdades compensatorias" en favor de las mujeres (FJ 7.º)[27].

2.1.2. *Medidas en las convocatorias y criterios de acceso*

A pesar de los avances experimentados y de las políticas y acciones adoptadas para lograr la igualdad, subsisten todavía desigualdades y brechas de género para el acceso a la función pública de las mujeres, específicamente en las convocatorias

---

[27] Casas Baamonde, M. E.: "Igualdad y no discriminación de las mujeres por sexo y género: el lenguaje de los derechos", *AFDUAM*, 22 (2018), p. 35.

y en los criterios de selección, sin olvidar el preocupante tema del empleo femenino en régimen de interinidad.

a) Determinación de las necesidades en la oferta de empleo público y convocatorias

Para intentar atajar la posible desigualdad en que se pueden encontrar las mujeres en esta fase previa del acceso al empleo público, nuestro Ordenamiento jurídico prevé tres tipos de medidas: el diagnóstico negociado, el informe de impacto de género y la composición equilibrada de los tribunales y comisiones de selección.

En relación con la primera, el artículo 46.2 LOI establece la obligación de elaborar, con anterioridad a la redacción de los planes de igualdad, un diagnóstico negociado, en su caso, con la representación legal de las personas trabajadoras, que contendrá al menos las siguientes materias: proceso de selección y contratación, clasificación profesional, formación, promoción profesional, condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres, ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral, infrarrepresentación femenina, retribuciones y prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

En cuanto al segundo, el informe de impacto de género, se trata de un diagnóstico y examen de impacto de género de la oferta de empleo público y en la aprobación de las convocatorias de pruebas selectivas, al que remite el artículo 55 LOI.

Este examen referido a la oferta de empleo público deberá contener: la distribución de incorporaciones y bajas en la plantilla y la distribución incorporaciones en la organización por la naturaleza jurídica de la relación y la distribución de incorporaciones en la plantilla por categoría, lo que permitirá tomar decisiones sobre la necesidad de implantar medidas de género en la definición de las necesidades de personal.

En relación con las convocatorias de pruebas selectivas, el informe tendrá por objeto analizar si los requisitos exigidos a los aspirantes determinan –todos o alguno– un perjuicio para las mujeres o para un colectivo predominantemente femenino y, si es así, se realizarán valoraciones técnicas a cargo de personal especializado de las plazas, con la finalidad de comprobar si los mismos son absolutamente necesarios para el desarrollo de las funciones. Si no lo fueran, serán eliminados en la oferta pública de empleo.

Finalmente, el artículo 53 de la LOI obliga a que los tribunales y órganos de selección del personal así como a los encargados de evaluar los concursos de méritos, tengan una "composición equilibrada", que no paritaria, lo que se define, según

la disposición adicional segunda de la LOI, como la "presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento"[28].

b) Criterios de acceso

El cumplimiento de los principios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública no es incompatible ni con la diferenciación de criterios en atención al sexo de los candidatos ni con su utilización para corregir determinadas situaciones de discriminación, como la infrarrepresentación de un determinado sexo en un puesto público.

En el primer sentido, la jurisprudencia, primero, y posteriormente nuestros normadores han logrado superar determinados obstáculos que impedían o dificultaban el acceso de la mujer a determinados cuerpos al establecer criterios que han terminado por considerarse discriminatorios, como una altura mínima exigida a todos los aspirantes con independencia de su sexo[29], las pruebas físicas

---

28 Algunas Comunidades autónomas sí exigen la paridad en la composición de los tribunales de selección del personal de su Administración pública para el conjunto de la oferta de empleo público. Así, el Decreto Legislativo 2/2015, de 12 de febrero, de la Comunidad Autónoma de Galicia, aunque con una regulación ciertamente profusa para conseguirlo.

29 Esta exigencia común para candidatos y candidatas desapareció en 2022, con la STS 1000/2022, de 14 de julio (rec. 452/2018), que, siguiendo la jurisprudencia del TJUE (significativamente la Sentencia de 18 de octubre de 2017, asunto C-409/16), anula el artículo 7c) del RD 614/1995, de 21 de abril, que aprueba el Reglamento de los procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía, así como la base de la oposición en la que se establecía una altura mínima de 160 cm a las mujeres para ser admitidas en las pruebas selectivas de ingreso. A juicio de la Sala 3.ª, el requisito de la estatura constituye una discriminación indirecta, pues con los estándares medios actuales, es menor el porcentaje de mujeres que no alcanzan esta estatura requerida, además de que la aptitud para ser policía Nacional no está necesariamente relacionada con una estatura mínima, al existir pruebas físicas y médicas que garantizan por sí solas la idoneidad del aspirante para el correcto desarrollo de las funciones del Cuerpo. Ana María de la Encarnación: "Acceso y promoción de la mujer en el empleo público. Discriminación por razón de género en España y en Europa", *La Administración al Día*, INAP, 2 de febrero de 2024, pp. 10-12. El comentario a la primera STS citada puede verse en Casas Baamonde, M. E.: "Requisito de altura mínima para el ingreso de las mujeres en el cuerpo Nacional de Policía y discriminación indirecta por sexo femenino", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 8 (2022).

iguales para todos los candidatos[30] o la no consideración del embarazo en determinados casos[31].

En cuanto a la posibilidad de establecer criterios de priorización del colectivo femenino ante el supuesto de del mismo en ciertos cuerpos de la Administración, si bien es una opción que puede incorporar la política de empleo público allí donde sea necesaria, su aplicación ha de ser muy cautelosa, pues su inclusión puede evidenciar discriminación, aunque los tribunales de Justicia los han admitido en ciertos casos para esta primera fase del proceso selectivo, como ocurrió con la determinación del criterio de la infrarrepresentación femenina para la dotación de cátedras de universidad, regla que finalmente avaló el TS en su 16 de octubre de 2019, a la que luego nos referiremos[32].

---

30 Este criterio, aparentemente neutro, se consideró discriminatorio en varias sentencias (entre otras, la del TSJ País Vasco 671/2013, de 4 de diciembre –rec. 599/2013– y del mismo órgano jurisdiccional 455/2013, de 17 de septiembre –rec. 1155/2011–), ya que su aplicación excluiría a la mayoría de las mujeres del acceso al concurso convocado (Ana María de la Encarnación: "Acceso..", *op. cit.*, pp. 13 y 14).

31 La STS de 14 de marzo de 2014 permite que los tribunales de oposición ofrezcan alternativas a las mujeres embarazadas o próximas a dar a luz para permitirles presentarse a las pruebas convocadas o aplazarlas (STS de 27 de abril de 2009). Razona el alto Tribunal que la circunstancia de embarazo y parto es específica de la mujer, no concurriendo en el varón, por lo que debe no puede impedirse a la mujer que esté en estas condiciones la normal participación en el proceso selectivo (Ana María de la Encarnación: "Acceso..", *op. cit*., pp. 14 y 15).

32 Recientemente, concretamente en diciembre de 2025, y aunque no referido a un criterio de género, nos llega la noticia, a través de correo electrónico de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), de su intención de interponer un recurso contencioso-administrativo contra el modelo y los criterios de priorización de las plazas de catedrático/a de universidad, así como de las cátedras laborales, de la Universidad Autónoma de Barcelona, aprobado por el Consejo de Gobierno en fecha 25 de septiembre de 2025.

A juicio del sindicato, dicho acuerdo altera un criterio objetivo de antigüedad de la acreditación de las personas candidatas y lo sustituye por un sistema denominado "puntos de gestión", esto es, que prima el haber ejercido cargos de gestión y otros factores no previstos en el sistema de acceso y promoción en la función pública docente, lo que, a su juicio, vulnera tanto la Constitución Española como la Ley Orgánica del Sistema Universitario y la normativa de aplicación de los procesos de selección del personal en el ámbito público y los estatutos de las universidades.

Ello implica una discriminación indirecta contra aquellos aspirantes que, habiendo obtenido la acreditación con anterioridad a otros, no han ostentado cargos de gestión por no haber sido designados para ello –recuérdese que estos cargos son, en muchos casos, de libre designación–, quedando postergados en la lista respecto de otros que los han obtenido por gozar de la "confianza" del rectorado.

2.1.3. *Interinidad en el sector público: especial afectación a las mujeres*

La temporalidad en el sector público español presenta cifras alarmantes, tal y como ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una ya abundante jurisprudencia que ha considerado tal situación contraria a los postulados y normas del Derecho de la Unión Europea[33]. Frente a esta coyuntura ha reaccionado el legislador español para intentar corregirla y proporcionar estabilidad laboral a este personal[34].

Esta precariedad afecta fundamentalmente a las mujeres. Según la Encuesta de Población Activa de marzo de 2024, de los 1.047.700 empleados públicos en situación de temporalidad existían en marzo de 2024, el 66% eran mujeres[35].

Según Jesús Fuentetaja Pastor, una de las razones por las que existe una mayor temporalidad femenina en el sector público es la normalización del acceso al

---

33 No obstante, en una reciente decisión, la Curia Europea ha interpretado lo que algunos veníamos ya hace tiempo diciendo: que la transformación del personal interino de la Administración pública en personal fijo para frenar el abuso de la temporalidad no puede hacerse al margen de las normas nacionales que garantizan los principios de igualdad, mérito y capacidad (STJUE de 13 de junio de 2024, asuntos acumulados C331/22 y C332/22). Como ha señalado María Emilia Casas Baamonde al comentar este fallo, junto con el anterior expresado en la Sentencia de 22 de enero de 2024, la Curia "niega que el proceso de consolidación o estabilización de empleo temporal de la Ley 20/2021 [el previo al Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio], ... sea una medida adecuada para sancionar la utilización abusiva de las sucesivas relaciones de empleo temporales y de cumplimiento a las exigencias de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, pues el proceso legal de consolidación ni asegura la estabilidad de las víctimas de los abusos, que pueden no superar los procesos selectivos, ni se contrate a este fin, ya que no está causalmente vinculado a la corrección de los abusos y está abierto a otros candidatos que no han sufrido abusos de temporalidad en su situación de empleo (apdo. 75-78) –"Funcionarias interinas y su conversión en funcionarias fijas sin adquirir la condición de funcionarias de carrera. La temporalidad abusiva en el empleo público y su transformación judicial en fijeza como sanción, con el límite de la interpretación contra legem del Derecho español", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 7, 2024–.

34 Sobre el balance de los múltiples procesos de estabilización en el empleo púbico operados en nuestro Estado, pueden verse, además de otros muchos trabajos de la profesora Josefa Cantero Martínez, el último, referido precisamente a esta cuestión: "Los procesos de estabilización en el empleo público funcionarial: Balance", en *Las reformas en la contratación laboral y en el empleo. Un balance de la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, Bomarzo, Albacete, 2025, pp. 177-222, donde señala que España ha incumplido sus objetivos de reducir la tasa de temporalidad en el sector público por debajo del 8% (compromiso asumido en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia), pues esta alcanza todavía el 28% del total de efectivos de las Administraciones públicas (p. 217).

35 Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/Prensa/EPA4T24.htm.

empleo público por la vía de la interinidad que, después, termina por estabilizarse (o no, como se advierte en estos momentos). Como la mujer sigue asumiendo principalmente las tareas del cuidado, tienen mayores dificultades para preparar una oposición[36].

A mi juicio, la mujer entra en esta situación en un "bucle": accede de forma temporal o a través de la interinidad al empleo público porque dedicarse a las tareas de cuidado no le permite hacer una oposición, pero esta misma circunstancia termina, a la postre, por impedirle estabilizar su puesto de trabajo porque, con las escasas medidas de conciliación, tampoco dispone del tiempo necesario para preparar adecuadamente, y poder superar, las pruebas selectivas de consolidación.

Para tratar de revertir esta situación, y además de las medidas ya contempladas por el legislador, Boix Palop y Soriano Arnanz proponen un sistema de acceso general en la función pública –que, simplificándolo mucho, consistiría en una selección que combinara pruebas de conocimiento (examen de Estado) y un período formativo de prácticas remuneradas, para el personal funcionario, y combinación de pruebas psicotécnicas y pruebas de conocimiento para el personal no funcionario–, cuya aplicación "contribuiría a revertir esta situación [de temporalidad mayormente femenina] al flexibilizar y acortar los tiempos y formas de preparación y acceso e incluir un período formativo remunerado". Para las mujeres, señalan estos autores, además, "debería incorporarse un coeficiente corrector que aumentase la puntuación de aquellas que asuman tareas de cuidado de descendientes u otra clase de dependientes, sin que se descontasen los tiempos trabajados a jornada parcial ni los permisos de cualquier tipo solicitado para cuidado"[37].

2.2. Medidas para el desarrollo y promoción de la carrera profesional

2.2.1. *Permisos y licencias para conciliar la vida laboral y la personal*

Ya se ha puesto de manifiesto cómo uno de los mayores obstáculos que dificulta el acceso y la promoción de la mujer en el empleo público y su mayor inestabilidad

---

36 Fuentetaja Pastor, J.: "El funcionario interino: entre la temporalidad y la estabilidad", *Documentación Administrativa, Nueva época*, 7, 2020, pp. 61-88.

37 Boix Palop, A. y Soriano Arnanz, A.: "Sobre las posibilidades de reforma del modelo de empleo público español: límites constitucionales y jurídicos al modelo actual y sus sistemas de acceso", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 20, 2021, pp. 68 y 69.

en el mismo es la mayor atención que esta presta al cuidado de los hijos o de las personas dependientes, lo que ralentiza y frena su carrera profesional.

Para afrontar esta realidad, el ordenamiento jurídico ha de prever las medidas necesarias para que los progenitores puedan tener la libertad de optar por dedicar toda su atención y su tiempo a los hijos o seguir desempeñando su actividad laboral[38]. Si se decantan por este último modelo, las acciones se han de encaminar tanto a la previsión de los servicios que permitan la guarda y educación de los niños en la primera etapa de su infancia, a una mayor flexibilidad laboral y a permitir la conciliación de la vida personal y la profesional, buscando la corresponsabilidad de ambos progenitores. Evidentemente, las políticas públicas han de ir acompañadas de una buena dosis de cambio en la cultura social tradicional: los niños no están mejor atendidos por su madre, que no tiene que renunciar a su trabajo por la maternidad, que los hombres no han de sentirse ridiculizados por otros si se encuentran en situación de baja parental, etc.

En nuestro Estado, el recientemente aprobado Decreto Ley 9/2025, de 29 de julio, ha modificado tanto la Ley del Estatuto de los Trabajadores (RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) como el Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre –LEBEP, en adelante–) para ampliar y mejorar los permisos de maternidad, paternidad y parentales para favorecer la conciliación personal y familiar y fomentar una mayor igual en el reparto de responsabilidades familiares.

Se adapta con ello nuestro Ordenamiento a la Directiva europea 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

El artículo 49 LEBEP regula todos los permisos a los que se puede acoger el personal al servicio de la Administración pública por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como por razón de violencia de género o de violencia sexual y para las víctimas del terrorismo y sus familiares directos.

---

38 *Vid.* el debate sobre qué es mejor para los niños: estar en una guardería o en casa en el trabajo de Criado Pérez, C.: *La mujer invisible*, *op. cit.*, p. 338 y ss.; y de Shafik, M.: *Lo que nos debemos*, *op. cit.*, p. 49 y ss.

El permiso para el cuidado del menor tiene ahora una duración de 19 semanas retribuidas al cien por cien para cada uno de los progenitores, con una distribución relativamente flexible para poder adaptarse a las circunstancias familiares en cada caso.

Las ventajas que ofrece es que favorece la conciliación, permitiendo mejorar la responsabilidad social, la eficacia en la gestión y la productividad. También es significativo que ambos progenitores tengan el mismo derecho que antes disfrutaba solo la madre: no solo permite que el hijo o la hija pueda estar con ambos, sino también que no se paralice la carrera profesional de la madre respecto de la del padre, no penalizándola.

Estos permisos son derechos individuales, sin que pueda transferirse su ejercicio.

Para la madre biológica, el artículo 49 a) establece una duración del permiso de 19 semanas para el cuidado del menor, que se distribuye según los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo[39], y que resulta de aplicación también al resto de los supuestos considerados, tanto a favor de la madre como de los progenitores. Igual duración se prevé en los casos de adopción, por guarda con fines de adopción o acogimiento para cada uno de los progenitores, esto es, adoptante, guardador o acogedor (art. 49 b).

El derecho del progenitor se establece en el artículo 49c) para todos los supuestos anteriores. La duración es la misma: 19 semanas.

Asimismo, el artículo 49 e) LEBEP prevé un permiso para el cuidado de un hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente. El funcionario tendrá derecho a una reducción

---

39 1.º Seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto. Serán obligatorias y habrán de disfrutarse a jornada completa.

2.º Once semanas, veintidós en el caso de monoparentalidad, que podrán distribuirse a voluntad de la madre, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización del descanso obligatorio posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses.

3.º Dos semanas, cuatro en el caso de monoparentalidad, para el cuidado del menor, que podrán distribuirse a voluntad de la madre, en períodos semanales de forma acumulada o interrumpida hasta que el hijo o la hija cumpla los ocho años.

de la jornada de trabajo de al menos la mitad de la duración de aquella, percibiendo las retribuciones íntegras con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde venga prestando sus servicios.

Finalmente, se permite un permiso parental para el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años. El artículo 49 g) prevé expresamente que dicho permiso, que tendrá una duración no superior a ocho semanas, no tendrá carácter retribuido.

En este caso, sí hay una diferencia sustancial entre el ámbito del empleo privado y en público, pues en el primero, si bien dicho permiso no tenía carácter retribuido conforme a la redacción dada al artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores por el RD-Ley 5/2023[40], con la nueva legislación laboral, concretada en el RD-Ley 9/2025,

---

40 Este Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio, que regulaba, entre otras materias, la transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, no lo entendió de esta manera.
No obstante, el juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona 168/2025, de 30 de junio, consideró que el mismo había de ser remunerado, y ello por entender de aplicación directa, por su claridad y precisión, el artículo 8 de la Directiva 2019/1158, que exige a los Estados miembros garantizar una remuneración o prestación económica durante el permiso parental, norma cuyo plazo de transposición fue incumplido por España al haber finalizado en agosto de 2024.
No obstante, la Sentencia de la Audiencia Nacional 128/2025, de 30 de septiembre, corrige este fallo de instancia al entender que la normativa nacional entonces de aplicación consideraba este permiso como un supuesto de suspensión del contrato laboral y, además, la norma europea permitía a los Estados miembros no otorgar carácter retribuido al permiso parental de ocho semanas si en dichos Estados los trabajadores ya gozaban previamente de ocho semanas de permiso retribuido por nacimiento de hijo o adopción.
Por otro lado, argumenta la Audiencia que el permiso de lactancia del artículo 37.4 del ET otorga tres semanas de permiso retribuido, y el artículo 48 del mismo (apartados 4 y 5) regula una suspensión por nacimiento o adopción de 19 semanas, por lo que opinan que el artículo 8 de la Directiva está correctamente traspuesto, careciendo de aplicación directa entre particulares al no precisar si la cobertura económica debe correr a cargo del empresario como retribución o de los poderes públicos a través de la pertinente prestación económica.
Vid. al respecto el trabajo de Teresa Martín López "Género+ y responsabilidad social corporativa de las PYMES", en el libro *Narrativas contemporáneas: Medios, poder y modelización social*, Arco Libros, Barcelona, 2026 (p. 266), sostiene que "... denegar el permiso retribuido causaría perjuicios de imposible reparación entre los trabajadores y especialmente en los casos en que los menores tengan necesidad del cuidado de los progenitores".

ya no se duda sobre su carácter retribuido[41], mientras que en el sector público, el mencionado precepto –art. 49e)– prevé que su disfrute no dará derecho a retribución.

Sin embargo, sobre esta cuestión se han pronunciado también varios juzgados de lo contencioso administrativo para indicar, al igual que hiciera la referida sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona, el carácter retribuido de dicho permiso por exigirlo así la mencionada Directiva 2019/1158, no traspuesta en plazo al Derecho español[42]. Sostienen estos fallos que el Estado no puede perjudicar a los ciudadanos con su inactividad, y que el carácter "claro, preciso e incondicional" de la norma europea permite su invocación directa tanto frente a las Administraciones públicas como en vía jurisdiccional. Reconoce, por consiguiente, el derecho del funcionario a que se le retribuya este permiso.

No obstante, al no ser firmes estos fallos, puede suceder que los tribunales que conozcan en segunda instancia del asunto fallen en sentido contrario del mismo, y más cerca del fallo de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Por lo que se refiere a las bajas de maternidad de los funcionarios interinos, y a diferencia de lo que sucede con otro tipo de bajas, estas cotizan a la Seguridad Social durante el permiso, correspondiendo la gestión y pago de la prestación al Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS), mientras que el ente público sigue cotizando por la base de cotización[43].

---

41 La Disposición transitoria única del RD Ley de 2025 determina expresamente que, para los hechos causantes producidos a partir del 2 de agosto de 2024 –fecha límite para la transposición de la Directiva 2019/1158, y hasta el 30 de julio de 2025–, esas semanas adicionales podrán solicitarse a partir del 1 de enero de 2026.
En el Boletín del sistema RED núm. 11 de 26 de noviembre de 2025, pp. 4 y 5, la Seguridad Social ha clarificado el modo de solicitar estas 2 semanas adicionales. Disponible en:
https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/0d8217fd-1ba2-4229-9a88-69ca51b31392/BNR+11-2025.pdf?MOD=AJPERES).

42 Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Barcelona; sentencia núm. 299/2024, de 28 de noviembre (rec. 332/2024); Sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 1 de Cuenca, sentencia núm. 23/2025, de 27 de enero (rec. 25937/2025); y Sentencia del Juzgado contencioso-administrativo núm. 4 de Murcia, sentencia núm. 76/2025, de 25 de marzo.

43 La jurisprudencia está ya considerando la situación del permiso de maternidad de las mujeres que prestan sus servicios laborales a la Administración en régimen de interinidad para reconocer sus efectos administrativos en determinados casos.
Así, por ejemplo, la STSJ Canarias de 10 de junio [núm. 257/2025 (rec. 103/2024)] reconoce como servicios prestados, y la consiguiente cotización a la Seguridad Social, el tiempo en el que

Otras previsiones legales, concretamente el Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, tienden a paliar la situación en que se encuentran especialmente las empleadas interinas, en cuanto amplían sus derechos de excedencia en razón del cuidado de familiares hasta determinado grado y permiten la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de menor.

En cuanto a las cotizaciones, la Exposición de Motivos de esta norma señala que el objetivo de la misma es abordar precisamente las situaciones de "quienes acceden a la pensión de jubilación con carreras de cotización irregulares marcadas por la inestabilidad y la precariedad laboral así como aquellas mujeres con amplios periodos de lagunas de cotización vinculadas al cuidado de los hijos, entre otros".

Con el objeto de compensar el impacto negativo de estas circunstancias, se prevé una mejora en la integración de períodos sin obligación de cotizar, en tanto no se reduzca la brecha de género, respecto de determinados períodos incluidos en la base reguladora de las pensiones y "se revisa la regla relativa al periodo de cómputo para el cálculo de la pensión, ofreciendo una doble alternativa a lo largo de dos décadas".

Igualmente, se han modificado los artículos 247 y 248 del TRLSS sobre el cómputo de los períodos de cotización y la cuantía de las pensiones, respectivamente. Las mismas vienen impuesta por la doctrina resultante de las sentencias del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio, y 155/2021, de 13 de septiembre, por

---

una interina estuvo disfrutando de su permiso de maternidad pese a haber finalizado su contrato al acabar el curso escolar y haber sido nombrada con vacante para el siguiente.

La sentencia apelada había considerado que el período entre el cese y el nuevo nombramiento no conllevada derecho a retribuciones ni cómputo de antigüedad, ya que la relación de servicio se había extinguido.

La sentencia de apelación, sin embargo, siguiendo la doctrina expresada en la STSJ de Galicia 244/2019 –que resolvió anulando la negativa de la Administración de reconocer como período de tiempo trabajado el de una interina de baja maternal en el Servicio Gallego de Salud (SERGAS) que fue llamada para ocupar un puesto, pero que no pudo incorporarse por encontrarse en dicha situación de baja por maternidad–, considera que no reconocer los derechos administrativos y de cotización de esta mujer suponía una discriminación por razón de sexo proscrita por la LO 3/2007, ya que la baja por maternidad no puede tener el mismo efecto que una falta de capacidad funcional: se trata de un período de descanso protegido, no de una ausencia injustificada, que, además, afecta únicamente a las mujeres.

las que se declaran la inconstitucionalidad y nulidad de determinados incisos del artículo 248.3 del TRLSS, dada su incidencia negativa en la cuantía de las pensiones de las personas trabajadoras a tiempo parcial, particularmente de las mujeres.

Finalmente, la norma modifica el complemento de maternidad por brecha de género de las pensiones, mejorando la regulación introducida en el Real Decreto Ley 3/2021, de 2 de febrero, supuesto al ahora nos referimos.

2.2.2. *Complemento para reducir la brecha de género en las pensiones: el largo calvario legislativo y su inutilidad para lograr el fin para el que fue instituido*[44]

La creación de un complemento como el que ahora vamos a analizar, en sus dos denominaciones y versiones, responde a la finalidad señalada en el Preámbulo del Real Decreto Ley de 2021, en sintonía con los autos del Tribunal Constitucional 114/2018 y 119/2018, de compensar, estableciendo medidas de acción positiva, a las madres que, "por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores".

Y es que, para el legislador la brecha de género en esta materia ha sido la "principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones", que es "reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas". Constata la norma que "la maternidad afecta decisivamente a la trayectoria laboral de la mujer en su etapa en activo y es esta una, si no la más importante, causa de esa brecha: cuanto mayor es el número de hijos, menor es el número de años cotizados, menor es la proporción de contratos a tiempo completo o equivalente, y menor es, en última instancia, la pensión reconocida".

Para compensar esta situación, la Ley de Presupuestos Generales del Estado 48/2015, de 29 de octubre, vigente desde 2016, introdujo en la antigua regulación de la Ley de la Seguridad Social de 1994 el denominado "complemento de maternidad por aportación demográfica", que luego sería incorporado al artículo 60 del TRLSS. El complemento se preveía solo para las mujeres, siendo

---

44 Con mi agradecimiento al letrado de la Seguridad Social, Jesús Alonso García, quien me ha brindado las explicaciones necesarias para entender las profusas modificaciones de este complemento en el sistema de jubilaciones de la Seguridad Social y en el de Clases Pasivas.

su cuantía un porcentaje a partir de dos hijos. Solo regía para beneficiarias de pensiones contributivas de viudedad, incapacidad permanente y jubilación (salvo para la pensión voluntaria y jubilación parcial).

El complemento se introdujo también para las funcionarias públicas en el Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril), en su Disposición adicional décimo octava. Sin embargo, y al contrario de lo que sucedía en el ámbito laboral privado, y esto tiene su importancia por lo que luego analizaremos, el mismo no se vinculaba a la "aportación demográfica" de las mujeres.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18) declaró que la regulación jurídica de este complemento en cuanto beneficiaba únicamente a la mujer, al no haberse vinculado a las desventajas o desigualdades que por causa de la maternidad sufre la misma en su actividad laboral o para favorecer la carrera de las que interrumpen su trabajo para cuidar a los hijos, sino exclusivamente por "aportación demográfica", es decir, al hecho de haber tenido dos o más hijos, suponía una discriminación directa por razón de sexo, ya que los hombres que se encontraban en situación idéntica no podían acceder al complemento, lo que, a juicio de la Curia, se opone a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social[45].

---

45 Básicamente, el Tribunal Europeo considera que la regulación nacional de dicho complemento "no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto" (apdo. 57). Además, continúa en su apartado 59, "esta disposición no exige que las mujeres hayan dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron a sus hijos, por lo que no se cumple el requisito relativo a que hayan disfrutado de un permiso de maternidad. Este es el caso, concretamente, cuando una mujer ha dado a luz antes de acceder al mercado laboral", ni tampoco aporta "remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional (véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de noviembre de 2001, *Griesmar*, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 65, y de 17 de julio de 2014, *Leone*, C-173/13, EU:C:2014:2090, apartado 101) –apdo. 65–:
Por todos estos argumentos concluye que la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que establece el derecho a un complemento de pensión para

A raíz de esta sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo reconoció judicialmente, y para el régimen general de la Seguridad Social, el derecho a este complemento, con efectos retroactivos desde el momento del hecho causante, a los hombres que reuniesen las exigencias establecidas y estuviesen en la misma situación que las mujeres (STS de 17 de febrero de 2022[46]), con efectos económicos de una retroacción de tres meses desde la fecha de su solicitud revisora (STS de 30 de mayo de 2022[47]), declarando, además, su imprescriptibilidad (STS de 21 de febrero de 2024[48] y STS de 29 de enero de 2025[49]).

---

las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión (apdo. 67).

46 Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, núm. 160/2022, de 17 de febrero de 2022 (rec. 2872/2021). Ponente: Concepción Rosario Ureste García.

47 Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, núm. 487/2022, de 30 de mayo de 2022 (rec. 3192/2021). Ponente: Juan Molins García-Atance. En el FJ 4.º.2 se mantiene que "... debemos reiterar la doctrina que sostiene que el reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica producirá efectos desde la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del artículo 60 de la LGSS".

48 Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, núm. 322/2024, de 21 de febrero de 2024 (rec. 862/2023). Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer. El fallo declara la imprescriptibilidad del complemento con el siguiente argumento: si el complemento sobre la prestación contributiva de jubilación o prestaciones por muerte y supervivencia gozan de la misma naturaleza jurídica que la pensión a la que complementa, siendo dichas pensiones imprescriptibles, también debe serlo el complemento. Al tratarse de una discriminación por razón de sexo contraria al principio de no discriminación y al derecho a la igualdad, su íntegra reparación no puede ser otra que retrotraer sus efectos al momento del hecho causante, sin que sea dable entender que la solicitud tardía del complemento en cuestión deba entenderse prescrita, ni tampoco limitar sus efectos mediante la aplicación de la retroacción de los económicos a los tres meses anteriores a la solicitud.

49 Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, núm. 81/2025, de 29 de enero de 2025 (rec. 117/2024). Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro. Considera la Sala que el inicio de la fecha de los efectos económicos de este reconocimiento se debe realizar desde la fecha en que se causó la pensión. Las normas del derecho nacional que regulan la prescripción no pueden impedir que se restablezca la igualdad de trato ni la forma de cumplirlo. Si el beneficiario hubiera sido una mujer, le hubieran reconocido el complemento de maternidad por brecha de género con la misma fecha de efectos económicos de la pensión, por lo que se debe reconocer la misma fecha de efectos al complemento reclamado por el varón discriminado.

Situación diferente resultó ser para los funcionarios públicos varones, a los que no fue hasta la STS de 25 de noviembre de 2021 cuando se les reconoció el derecho de percibir este complemento ligado a la "aportación demográfica"[50].

Recordemos que este colectivo se rige por la Ley de Clases Pasivas del Estado que, si bien reproduce para el régimen de función pública lo dispuesto en el artículo 60 TRLSS sobre el complemento de maternidad, silencia la referencia a su adscripción a la aportación demográfica de las mujeres.

El fallo de la alta instancia jurisdiccional desestima los argumentos mantenidos por el TSJ de Madrid en la sentencia apelada, la cual, siguiendo el razonamiento del Abogado del Estado, entendió que existía un fundamento claro al trato diferente entre pensionistas pertenecientes al régimen general y los de clases pasivas, pues mientras que para los primeros el complemento se otorgaba por la aportación demográfica, no sucedía así para los segundos, en cuya regulación jurídica no se aludía a la contribución a la natalidad. Además, las reducciones de jornada y excedencias para el cuidado de hijos eran solicitadas en su mayoría por mujeres. Consideraba, por consiguiente, que no existía discriminación entre hombre y mujer a estos efectos y no reconocía el complemento a los hombres.

Para la Sala Tercera, sin embargo, ambos complementos, de régimen privado y de régimen público, son introducidos por la Ley 48/2015, por lo que parten de la misma norma, tienen la misma vigencia y ambos se modificaron posteriormente por Real Decreto-Ley 3/2021, regulación que lo convierte en un complemento para "la reducción de la brecha de género". A mayor abundamiento, la exposición de motivos de esta norma considera que el complemento previsto para clases pasivas es una "réplica" del previsto para el régimen general.

Concluye, por tanto, que ambos complementos tienen la misma naturaleza, finalidad y configuración tanto en la norma de 2015 como en la de 2021 y, en la medida en que los dos han sido declarados disconformes a derecho, no pueden mantenerse en nuestro ordenamiento jurídico.

Este fallo abrió la posibilidad de que los funcionarios jubilados entre enero de 2016 y febrero de 2021 reclamasen un complemento sobre sus pensiones.

---

[50] STS, Sala Tercera, Sección 4.ª, núm. 1380/2021 de 25 de noviembre de 2021 (rec. 4535/2020). Ponente: María del Pilar Teso Gamella.

La Sentencia de Luxemburgo de 2019 puso de manifiesto la defectuosa configuración legal en nuestro Derecho del citado complemento en tanto compensación por aportación demográfica y consiguiente necesidad de proceder a su redefinición para convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones. La necesaria modificación legal que reclamaba el fallo europeo se abordó con el Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico. Tras su aprobación, dicho complemento pasó a denominarse "complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género", estando vigente hasta el 17 de marzo de 2023.

El objetivo inicial de la norma se mantiene: reducir la brecha de género[51] en las pensiones de aquellas mujeres que interrumpieron sus carreras profesionales para atender a sus hijos[52], pero ahora se permite también el acceso al complemento de aquellos padres que "acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados".

Esta nueva regulación modifica tanto el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social como de su "réplica" en el Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (Disposición transitoria decimocuarta de la misma[53]).

---

51 La brecha de género de las pensiones se define en la Disposición adicional 37.º LGSS, como "el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas por un año por las mujeres respecto del importe de las pensiones causadas por los hombres".

52 El preámbulo de la norma insiste en el objetivo perseguido, que es un objetivo de política social destinado a "... corregir una situación de injusticia estructural (la asunción por las mujeres de las tareas de cuidados de los hijos), que se proyecta en el ámbito de las pensiones, dando visibilidad a la carencia histórica de políticas de igualdad y a la asignación del rol de cuidadora. En el bien entendido de que se trata de reparar un perjuicio que han sufrido, a lo largo de su carrera profesional, las mujeres que hoy acceden a la pensión, es decir, un perjuicio generado en el pasado. Y que, por tanto, resulta perfectamente compatible y coherente con el desarrollo de políticas de igualdad ambiciosas que corrijan las desigualdades actualmente existentes en el mercado de trabajo y la asignación de los roles relacionados con los cuidados". El mismo es temporal, vinculándose "... a la consecución del objetivo de reducir la brecha de género en las pensiones contributivas de jubilación por debajo del 5 por ciento".

53 Dicha disposición establece lo siguiente: "*Mantenimiento transitorio del complemento por maternidad en las pensiones de Clases Pasivas.* Quienes, en la fecha de entrada en vigor del complemento para la reducción de la brecha de género prevista en la Disposición adicional decimoctava, estuvieran percibiendo el complemento por maternidad mantendrán su percibo".

Las principales novedades del texto son las siguientes:

La cuantía del complemento ya no es un porcentaje según el número de hijos a partir de dos, como preveía la antigua regulación, sino una cuantía fija por hijo o hija que se establece al comienzo de cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Se excluyen del complemento las pensiones no contributivas, lo que puede afectar de manera importante a las mujeres, que en muchas ocasiones no pueden acceder a este tipo de prestación por no haber trabajado o no haber cotizado lo suficiente precisamente por haberse dedicado al cuidado de los hijos (por esta razón, en el primer texto regulador de este complemento, de 2015, sí se recogían las pensiones de viudedad).

La norma elimina la exclusión de las familias integradas por parejas homosexuales masculinas, pero sí descarta que tengan derecho al mismo los progenitores (padre o madre) que hayan sido privados de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Igualmente, se rechaza que puedan disfrutarlo el padre condenado por violencia contra la mujer, en los términos que se definan por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, ejercida sobre la madre, y el padre o la madre que haya sido condenado o condenada por ejercer violencia contra los hijos. El complemento puede también ser percibido por quienes se hubiesen jubilado anticipadamente de forma voluntaria.

Pero si cabe, la novedad más destacada es que los beneficiarios son los progenitores, tanto las mujeres como los hombres, pero estos últimos solo si cumplen

---

La percepción de dicho complemento de maternidad será incompatible con el complemento para la reducción de la brecha de género que pudiera corresponder por el reconocimiento de una nueva pensión pública, pudiendo las personas interesadas optar entre uno u otro.
En el supuesto de que el otro progenitor de alguno de los hijos o hijas que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento para la reducción de la brecha de género y le corresponda, por aplicación de lo establecido en la Disposición adicional decimoctava de esta norma o por aplicación de lo dispuesto en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta".

con determinados requisitos, centrados en "haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, pero siempre en determinadas circunstancias previstas en los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del artículo 60 TRLSS, es decir, aquellos cuya situación sea equiparable a la de las mujeres. Se impone, sin embargo, otra limitación, y es que el complemento no puede ser percibido por ambos progenitores, sino por solo uno de ellos.

A partir de dicha norma, en sede social, el Tribunal Supremo unificó su doctrina en su sentencia (Sala Cuarta) 3379/2021, de 16 de febrero, reconociendo la retroactividad del reconocimiento del complemento a los progenitores desde el nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante.

En el ámbito administrativo, la cuestión resultó un tanto diferente y, ante la reticencia de los poderes públicos a reconocer el complemento de maternidad a los hombres, y a raíz de la sentencia del TSJUE de 14 de septiembre de 2023 (asunto C-113/2022), –en la que la Corte europea consideró que el criterio mantenido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social al respecto provocaba una discriminación directa por razón de sexo, y reconoció el derecho de estos a que se les abonase una indemnización compensatoria que incluyese las costas y los honorarios del abogado en que el interesado hubiera incurrido en la defensa judicial de su derecho denegado–, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de noviembre de 2023 (rec. casación 5547/2022), consideró que resulta obligado establecer una indemnización para compensar los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el solicitante que vio denegada su petición. Esta se fijó en 1.800 euros[54].

Sin embargo, una vez más la Curia europea consideró que la regulación española de ese complemento era discriminatoria para los hombres. Efectivamente, su Sentencia de 15 mayo de 2025 (asuntos acumulados C-623/23 y C-626/23) entendió contrario a Derecho europeo la supeditación del reconocimiento de un complemento de pensión a los hombres que se encuentran en una situación idéntica a la de sus congéneres femeninas al cumplimiento de determinados requisitos, –concretamente, acreditar que sus carreras profesionales se hayan

---

54 Concluye la sentencia que esa cantidad comporta una reparación integral del perjuicio sufrido y procede siempre que haya sido menester que el varón discriminado por una resolución del INSS posterior a la STJUE 19 diciembre 2019 haya precisado del acudimiento a la jurisdicción social para conseguir el abono del complemento en cuestión.

interrumpido o se hayan visto afectadas con ocasión del nacimiento o de la adopción de sus hijos–, cuando tales criterios que no se exigen a las mujeres, resulta discriminatorio para ellos.

En aplicación de esta decisión judicial, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de junio de 2025, ha determinado que el complemento para la reducción de la brecha de género debe ser reconocido a los hombres en las mismas condiciones que a las mujeres[55].

Cuando tienen derecho a percibirlo ambos progenitores, se hace incompatible y lo percibe aquel cuya pensión es de menor importe.

Pero todo este proceloso periplo sufrido por este complemento para las pensiones no termina aquí. El texto actualmente vigente es el Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones. Al complemento se le sigue denominando "complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género", insistiendo en su misma finalidad original de reforzar la equidad y corregir la discriminación que históricamente ha sufrido la mujer en el mercado de trabajo con amplios periodos de lagunas de cotización vinculadas al cuidado de los hijos. La Disposición adicional primera de la nueva norma extiende el complemento al régimen especial de las clases pasivas del Estado.

La nueva regulación introduce en el texto de 2021 algunas modificaciones[56], pero no en lo que respecta a la imposición de requisitos criterios para

---

55 STS, Sala Cuarta, Sección Pleno, núm. 639/2025 de 25 de junio de 2025 (rec. 4933/2022). Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro. La Sala 4.ª considera que el complemento para la reducción de la brecha de género del artículo 60 LGSS, en la redacción derivada del RD-Ley 3/2021, contraviene la Directiva 79/7/CEE del Consejo relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y, por tanto, aplicando la doctrina de STJUE 15 mayo 2025, debe ser satisfecho a los varones en las mismas condiciones que a las mujeres.

56 Según el preámbulo de la norma, "[E]n el artículo 60 se modifica el apartado 1 y se incluye un nuevo apartado 7, modificación que tiene como finalidad adecuar la aplicación de la norma al objetivo perseguido con su aprobación, que es el reconocimiento del complemento por brecha de género también a los hombres siempre que cumplan determinadas condiciones, para lo cual es preciso eliminar del cómputo de períodos cotizados y bases de cotización anteriores o siguientes al nacimiento los beneficios en la cotización establecidos en el artículo 237 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Asimismo, se precisa cómo deben calcularse

que los hombres cobren el complemento, que permanece inalterado, por lo que creemos que, en aplicación de la jurisprudencia de Luxemburgo, no pasaría el filtro de la discriminación hacia el varón, y debería reconocerse a los hombres al margen de estos requisitos. De hecho, ya hay muchos despachos de abogados y plataformas *on line* destinadas a reclamar este complemento a favor de los hombres tanto para los sometidos al régimen general de seguridad social como a los de clases pasivas[57].

En definitiva, se trata de unas sucesivas y perentorias reformas legislativas de una medida aislada del contexto de acción integral de eliminación de las brechas de género, hecha a golpe de jurisprudencia y para atender los requerimientos de la Corte de Luxemburgo, sin considerar las repercusiones que la misma podía tener tanto para el precario sistema de seguridad social español como para alcanzar la finalidad prevista en la norma: la reducción de la disparidad en las pensiones de jubilación entre ambos sexos.

El resultado, como han demostrado Monereo Pérez y López Vico, es que este complemento no ha logrado el objetivo que se esperaba con el mismo: no solo no ha contribuido a hacer desaparecer la brecha entre las pensiones contributivas de jubilación de mujeres y hombres, sino que, al contrario, la diferencia retributiva se ha visto acrecentada desde su implantación en 2015, experimentando importante repunte desde 2019, tras la primera sentencia del TJUE[58].

---

las pensiones de los respectivos progenitores para determinar cuál de ellas es más alta a efectos de acreditar los requisitos exigidos para obtener el complemento. La modificación del apartado 1. b) 3.ª de este artículo se acompaña de la Disposición transitoria cuadragésima cuarta para que pueda beneficiar también a hechos causantes anteriores a la entrada en vigor de este real decreto ley y desde la vigencia del complemento por brecha de género. Asimismo, la Disposición transitoria primera de este real decreto ley determina que el importe del complemento de brecha de género establecido en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social tendrá un incremento, adicional a la revalorización anual, del 10% en el bienio 2024-2025, que se distribuirá entre ambos ejercicios según determinen las respectivas leyes de presupuestos generales del Estado".

57 Para este colectivo, y tras la STJUE de 2025 que comentamos, el Consejo General de Colegios de Habilitados de Clases Pasivas de España ha emitido la Circular núm. 60/2025, de 15 de julio, en la que se informa del criterio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social para aplicar el complemento para la reducción de la brecha de género (CRBG) a los hombres.

58 *Vid*. Monereo Pérez, J. L. y López Vico, S.: "El controvertido complemento por brecha de género español y su larga trayectoria legislativa y jurisprudencial Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2025, asuntos acumulados C-623/23 (Melbán) y C-626/23 (Sergamo)",

A la vista de estos resultados, y a juicio de estos autores, en una opinión que suscribimos, habría que plantear otro tipo de instrumentos de acción positiva más idóneos para solucionar este problema, que no sean rechazados por la normativa europea vigente (y su interpretación) en materia de discriminación. Una posible alternativa sería la fijación de unos mismos requisitos para la obtención del complemento a ambos sexos, de tal manera que su reconocimiento se hiciera a favor de quienes se hayan acogido a medidas de conciliación por cuidado de hijos; circunstancia que, como hemos visto, favorecería mayormente a las mujeres[59].

2.2.3. *Otras medidas*

Ya se ha comprobado cómo las analizadas medidas no son suficientes para acabar con la desigualdad de género en el empleo público si no se acompañan de otras de carácter organizativo-institucional y otras de contenido social.

En relación con las primeras, destaca la obligación de crear Unidades de Igualdad en todos los Ministerios, obligación expresada en el artículo 77 LOI, luego completado a nivel estatal por el Real Decreto 259/2019, de 12 de abril, por el que se regulan las Unidades de Igualdad de la Administración General del Estado, y que, aunque inicialmente previstas solo para la Administración estatal, finalmente se han creado en todas las Administraciones públicas, incluyendo las universidades.

Sus funciones de este órgano se regulan en este mismo precepto y han sido desarrolladas por el artículo 3.2 del Real Decreto 259/2019, de 12 de abril.

En segundo lugar, el sector público tiene, asimismo, la obligación de elaborar planes de igualdad, con independencia del número de trabajadores. Así lo prevé la propia LOI (art. 64) y la Disposición adicional séptima del EBEP.

En la actualidad se encuentra en vigor el III Plan de Igualdad, aprobado por Resolución de 29 de diciembre de 2020, de la Secretaría General de Función Pública, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 2020.

La Ley Unión Europea, 139 (2025). *Vid*. la gráfica elaborada por los propios autores, con los datos del Instituto de las Mujeres –estadística "Mujeres en Cifras"–, en la p. 5.

59 *Ibidem*, pp. 16 y 17.

En cuanto a su contenido, el Plan está directamente relacionado con la Agenda 2030 y los Objetivos del Desarrollo Sostenible y establece los objetivos a alcanzar en materia de promoción de la igualdad de trato y oportunidades en el empleo público, así como las estrategias o medidas a adoptar para su consecución.

Aunque no hay previsto régimen sancionador frente a este incumplimiento, se obliga a la administración respectiva no solo a dotarse del Plan, sino también proceder a su implantación y contar con un sistema de seguimiento que permita evaluar y medir la evolución del mismo.

En la página web del Ministerio de Igualdad se puede consultar el Registro de Planes de Igualdad de las Administraciones Públicas[60].

Finalmente, y para luchar contra las prohibidas conductas de acoso sexual y el acoso por razón de género (arts. 7, 8, 48 y 62 LOI y art. 95.2.b) LEBEP), el artículo 62 LOI y su Disposición final sexta señalan el compromiso de las Administraciones públicas de negociar con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores un protocolo de actuación para la prevención de estas conductas, que se ha plasmado en el Real Decreto 247/2024, de 8 de marzo, para el ámbito de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos, generalizándose a todo el sector público.

2.3. Presencia femenina en los puestos de dirección y responsabilidad de las Administraciones públicas

Como hemos indicado anteriormente, otra de las grandes desigualdades que se advierten en el empleo público es la escasa presencia femenina tanto en los parlamentos y en los órganos constitucionales encargados del diseño de las políticas públicas como en los puestos de dirección y responsabilidad administrativa que han de ejecutar las mismas.

Esta situación es fruto de la exigua participación femenina en la esfera pública, a pesar del reconocimiento de este derecho a todos los niveles[61], y en

---

60 Disponible en: https://digital.gob.es/funcion-publica/dgfp/relaciones-laborales/igualdad/registro-de-planes-de-igualdad.

61 La participación de los ciudadanos en los asuntos públicos es un derecho fundamental consagrado en el artículo 23 CE cuyo contenido se centra tanto en la participación electoral como

especial para las mujeres[62]. Las razones de esta coyuntura pueden deberse a condiciones no tan atávicas como pudiera parecer, pues muchas subsisten hoy en día en muchas zonas y países de todo el mundo: el tardío reconocimiento del voto femenino[63], el histórico apartamiento de la mujer de la vida y de las instituciones no solo políticas, sino también sociales y culturales[64], la imposibilidad de acceder a estudios superiores, su relegación a las actividades puramente domésticas

---

en el acceso a los cargos públicos, órganos políticos y administrativos democráticos para la adopción de las decisiones y políticas públicas.

62 Especialmente desarrollada se encuentra la normativa internacional. Podemos encontrar el resumen de las mismas en el preámbulo de la Ley 2/2024, destacando la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), de 1979 (ratificada por España mediante Instrumento de 5 de enero de 1984), en la que los Estados partes se comprometen a garantizar a las mujeres "en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de estas, y a ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales" [artículo 7.b)], así como "las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo", y "el derecho al ascenso" [artículo 11.b) y c)], así como todas las que a la misma han seguido: Declaración de Pekín, aprobada por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas, Resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad, dando origen a la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad; Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada en Nueva York en 2015: Objetivo 5.5 y Objetivo 5.c).

En la misma línea se ha pronunciado el Consejo de Europa –Recomendación (2003)3 del Comité de Ministros sobre la participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones políticas y públicas, Resolución 1825 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre un número mayor de mujeres en los órganos decisorios económicos y sociales, se han venido produciendo avances significativos en esta materia, y Estrategia de Igualdad de Género 2018-2023–, y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) –Recomendación sobre "Igualdad de Género en la Vida Pública", en la que se insta a sus Estados miembros a avanzar en el equilibrio "al nivel más alto en la vida pública desarrollando un marco integral que favorezca una representación equitativa de mujeres y hombres en cargos decisorios y otros puestos de responsabilidad en instituciones públicas"–.

63 Recordemos la imposibilidad de la mujer, hasta bien entrado el siglo XX para ejercer el derecho al sufragio, y, menos aún, para ser miembro de los Parlamentos. Sobre la lucha de la mujer para conseguir el voto pueden verse tres excelentes películas: "Sufragistas" (2015), con Sarah Gavron, Carey Mulligan y Meryl Streep; "Clara Campoamor. La mujer olvidada" (2011), y la más reciente "Siempre nos quedará mañana" (2023), de la directora Paola Cortellesi.

64 Sobre esta cuestión es muy expresiva la carta que en 1889 escribe la escritora Emilia Pardo Bazán a su colega la dramaturga Gertudris Gómez Avellaneda, quejándose de que la Academia de la Lengua Española no admita mujeres (el ingreso de ambas fue rechazado), cuando debía accederse por los "méritos literarios y el cultivo esmerado el habla", y no por el sexo. La admisión de las mujeres a la RAE no ocurrió hasta 1979, en la que ingresa Carmen Conde, aunque en 1784 fue recibida como académica honoraria doña Isidra de Guzmán (*La mujer española y otros escritos*, Cátedra, Madrid, 2018, p. 73 y ss.).

y de cuidado[65], la renuncia a ocupar puestos de responsabilidad que se piensan que nunca van a alcanzar, el miedo a enfrentarse a situaciones de violencia y/o acoso a las que se pueden ver sometidas cuando se dedican a la política[66], sesgos de género en la política y en la Administración, etc.

Todas estas causas pueden haber pesado mucho en el retraso de la mujer en su plena incorporación al sistema democrático, a las instituciones administrativas y a los puestos de dirección y responsabilidad, pero ya no pueden acogerse hoy, al menos en un país europeo y desarrollado como el nuestro, en el que la participación es la medida primordial para asegurar que toda política pública tenga en cuenta los intereses de todos los colectivos y en nuestro caso concreto, incluya la perspectiva de género desde el momento de su concepción o diseño, complementando otras medidas más actuales como pudiera ser, por ejemplo, la importante evaluación de impacto de género de los proyectos de ley y reglamentos (EIG)[67].

---

65 La propia Emilia Pardo Bazán describe la situación de la mujer española en un certero artículo publicado en la Revista *La España Moderna*, en sus números XVII, XVIII, XIX y XX del año II (reproducido en *La mujer española... op. cit.*, p. 83 y ss.).

66 Recordemos el reciente y lamentable episodio sufrido por la presidenta de México, Claudia Sheinbaum, que fue agredida por un hombre, que se acercó a ella, le tocó un pecho, le intentó dar un beso y la manoseó. La noticia del diario *El País* que dio cuenta del suceso pone de manifiesto que este acoso a las políticas, y al resto de mujeres, es muy frecuente en todo el mundo, citando ejemplos de Brasil, Colombia, España –con el caso Nevenka Fernández–, Finlandia, etc. (Diario *El País*, "El mensaje político que hay detrás de la agresión a Sheinbaum y la respuesta de la presidenta de México", 7 de noviembre de 2025). La gran historiadora Mary Beard señala que esta violencia contra las mujeres que ejercen el poder viene desde antiguo, y está integrada en nuestra cultura por la influencia de las formas clásicas (p. 81). Rechaza y excluye a las mujeres como género, no como individuos, del poder como definición. Para esta autora, dado que la estructura de este poder está codificada como masculina, "lo que hay que cambiar es la estructura" (*Mujeres y poder: un manifiesto*. Crítica, Barcelona, 2018, p. 88).

67 La evaluación de impacto de género se introduce en nuestro Derecho en la Ley 30/2003 de 13 de octubre, que modifica los artículos 22 y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Gobierno, por la que se dispone que los proyectos de ley y las disposiciones reglamentarias irán acompañadas de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que contienen. A partir de esta reforma, el Gobierno asume la responsabilidad de aportar información sobre la incorporación de la perspectiva de género y la valoración de los efectos que las normas aprobadas van a tener, de forma separada, sobre los hombres y las mujeres, considerando, especialmente, las desigualdades y discriminaciones por razón de sexo (discriminaciones de género) existentes. Esta evaluación quedará plasmada en un documento que se denomina "Informe de Impacto de Género".

Pero la realidad es la siguiente: según las conclusiones del Mapa "Mujeres en la política: 2025"[68], creado por la Unión Interparlamentaria (UIP) y ONU Mujeres, el panorama sobre los datos de las mujeres en puestos ejecutivos y parlamentos nacionales a 1 de enero de 2025, no puede ser más desalentador e ilustra una sobrerrepresentación de los hombres en la toma de decisiones en todo el mundo, lo que frena la realización de la igualdad entre mujeres y hombres en política.

Las mujeres son jefas de Estado y/o de Gobierno en solo 25 países, y representan el 27,2% de los miembros de parlamentos. En todo el mundo, menos de uno de cada cuatro ministros de gabinete es mujer (22,9%). El mapa muestra que, mientras las mujeres dirigen importantes carteras de derechos humanos, igualdad de género y políticas de protección social, los hombres dominan áreas políticas como asuntos exteriores, asuntos financieros y fiscales, asuntos de interior y defensa (es la denominada "discriminación horizontal").

Para afrontar este déficit y asegurar el derecho de las mujeres a participar en todos los procesos electorales y de designación de altos cargos administrativos, ya el capítulo II de la LOI establecía el principio de "presencia equilibrada en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella".

Estos preceptos han sido desarrollados por la Ley Orgánica 2/2024 en el siguiente sentido[69]:

Para el ámbito electoral, la nueva norma impone ahora a los partidos políticos (o agrupaciones electorales) una obligación que va más allá de la prevista en

---

Vid. *La evaluación de impacto normativo por razón de género. Su aplicación efectiva en las instituciones europeas y en España*, dir. Canals Almetller, D., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.

68 Disponible en: https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2025/03/women-in-politics-map-2025.

69 Dichas disposiciones son de aplicación, asimismo, a las Juntas de Gobierno de la Administración corporativa (colegios profesionales), a los sindicados, asociaciones empresariales, fundaciones y entidades del sector (no a los órganos directivos de los partidos políticos) y a la composición de tribunales o jurados de premios financiados mayoritariamente por la Administración General del Estado.

la LOI: la de elaborar "listas cremalleras" para las elecciones al Congreso. Estas listas son aquellas que alternan en puestos pares e impares a mujeres y hombres. El mandato se establece para todas las candidaturas que se presenten al Congreso, Parlamentos autonómicos, Parlamento Europeo, Ayuntamientos, Consejos insulares y Cabildos[70]. Esta imposición estaba ya vigente en la legislación electoral de las Comunidades autónomas del País Vasco, Baleares, Castilla-La Mancha y Andalucía.

Para el Senado, y dado que las candidaturas son individuales, pero pueden agruparse por listas de partidos, las listas deberán asegurar composición paritaria (40%-60%).

La regla ya había sido avalada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 40/2011, 31 de marzo (en el mismo sentido, las ya citadas SSTC 12/2008 y 13/2009).

En segundo lugar, y para los órganos constitucionales y de relevancia constitucional (Gobierno, Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Consejo de Estado, Consejo Fiscal, Tribunal de Cuentas...) se han modificado varias leyes para asegurar la representación equilibrada y la presencia paritaria, exigiendo un porcentaje mínimo del 40% del mismo sexo y máximo del 60%.

Finalmente, para los altos cargos de la Administración y del sector público institucional, la nueva norma modifica la Ley 40/2015, de Régimen jurídico de la Administración General del Estado, para adaptarse a este principio, fundamentalmente para las Secretarías de Estado, Subsecretarías, Secretarías Generales, Direcciones Generales y Subdirecciones Generales.

Mucho nos tememos que, pese a la nueva normativa, el panorama no va a cambiar excesivamente, al menos en lo que se refiere a la tasa de presencia femenina en puestos de dirección y responsabilidad, todavía excesivamente exigua, pese a que las estadísticas demuestran que cada vez hay más mujeres trabajando en el sector público: justicia, universidades, sanidad, docentes en la educación básica, personal docente e investigador en la educación universitaria, ... Por el contrario, hay otros

---

70 La Disposición adicional 2.ª de la LOI había introducido un artículo en la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General, el 44, para asegurar una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el 40%.

empleos públicos con escasísima presencia femenina, como las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, las fuerzas armadas, bomberos, etc.[71]

Por mi particular formación, profesora de Derecho, voy a centrar mi atención en dos ejemplos bien ilustrativos sobre la infrarrepresentación femenina en los puestos de dirección y responsabilidad: el de la universidad pública, sector que ya ha sido objeto de nuestra atención en otros trabajos[72], y el de la judicatura.

a) Universidad pública

Eliminada, por la Real Orden de 8 de marzo de 1910, la autorización de las instituciones públicas para que las mujeres pudieran acceder a la universidad[73], las mismas se incorporaron plenamente a la institución, especialmente en algunas titulaciones, aunque queda todavía la brecha "horizontal" por sectores: la presencia femenina en más baja en las denominadas asignaturas STEM (Ciencia, Tecnología, Ingeniería y Matemáticas, por sus siglas en inglés), con los problemas que de ello deriva[74].

---

71 La nueva ley francesa 2023:623, de 19 de julio de 2023, *visant à renforcer l'accès des femmes aux responsabilités dans la fonction publique*, es mucho más ambiciosa que la española, al menos en el papel. Las medidas más importantes que incorpora para lograr el acceso de las mujeres a las responsabilidades en el servicio público son dos: la primera, acelerar la feminización de la alta administración pública, aumentando para ello la cuota obligatoria para las mujeres que son nombradas por primera vez para puestos superiores y directivos a un 50%, y la segunda, el establecimiento de un índice de igualdad profesional en la función pública (*vid*. el comentario a esta norma realizado por Menéndez Sebastián, E. M.: "La profunda reforma de la alta función pública francesa: la importancia de la igualdad", *Revista General de Derecho Administrativo*, 65, 2024).

72 *Vid*. Alonso García, M.ª C.: "Desigualdad de género en la universidad", en López Ramón, F., Rivero Ortega, R. y Fernando Pablo, M. (coord.): *Organización de la universidad y la ciencia*, INAP, Madrid, 2018, pp. 425-434.

73 De la Sierra Morón, S.: "Las mujeres ...", *op. cit.*, pp. 257-275. Sobre este tema es un referente de primer orden la profesora Consuelo Flecha García, con todas sus obras, entre las que destaco: *Las primeras universitarias en España 1872-1910*, Narcea, S. A. de Ediciones, Madrid, 1996; "Profesoras en la Universidad. El tránsito de las pioneras en España", *Arenal: Revista de historia de las mujeres*, 17, núm. 2, 2010 (ejemplar dedicado a: Cien años sin permiso: las mujeres en la Universidad española), pp. 255-297, o "La mirada de las mujeres al mundo académico", *Revista Argentina de Sociología*, núm. 1, (2003), pp. 27-43.

74 Datos de *Mujeres en cifras*, del Ministerio de Igualdad (disponible en: https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Educacion/AlumnadoUniversitario.htm). Lucía Casado Casado analiza estos datos llegando a la conclusión de que la presencia de las mujeres está más o menos equilibrada en Ciencias Sociales y Jurídicas, en Arte y Humanidades y en Ciencias de la Salud,

Centrándonos en el personal al servicio de las universidades públicas, en su conjunto, tanto personal docente e investigador (PDI) como personal técnico, de gestión y de administración y de servicios (PTGAS), las mujeres constituyen el 44,16%, mientras que el 55,84%, son hombres. Respecto del personal docente e investigador, el 43,52% son mujeres, y el 56,48% hombres.

Sin embargo, y como certeramente ha estudiado Lucía Casado, la estadística cambia notablemente si analizamos las diferentes categorías profesionales, siendo menor el número de mujeres funcionarias que las contratadas. Y dentro de los diferentes cuerpos docentes funcionariales, solo el 27,37% de las cátedras están ocupadas por mujeres, lo que pone de manifiesto la subsistencia de las dificultades de la mujer para acceder a los puestos más altos de la función pública docente[75].

Las medidas para favorecer la equidad entre mujeres y hombres y una mayor presencia de mujeres en las cátedras, aunque derivan de las que hemos señalado más arriba, tienen en este ámbito universitario su propia caracterización[76].

La norma de referencia en este sentido es la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del sistema universitario (LOSU, en adelante).

Conviene detenerse en la primera fase del proceso de acceso a esta categoría funcionarial, que es la configuración de las necesidades de la plantilla y su posterior dotación. En este sentido es necesario destacar la STS de 16 de octubre de 2019[77], que supuso un tímido avance en esta etapa de diseño de las necesidades de profesorado, admitiendo la validez de la regla de la consideración de la variable de género, la infrarrepresentación femenina, para determinar los departamentos a los que se asignarían cátedras.

Como nosotros evidenciamos en su momento, dicho fallo no solo no supone una ventaja alguna para las profesoras, al tratarse exclusivamente de un criterio de conformación de la plantilla, sino que, además, resulta bastante limitado para lograr la paridad, en cuanto no prejuzga la fase posterior del proceso, la

---

siendo ligeramente superior a la de los hombres en estos dos últimos ámbitos, mientras que la mujer todavía tiene muy baja presencia en las Ciencias, sobre todo en Ingeniería y Arquitectura (*Acción ..., op. cit.,* p. 33).

75 *Ibidem*, p. 35.

76 *Vid.* el riguroso y pormenorizado estudio que de las mismas realiza la profesora Casado: *Acción positiva para la igualdad de mujeres y hombres...*, *op. cit.*, pp. 179-267.

77 Sentencia núm. 1383/2019. Pte: Mª del Pilar Teso Gamella.

convocatoria de las cátedras que se han de cubrir, que podía no someterse a criterios de promoción de la mujer[78].

Precisamente en relación con esta segunda fase del proceso de provisión de cátedras, la convocatoria de la plaza, la primera regla es asegurar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en las comisiones de selección. Siguiendo la LOI (art. 51d), la LORP, la LEBEP (art. 60.1) y el apartado 3 del artículo 65 de la LOSU establecen que todas las comisiones y órganos de concursos y acreditaciones de los cuerpos docentes universitarios habrán de garantizar el principio de composición equilibrada entre hombres y mujeres[79].

Cabría plantearse si en estos procesos selectivos pudieran incluirse medidas de acción positiva, como reservas de plaza, cuotas o cupos restringidos a personas pertenecientes a un determinado colectivo infrarrepresentado, normalmente las mujeres.

El establecimiento de estas reservas de plazas se ha previsto en algunas ocasiones para las mujeres en el acceso a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado[80]. No obstante, y aunque como señala Casado, la jurisprudencia europea y la doctrina del Tribunal Constitucional –con disparidad de criterios los tribunales de lo contencioso administrativo–, admiten esta opción, la misma

---

78 Alonso García, C.: "No hay ventaja para las profesoras en la sentencia del Tribunal Supremo", *Agenda Pública El País*, 3 de noviembre de 2019. Disponible en: https://agendapublica.es/noticia/13944/no-hay-ventaja-profesoras-sentencia-tribunal-supremo.
Para algunos autores, como M.ª Emilia Casas Baamonde y Miguel Ángel Quiroga Estévez, si se hubiese tratado de la incorporación de medidas de acción positiva a favor de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en esta segunda fase del proceso selectivo –como reservar un porcentaje mínimo de cátedras a profesoras titulares con igual acreditación, mérito y capacidad, o recurrir a técnicas de preferencia–, probablemente el fallo del Supremo habría sido el contrario; *vid*. Casas Baamonde, M.ª E., y Quiroga Estévez, M. Á.: "Acciones positivas e igualdad de género. La asignación de puntuación por infrarrepresentación de las mujeres en la dotación de cátedras de la Universidad Autónoma de Madrid (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 383/2019, de 16 de octubre)", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 7, 2019, pp. 1-11.

79 No obstante, la imposibilidad de atender este criterio –bien por circunstancias sobrevenidas para formar parte de la comisión o tribunal, bien por ausencia de personas cualificadas para su conformación– no determina, en todo caso, la nulidad de lo actuado; *vid*. STS núm. 1272/2020, de 18 de octubre de 2020 (rec. de casación 2135/2018; ponente: Lucas Murillo de la Cueva, P.).

80 Policías locales en la Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de Coordinación de Policías locales de la Generalidat Valenciana, o para los Mossos d'Esquadra en la convocatoria de concurso oposición libre adoptada mediante Resolución INT/3047/2023.

solo será posible si se asegura, en cualquier caso, que las mujeres cuenten con las mismas condiciones de idoneidad y méritos que los varones, preservando los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso, y se garantice que no queden postergados aquellos candidatos que acrediten méritos mayores o cualificaciones extraordinarias.

Lo que sí contempla expresamente la LOSU, en su artículo 65.1, son las denominadas "reservas y preferencias en las condiciones de contratación", que permiten que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan prioridad para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el cuerpo docente o categoría de que se trate. Con el mismo objeto, se pueden establecer "criterios de desempate[81].

Como ha señalado Casado, ambas medidas "no aíslan un número de puestos que solo pueden ocupar las personas de un grupo concreto". Por tanto, no excluyen "las competiciones selectivas entre los miembros de distintos grupos, sino que simplemente favorecen la presencia de un determinado grupo social. Las mismas pueden consistir en un mérito o muestra de capacidad en un procedimiento selectivo o simplemente en un criterio de desempate"[82].

Finalmente, conviene destacar la introducción en los procedimientos de acreditación –proceso por el cual se certifican los méritos y competencias de doctores para que puedan acceder a plazas docentes y de investigación en universidades públicas y privadas–, de nuevas reglas o nuevos criterios que permiten que determinadas situaciones, que afectan mayormente a la mujer, aunque también al hombre –permisos de maternidad, permisos por riesgo de embarazo o lactancia, pero también para el cuidado de hijos o dependientes, bajas por enfermedad, etc.–, que pueden impedir a los solicitantes progresar en su carrera académica, al frenar notablemente su actividad investigadora o su movilidad, sean tenidas en cuenta y valoradas por los comités de valoración de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA)[83]. En el terreno

---

81 Artículo 33.3 del Real Decreto 678/2023, de 18 de julio, por el que se regula la acreditación estatal para el acceso a los cuerpos docentes universitarios y el régimen de los concursos de acceso a plazas de dichos cuerpos.

82 *Acción…*, *op. cit*., pp. 260 y 261.

83 Resolución de la directora de la ANECA, de 28 de febrero de 2024, por la que se hacen públicos los criterios para que garantizar la igualdad, la conciliación y la inclusión sean efectivas

de la investigación, resulta interesante la adopción de medidas para la incorporación de la perspectiva de género en los proyectos de investigación, el fomento de la paridad en la composición de los equipos científicos y de las mujeres como investigadoras principales.

En cuanto al personal docente e investigador de la universidad a tiempo parcial, la STS de 29 de mayo de 2025[84] estima el recurso que presentó CC. OO., avalando el derecho del PDI a tiempo parcial a percibir el complemento de investigación en caso de evaluación positiva de la ANECA. El fallo anula el artículo 5.2 del Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, sobre retribuciones del profesorado universitario, que excluía que este personal pudiera percibir el complemento salarial vinculado a la evaluación positiva de la actividad investigadora. Considera el alto Tribunal que entenderlo así vulnera el artículo 14 de la CE.

b) Judicatura

Según los datos recogidos por el Servicio de Estadística del Consejo General del Poder Judicial de 1 de enero de 2024"[85], en dicha fecha, la carrera judicial estaba integrada por 5.416 jueces/zas y magistrados/as, de los que 3.101 son mujeres. Es decir, las mujeres representan el 57,2 % de la carrera judicial y el 62% de los jueces menores de 51 años.

Estas cifras se deben al sistema de acceso, que es por oposición.

Sin embargo, y pese a esta "feminización" de la judicatura, si bien las juezas siguen siendo mayoría en los órganos unipersonales –con la excepción de los Juzgados de lo Mercantil y de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, donde representan el 44,2% y el 49,8% de sus titulares, respectivamente–, su presencia sigue siendo minoritaria en los órganos colegiados: en la Audiencia Nacional es del 43,1%; 41,3% en los Tribunales Superiores de Justicia, y 44% en las Audiencias Provinciales. En el Tribunal Supremo, el porcentaje de juezas es del 21,1%.

---

en las evaluaciones del profesorado universitario y del personal investigador.

84 Sentencia número 664/2025, rec. cas. 906/2023. Pte: María del Pilar Teso Gamella.

85 *Vid*. la Memoria anual del CGPJ correspondiente a 2024 (disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2025-correspondiente-al-ejercicio-2024), así como el Informe "Estructura demográfica de la Carrera Judicial (disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Estructura-demografica-de-la-Carrera-Judicial/).

En julio de 2025, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) informó de que, en el primer año de su octavo mandato, la cifra de magistradas en el alto tribunal ha pasado de 10 a 22; la de presidentas de Tribunales Superiores de Justicia, de 2 a 4 (Extremadura, Cataluña, Castilla-La Mancha y Castilla y León), y la de presidentas de Audiencias Provinciales, de 8 a 16.

En la actualidad, la presidencia del alto Tribunal y del Consejo General del Poder Judicial la ostenta, desde 2024, la magistrada María Isabel Perelló Doménech. María Luisa Segoviano fue la primera mujer en presidir una Sala, la Cuarta (Social) en 2020, que hoy preside la magistrada Concepción Ureste García.

Pese al optimismo que pretende reflejar el CGPJ con estos datos relativos a la presencia de la mujer en los puestos de responsabilidad de la carrera judicial, lo cierto es que los mismos distan mucho de lograr una representación equilibrada de mujeres y hombres[86], lo cual es una situación grave si se tiene en cuenta que los altos cargos en la carrera judicial se designan por este órgano de gobierno de los jueces, con un control último judicial que, sin embargo, no ha servido para hacer valer el principio asentado por el TJUE de la preferencia de la mujer sobre el hombre en caso de identidad o equivalencia de méritos[87].

Y como parece que la situación no se ataja con el transcurso del tiempo (ya más de 45 años desde que la mujer puede acceder a la magistratura), ni con el recurso de la menor antigüedad de la mujer en la carrera judicial[88], ni con la aplicación del principio de representación equilibrada previsto en la LOI –el cual el CGPJ ha entendido hasta ahora excluido, aunque no sabemos cómo inter-

---

86 *Vid*. el artículo publicado por la profesora Carmen Plaza Martín en 2021, que refleja que, pese a las importantes medidas introducidas por el Derecho en este último lustro para lograr la paridad, el escenario de la desigualdad apenas ha experimentados variaciones ("Grietas en el techo de cristal: instrumentos jurídicos para promover el equilibrio entre mujeres y hombres en los puestos de responsabilidad", *Revista General de Derecho Administrativo*, 58, 2021).

87 *Vid*. a este respecto la STS 1033/2016 resolutoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por una candidata a presidir la Sala del TSJ de la Región de Murcia frente al nombramiento realizado a favor del candidato masculino, quien finalmente resultó elegido pese a tener ella mayores méritos. La Sala entendió que resultó omitido el requisito formal de la motivación. En ejecución de dicho fallo, el CGPJ reiteró la validez del nombramiento del magistrado varón, resolviéndose definitivamente la cuestión por la STS 1136/2017, de 27 de junio (rec. 4942/2016), a favor de este.

88 La antigüedad de las mujeres en la carrera judicial es casi pareja a la de los hombres: 18,7% frente a 22,6%, según los datos del CGPJ 2020.

pretará esta misma cláusula insertada ahora en la LORP[89]–. Por consiguiente, será necesario establecer otro tipo de acciones que, al igual que en el caso de la universidad pública, pasen no tanto por la ampliación de las medidas de conciliación de la vida familiar y profesional (permisos y licencias no retribuidas) que, aunque importantísimas, no evitan la paralización o el freno en el ascenso y promoción de quienes se acogen a las mismas (normalmente las mujeres), sino por considerar otras opciones, como las desarrolladas al respecto por Ferrero García, como pudieran ser reducir la carga de trabajo en la carrera judicial, en consonancia con la Estrategia de la Unión Europea para la Igualdad de Género 2020-2025, posibilitar que las horas de audiencia pública puedan acumularse por la persona beneficiaria en jornadas completas, de manera que pueda ausentarse del órgano durante las mismas, introducir medidas de flexibilización de los horarios de permanencia en sede judicial o valorar como un mérito del candidato del tiempo dedicado a la atención y al cuidado de los hijos y dependientes[90].

Otras medidas que incorporan cuotas o reservas de plaza, como las destinadas a la provisión de las presidencias de las Salas del Tribunal Supremo, han sido más cuestionadas por la doctrina, pero la admiten con la cautela de que la utilización del criterio de la presencia femenina no impida, *per se*, la aplicación de los requisitos de mérito y capacidad de todos los candidatos[91].

3. CONCLUSIONES

En definitiva, a pesar de las medidas que ha venido incorporando nuestro Derecho para combatir la desigualdad y la posición de desequilibrio de las mujeres en el desempeño de su actividad laboral en el ámbito del sector público, que se expresan en una abundante normativa, una cada vez más asentada jurispru-

---

89 El argumento esgrimido por el CGPJ para entender que la LOI no le era de aplicación en esta materia es que la norma no cita expresamente a los "poderes públicos" entre los sujetos obligados a su cumplimiento. Por otro lado, las mujeres terminan por no presentar solicitudes a los nombramientos discrecionales (solo las instan un 27,3%) porque la realidad revela que solo un 36% consigue ser nombradas, razón de desincentiva su participación (datos de la Comisión de Igualdad del CGPJ de 2021).

90 Ferrero García, E.: "El techo de cristal de las mujeres en la judicatura: la necesaria incorporación de la composición equilibrada en los nombramientos discrecionales del poder judicial", *IgualdadES*, 10, 2024, pp. 204 y 213.

91 Velasco Caballero, F.: "Presidencias ...", *op. cit.*

dencia, una avanzada doctrina constitucional y numerosos textos programáticos, los datos demuestran que, transcurridos ya más de cuarenta y cinco años desde que nuestra Constitución proclamó la igualdad de todos los ciudadanos, para las mujeres este es un reconocimiento más jurídico-formal que material, subsistiendo todavía numerosos escollos para alcanzar su plenitud.

Los problemas más acuciantes a los que se enfrenta la igualdad de género en el ámbito que nos ha ocupado y que hemos puesto de manifiesto a lo largo de este estudio, son fundamentalmente los siguientes: la escasa participación de las mujeres en el diseño y elaboración de las normas y políticas públicas, y la consecuente falta de integración de la perspectiva de género en las mismas; la insuficiente presencia de las mujeres en los puestos de dirección y responsabilidad de las Administraciones públicas (*techo de cristal* o *discriminación vertical*); las dificultades para las mujeres de conciliar la vida privada y laboral y el no reconocimiento del tiempo dedicado a los cuidados de hijos y dependiente para la promoción y consolidación de su carrera profesional; las altas tasas de interinidad en el empleo femenino del sector público, y las consiguientes brechas salariales y de pensiones que esta situación provoca, etc.

Superar estas desigualdades, discriminaciones y brechas de género requiere, a nuestro juicio, de soluciones más eficaces que las hasta ahora implantadas y de medidas de acción más precisas entre las que se pueden considerar, con las debidas cautelas jurídicas, las acciones de *discriminación positiva*, algunas de las cuales están empezando a dar sus frutos.

Pero los mandatos de carácter estrictamente jurídico no podrán nunca alcanzar su objetivo si no van a acompañadas de otras actuaciones de carácter institucional y social.

En el primer sentido, el refuerzo de las instituciones y el fortalecimiento de la estabilidad del Estado y de los poderes públicos constituyen elementos imprescindibles para el logro de esta finalidad, como recientemente ha puesto de manifiesto el Informe del Instituto Europeo de la Igualdad (EIGE), de 9 de julio de 2025, que demuestra que "los países con marcos institucionales más sóli-

dos obtienen consistentemente mejores resultados en el Índice de Igualdad de Género (EIGE)"[92].

Asimismo, es necesaria una mayor concienciación de la sociedad sobre la discriminación sistemática que sufren las mujeres en todos los órdenes de la vida, de forma particular sobre la triste lacra de la violencia de género y el acoso ejercido sobre las mismas, en relación con los cuales existe ya un relativamente amplio consenso, pero sin olvidar estos otros ámbitos, como el que aquí se ha analizado, donde la desigualdad está más oculta, camuflada en criterios aparentemente neutros.

Además de las consideraciones advertidas acerca del empleo público, no puedo dejar de referirme a otro importante problema que en relación al género está planteando la utilización de herramientas informáticas, algoritmos o inteligencia artificial para la adopción de resoluciones administrativas.

Dos recientes ejemplos nos ilustran sobre el deficiente funcionamiento de estos sistemas de automatización en algunos casos, y su particular afección a la mujer:

El primero, el sistema VioGén, utilizado para evaluar el grado de riesgo en el que se encuentra una víctima de violencia de género para, en función del mismo, asignarle la debida protección policial. Pues bien, los datos demuestran que la herramienta no es capaz de detectar los riesgos más graves y que muchas de las mujeres asesinadas a manos de sus parejas o exparejas no contaban con dichas medidas de seguridad. Hasta tal punto es así, que el Gobierno ha decidido modificar la aplicación para mejorarla, creando, en enero de 2025, el nuevo sistema VioGén2[93].

El segundo es el relativo al sistema BOSCO que es una aplicación instrumental para que las empresas comercializadoras de energía eléctrica puedan comprobar si el consumidor cumple con los requisitos previstos legal y reglamentariamente para tener la consideración de consumidor vulnerable y obtener, por tanto, el bono social eléctrico.

---

92 EIGE (2025), Índice de Igualdad de Género 2025, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo. Disponible en: https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2025/ES.

93 *Vid*. mi análisis sobre este sistema en "Sistema VioGén: fallos y algunas propuestas de mejora", *El Derecho Administrativo en la era de la inteligencia artificial: Actas del XVIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Vigo 25 a 27 de enero de 2024 (coord. por Patricia Valcárcel Fernández, Francisco Lorenzo Hernández González), 2025, pp. 119-129.

La fundación ciudadana CIVIO había solicitado, sin éxito, el acceso al código fuente del algoritmo tras comprobar que el sistema informático rechazaba solitudes de acogerse al bono social eléctrico de personas que cumplían todas las exigencias necesarias para ser declaradas consumidores vulnerables. Recordemos que las mayores beneficiarias de este bono son mujeres[94], quienes son precisamente las que más dificultades tienen para acceder a las herramientas digitales por la brecha digital que en muchos casos sufren[95].

Acceder al mecanismo de funcionamiento de estos algoritmos o de los sistemas de inteligencia artificial que coadyuban a la Administración pública en la adopción de sus resoluciones es clave para poder detectar si los mismos incurren en sesgos, como el de género, y, en su caso, adoptar las medidas necesarias para evitarlos. Celebramos en este sentido la reciente decisión del TS que ha obligado a la Administración a permitir a la fundación CIVIO el acceso al código fuente de esta aplicación informática[96].

Igualmente interesante me resulta, para el fomento del empleo público (y del privado), seguir insistiendo y mejorando las reglas que permiten la incorporación de la perspectiva y condiciones de género en la contratación pública, de tal forma que en los contratos que suscriba el sector público pueda exigirse a las empresas licitadoras el cumplimiento de determinadas exigencias en favor de la igualdad de género, tal y como permite su ley reguladora (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público).

---

94 Según datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, las mujeres constituyen el 70% de los titulares de esta prestación, ya que son las que cumplen mayoritariamente dos de los requisitos necesarios para cobrarlo: tener una renta inferior a 8.106 euros (valor para 2022) o ser pensionistas con la cuantía mínima vigente y no percibir otros ingresos de más de 500 euros anuales.

95 *Vid*. al respecto la obra de Beltrán Castellanos, J. M.: *La brecha digital en las relaciones de la ciudadanía con las administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

96 STS 1119/2025, de 11 de septiembre, rec. cas. 7878/2024. Pte: Juan Pedro Quintana Carretero. El fallo ha sido comentado, entre otros, por Juli Ponce: "La sentencia 'Bosco': un punto –importante– y seguido", *Almacén de Derecho*, Sep 27, 2025 (disponible en: https://almacendederecho.org/la-sentencia-bosco-un-punto-importante-y-seguido).

Capítulo 9
SALUD Y GÉNERO. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA CORPOREIDAD SOCIO-SEXUAL Y SU IMPACTO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES

María Concepción Torres Díaz[1]
Profesora (acred. Titular) de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante
https://orcid.org/0000-0002-3683-3990

1. INTRODUCCIÓN

El 7 de enero de 2026 diversos medios se hacían eco de una pionera y relevante sentencia procedente del Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Barcelona (Sentencia 424/2025, de 11 de diciembre de 2025. Proc. 872/2023) bajo titulares como el que sigue: "Una jueza invalida la prueba biomecánica en un siniestro de tráfico porque no tiene en cuenta la anatomía de las mujeres" (*Diario Público*, 7 enero 2026)[2]. La noticia destaca las consecuencias jurídicas (nulidad) de la no implementación de la perspectiva sexo-género[3] a la hora de

[1] Esta investigación se ha desarrollado bajo los auspicios del proyecto "Desafíos actuales para los derechos fundamentales y nuevos retos de las políticas públicas: gobernanza democrática, brechas de la desigualdad e inteligencia artificial", financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Convocatoria: Proyectos de Generación de Conocimiento 2023.

[2] *Diario Público*, 7 de enero de 2026: "Una jueza invalida la prueba biomecánica en un siniestro de tráfico porque no tiene en cuenta la anatomía de las mujeres". Artículo en línea. Recuperado de: https://www.publico.es/politica/tribunales/jueza-invalida-prueba-biomecanica-siniestro-trafico-cuenta-anatomia-mujeres.html (fecha de consulta 16/01/2026).

[3] Si bien la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, así como el resto del bloque normativo referenciado, emplean de forma unívoca el término "perspectiva de género", la presente investigación adopta la expresión analítica de "perspectiva sexo-género". Esta elección terminológica responde a un criterio de rigor metodológico, por cuanto se estima que dicha fórmula ofrece una mayor adecuación a las variables objeto de estudio. En este sentido, la dualidad sexo-género

realizar el informe pericial biomecánico calificando dicha ausencia como contraria a la normativa en materia de igualdad y, por tanto, discriminatoria por razón de sexo. La lectura del FJ 5.º se hace imprescindible en la medida en que se tiene en cuenta la relevancia jurídica del sexo biológico de la víctima (mujer) a la hora de establecer el nexo causal en una colisión (accidente de tráfico) de baja intensidad. Se significa textualmente:

> "Pues bien, del examen de la precitada prueba biomecánica se observa que si bien se tienen en cuenta los daños materiales de los vehículos y las características de los mismos así como sus sistemas de seguridad (...), no se tienen en cuenta las características individuales de la conductora lesionada ni el hecho de que se trate de una mujer pretendiéndose además equiparar aceleraciones de actividades cotidianas a biomecánica lesional a pesar de que de dichas actividades no se deriva equivalencia en el riesgo de lesión".

Continua el FJ 5.º en los siguientes términos:

> "La pericial, que utiliza modelos virtuales de ocupante, integrados en el software MADYMO, no especifica el tipo exacto de dummy (...) sin que haya referencia a dummies femeninos o masculinos concretos; los resultados de aceleración y delta-V se obtienen de simulación matemática, no de pruebas físicas".

A continuación, la sentencia mentada reprocha específicamente la ausencia de la integración de la perspectiva sexo-género en el informe pericial. Precisa –y esto es importante– lo siguiente:

> "Integración con perspectiva de género. La parte actora ha puesto de manifiesto que los modelos utilizados en las pruebas biomecánicas son generalmente hombres, así la literatura científica muestra que las pruebas de choque tradicionalmente han utilizado como referencia el dummy (maniquíes de pruebas de choque) masculino del percentil 50 (Hybrid III) como principal dispositivo en los ensayos de impacto frontal, lo que evidencia un sesgo histórico hacia la morfología masculina (...); además estudios biomecánicos indican que las mujeres presentan mayor flexibilidad cervical y una cinemática distinta bajo carga en comparación con los hombres (...) y que además tienen un riesgo superior de sufrir determinadas lesiones en choques de severidad similar (...), razón por la que los modelos de dummies femeninos que se basan únicamente en escalas

---

permite capturar con mayor precisión el impacto diferencial de la norma, integrando tanto los condicionantes biológicos como las construcciones socioculturales subyacentes.

> reducidas de la geometría masculina no representan adecuadamente la antropometría femenina (...), lo que puede conducir a subestimar lesiones, secuelas y riesgos reales en mujeres" (FJ 5.º).

La sentencia se hace eco del fundamento constitucional de la perspectiva sexo-género, así como su reconocimiento a nivel internacional: Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979)[4] y Recomendación General núm. 24 del Comité de la CEDAW, relativa al acceso a la salud (1999)[5]. Desde este prisma de análisis, la sentencia colige que: "(...) la valoración jurídica de informes periciales, biomecánicos o médicos no puede basarse en estándares diseñados sobre el "varón medio" si la lesionada es una mujer, pues ello supondría introducir un sesgo estructural contrario al mandato de igualdad" (FJ 4). A mayor abundamiento, determina que, si la valoración mecánica del accidente y del daño corporal no se realiza con parámetros científicos adecuados a la realidad anatómica, fisiológica y biomecánica de la lesionada se estará ante una discriminación indirecta[6] por razón de sexo, con riesgo del menoscabo del derecho a la salud, integridad física e igualdad efectiva de la víctima mujer.

La resolución objeto de examen ofrece el marco analítico idóneo para profundizar en la transcendencia jurídica de la corporeidad y dimensión sociosexual de la mujer como eje vertebrador del derecho a la salud. Este análisis exige, necesariamente, la integración de la perspectiva sexo-género como herramienta

---

4 Consúltese el Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. Recuperado de: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-6749 (fecha de consulta: 22/01/2026).

5 Consúltese CEDAW Recom. General 24 (GENERAL COMMENTS). RECOMENDACIÓN GENERAL Núm. 24. La mujer y la salud: 02/02/1999 (Office of the High Commissioner for Human Rights). Recuperado de: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf (fecha de consulta: 22/01/2026).

6 Sobre la delimitación normativa de la discriminación indirecta por razón de sexo, consúltese el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. En la misma línea téngase en cuenta la redacción dada al artículo 6.1.b) de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. En líneas generales sendos preceptos convergen en conceptuar la discriminación indirecta como la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro.

metodológica, permitiendo una revisión crítica del modo en que el ordenamiento jurídico ha aprehendido la realidad biológica femenina y su construcción social.

Dicha categorización resulta determinante al delimitar el binomio "Salud y Género"[7], centrando el estudio en la salud sexual y salud reproductiva en estrecha vinculación con el reconocimiento jurídico de la materialidad física y social de las mujeres. Desde una vertiente estrictamente normativa, este enfoque se traduce en la identificación, delimitación y régimen jurídico de ejercicio de los derechos específicos en esta materia.

Como exponente máximo de la evolución doctrinal, destaca la STC 44/2023, de 9 de mayo [BOE-A-2023-13955] en donde el máximo intérprete constitucional ratifica la constitucionalidad de la autonomía corporal de las mujeres en el ámbito de la interrupción voluntaria del embarazo en base a los siguientes *ítems:*

1) Sustento normativo-constitucional. El derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE), interpretado sistemáticamente con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).
2) Contenido esencial. Se garantiza a la mujer un ámbito de libertad razonable para adoptar, de forma autónoma y sin coacciones, la decisión sobre la continuidad o no de la gestación.
3) Responsabilidad jurídica. El ejercicio de esta facultad implica una decisión consciente y meditada, asumiendo la titular las consecuencias derivadas de su autodeterminación.

Téngase en cuenta las palabras textuales del Tribunal Constitucional cuando señala que el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo se enmarca en el derecho fundamental a la integridad física y moral, en conexión con la dignidad humana y, en tal sentido, ampara: "(...) el reconocimiento a la mujer de un ámbito de libertad razonable en que poder adoptar, de forma autónoma y sin coerción de ningún tipo, la decisión que considere más adecuada en cuanto a la

---

[7] Sobre "Salud y Género" consúltese –por su interés– la web institucional del Ministerio de Sanidad en donde se encuentra el Observatorio de la Salud de las Mujeres de la Dirección General de Salud Pública. Resulta significativo –al objeto de la presente investigación– referenciar los ejes de actuación del Observatorio, a saber: investigación, formación, violencia contra las mujeres, salud sexual y reproductiva, y políticas de género. Recuperado de: https://www.sanidad.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/equidad/saludGenero/home.html (fecha de consulta: 15/01/2026).

continuación o no de la gestación, asumiendo las consecuencias derivadas de una u otra decisión de forma consciente y meditada" (FJ 3). Repárese los términos del aval constitucional español cuando alude a "libertad razonable" (Torres, 2023[8]) y no a "libertad garantizada" como en la cláusula incorporada en la Constitución de Francia en su reforma de 2024 (Rubio, 2024[9]). Libertad que como valor superior del ordenamiento jurídico lleva de suyo: "(...) el reconocimiento (...) de la autonomía del individuo para elegir las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias".

El pronunciamiento del constitucional español resulta clave desde el punto de vista del reconocimiento constitucional de la subjetividad jurídica y política de las mujeres en su realidad corpórea y socio-sexual. De ahí la relevancia jurídica del sexo como categoría de análisis, pero también como realidad biológica a la hora del reconocimiento constitucional de los derechos sexuales y derechos reproductivos. Repárese en la confusión jurídica a la hora de utilizar "sexo" y "género" en normas, documentos administrativos y a nivel jurisprudencial. Prueba de ello se encuentra en la STC 67/2022[10], de 2 de junio, en donde el

---

8 Torres Díaz, M. C.: "Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo. Sobre el derecho a la autodeterminación de las mujeres en el ámbito sexual y reproductivo". *AIS: Ars Iuris Salmanticensis, 11(2)*, 2023, pp. 252-256. Ediciones Universidad de Salamanca.

9 Rubio, R.: "Liberté, egalité et sororité: aborto y democracia". En *Diario Prensa Digital: elPaís.com*. Artículo en línea, 2024. Recuperado de: https://elpais.com/opinion/2024-03-11/liberte-egalite-et-sororite-aborto-y-democracia.html (fecha de consulta: 21/12/2025).

10 Consúltese el FJ 2 de la STC 67/2022, de 2 de junio. El máximo intérprete constitucional reconoce la ausencia de la construcción jurídica específica sobre las nociones de sexo y género, observando una práctica en la que se han venido utilizando indistintamente uno u otro término sin dotarlos de un contenido específico, "(...) teniéndoles por sinónimo, como por otro lado, ha venido haciendo tanto el legislador estatal, como el legislador autonómico, en la normativa sobre igualdad entre hombres y mujeres desarrollada (...)". Es más, el Tribunal Constitucional reconoce una "tradicional intercambiabilidad de los términos" con cita de su STC 159/2016, de 22 de septiembre. En este contexto, surge la necesidad de precisar la definición – en sede constitucional – de los conceptos "sexo" y "género", dado el desarrollo de la normativa sobre igualdad de trato, la evolución de la teoría sobre igualdad de mujeres y hombres, y sobre las discriminaciones interseccionales, sin olvidar el reconocimiento de los derechos al desarrollo de la propia orientación e identidad sexual como dimensión del pleno desarrollo de la personalidad. El Tribunal Constitucional reconoce "ausencia de claridad terminológica" evidenciándose en escritos procesales y en resoluciones judiciales en instancia, lo que puede afectar a la hora de identificar ante qué tipo de discriminación se está: discriminación sexual, por razón de género, por orientación sexual, etc. Desde este prisma de análisis, el máximo intérprete constitucional señala lo siguiente (FJ 2): "El sexo, que permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales, viene dado por

máximo intérprete constitucional intenta delimitar sendos términos en tanto que categorías jurídicas analíticas. Más reciente en el tiempo, a nivel internacional, léase la *Judgment for Women Scotland Ltd (Appellant) v. The Scottish Ministers (Respndent)*[11], de 16 de April 2025 (Supreme Court of the United Kingdom). La sentencia delimita los términos hombre y mujer de la *Equality Act* (2010). La Corte determinó que los términos hombre y mujer de la ley de igualdad están estrechamente ligados al sexo biológico y no al género ni a la identidad de género. Conviene precisar que la delimitación jurisprudencial de sendos términos no resta valor ni invalida jurídicamente el reconocimiento de los derechos de las personas *trans* reconocidos en la *Gender Recognition Act or discrimination*, ni las protecciones específicas para evitar situaciones de discriminación por orientación e identidad sexual.

Expuesto lo anterior, el estudio analiza el actual paradigma de la salud sexual y salud reproductiva en España tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero y su reciente validación constitucional. Mediante la categorización "corporeidad socio-sexual" de la mujer se examina cómo el ordenamiento jurídico

---

una serie compleja de características morfológicas, hormonales y genéticas, a las que se asocian determinadas características y potencialidades físicas que nos definen. Características como, por ejemplo (...) los genitales internos y externos, la estructura hormonal y la estructura cromosómica (características primarias) o la masa muscular, la distribución del vello y la estatura (características secundarias)". En lo que atañe al género el máximo intérprete constitucional precisa: "(...) aunque el género se conecta a las realidades o características biológicas, no se identifica plenamente con estas, sino que define la identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u otro género". El máximo intérprete constitucional deja claro que "sexo" se vincula por la concurrencia de una serie de caracteres físicos objetivamente identificables y medibles. En cambio, los caracteres asociados al término "género" son relativos y coyunturales y pueden variar de una sociedad a otra y de uno a otro tiempo histórico. Sobre esta última precisión en cuanto al género por parte del Tribunal Constitucional se echa en falta una mayor concreción a la hora de identificar el "género" como elemento clave para identificar estructuras de poder socio-sexual. En cualquier caso, la sentencia clarifica que sexo y género no son mutuamente excluyentes, pero tampoco son sinónimos, de tal modo que "(...) su traslación al ámbito jurídico exige asumir la diferencia existente entre ambos para evaluar las consecuencias normativas de tal distinción y asegurar el adecuado respeto a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE)".

[11] Puede consultarse el pronunciamiento judicial de la Supreme Court of the United Kingdom en la siguiente dirección url. Recuperado de: https://supremecourt.uk/cases/uksc-2024-0042 (fecha de consulta: 20/01/2026).

actual parece transitar desde un modelo de tutela sobre la capacidad decisoria en el ámbito reproductivo y sexual de las mujeres[12] hacia otro que reconoce –no sin reticencias y riesgos de involución[13]– plena autonomía de decisión a las mujeres en un marco de "libertad razonable"[14] a nivel sexual y reproductivo. El estudio

---

12 Sobre la tutela estatal en la capacidad decisoria de las mujeres en el ámbito reproductivo y sexual, consúltense, entre otras, las SSTC 66/2022, de 2 de junio; y la 11/2023, de 23 de febrero. En ambas sentencias se produce el ingreso involuntario de las recurrentes en amparo y se las interviene sin tener en cuenta su decisión y voluntad a la hora de determinar sus preferencias para dar a luz. Se socava, por tanto, la autodeterminación de la mujer gestante que debe abarcar no solo el derecho a decidir si ser madre o no, sino también las condiciones del embarazo y parto. En sendas sentencias se rechaza el amparo solicitado por las recurrentes, siendo clave el voto particular de la magistrada Balaguer en tanto en cuanto pone en valor la mirada iusfeminista en la interpretación del derecho al propio cuerpo de las mujeres. La magistrada Balaguer, con una claridad palmaria, señala que la STC 66/2022 ha sentado unos criterios muy claros en relación con el embarazo y el parto, en la medida en que están inexorablemente vinculados a la vida privada de la mujer y al derecho a su intimidad personal (art. 18.1 CE), y a su integridad física (art. 15 CE), en "ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida" (FJ 4). Esta manifestación se pone en valor a la hora de determinar la afectación a los derechos citados cuando se impone a una persona –mujer gestante en este caso– una asistencia médica contra su voluntad. Abunda la magistrada en la necesidad de reforzar la protección en el ámbito de la autonomía reproductiva de las mujeres por la especial significación de las decisiones. Precisa textualmente: "La protección de ese ámbito de autonomía tiene una significación esencial en la medida en que el embarazo y la maternidad son hechos que van a afectar profundamente a la vida de la mujer. Debe destacarse, por ello, (...) el derecho a la libertad, a la intimidad y a la autonomía personal que implica todo el proceso de la maternidad y que supone no solo la libre decisión de ser madre, sino también la facultad de tomar todas las decisiones sobre su propio cuerpo durante la gestación, comprendida la referida a las opciones clínicas disponibles, una vez haya recibido la información adecuada, incluyendo las atinentes al parto, en cuanto momento en el que culmina la decisión de ser madre, adoptada por propia voluntad".

13 Sobre los riesgos de involución en esta materia, véase Torres Díaz, M. C.: "¿Discrimina la decisión del Supremo americano –caso Dobbs vs. Jackson Women´s Health Organization– a las mujeres?". Columna en línea: *IberICONnet. El Blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional en español*, 2022. Fecha de publicación: 28/07/2022. Recuperado de: https://www.ibericonnect.blog/2022/06/discrimina-la-decision-del-supremo-americano-caso-dobbs-vs-jackson-womens-health-organization-a-las-mujeres/ (fecha de consulta: 14/01/2026).

14 Sobre la expresión "libertad razonable" resulta interesante contraponerla a los términos del reconocimiento francés del derecho a decidir de las mujeres en el ámbito reproductivo bajo la expresión "libertad garantizada" y, por tanto, condicionante democrático, véase Torres Díaz, M. C.: "Je veux être française. O, sobre las mujeres ante la reciente reforma constitucional francesa". Columna en línea: *IberICONnet. El Blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional en español.* Fecha de publicación: 06/05/2024. Recuperado de: https://www.ibericonnect.blog/2024/05/je-veux-etre-francaise-o-sobre-las-mujeres-ante-la-reciente-reforma-constitucional-francesa/ (fecha de consulta: 15/01/2026).

analiza dos focos de tensión en la actual dogmática constitucional española: en primer lugar, la viabilidad y las implicaciones jurídicas de la propuesta de reforma del artículo 43 de la CE, orientada a otorgar una protección reforzada constitucional explícita al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. En segundo lugar, se referencia la colisión de derechos fundamentales derivada de la obligatoriedad legal de los registros de profesionales sanitarios objetores de conciencia.

Resulta ineludible señalar que el debate jurídico derivado de los conflictos de intereses expuestos no puede desvincularse del marco analítico de la perspectiva sexo-género. Este enfoque no constituye una opción interpretativa meramente discrecional, sino una exigencia metodológica basada en el análisis de impacto diferencial. En este sentido, las decisiones administrativas y resoluciones judiciales que omiten esta metodología eluden el hecho de que sus consecuencias no operan de forma neutra cuando el sujeto destinatario es la mujer.

Un supuesto paradigmático se halla en el ejercicio de la objeción de conciencia sanitaria respecto a la interrupción voluntaria del embarazo (ya citado). Una interpretación pretendidamente aséptica de esta institución jurídica puede encubrir, en la práctica, una barrera institucional de género de carácter discriminatorio por razón de sexo, al menoscabar la autonomía corporal de las mujeres. Bajo este prisma, la configuración de los registros de profesionales objetores adquiere unas características específicas, a saber:

1) No deben ser calificados como medidas de carácter punitivo o restrictivo del derecho a la libertad ideológica (naturaleza jurídica).
2) Se constituyen como instrumentos de planificación y gestión sanitaria, orientados a garantizar la eficacia del servicio público (finalidad administrativa).
3) Su objetivo es asegurar que la calidad, el acceso y la continuidad en la prestación asistencial no venga condicionada por el sexo, evitando así la consolidación de desigualdades estructurales en el sistema de salud (garantía de equidad).

2. MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

El marco teórico de la presente investigación se asienta sobre el concepto de "corporeidad socio-sexual". Categoría que trasciende la visión puramente biomédica para situar el cuerpo de las mujeres como territorio de derechos y autonomía política en el ámbito sexual y reproductivo. Este enfoque encuentra su anclaje internacional en la Recomendación General núm. 24 del Comité de la CEDAW.

Texto que ayuda a interpretar el artículo 12 de la CEDAW, recordando a los Estados el deber de eliminar las barreras estructurales que impiden a las mujeres el control sobre su salud sexual y salud reproductiva. Desde este prisma de análisis se hace necesario reflexionar críticamente sobre el impacto en la vida de las mujeres de los obstáculos a nivel administrativo o legal sucintamente apuntados. Repárese en el riesgo de vulneración real de derechos como la integridad física y moral (art. 15 CE), y la quiebra del principio de igualdad sustantiva y real (art. 9.2 CE).

Expuesto lo anterior, a nivel conceptual resulta imperativo determinar cuál ha sido la evolución de los derechos sexuales y derechos reproductivos en una retrospectiva histórica. En este sentido cabe reseñar que fue en la Conferencia de Población y Desarrollo de El Cairo (1994)[15] cuando se empieza a hablar de salud sexual y salud reproductiva. Esta Conferencia supuso un antes y un después para el reconocimiento –con ciertos límites– de la corporeidad socio-sexual de las mujeres en el ámbito sexual y reproductivo en la medida en que se abandona la expresión "salud materna e infantil". Expresión, esta última, utilizada desde 1948 al reconocerse una especial protección a la maternidad en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Posteriormente, en 1952, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprueba el Convenio núm. 103 relativo a la protección de la maternidad[16], actualizado en el año 2000 (Convenio núm. 183 sobre Protección de la Maternidad habiendo sido objeto de ratificación recientemente por España[17]). Por su parte, en 1978, en la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud de Alma Ata[18], se consigue una de las declaraciones históricas más importantes por parte de los movimientos de mujeres y feministas. Por primera vez se habla de planificación familiar, erigiéndose en un

---

15 Puede ampliarse información en la siguiente dirección url. Recuperado de: https://www.un.org/es/conferences/population/cairo1994 (fecha de consulta: 23/01/2026).

16 Puede ampliarse información en la siguiente dirección url. Recuperado de: https://www.whatconvention.org/es/convention/244 (fecha de consulta: 23/01/2026).

17 Sobre el Convenio núm. 183, sobre la Protección de la maternidad (OIT), conviene significar que ha sido recientemente ratificado por el estado español, habiéndose depositado el instrumento de ratificación el 11 de diciembre de 2025. Se trata de un acuerdo internacional clave para garantizar los derechos laborales vinculados a la maternidad, igualdad de mujeres y hombres y conciliación de la vida laboral y familiar.

18 Puede ampliarse información en la siguiente dirección url. Recuperado de: https://www3.paho.org/hq/dmdocuments/2012/Alma-Ata-1978Declaracion.pdf (fecha de consulta: 22/01/2026).

mínimo para la salud materna e infantil. En 1979, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), se insiste en el asesoramiento sobre la planificación familiar. Significativo –en este sentido– resulta la dicción literal del artículo 12.1 cuando dispone:

> "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia".

Avanzando en el tiempo, y tras el cambio conceptual que significó la Conferencia de El Cairo en 1994, se llega a la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de la ONU (Beijing, 1995) en donde se despejan todas las dudas y se habla abiertamente de los derechos de las mujeres en materia sexual y reproductiva, reforzándose –de esta forma– la expresión salud sexual y salud reproductiva. En ese mismo año, la Plataforma de Acción de Beijing precisa lo siguiente:

> "(...) los derechos humanos de las mujeres, incluyen su derecho a ejercer el control y decidir libre y responsablemente sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, libres de coerción, discriminación y violencia".

Además, se reconoce que la capacidad de las mujeres para controlar su fecundidad constituye la base fundamental para el disfrute de otros derechos.

En 1999 en El Cairo+5 se revisan los acuerdos adoptados en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994 dejando al descubierto los riesgos existentes en materia sexual y reproductiva. En el año 2000 se celebra la Cumbre del Milenio cuyos ejes prioritarios fueron la reducción de la mortalidad materna, el avance hacia la igualdad y el empoderamiento de las mujeres en el ámbito sexual y reproductivo. En 2005 se celebra Beijing+10 poniendo el acento en la falta de derechos en materia sexual y reproductiva, en los altos índices de violencia contra las mujeres en todo el mundo y en la mayor incidencia del VIH/SIDA entre las mujeres.

En 2014 se aprueba la Declaración Conjunta sobre derechos sexuales y reproductivos adoptada en la 57.ª Sesión del Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en donde se insta a los Estados a que adopten medidas para asegurar el total respeto, protección y cumplimiento de los derechos sexuales y reproductivos.

Se detectan notables deficiencias que dificultan el ejercicio de derechos fundamentales tan importantes para las mujeres como el derecho a la salud que incluye el derecho a la autonomía corporal y a decidir sobre el ejercicio de la sexualidad. En estos términos se recoge en la Declaración Conjunta aprobada ese mismo año (y posteriores), en donde se exhorta a los Estados Partes a adoptar todas las medidas legislativas para prevenir, prohibir, castigar y erradicar todas las violaciones de los Derechos Humanos ejercidas contra las mujeres.

En este punto, se hace necesario poner en valor la insistencia en el marco de la CEDAW de que el derecho a la autonomía corporal de las mujeres requiere de medidas que garanticen el derecho a decidir libre y responsablemente sobre el número y espaciamiento de hijos e hijas, el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, el cuidado posaborto, el diagnóstico y tratamiento oportuno ante infecciones de transmisión sexual, así como el acceso a métodos anticonceptivos que puedan prevenir embarazos no deseados.

Este breve recorrido histórico por los hitos más importantes a nivel conceptual obliga a mirar al ámbito europeo y, en concreto, a la Resolución 2001/2128 (INI) sobre salud sexual y reproductiva del Parlamento Europeo de 2001, en donde, en materia de anticoncepción se hace un llamamiento a los gobiernos de los Estados miembros para que desarrollen políticas de salud sexual y reproductiva y garanticen anticonceptivos y servicios de salud sexual y reproductiva gratuitos o a costes muy bajos. En el ámbito de la interrupción voluntaria del embarazo se recomienda, a nivel europeo, legalizar el aborto para proteger la salud sexual de las mujeres, a fin de hacerlo más accesible y eliminando riesgos de prácticas ilegales. En esta misma línea, es de citar la Resolución 1607 (2008) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Actualmente, es la Resolución del Parlamento Europeo de 24 de junio de 2021 la que cobra un lugar protagónico sobre la materia.

Una mirada hacia atrás desde la posición situada de 2026 permite inferir lo mucho que se ha avanzado a nivel conceptual, normativo y jurisprudencial en materia de salud sexual y salud reproductiva. En este sentido, ha sido clave ver de qué forma se ha avanzado a nivel conceptual a la hora de delimitar qué es salud[19]

---

19 Salud: El estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (definición recogida en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero).

y cómo impacta en las mujeres y a qué se hace referencia cuando se alude a salud sexual[20] y salud reproductiva[21].

Sin perjuicio de lo expuesto, los conflictos en ciernes que afectan a la materialización de la salud sexual y salud reproductiva, así como las regresiones normativas en determinados países impelen a estar vigilantes, así como a seguir insistiendo en la constitucionalización de la autonomía sexual y reproductiva como exponente del reconocimiento constitucional de la corporeidad socio-sexual de las mujeres.

3. LA LEY ORGÁNICA 1/2023, DE 28 DE FEBRERO. GIRO NORMATIVO EN EL RECONOCIMIENTO DE LA CORPOREIDAD SOCIO-SEXUAL DE LAS MUJERES

El 1 de marzo de 2023 el Boletín Oficial del Estado publicaba la 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 [BOE-A-2023-5364]. Una ley que da un giro normativo en el reconocimiento de la corporeidad socio-sexual de las mujeres. Téngase en cuenta que la ley conceptualiza los derechos sexuales y derechos reproductivos como derechos fundamentales en el marco de un reconocimiento más amplio (con sustento internacional) de la salud sexual y salud reproductiva en tanto que elementos inescindibles de los derechos de todas las personas en el ámbito sanitario y, específicamente, de las mujeres en su condición socio-sexual (Torres, 2023)[22].

---

20 Salud sexual: El estado general de bienestar físico, mental y social, que requiere un entorno libre de coerción, discriminación y violencia y no la mera ausencia de enfermedad o dolencia, en todos los aspectos relacionados con la sexualidad de las personas. Es también un enfoque integral para analizar y responder a las necesidades de la población, así como para garantizar el derecho a la salud y los derechos sexuales (definición recogida en el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero).

21 Salud reproductiva: El estado general de bienestar físico, mental y social, y no la mera ausencia de enfermedad o dolencia, en todos los aspectos relacionados con la reproducción. Es también un enfoque integral para analizar y responder a las necesidades de la población, así como para garantizar el derecho a la salud y los derechos reproductivos (definición recogida en el art. 2.3 de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero).

22 Torres Díaz, M. C.: "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. La dimensión constitucional de los derechos sexuales y derechos reproductivos". *Revista AIS: Ars Iuris Salmanticensis, 11 (1),* 2023, pp. 156-161.

Para dotar de fundamentalidad a los derechos sexuales y derechos reproductivos, la ley orgánica modifica el artículo 1 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y salud reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo [BOE-A-2010-3514]. Su dicción literal es del siguiente tenor:

> "Esta ley orgánica tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y de la salud reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y de los derechos sexuales y derechos reproductivos, así como establecer las obligaciones de los poderes públicos para que la población alcance y mantenga el mayor nivel posible de salud y educación en relación con la sexualidad y la reproducción. Asimismo, se dirige a prevenir y a dar respuesta a todas las manifestaciones de la violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo".

La referencia expresa al carácter fundamental de los derechos sexuales y derechos reproductivos recogida en la ley no es anodina, en la medida en que se encuadra en la delimitación conceptual existente a nivel internacional, a saber: Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo de El Cairo (1994), IV Conferencia Internacional sobre la Mujer de Pekín (1995), Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), y Parlamento Europeo en su Resolución de 24 de junio de 2021[23], sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión. Sobre esta última, conviene precisar que se pone el foco en garantizar los derechos sexuales y derechos reproductivos en la Unión Europea, en el marco del reconocimiento de la salud de las mujeres, al definir la salud sexual y la salud reproductiva en los siguientes términos:

> "(...) un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con todos los aspectos de la sexualidad y la reproducción, no simplemente la ausencia de enfermedad, disfunción o dolencias; y al afirmar que todas las personas tienen derecho a tomar decisiones que rijan sus cuerpos sin discriminación, coacción, ni violencia y a acceder a servicios de salud reproductiva y sexual que respalden dicho derecho (...)".

---

23 Puede consultarse la Resolución del Parlamento europeo, de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres en la siguiente dirección url. Recuperado de: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52021IP0314 (fecha de consulta: 20/01/2026).

Más allá de la categorización de los derechos sexuales y derechos reproductivos como derechos fundamentales de configuración legal, el texto orgánico introduce innovaciones normativas que profundizan en el reconocimiento de la corporeidad socio-sexual de las mujeres. Esta dimensión se erige en sustrato ontológico[24] y jurídico sobre el cual se asientan tales facultades. A continuación, se examinan los hitos más significativos de esta reforma y su incidencia en el ordenamiento jurídico vigente:

1) De la lectura de la ley se infiere que su sustento se encuentra en el reconocimiento de la autonomía corporal como principio rector. La ley orgánica –como se ha apuntado con carácter previo– se fundamenta en el reconocimiento internacional de los derechos sexuales y derechos reproductivos como derechos humanos esenciales (Romero, 2015)[25], incluyendo el derecho a la salud, la intimidad y, fundamentalmente, la autonomía personal. El articulado consagra el derecho de todas las personas –incluidas las mujeres– a tomar libremente decisiones que afecten a su vida sexual y reproductiva sin más límites que el respeto a terceros y el orden público.
2) Otro punto clave que refuerza el reconocimiento normativo de la corporeidad socio-sexual de las mujeres es la articulación jurídica del consentimiento informado (Xiol, 2011)[26]. El requerimiento del consentimiento libre, previo e informado constituye un pilar fundamental, especialmente en tratamientos médicos invasivos y durante la atención del parto y la interrupción del embarazo. La articulación del consentimiento informado en los términos en los que lo recoge la ley refuerza el control de las mujeres sobre su propio cuerpo y las decisiones médicas que le conciernan.
3) En el ámbito de la valoración de impacto diferencial en función del sujeto destinatario de los preceptos normativos y prácticas sanitarias, la integración

---

24 Véase la definición de ontológico en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, cuya primera y única acepción lo define en los siguientes términos: "1. ad. Perteneciente o relativo a ontología". Por su parte, la definición de ontología según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, primera acepción, es la siguiente: "1. f. Fil. Parte de la metafísica que trata del ser en general y de sus propiedades trascendentales".

25 Romero, C. y Muro Polo, A.: "Derechos sexuales y reproductivos". *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9, 2015, pp. 273-288.

26 Xiol Ríos, J. A.: "El consentimiento informado". *Revista española de la función pública, núm. 16*, 2011, pp. 127-150.

de la perspectiva sexo-género se torna prioritaria. El enfoque de género se erige en preceptivo (art. 3.1.c[27]), articulándose como un principio rector que obliga a las administraciones a comprender los estereotipos y las relaciones de género (poder), sus raíces y consecuencias en la aplicación y evaluación de la ley. Esto implica una aproximación holística que reconoce cómo las estructuras sociales afectan al cuerpo sexuado de las mujeres.

4) Correlacionado con la perspectiva sexo-género, la norma contempla la atención a la discriminación interseccional. El artículo 3.1.e)[28] aborda la discriminación interseccional, tomando en consideración factores superpuestos de discriminación como la discapacidad, el origen étnico, la clase social, la edad, etc. Este enfoque permite reconocer que la experiencia corporal y el ejercicio de los derechos en el ámbito sexual y reproductivo varían según la posición social y las vulnerabilidades específicas que atraviesan la corporeidad de cada mujer.

5) Especialmente significativo, a nivel jurídico, es el reconocimiento de realidades corporales específicas que afectan a las mujeres como la salud menstrual[29]. La ley introduce de forma expresa y novedosa la salud durante la menstruación como parte inherente del derecho a la salud sexual y salud reproductiva (Medina, 2024)[30]. Esta circunstancia permite articular

---

27 La dicción literal del artículo 3.1.c) de la ley orgánica dispone: "Enfoque de género. Las administraciones públicas incluirán un enfoque de género fundamentado en la comprensión de los estereotipos y las relaciones de género, sus raíces y sus consecuencias en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones de esta ley orgánica, y promoverán y aplicarán de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y para el empoderamiento de las mujeres y las niñas".

28 El apartado e) del artículo 3.1 de la ley orgánica preceptúa: "Atención a la discriminación interseccional y múltiple. En aplicación de esta ley orgánica, la respuesta institucional tendrá en especial consideración a factores superpuestos de discriminación, tales como el origen racial o étnico, la nacionalidad, la discapacidad, la orientación sexual, la identidad de género, la salud, la clase social, la situación administrativa de extranjería u otras circunstancias que implican posiciones desventajosas de determinados sectores para el ejercicio efectivo de sus derechos".

29 El artículo 2 en su párrafo 4 resulta novedoso en la medida en que amplía el concepto de salud reproductiva, reconociendo expresamente la salud durante la menstruación. La define en los siguientes términos: "El estado integral de bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de enfermedad o dolencia, en relación con el ciclo menstrual".

30 Medina-Perucha, L. y Jacques-Aviñó, C.: "Salud, equidad y justicia menstrual: de los saberes colectivos a la legislación menstrual en España". *Gaceta sanitaria: Órgano oficial de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria, vol. 38*, núm. 1, 2024.

mecanismos de protección como la baja laboral por menstruación incapacitante secundaria (Fernández, 2023)[31] y la garantía de acceso gratuito a productos de gestión menstrual[32] en determinados centros, lo que visibiliza y atiende una realidad corporal específica de las mujeres, estigmatizada social y culturalmente.

6) La norma –en un ejercicio de justicia epistémica (Pérez, 2024)[33]– reconoce la existencia de violencias reproductivas, pudiéndose integrar en el concepto amplio de violencia de género. De ahí que se articule una prohibición expresa sobre esta casuística en tanto que forma de discriminación sexista. La norma reconoce normativamente formas graves de violencia que atentan directamente contra la corporeidad de las mujeres, como el aborto forzoso y la esterilización forzosa, así como la anticoncepción forzosa, en línea con el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, 2011) [BOE-A-2014-5947]. Más reciente en el tiempo, 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] cataloga otras manifestaciones de violencias que afectan a la salud sexual y salud reproductiva, tales como la mutilación genital femenina (Nuño, 2017[34]-2025[35]) o los matrimonios forzosos.

---

31 Fernández Nieto, L.: "Las nuevas contingencias comunes en las prestaciones por incapacidad temporal tras la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo". *Revista Diario La Ley, núm. 10338*, 2023.

32 El artículo 5 *quater* bajo el rótulo "Medidas de distribución de productos de gestión menstrual" establece medidas para garantizar el acceso gratuito a productos de gestión menstrual en los centros educativos, así como a las mujeres en riesgo de exclusión, en los centros que ofrecen servicios sociales, así como en centros y otros lugares donde permanezcan personas privadas de libertad.

33 Pérez Sedeño, E.: "Epistemología feminista y justicia epistémica". En Sanz Merino, N.: *Mujeres en la filosofía*. Editorial: Sindéresis. Colección Epoché. Constitución y crítica de la modernidad, 2024, pp. 207-220.

34 Nuño Gómez, L.: "La mutilación genital femenina en Europa: el dilema de la triple alteridad". *Revista europea de derechos fundamentales, núm. extra 29*, 2017, pp. 185-204.

35 Nuño Gómez, L.: "El nuevo marco regulador de la mutilación genital femenina en europa y en el estado español. Análisis de los cambios normativos durante el trienio 2022-2024 y desafíos pendientes". En Lasa López, A. et. al., *Violencias contra las mujeres y derechos europeos. La evolución reciente en perspectiva jurídico-constitucional*. Editorial: Atelier, 2025, pp. 141-159.

7) Finalmente, se refuerza la ilegalidad de la gestación por sustitución, abordándose como una forma de violencia reproductiva contra las mujeres. La ley orgánica reitera la postura existente en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida [BOE-A-2006-9292] que considera nulos de pleno derecho[36] los contratos de gestación por sustitución. En esta misma línea modifica la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad [BOE-A-1988-2656], para incluir como publicidad ilícita aquella que promueva prácticas comerciales para la gestación por sustitución[37].

Junto a los elementos extractados como más significativos en relación con el reconocimiento de la corporeidad socio-sexual de las mujeres, la ley orgánica introduce medidas dirigidas a la atención a la salud sexual y a la salud reproductiva incorporando importantes novedades. Entre las novedades cabe destacar el respeto del derecho a la libertad; la autonomía personal y el reconocimiento de las distintas opciones y orientaciones sexuales; el enfoque no discriminatorio e interseccional en todas las prácticas (ya comentado); la información y el acceso a la anticoncepción de última generación; el fortalecimiento de la prevención y tratamiento de las infecciones y enfermedades de transmisión sexual; la garantía de la información accesible sobre derechos reproductivos; las prestaciones públicas; la cobertura sanitaria durante el embarazo, parto y puerperio, así como sobre los derechos laborales y otro tipo de prestaciones y servicios públicos vinculados con la maternidad y el cuidado de hijas e hijos. En esta misma línea, la regulación de la situación de incapacidad especial temporal para la mujer que interrumpa, voluntariamente (o no) su embarazo, la regulación de la situación especial de incapacidad temporal para la mujer embarazada desde el primer día de la semana trigésima novena de gestación; y la provisión de asistencia, apoyo emocional y acompañamiento de la salud mental a las mujeres que lo requieran durante el posparto o en

---

36 Léase el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo. Dispone: "1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales".

37 El artículo 3, apartado a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, en su redacción dada por la ley orgánica de 2023 cataloga como publicidad ilícita: "(...) la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución".

el supuesto de muerte perinatal[38]. En supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, la norma prevé la atención integral durante todo el procedimiento con recursos de acompañamiento y atención especializada.

En materia de garantías –tema clave a la hora de consolidar derechos– el nuevo artículo 7 ter recoge las garantías de acceso a la anticoncepción dirigiéndose a las Administraciones públicas para que garanticen el acceso público y universal a las prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción y la distribución gratuita de métodos anticonceptivos de barrera previstos en la ley.

En el ámbito educativo y de sensibilización se aboga porque sean las administraciones educativas las que contemplen la formación en salud sexual y reproductiva como parte del desarrollo integral de la personalidad. En esta línea, la clave se circunscribe en la implementación de la educación afectivo-sexual en el currículo durante toda la educación obligatoria (Ruiz, 2020)[39].

Especial relevancia, desde el punto de vista de la tutela antidiscriminatoria, cobra el papel otorgado a la educación para la prevención de las violencias sexuales. De ahí que se inste a incluir en los currículos de las diferentes etapas educativas, la educación afectivo-sexual, la igualdad de mujeres y hombres y la educación en derechos humanos como medidas dirigidas a garantizar la libertad sexual y la prevención de las violencias sexuales, incluidas (y esto es importante) las violencias sexuales que se puedan dar en el ámbito digital. En este punto, téngase en cuenta lo articulado normativamente en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual [BOE-A-2022-14630].

---

38 Sobre la muerte perinatal o pérdida gestacional, resulta importante señalar cómo ha sido la gran olvidada en el abordaje jurídico de los derechos sexuales y los derechos reproductivos. De ahí la importancia de su tratamiento en la ley orgánica de 2023, en la medida en que se crea una situación especial de incapacidad temporal (IT) para las mujeres que sufran una interrupción del embarazo, ya sea voluntaria o involuntaria (aborto espontáneo o muerte gestacional). De esta forma, se articula la protección laboral y económica de las mujeres en esta situación. A su vez, la ley pone el foco en la salud mental y el bienestar emocional, reconociendo que la pérdida gestacional requiere de un abordaje que respete el duelo perinatal de la mujer. Asimismo, se refuerza el derecho a recibir una atención integral y respetuosa (atención sanitaria humanizada) en el Sistema Nacional de Salud, evitando la estigmatización y garantizando el apoyo psicológico necesario tras la pérdida. Sobre la pérdida gestacional temprana, véase Torres Díaz, M. C.: "Corporeidad socio-sexual y muerte perinatal. Un análisis jurídico-crítico de la Ley del Registro Civil desde la perspectiva sexo-género". *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6. 2026

39 Ruiz Repullo, C.: "Educación afectivo-sexual". En Gómez Suárez, A. et. al., *Itinerario formativo virtual en xénero, vol. 1. Universidade de Vigo, Unidade de Igualdade*, 2020, pp. 133-173.

En el ámbito de la educación superior, la ley es clara en la medida en que insta a la formación sobre la materia desde el ámbito de las ciencias jurídicas, ciencias sociales y ciencias de la educación. En este sentido, la ley se dirige a las administraciones educativas para que promuevan contenidos de calidad sobre salud, derechos sexuales y reproductivos en titulaciones vinculadas con dichas áreas de conocimiento lo que constituye una novedad importante para el ámbito universitario.

Sentadas las bases del análisis normativo, procede examinar la arquitectura jurídica que la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, articula en relación con la interrupción voluntaria del embarazo. Resulta de especial interés la nueva redacción del artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010, precepto que delimita los requisitos comunes para la licitud de la prestación sanitaria. En este sentido, la reforma refuerza los estándares de garantía al exigir: 1) la *praxis* por facultativo especialista; 2) la realización en centros de la red sanitaria pública o centros privados acreditados; y 3) la prestación de un consentimiento informado, expreso y por escrito. Cobra particular relevancia la modificación del régimen de capacidad, al suprimirse la exigencia del consentimiento de los representantes legales para las mujeres mayores de 16 años, consolidando así su autonomía en la toma de decisiones reproductivas.

La norma refuerza el sistema de plazos (avalado constitucionalmente con posterioridad a la aprobación de la ley) quedando la dicción literal del artículo 14 redactado de la siguiente forma: "Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la mujer embarazada". La redacción dada refuerza el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente sobre su maternidad.

En lo que atañe a las garantías con las que cuenta la interrupción voluntaria del embarazo, la norma de 2023 incorpora un nuevo apartado al artículo 18 (*bis*), en el que se concretan, entre otros, los términos de la información pública sobre el proceso y las condiciones de la prestación sanitaria en el ámbito público. En este punto, la regulación de la objeción de conciencia resulta nuclear por la colisión de derechos susceptible de generar. El artículo 19 *bis* reconoce a las personas profesionales sanitarias directamente implicadas en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo el poder ejercitar dicho derecho de manera individual, sin que en ningún caso pueda menoscabarse el derecho humano a la vida, la salud y la libertad de las mujeres que decidan interrumpir su embarazo.

La ley orgánica refuerza la idea de que el rechazo o la negativa a llevar a cabo la prestación por parte del personal sanitario (directamente implicado) constituye una decisión individual que debe manifestarse con antelación y por escrito. Dicha exigencia formal deviene necesaria en aras de garantizar el acceso y la calidad asistencial de la prestación, a efectos de que el ejercicio individual no vulnere los derechos de las mujeres. Con esta finalidad, se crea el registro de personas objetoras (art. 19 *ter*), con efectos organizativos y para una adecuada gestión de la prestación, previéndose su creación en cada Comunidad Autónoma, así como en el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. El precepto prevé que quienes se declaren objetores de conciencia lo serán a los efectos de la práctica directa, tanto en el ámbito de la sanidad pública como privada.

Un tema importante a efectos de garantía es el atinente a la responsabilidad institucional regulado en el artículo 24[40] de la ley orgánica de 2010 en su modificación de 2023. Piénsese en su vinculación directa con la "diligencia debida" como categoría jurídica habilitante para exigir responsabilidad patrimonial. La redacción del precepto tiene como finalidad la materialidad de los derechos articulados en el ámbito sexual y reproductivo, para ello insta a proteger, investigar, sancionar, erradicar y reparar posibles vulneraciones de los derechos sexuales y los derechos reproductivos de las mujeres.

Del análisis precedente se colige que la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, se erige sobre un paradigma de protección integral de los derechos sexuales y los derechos reproductivos, con una incidencia específica en la autodeterminación corporal de las mujeres. La norma supone una innovación en el ordenamiento

---

40 La dicción literal del artículo 24 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, en su redacción dada en 2023, dispone: "1. Las administraciones públicas se abstendrán de realizar cualquier acto que vulnere los derechos sexuales y reproductivos establecidos en esta ley orgánica y se asegurarán de que autoridades, personal funcionario, agentes e instituciones estatales y autonómicas, así como los demás actores actúen en nombre de las anteriores se comporten de acuerdo con esta obligación. 2. Las administraciones públicas competentes garantizarán el libre ejercicio del derecho a la interrupción del embarazo en los términos de esta ley orgánica y, especialmente, velarán por evitar que la solicitante sea destinataria de prácticas que pretendan alterar, ya sea para afianzar, revocar o para demorar, la formación de su voluntad sobre la interrupción voluntaria o no de su embarazo, la comunicación de su decisión y la puesta en práctica de la misma, con la excepción de la información clínica imprescindible y pertinente. Las intervenciones diagnósticas y terapéuticas asociadas con la decisión y la práctica de la interrupción del embarazo deberán basarse, en todo caso, en la evidencia científica (...)".

jurídico al dotar de sustantividad normativa a figuras hasta entonces preteridas por la dogmática jurídica, tales como salud menstrual, violencia obstétrica o muerte perinatal. Realidades biológicas y socio-sexuales que, por primera vez, reciben un tratamiento jurídico específico.

Esta disposición resulta nuclear para la configuración de la subjetividad jurídica y política de las mujeres, al reconocer su corporeidad como objeto de tutela jurídica expresa. No obstante, su ambición en los ámbitos objetivo, subjetivo y territorial de aplicación, se enfrenta a la complejidad técnica de una norma estatal cuya eficacia material queda supeditada a la implementación por parte de las comunidades autónomas. En última instancia, pese a la proclamada fundamentalidad de los derechos afectos, su articulación mediante legislación infraconstitucional conlleva una vulnerabilidad inherente, quedando su plena vigencia condicionada a la discrecionalidad de las mayorías parlamentarias y, en su caso, a las fluctuaciones de la voluntad política en torno a la autonomía corporal de las mujeres.

4. BLINDAJE CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA DE LAS MUJERES EN LA TOMA DE DECISIONES REPRODUCTIVAS

El título del presente epígrafe delimita el *corpus* jurisprudencial objeto de análisis. La selección de las sentencias –cuatro en total– del Tribunal Constitucional obedece metodológicamente a criterios de relevancia material y sustantividad jurídica, focalizándose en pronunciamientos clave del máximo intérprete constitucional español que versan sobre el ámbito de los derechos sexuales y los derechos reproductivos. El estudio comprende tanto las resoluciones que dirimen dudas de inconstitucionalidad contra *lex* (control abstracto de constitucionalidad), como aquellas que resuelven recursos de amparo en tutela de derechos fundamentales (control concreto).

El *tempus* de análisis está determinado por la STC 44/2023, de 9 de mayo, hito jurisprudencial que dirimió el recurso de inconstitucionalidad (el de más larga tramitación en la historia del máximo intérprete constitucional) interpuesto contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. Este pronunciamiento funge como eje vertebrador del presente estudio centrado, en última instancia, en la doctrina constitucional sobre el reconocimiento jurisprudencial de la corporeidad socio-sexual de las mujeres. El presente análisis jurisprudencial se constriñe exclusivamente a la *ratio decidendi* y al fallo contenido en el cuerpo principal de las sentencias del Tribunal Constitucional. Se excluyen deliberadamente los votos particulares, toda

vez que la densidad del debate jurídico que estos plantean trasciende el objeto del presente estudio, requiriendo un estudio monográfico independiente para su debido tratamiento técnico-jurídico.

- STC 44/2023, de 9 de mayo de 2023. Recurso de inconstitucionalidad 4523-2010. Interpuesto por más de cincuenta diputados-as del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. El Tribunal Constitucional establece que la Constitución ampara el derecho de la mujer a decidir libre y responsablemente sobre su maternidad como una manifestación de su autonomía corporal y proyecto de vida. Este derecho encuentra su fundamento en varias categorías constitucionales:

  1) Dignidad y libre desarrollo de la personalidad. El Tribunal Constitucional considera que la decisión sobre la interrupción voluntaria del embarazo es una elección vital de máxima trascendencia que afecta directamente a la dignidad (art. 10.1 CE) y al proyecto de vida de la mujer. La imposición de una maternidad forzada se consideraría contraria a la dignidad de la persona.
  2) Integridad física y moral. El derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE)[41] ampara un ámbito de libertad para tomar decisiones sin coerción sobre el propio cuerpo y proyecto vital (Macías,

---

41 Sobre el derecho a la integridad física y moral y su articulación constitucional, léase el FJ 2 de la STC 207/1996, de 16 de diciembre. Señala el máximo intérprete constitucional: "(...) según doctrina reiterada de este Tribunal, mediante el reconocimiento del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) «se protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezcan del consentimiento de su titular» (...)". Significa, y esto es importante: "(...) aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud (...), su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por «toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca de consentimiento de su titular»(...)". A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional deja claro que: "(...) mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumnidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (...) o un riesgo para la salud supone un plus de afectación, más no es una condición *sine qua non* para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física".

2025)[42]. El embarazo y el parto, incluso sin complicaciones, generan una afectación relevante de la integridad física y psicoemocional de las mujeres (FJ 3).

3) Ámbito de libertad. La sentencia reconoce a la mujer un "ámbito de libertad razonable" para decidir de forma autónoma y sin injerencias externas sobre la continuación de la gestación durante las primeras catorce semanas (FJ 3).

4) Aval constitucional de la perspectiva sexo-género. El Tribunal Constitucional habla de enfoque metodológico orientado a hacer efectivo el principio de igualdad material y efectiva de mujeres y hombres. Rechaza su definición como ideología. Su uso se enmarca –en palabras del máximo intérprete constitucional– en uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), el de igualdad; y como un fin constitucionalmente perseguido a través del derecho a la educación y la sanidad. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional dictamina que la inclusión de este enfoque no compromete la neutralidad ideológica del Estado ni vulnera la seguridad jurídica, la libertad de cátedra o la libertad ideológica de los profesionales sanitarios, ya que es competencia del legislador establecer los contenidos y enfoques en los planes de estudio y formación afectados por la norma cuestionada de constitucionalidad (FJ 10).

- STC 78/2023, de 3 de julio de 2023. Recurso de amparo 2669/2019. Promovido por doña A.C.M, respecto de las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia que desestimaron su reclamación de responsabilidad patrimonial. El Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo relativo a la vulneración del derecho a la integridad física y moral motivado por barreras asistenciales en la interrupción voluntaria del embarazo:

  1) Reconocimiento del derecho de la mujer a decidir libremente en el ámbito reproductivo. La sentencia –en el caso concreto– no crea

---

42 Macías Jara, M.: "El reconocimiento constitucional de la autonomía reproductiva como garantía ante la regresión de la libertad y los derechos fundamentales de las mujeres". *Revista IgualdadES, vol. 7*, núm. 12, 2025, pp. 93-123.

ex novo el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, sino que se remite y aplica la doctrina establecida previamente por la STC 44/2023, de 9 de mayo (ya comentada). El Tribunal Constitucional lo califica jurídicamente como un "derecho de configuración legal" (Torres, 2024)[43] que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE), en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE) (F. 5).

2) Ámbito de libertad razonable. El núcleo del reconocimiento constitucional radica en la protección del "ámbito de libertad razonable" que el legislador otorga a la mujer para que pueda adoptar una decisión autónoma y sin coerción sobre la continuación o no de la gestación. La sentencia enfatiza que la vulneración de las garantías legales que aseguran este acceso en condiciones adecuadas puede implicar, a su vez, la lesión del propio derecho fundamental.
3) Perspectiva sexo-género. El Tribunal Constitucional no desarrolla explícita y metodológicamente la perspectiva de género en esta resolución, como sí lo hizo en la STC 44/2023, de 9 de mayo. No obstante, sí aborda de lleno el principio de no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) en el contexto de la prestación sanitaria. En este sentido, es el Ministerio Fiscal en sus alegaciones plasmadas en la sentencia, quién sostiene que la actuación del Servicio Murciano de Salud (SMS) fue discriminatoria por razón de sexo porque el trato desfavorable se produce en función de las características biológicas inherentes a la condición de mujer (FJ 6).
4) Estimación del amparo. El Tribunal Constitucional estima el amparo reconociendo la vulneración del derecho a la integridad moral al advertirse obstáculos en la práctica de la prestación. Esta circunstancia permite inferir la importancia de implementar metodológicamente la perspectiva sexo-género porque permite pensar críticamente de qué forma las barreras estructurales del sistema sexo-género pueden afectar de manera desproporcionada a las mujeres. Piénsese, en el caso concreto,

---

43 Para profundizar en la naturaleza jurídica del derecho de las mujeres a decidir libremente en el ámbito sexual y reproductivo, véase: Torres Díaz, M. C.: "La naturaleza jurídica del derecho de las mujeres a decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo: aspectos constitucionales". *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2024.

cómo la obligación-necesidad de desplazarse fuera de su comunidad autónoma para ejercer un derecho legalmente reconocido supuso un "mayor gravamen", generando una situación de "especial vulnerabilidad" y un trato desfavorable por el mero hecho de ser mujer (FJ 7).

- STC 75/2024, de 8 de mayo de 2024. Recurso de inconstitucionalidad 5041-2022. Interpuesto por más de cincuenta diputados-as del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso respecto del artículo único de la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo. El Tribunal Constitucional en esta sentencia aborda el reconocimiento del derecho de la mujer a decidir libremente en el ámbito reproductivo de forma indirecta, al hilo de la defensa del bien jurídico protegido por la norma penal impugnada:

  1) El máximo intérprete constitucional no redefine el derecho en esta sentencia, sino que se remite a su doctrina previa (ya comentada) para justificar la modificación penal (FJ 5). En este sentido, el Tribunal Constitucional reitera que la interrupción voluntaria del embarazo, en cuanto que presupone la libertad de la mujer para la adopción de una decisión vital de máxima trascendencia, goza de protección constitucional a través del valor superior de la libertad (art. 1.1 CE) y de los principios de dignidad y libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). La decisión de la mujer –en palabras del Tribunal Constitucional– se ampara en el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE). El respeto a este derecho exige al legislador el reconocimiento de un ámbito de libertad en el que la mujer pueda adoptar de forma autónoma y "sin coerción de ningún tipo" la decisión sobre la continuación de la gestación (FJ 5).
  2) La sentencia avala implícitamente la perspectiva sexo-género como metodología al analizar la discusión jurídica en el contexto penal. El Tribunal Constitucional cita la Recomendación general núm. 35[44]

---

[44] Puede ampliarse información sobre la Recomendación general núm. 35 del Comité de la 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: 23/01/206).

del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Documento que califica el abuso y el maltrato a mujeres que buscan servicios de salud reproductiva como manifestaciones específicas de violencia por razón de género (FJ 4). Desde este enfoque, el Tribunal Constitucional legitima la intervención penal del Estado al identificar un problema social específico: el acoso que sufren las mujeres y los profesionales sanitarios en las clínicas donde se lleva a cabo esta prestación. La reforma penal encuentra sustento en la garantía del pleno desarrollo del principio de igualdad de mujeres y hombres, a través de la garantía plena de los derechos sexuales y reproductivas de estas últimas (FJ 5).

3) El Tribunal Constitucional entiende que el aval constitucional a la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo (STC 44/2023) no ha eliminado los obstáculos prácticos para su materialización. Piénsese, críticamente, como es el caso, en las presiones externas que sufren las mujeres en el ejercicio de este derecho. Por tanto, entiende el máximo intérprete constitucional que la modificación en la ley penal cuestionada constituye una respuesta legítima para garantizar la eficacia del derecho en un contexto de dificultades estructurales (FJ 4). En este sentido, la constitucionalidad del delito de acoso (art. 172 *quarter*[45] CP) se basa en la ponderación entre el derecho de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo (en los términos reconocidos legalmente), y los derechos a la libertad de expresión, ideológica, religiosa, de reunión y manifestación de los recurrentes (FJ 5).

- STC 92/2024, de 18 de junio de 2024. Recurso de inconstitucionalidad 3630/2023. Interpuesto por más de cincuenta diputados-as del Grupo

---

[45] La dicción literal del artículo 172 *quarter* del Código Penal reza: "1. El que para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acosare a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días. 2. Las mismas penas se impondrán a quien, en la forma descrita en el apartado anterior, acosare a los trabajadores del ámbito sanitario en su ejercicio profesional o función pública y al personal facultativo o directivo de los centros habilitados para interrumpir el embarazo con el objetivo de obstaculizar el ejercicio de su profesión o cargo (...)".

Parlamentario Vox del Congreso en relación con diversos preceptos de la 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 Constitucional avala la norma cuestionada de inconstitucionalidad, siendo de destacar los siguientes puntos:

1) El máximo intérprete constitucional no se pronuncia sobre el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, sino sobre la constitucionalidad de las modificaciones introducidas en la ley orgánica de 2010 por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero. En este punto, el Tribunal Constitucional reitera su doctrina previa sobre el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo con base en los artículos 10.1 y 15 del texto constitucional. Entiende el máximo intérprete constitucional que la decisión sobre la continuación del embarazo afecta directamente al proyecto de vida y a la libertad de procreación de la mujer, por tanto, en este contexto es el legislador orgánico el que debe inspirarse en el respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad al regular dicha prestación.
2) El Tribunal Constitucional confirma que la "voluntariedad" de la decisión de la mujer es una cualidad inherente al sistema de plazos, el cual fue declarado conforme al marco constitucional en la STC 44/2023, de 9 de mayo. A mayor abundamiento, la voluntariedad es consustancial a las notas de autonomía y ausencia de coerción que exige la doctrina constitucional.
3) El máximo intérprete constitucional avala la constitucionalidad de que las mujeres de entre 16 y 17 años puedan interrumpir voluntariamente su embarazo sin consentimiento de sus progenitores. Esta opción se considera como una opción legislativa admisible que pondera la madurez de la menor con el carácter personalísimo de la decisión, que afecta a su integridad física, intimidad y proyecto vital. La sentencia del Tribunal Constitucional se alinea con el régimen general de capacidad sanitaria para mayores de 16 años recogida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (ya citada).
4) Aval constitucional a la implementación de la perspectiva sexo-género en el análisis jurídico de casos. El Tribunal Constitucional se pronuncia expresamente sobre el aval constitucional de la perspectiva de género como principio rector de las políticas públicas y herramienta

metodológica (Torres, 2025)[46], desestimando los motivos de inconstitucionalidad de los recurrentes. El máximo intérprete constitucional delimita la perspectiva de género como un "enfoque metodológico y un criterio hermenéutico transversal orientado a promover la igualdad entre mujeres y hombres", y no como una obligación ideológica contraria a la Constitución. Significa que se trata de un mandato constitucional e internacional (Torres, 2017)[47], ya que su integración deriva del principio de igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), de la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos para la igualdad real (art. 9.2 CE) y del derecho a la no discriminación (art. 14 CE). El Tribunal Constitucional dictamina que la inclusión de la perspectiva de género no vulnera la libertad ideológica, el pluralismo político o el deber de neutralidad de la Administración Pública, ya que persigue un fin constitucional: la igualdad efectiva.

La doctrina constitucional emanada de las sentencias analizadas en este epígrafe consolida la garantía de los derechos de las mujeres a la autodeterminación en el ámbito sexual y reproductivo. Dicha salvaguarda se materializa mediante el reconocimiento de un ámbito de libertad razonable y la afirmación expresa de la integridad física y moral como manifestación de su corporeidad socio-sexual y su proyecto vital. Este último aspecto ha resultado visibilizado y tutelado de forma específica mediante la implementación de la perspectiva sexo-género como herramienta hermenéutica y analítica, orientada a promover la igualdad material y efectiva. En este contexto puede afirmarse que la articulación jurídica del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo es un derecho sustantivo con sustento constitucional, pero de configuración legal.

Sentado lo anterior, conviene precisar que la autodeterminación corporal de la mujer en el ámbito de la salud sexual y reproductiva –entendida como una libertad garantizada dentro del marco constitucional– carece de carácter absoluto, de acuerdo con la doctrina general de los derechos fundamentales. En consecuencia, resulta imperativo delimitar las restricciones intrínsecas y extrínsecas que condicio-

---

[46] Torres Díaz, M. C.: Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 92/2024, de 18 de junio. El aval constitucional de la perspectiva de género como metodología jurídica y herramienta analítica para la igualdad. *AIS: Ars Iuris Salmanticensis, 12(2)*, 2025, pp. 176-189.

[47] Torres Díaz, M. C.: El sustento constitucional de la impartición de Justicia desde la perspectiva de género. En el monográfico "Mujer y Constitución". *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 10, diciembre de 2017, pp. 181-214.

nan su ejercicio, así como identificar aquellos nudos críticos que sucintan mayor controversia en la dogmática jurídica. El diseño normativo de esta facultad se sustenta, necesariamente, en el juicio de ponderación frente a otros bienes y derechos protegidos, cuya concurrencia exige un análisis de proporcionalidad. Entre los límites y restricciones cabría señalar:

1) El derecho de la mujer encuentra su límite en el deber del Estado de tutelar la vida prenatal como "bien jurídico constitucionalmente protegido", si bien el *nasciturus* no es titular de un derecho a la vida en los términos establecidos en el artículo 15 CE. En este punto, el máximo intérprete constitucional precisa en el FJ 4 de la STC 44/2023, de 9 de mayo: "(...) el modelo de plazos (...) constituye un sistema de tutela gradual de la vida del *nasciturus* o, más propiamente, de limitación gradual de los derechos constitucionales de la mujer en aras de proteger la vida prenatal (...) conforme a este modelo, el legislador ha optado por no restringir la autonomía de la mujer embarazada para decidir libremente si continúa o no adelante con la gestación durante un plazo de catorce semanas (...) Transcurrido ese plazo (...) y hasta el momento de la viabilidad fetal, para que la interrupción del embarazo pueda considerarse legal se exige la concurrencia de circunstancias adicionales a la voluntad de la mujer (...) bien de su derecho a la vida o integridad física (indicación terapéutica), bien de su libertad y libre desarrollo de su personalidad (...) (indicación embriopática)". Desde esta óptica, el sistema de plazos e indicaciones es la opción legislativa que mejor acomoda los intereses en conflicto, a saber: el derecho de la mujer a decidir libre y responsablemente en el ámbito sexual y reproductivo, y la vida prenatal como bien jurídico constitucionalmente protegido (SSTC 53/1985[48], de 11 de abril; 212/1996[49], de 19 de diciembre).

---

[48] Sobre la vida en formación como bien jurídico constitucionalmente protegido, léase la STC 53/1985, de 11 de abril, en el Recurso previo de constitucionalidad interpuesto contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. El FJ 7 es del siguiente tenor: "(...) En definitiva, los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al nasciturus le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del nasciturus, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra Norma fundamental".

[49] Consúltese: STC 212/1996, de 19 de diciembre. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos en su totalidad. El FJ 10 reitera la doctrina constitucional sobre la

2) El Tribunal Constitucional avala la supresión de la información obligatoria sobre ayudas a la maternidad y el periodo de reflexión de tres días. Se considera que estos requisitos previos no están justificados, erigiéndose en cargas adicionales o injerencias que pueden obstaculizar la libre decisión de las mujeres, no siendo imprescindible para el consentimiento informado. Desde esta perspectiva, resulta suficiente el consentimiento informado articulado con carácter general en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica para garantizar la información médica esencial previa a la prestación.
3) El reconocimiento del derecho individual a la objeción de conciencia del personal sanitario no puede suponer un obstáculo para la garantía de la prestación pública. La administración sanitaria tiene el deber de organizar recursos para asegurar el acceso efectivo a la mujer en los términos legalmente articulados.
4) La constitucionalidad de la penalización del acoso a las puertas de las clínicas obliga a reseñar que el tipo penal no castiga la libertad de expresión o ideológica *per se*, sino el acoso (actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos) que menoscaba la libertad de la mujer para ejercer un derecho legal. El Tribunal Constitucional considera un límite legítimo y proporcionado en un ejercicio de ponderación con otras libertades.

5. CUESTIONES JURÍDICAS CONFLICTIVAS

5.1. La propuesta de reforma del artículo 43 de la CE

El debate jurídico sobre el blindaje constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo en España ha cobrado notoriedad tras la aprobación en octubre

---

vida en formación como bien constitucionalmente protegido. Precisa "(...) Ciertamente, y como ya hemos señalado, la STC 53/1985, tras proclamar que «la vida del nasciturus ... es un bien jurídicamente protegido por el artículo 15 de nuestra norma fundamental», estimo que ello implica para el Estado «con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma (...). No obstante, este tipo de protección, se añadía inmediatamente, no puede aspirar a revestir carácter absoluto: «en determinados supuestos puede y aún debe estar sujeta a limitaciones»".

de 2025 del anteproyecto de reforma del artículo 43 CE por el Consejo de Ministros-as[50]. La propuesta busca transitar desde un reconocimiento jurisprudencial hacia la positivización expresa en la norma fundamental, centrando la discusión en la naturaleza jurídica de la prestación y el procedimiento de reforma adecuado. Finalmente, el proyecto de reforma constitucional del artículo 43 de la CE fue aprobado por el Consejo de Ministros el 7 de abril de 2026, elevándose el texto normativo al Congreso de los Diputados para iniciar su debate parlamentario.

La iniciativa del Ejecutivo tiene como finalidad modificar el artículo 43 CE, que actualmente reconoce el derecho a la protección de la salud y la competencia de los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública mediante prestaciones y servicios. La reforma buscar reconocer constitucionalmente la interrupción voluntaria del embarazo como una prestación del sistema sanitario público, garantizando que cada comunidad autónoma cuente con un hospital público de referencia para estas intervenciones.

La redacción textual inicial de la propuesta de reforma es la que sigue:

> "Se reconoce el derecho de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo. El ejercicio de este derecho, en todo caso, será garantizado por los poderes públicos, asegurando su prestación en condiciones de igualdad efectiva, así como la protección de los derechos fundamentales de las mujeres".

Repárese que la reforma implicaría reconocer el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en artículo 43 de la CE inserto en el el Capítulo III del Título I de la Constitución española. Una ubicación sistemática que rebajaría su protección jurisprudencial actual como derecho de configuración legal con sustento fundamental, pasando a ser conceptualizado como principio rector de la política social y económica. En cualquier caso, téngase en cuenta que la propuesta original del Ejecutivo ha sido modificada a raíz de las objeciones técnicas recogidas en el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1078/2025, del 26 de febrero de 2026. Aunque el órgano consultivo no halló impedimentos jurídicos para reformar el artículo 43 CE en aras de proteger la salud reproductiva, ha sugerido una

---

50 Sobre el anuncio por parte de Moncloa de la propuesta de reforma constitucional puede consultarse la siguiente dirección url. Recuperado de: https://www.igualdad.gob.es/comunicacion/sala-de-prensa/el-consejo-de-ministros-aprueba-el-anteproyecto-de-reforma-del-articulo-43-de-la-constitucion-espanola-para-blindar-el-derecho-a-la-interrupcion-del-embarazo/ (fecha de consulta: 18/01/2026).

redacción alternativa: "Los poderes públicos garantizarán el ejercicio del derecho de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo con cuantas prestaciones y servicios sean necesarios para hacerlo efectivo". Pese a este aval de fondo, el dictamen censura la vía empleada. El Consejo considera criticable que se acuda al procedimiento ordinario modificando un principio rector, cuando lo jurídicamente coherente habría sido reformar el artículo 15 CE como derecho fundamental.

Una revisión doctrinal permite encontrar tanto argumentos a favor de la modificación como en contra. Entre los argumentos a favor (Goméz, 2025[51]) se subraya la necesidad de una mayor seguridad jurídica y la protección frente a retrocesos políticos. Desde esta óptica de análisis se argumenta que su reconocimiento constitucional evitaría rebajas en la calidad del servicio público, así como la excesiva externalización a clínicas privadas en ciertas comunidades autónomas. En este sentido, la reforma reforzaría la obligación de las autonomías de garantizar el acceso efectivo a la red pública.

En lo que atañe a los argumentos en contra, la doctrina constitucionalista (Presno, 2025[52]; Carmona, 2025[53]; Gómez, 2025[54]) plantea objeciones técnicas y sustantivas de calado. Por un lado, la ubicación de la interrupción voluntaria del embarazo en el Capítulo III del Título I (ya comentado) supondría una degradación de su estatus jurídico. Repárese en que su reconocimiento constitucional sería como principio rector de la política social y económica, y no como derecho

---

51 Gómez Sánchez, Y.: "Juristas advierten de que la reforma del Gobierno para blindar el aborto en la Constitución podría rebajar su protección". Entrevistada en el Report de RTVE. Fecha de publicación: 15/10/2025. Recuperado de: https://www.rtve.es/noticias/20251015/juristas-blindar-aborto-constitucion-rebajaria-proteccion/16771679.shtml (fecha de consulta: 05/02/2026).

52 Presno Linera, M. A.: "El derecho al aborto ya está garantizado en la Constitución española". Artículo en línea. *Blog El derecho y el revés*, 2025. Recuperado de: https://presnolinera.wordpress.com/2025/10/09/el-derecho-al-aborto-ya-esta-garantizado-en-la-constitucion-espanola/ (fecha de consulta: 20/01/2026).

53 Carmona, A.: "Aborto: el diablo está en los detalles". Artículo en *Revista de Prensa Digital: elpaís.com. Sección Tribuna*. Fecha de publicación: 14/10/2025. Recuperado de: https://elpais.com/espana/2025-10-15/aborto-el-diablo-esta-en-los-detalles.html (fecha de consulta: 08/01/2026).

54 Gómez Fernández, I.: "Cómo y para qué constitucionalizar el derecho al aborto". Agenda Pública: analistas de actualidad. Artículo en línea. Fecha de publicación: 20/10/2025. Recuperado de: https://agendapublica.es/noticia/20283/qu-constitucionalizar-derecho-al-aborto (fecha de consulta: 03/02/2026).

fundamental propiamente dicho. Surge la duda de sus efectos jurídicos, ya que podría originar más obstáculos en su ejercicio al perder la protección reforzada de los derechos fundamentales (art. 53.1 y 2 de la CE). Piénsese en el riesgo de "regresión legislativa" (Martín, 2025)[55] que implicaría que –como principio rector– podría ser regulado por leyes ordinarias que requieren de mayoría simple. En lo que atañe a la técnica legislativa, la modificación del artículo 43 CE sería menos exigente al tener que seguir la vía del artículo 167 CE, y no la vía agravada. No obstante, esta justificación no resulta plausible teniendo en cuenta que, actualmente, el reconocimiento jurisprudencial como derecho constitucional de configuración legal le otorga estatus de derecho fundamental (con garantías reforzadas) por constituir una manifestación del derecho a la integridad física y moral. Téngase en cuenta la advertencia de un sector doctrinal relacionada con el riesgo de convertir un derecho conectado a la libertad y la integridad física y moral, con una mera obligación asistencial y prestacional.

5.2. La objeción de conciencia sanitaria y los registros autonómicos

La objeción de conciencia sanitaria y la obligatoriedad de los registros autonómicos del personal sanitario objetor es otro de los puntos actuales de mayor fricción[56]. Téngase en cuenta que la normativa vigente busca corregir una anomalía advertida tras la aprobación de la ley orgánica de 2010. Esto es, la excesiva derivación de las mujeres a clínicas privadas externalizadas. En este sentido, la ley orgánica de 2023 (analizada en este estudio) establece la creación de registros de personal sanitario objetor por parte de las comunidades autónomas. Estos registros tienen como finalidad la obligación de que el personal objetor manifieste su objeción por escrito y con antelación. De esta forma, se garantiza que la prestación sea accesible al permitir una mejor gestión por parte de la administración sanitaria. La negativa de algunas autonomías a implementar estos registros se fundamenta

---

55 Martín González, M. C.: "Aborto: la mujer, ¿víctima o verdugo? Una exploración constitucional, ética y política sobre la propuesta de reforma del artículo 43 de la Constitución Española". *Sapientia Iuris,* núm. 3*,* 2025.

56 Véase Bueno Poma, E.: "Estudio jurídico-constitucional sobre el Registro de Objetores de Conciencia en el ámbito sanitario. Especial relevancia en la interrupción voluntaria del embarazo". Trabajo de Fin de Máster. *Máster Universitario de Abogacía y Procura*. Universidad de Alicante. 2026. Recuperado de: https://hdl.handle.net/10045/162970 (fecha de consulta: 19/06/2026).

en una interpretación expansiva de la objeción de conciencia, que confronta con la eficacia del derecho prestacional. Desde el punto de vista constitucional, la objeción de conciencia (STC 44/2023) no es en puridad un derecho fundamental autónomo, sino una dimensión del derecho a la libertad ideológica y religiosa (Torres, 2015)[57]. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido –téngase en cuenta las sentencias y normas referenciadas– que la objeción es un derecho individual, no institucional ni colectivo. Su ejercicio debe ser compatible con el derecho de la paciente a recibir la prestación y que el registro no vulnera la intimidad del personal sanitario, sino que es un instrumento organizativo necesario para que la Administración pueda planificar el servicio.

Obsta señalar en este estudio sobre el reconocimiento de la corporeidad sociosexual de las mujeres, como frente a la objeción de conciencia se alza el derecho de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo (en los términos reconocidos legal y jurisprudencialmente), constituyendo patrimonio jurídico de las mujeres en tanto ámbito de libertad y dignidad. En este sentido, un análisis de impacto diferencial permite inferir que la ausencia de registros dificultaría que los servicios de salud autonómicos organizaran turnos y equipos, lo que provocaría que la mujer tuviera que itinerar para recibir la prestación. Repárese en que la falta de registros originaría una vulneración del principio de igualdad territorial, con barreras de acceso, dilación de plazos e inseguridad jurídica. Por tanto, la negativa autonómica carece de base constitucional pues compete a los poderes públicos garantizar la prestación sanitaria efectiva en el marco legal articulado y avalado constitucionalmente. Ante esta situación la lógica jurídica insta a articular los mecanismos jurídicos para exigir el cumplimiento normativo a nivel autonómico, a saber: contencioso-administrativo y/o impugnación ex artículo 161.2 de la CE. Este último punto no es objeto de desarrollo en este artículo. No obstante, será abordado en futuras investigaciones desde el punto de vista de las opciones de control jurisdiccional de constitucional ante incumplimientos autonómicos.

---

57 Torres Díaz, M. C.: "¿Por qué ahora? A vueltas con la "objeción de conciencia" y la píldora poscoital". *Diario de Prensa Digital: eldiario.es.* Artículo en prensa. Fecha de publicación: 19/07/2015. Recuperado de: http://hdl.handle.net/10045/126117 (fecha de consulta: 05/02/2026).

6. CONCLUSIONES

El presente estudio ha analizado el tratamiento jurídico de la corporeidad socio-sexual de las mujeres y su impacto en la protección de los derechos sexuales y derechos reproductivos en España, a la luz de la Ley Orgánica 1/2023 y la jurisprudencia constitucional reciente.

En los párrafos que siguen se recogen –a modo de conclusiones– los aspectos más relevantes.

Epígrafe conclusivo 1. La positivización jurídica de la corporeidad socio-sexual en el ámbito normativo y la doctrina del Tribunal Constitucional:

1) El concepto de "corporeidad socio-sexual" se erige en eje vertebrador fundamental, trascendiendo una visión puramente biomédica para situar el cuerpo de las mujeres como territorio de derechos y autonomía política. La Ley Orgánica 1/2023 marca un giro normativo al conceptualizar los derechos sexuales y derechos reproductivos como derechos fundamentales, anclados en el reconocimiento internacional y la conceptuación de autonomía corporal.
2) La norma dota de sustantividad jurídica a realidades biológicas y socio-sexuales hasta ahora ignoradas por la dogmática, como la salud menstrual y las violencias reproductivas (esterilización o anticoncepción forzosa, gestación por sustitución). La integración de la perspectiva sexo-género y la atención a la discriminación interseccional se establecen como principios rectores y herramientas metodológicas obligatorias para las administraciones públicas, buscando corregir sesgos estructurales y garantizar la igualdad efectiva.

Epígrafe conclusivo 2. La configuración iusfundamental de la autonomía reproductiva en la última doctrina del Tribunal Constitucional español:

1) La doctrina constitucional, consolidada a través de las cuatro sentencias analizadas, salvaguarda la autodeterminación de las mujeres en el ámbito sexual y reproductivo.
2) El Tribunal Constitucional ampara el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente sobre su maternidad como manifestación de su autonomía corporal y proyecto de vida. Este derecho encuentra su sustento en la dignidad de la persona humana (art. 10.1 CE) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) (fundamento constitucional).

3) Se reconoce un ámbito de libertad para adoptar decisiones autónomas y sin coerción, asumiendo la titular las consecuencias. El Tribunal Constitucional avala el sistema de plazos de la Ley Orgánica 2/2010 como opción legislativa que equilibra el derecho de la mujer con la protección de la vida prenatal como bien jurídico constitucionalmente protegido (ámbito de libertad razonable).
4) El Tribunal Constitucional avala la perspectiva sexo-género como un enfoque metodológico y un criterio hermenéutico transversal, no como una ideología, derivado del principio de igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (perspectiva sexo-género como mandato).
5) La supresión de la información obligatoria sobre ayudas a la maternidad y el periodo de reflexión de tres días se considera constitucional, al constituir cargas adicionales que obstaculizaban la libre decisión y/o conformación de voluntad. Se penaliza el acoso a las puertas de las clínicas, ponderando la libertad de la mujer frente a otras libertades como la de expresión o ideológica.

Epígrafe conclusivo 3. Nudos críticos y desafíos en la materialización efectiva de los derechos sexuales y derechos reproductivos:

1) Propuesta de reforma del artículo 43 CE. La iniciativa de reconocer el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en este artículo, ubicado en el Capítulo III del Título I, podría suponer una degradación de su estatus jurídico. Pasaría de ser un derecho de configuración legal con sustento constitucional (con garantías reforzadas) a un principio rector de la política social, lo que podría implicar un riesgo cierto de regresión legislativa.
2) Registros autonómicos y objeción de conciencia sanitaria. La obligatoriedad de los registros de objetores es un punto de notable discusión jurídica. La ley busca garantizar la accesibilidad y la calidad asistencial, entendiendo el registro como un instrumento organizativo. La negativa de algunas autonomías a implementar estos registros, bajo una interpretación expansiva de la objeción (derecho individual, no institucional), genera barreras de acceso, dilaciones e inseguridad jurídica, vulnerando el principio de igualdad territorial y menoscabando la autonomía corporal de las mujeres.

ANEXO: JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 53/1985, de 11 de abril. Recurso previo de constitucionalidad interpuesto contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal [BOE-T-1895-9096].

STC 207/1996, de 16 de diciembre. Recurso de amparo contra Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Roquetas de Mar por el que se ordena la práctica de una intervención corporal y consiguiente prueba pericial sobre el pelo del recurrente [BOE-T-1997-1175].

STC 212/1996, de 19 de diciembre. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos en su totalidad [BOE-T-1997-1180].

STC 159/2016, de 22 de septiembre de 2016. Recurso de inconstitucionalidad 2257/2016. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres [BOE-A-2016-10023].

STC 66/2022, de 2 de junio de 2022. Recurso de amparo 6313/2019. Promovido por doña C.P., don L. M. G. C. y doña V. G. P., respecto de los autos dictados por la Audiencia Provincial y un juzgado de Instrucción de Oviedo acordando el ingreso obligado de la primera por razón de su embarazo [BOE-A-2022-11082].

STC 67/2022, de 2 de junio de 2022. Recurso de amparo 6375/2019. Promovido por S. C. M. S. respecto de las resoluciones dictadas por las salas de lo social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid [BOE-A-2022-11083].

STC 11/2023, de 23 de febrero de 2023. Recurso de amparo 899/2021. Promovido por don L. M. G. C, doña C. P. y doña V. G. P., respecto de la atención dispensada en ingreso por parte en el Hospital Universitario Central de Asturias de Oviedo [BOE-A-2023-8218].

STC 44/2023, de 9 de mayo de 2023. Recurso de inconstitucionalidad 4523/2010. Interpuesto por más de cincuenta diputados-as del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo [BOE-A-2023-13955].

STC 78/2023, de 3 de julio de 2023. Recurso de amparo 2669/2019. Promovido por doña A. C. M., respecto de las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia que desestimaron su reclamación de responsabilidad patrimonial [BOE-A-2023-17864].

STC 75/2024, de 8 de mayo de 2024. Recurso de inconstitucionalidad 5041/2022. Interpuesto por más de cincuenta diputados-as del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso respecto del artículo único de la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo [BOE-A-2024-11773].

STC 92/2024, de 18 de junio de 2024. Recurso de inconstitucionalidad 3630/2023. Interpuesto por más de cincuenta diputados-as del Grupo Parlamentario Vox del Congreso en relación con diversos preceptos de la 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 [BOE-A-2024-15427].

Capítulo 10
SEGURIDAD SOCIAL Y GÉNERO

Daniel Pérez del Prado
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid
https://orcid.org/0000-0001-7106-6769

1. DE LA BRECHA EN EL MERCADO DE TRABAJO A LA BRECHA DE PRESTACIONES

Cada 18 de septiembre se conmemora el Día Internacional de la Igualdad Salarial, instaurado por Naciones Unidas para concienciar sobre la necesidad de eliminar las desigualdades retributivas de género. La lucha contra la discriminación salarial por razón de género constituye de por sí un objetivo político y social de primer nivel ordenado por los arts. 14 y 9.3 de nuestra Constitución, el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por destacar solo algunas de las principales normas aplicables en nuestro país.

Sin embargo, también es el punto de arranque de cualquier trabajo que, como el presente, se dedique a analizar el sistema de Seguridad Social desde la perspectiva de género. En los sistemas eminentemente contributivos, como el nuestro, las vicisitudes de la carrera profesional se trasladan a la carrera de seguro y, de ahí, a la acción protectora. Sin embargo, como también tendremos ocasión de ver, las especiales dificultades que las mujeres atraviesan en el ámbito laboral y social tienen también su directo impacto en la protección asistencial. Se trata no de un efecto derivado, como el que se produce en el ámbito contributivo, sino reflejo, al reaccionar esta forma de protección ante situaciones de necesidad frecuentemente feminizadas.

De ahí que tengamos que comenzar este estudio no solamente analizando cuál es el estado de la brecha salarial, como antecedente, como veremos, de la prestacional derivada de la directa relación entre salario y cotización; sino de las

brechas en general que las mujeres sufren en el mercado de trabajo, pues de ellas resulta la protección que les dispensa el sistema y, por tanto, la premisa para verificar hasta qué punto la Seguridad Social contribuye a ampliarlas o disminuirlas.

Según los datos de la Encuesta Anual de Estructura Salarial, publicados por INE[1], la brecha salarial, esto es, la diferencia de las percepciones entre mujeres y hombres derivada de la más desfavorable y desventajosa situación de las trabajadoras en el mercado de trabajo[2], se sitúa en un 15,74%[3]. Esta diferencia se mantiene en un 13,2% incluso al medir la ganancia por hora, lo que demuestra que la menor jornada no es el único factor explicativo. La tendencia en los últimos años ha sido decreciente (*vid.* gráfico 1), lo que se explicaría por la mejora relativa de la posición de las mujeres en nuestro mercado de trabajo, destacando, entre otras causas, el impacto que han tenido en el empleo de las mujeres y, por tanto, en sus salarios, medidas como la reforma laboral, las subidas del SMI y las derivadas de la aplicación de los AENC[4].

En efecto, la mejora de la posición relativa de las mujeres en el mercado laboral estaría contribuyendo a reducir la brecha salarial de género, por más que las diferencias sigan siendo significativas entre mujeres y hombres, siendo ellas, con carácter general, las que sufren unas peores condiciones de trabajo y empleo.

---

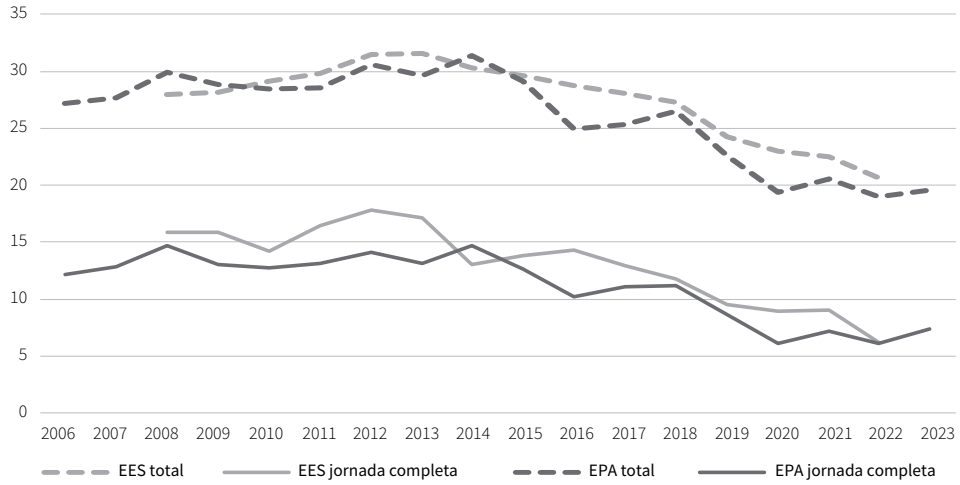
1 Para el seguimiento estadístico de las diversas variables relevantes desde el punto de vista del género, puede resultar de interés la publicación "Mujeres y hombres en España", que, elaborada por el INE, tiene por finalidad ofrecer una selección de los indicadores más relevantes que permiten analizar la situación de hombres y mujeres, en determinadas áreas sociales y económicas como educación, empleo, salarios e inclusión social, salud, ciencia y tecnología, etc. Puede accederse a través del siguiente enlace: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INEPublicacion_C&cid=1259924822888&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalleGratuitas&param2=1259925408261&param4=Mostrar

2 Sobre el origen multidisciplinar de la noción, veáse Grau Pineda, C., "Conceptualización técnica de la brecha de género", en Monereo Pérez, J. L., Moreno Vida, Mª N., Maldonado Molina, J. A. (eds.): *La brecha de género en pensiones*, Laborum, 2025, pp. 199-223.

3 INE, EAES 2023. Datos para 2022.

4 CES, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2024*, Consejo Económico y Social de España, 2025, p. 198. Destaca el especial papel que a este respecto habría tenido las subidas del SMI, CCOO, *La brecha salarial de género, síntoma de la desigualdad estructural*, Gabinete Económico y Secretaría de Mujeres e Igualdad de CCOO, 2026, p. 12.

Gráfico 1. Brecha salarial de género, total y ajustada (2006-2023)



Fuente: Memoria CES 2025.

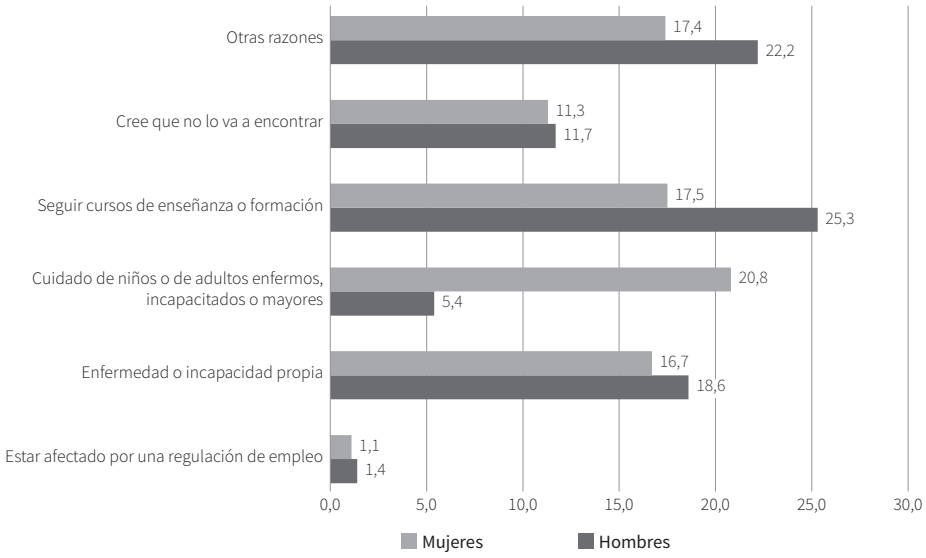
Según los datos de la EPA, la población activa en España ha alcanzado cifras récord, pero la participación laboral de ellas sigue manifestando una brecha persistente: la tasa de actividad femenina se sitúa en el 54,29%, mientras que la masculina alcanza el 63,84%, lo que supone una diferencia de 10,35 puntos porcentuales[5]. Esta distancia se acentúa notablemente a partir de los treinta años, etapa en la que la asunción de roles de cuidado impacta directamente en la carrera profesional de las mujeres. De hecho, al analizar los motivos de inactividad (*vid.* gráfico 2), los datos reflejan que el cuidado de hijos o adultos dependientes sigue siendo una causa mayoritariamente femenina: de cada 100 mujeres que no buscan empleo, 21 alegan responsabilidades familiares, porcentaje que se eleva por encima del 19% en el tramo de 25 a 34 años y del 28% en el de 35 a 44 años, mientras que en los hombres el principal motivo sigue siendo seguir cursos de enseñanza o formación[6].

---

5 INE, EPA, cuarto trimestre 2025.

6 INE, "Mujeres y hombres en España", año 2024. Del total de personas que permanecen inactivas por cuidar a personas dependientes (niños, adultos), el 91,0% son mujeres. El 19,1% de ellas tienen entre 25 y 34 años; el 28,3% de 35 a 44 años. Lo cual sería una tendencia, a nivel global: World Economic Forum, *Gender Gap Report 2025*, World Economic Forum, 2025, p. 57, fecha de consulta 25 enero 2026, en https://www.weforum.org/publications/global-gender-gap-report-2025/.

Gráfico 2. Personas inactivas según razones de la inactividad



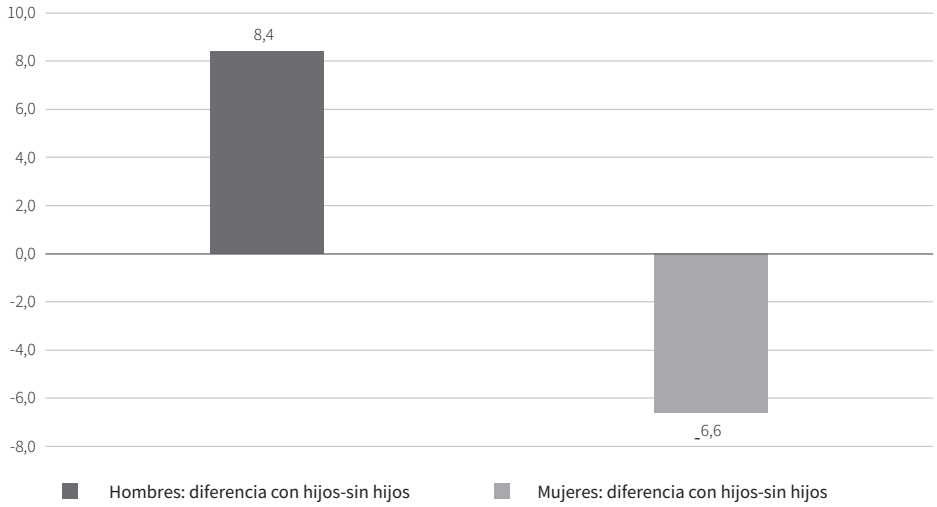
Fuente: elaboración propia a partir de los datos de INE, "Mujeres y hombres en España". Año 2024.

En lo que respecta a la tasa de empleo, los indicadores del cuarto trimestre de 2025 muestran una ocupación femenina del 48,19% frente al 58,24% masculina[7]. La incidencia de la descendencia en estos niveles de ocupación es reveladora de la falta de corresponsabilidad, ya que mientras la paternidad suele elevar la tasa de empleo de los hombres hasta superar el 88%, en las mujeres se produce un efecto de contracción, reduciéndose del 78,1% al 71,5% según no se tengan hijos o se tengan, respectivamente[8] (*vid.* gráfico 3). Estos datos evidenciarían una cierta pervivencia del modelo *breadwinner* o padre de familia, auspiciando una mayor participación en el mercado de trabajo como consecuencia de la paternidad, frente a la expulsión de las trabajadoras madres.

7 INE, EPA, cuarto trimestre 2025.

8 INE, "Mujeres y hombres en España", año 2024. En el caso de los hombres, la tasa de ocupación sin hijos es del 79,8% y con hijos del 88,2%, por lo que, al contrario de las mujeres, la tendencia de hijos no produce contracción, sino aumento de la ocupación.

Gráfico 3. Tasa de empleo de las personas de 25 a 49 años con hijos/sin hijos



Fuente: elaboración propia a partir de los datos de INE, "Mujeres y hombres en España". Año 2024.

El desempleo también castiga con mayor intensidad al colectivo femenino: según el INE, la tasa de paro de las mujeres en el cuarto trimestre de 2025 se situó en el 11,24%, superior al 8,76% de los hombres[9]. Por lo que respecta al paro de larga duración, mientras que en el caso de los hombres se registró un 3,1%, para las mujeres alcanzó el 4,6%[10]. Esta mayor vulnerabilidad no sería correctamente compensada por la protección social, pues, según las estadísticas del SEPE, la tasa de cobertura de las mujeres se concreta en un 69,1%, cuando en el caso de los hombres asciende al 75,4%[11]. Sobre esto volveremos más adelante.

La precariedad laboral se manifiesta de forma especialmente nítida en la contratación temporal y a tiempo parcial. En el primer caso, a pesar de que la reforma laboral ha reducido la temporalidad[12], las mujeres presentan tasas

9 INE, EPA, cuarto trimestre 2025.

10 Eurostat, datos para 2024.

11 SEPE, Estadística de prestaciones. Resumen de datos a 2025.

12 Goerlich Peset, J. M.: "La reforma de la contratación temporal", en Mercader Uguina, J. R., de la Puebla Pinilla, A., Goerlich Peset, J. M. (eds.): *La reforma laboral de 2021: un estudio del Real Decreto Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

superiores a los hombres, situándose cerca del 17% frente al 13% masculina[13]. En el segundo caso, las mujeres representan el 72,8% del total de ocupados en esta forma de trabajo. Del conjunto de mujeres ocupadas, un 21,5% lo hace a tiempo parcial, lo que provoca que trabajen de media seis horas menos a la semana que los hombres. Además, el porcentaje de involuntariedad en el trabajo a tiempo parcial femenino es preocupante, situándose en el 48,5%. Del total de mujeres a tiempo parcial, un 17% alega motivos relacionados con el cuidado de niños o de adultos enfermos, incapacitados o mayores, cifra que se incrementa hasta el 24,3% si se añaden otras obligaciones de cuidados y que contrastan con lo declarado por los hombres: solo alegan motivos de cuidados un 3,8% de los que trabajan a tiempo parcial[14].

Todos estos factores, incluso algunos otros[15], han sido destacados como elementos que inciden negativamente en las trayectorias laborales de las mujeres, dificultando su acceso al mercado de trabajo, el mantenimiento del empleo, la promoción profesional y, por lo que aquí respecta, el acceso a la protección social y el modo en que se produce, de así suceder, su acción protectora. A esto último dedicaremos el siguiente apartado.

2. LA BRECHA DE PRESTACIONES CONTRIBUTIVAS COMO LÓGICA CONSECUENCIA DEL PRINCIPIO CONTRIBUTIVO

El Real Decreto Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico (en adelante, RDL 3/2021)[16], define la brecha de género en las pensiones de jubilación como "el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres". Desde un punto de vista estadístico, la mayor

---

13 INE, EPA, cuarto trimestre 2025.

14 INE, EPA, cuarto trimestre 2025. En el ámbito de las excedencias, el desequilibrio es total: las mujeres protagonizan el 86,9% de las excedencias por cuidado de hijos y el 74,9% de las de cuidado de familiares (Anuario de estadísticas laborales. Excedencias por cuidado familiar y de hijos, según sexo del perceptor. Año 2024).

15 El techo de cristal, la mayor presencia femenina en la economía irregular e informal o en nichos de empleo con condiciones especiales como el trabajo doméstico. Instituto de las Mujeres, *Análisis de la brecha de las pensiones en España*, Instituto de las Mujeres, 2025, pp. 79-80.

16 BOE de 03/02/2021, núm. 29.

parte de las bases de datos incluyen dentro de la categoría "pensiones" la pensión de incapacidad, jubilación anticipada por reducción de la capacidad de trabajo; pensión de jubilación; pensión de jubilación anticipada; pensión jubilación parcial; pensión de muerte y supervivencia; prestación de jubilación anticipada por razones del mercado de trabajo[17]. Queda, por tanto, comprendida en esta noción la mayor parte de la brecha que se genera en el nivel contributivo, pues solo quedarían al margen la incapacidad temporal, las prestaciones familiares y el desempleo.

Comenzando, por tanto, por la brecha de género en las pensiones, el siguiente gráfico la representa medida como el porcentaje en que las pensiones de las mujeres son inferiores a las de los hombres. El gráfico incluye cifras correspondientes a dos ejercicios distintos, 2024 y 2025.

Pues bien, la brecha muestra una variabilidad considerable entre países, con valores que van desde apenas un 3% en Estonia, el nivel más bajo de la Unión Europea, hasta alrededor del 40% en Malta, que registra la desigualdad más elevada. En el extremo inferior se sitúan, además de Estonia, otros Estados con brechas reducidas –República Checa y Eslovaquia (ambos con datos de 2025)– junto con Hungría, Eslovenia, Lituania, Letonia y Polonia, todos por debajo del 15%.

Los valores intermedios, que oscilan entre el 15% y el 25%, agrupan a países como Bulgaria, Dinamarca, Croacia, Rumanía, Finlandia, Portugal y Alemania. A partir de ese rango se observan incrementos graduales que sitúan a Grecia, Suecia y Bélgica en torno a un nivel medio-alto de desigualdad.

En este contexto, el caso de España resulta particularmente notable. Con una brecha del 27,3 % (dato 2025), nuestro país se posiciona por encima de la media de la UE-27 (24,5%) y también por encima del promedio de la zona euro (27,1%)[18]. Esta ubicación evidencia que la desigualdad de género en las

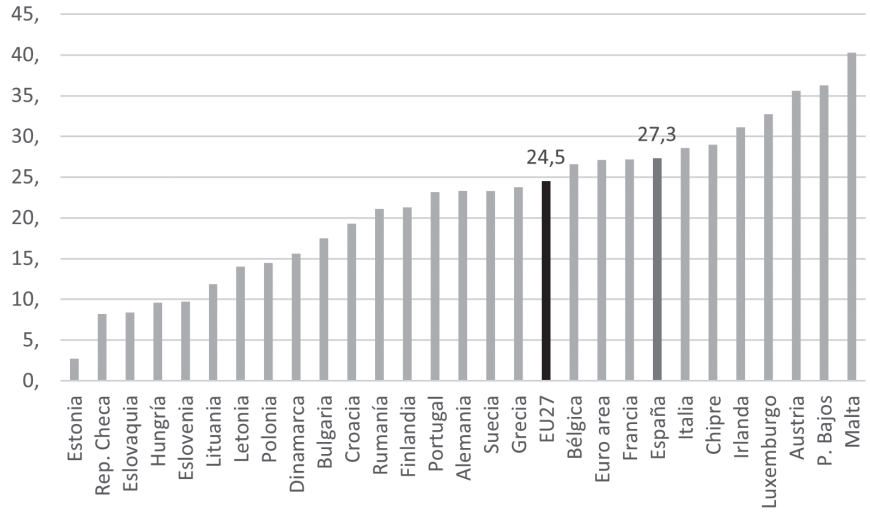
---

17 Eurostat. Glosario de protección social: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:Pension_beneficiaries

18 Ambos con datos para 2024. Como ha señalado la OCDE, la brecha de género de las pensiones es el indicador clave de las diferencias promedio en los niveles de pensión entre hombres y mujeres. Sin embargo, no mide las diferencias en el nivel de vida entre hombres y mujeres mayores, ya que el nivel de vida considera otras fuentes de ingresos, la composición de los hogares y la distribución de los ingresos dentro de los hogares. Además, las personas mayores sin pensión no se tienen en cuenta al medirla. OECD, *Gender pension gap: Pensions at a Glance 2025*, 2025, p. 95, fecha de consulta 25 enero 2026, en https://www.oecd.org/en/publications/

pensiones en España se sitúa en el tramo superior del conjunto europeo, superando claramente las referencias agregadas supranacionales. En el extremo derecho del gráfico se concentran los países con desigualdades más pronunciadas, entre ellos Italia, Irlanda, Chipre, Países Bajos, Luxemburgo y Austria, culminando en Malta con el valor más elevado, como ya se indicó.

Gráfico 4. Brecha de género de las pensiones en la UE



Fuente: elaboración propia a partir de Eurostat. Años 2024 y 2025 (Estonia, República Checa, Letonia, Bulgaria, Rumanía, Alemania, Bélgica y España).

Por lo que respecta a la evolución de esta variable, el gráfico siguiente presenta su evolución entre 2016 y 2025 para tres casos: la UE-27 (línea negra), la zona euro (línea discontinua) y España (línea gris). En los tres casos se aprecia una tendencia descendente sostenida a lo largo del período, lo que indica una reducción progresiva de la desigualdad de género en estas prestaciones contributivas. No obstante, el ritmo y la intensidad de esta convergencia presentan variaciones relevantes.

El conjunto de la Unión Europea muestra la trayectoria más claramente decreciente, pasando de valores cercanos al 30% en 2016 a niveles ligeramente

---

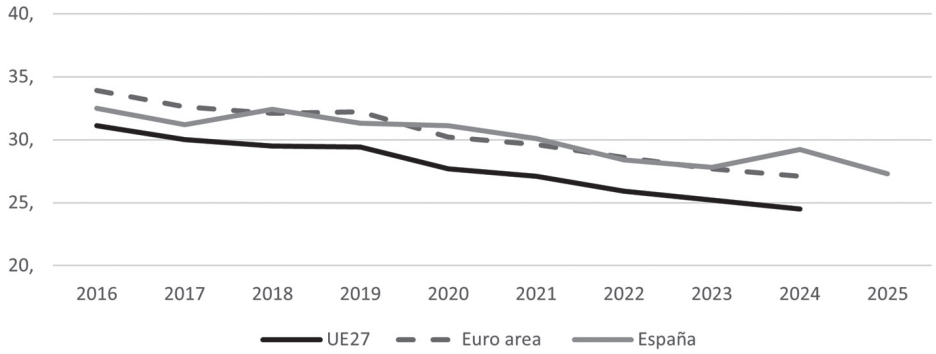
pensions-at-a-glance-2025_e40274c1-en/full-report/gender-pension-gap_90ed13b5.html (su capítulo 2 se dedica monográficamente a la brecha de género de pensiones).

superiores al 24% en 2025. Esta evolución refleja un proceso gradual pero continuo de reducción de la brecha.

La zona euro, por su parte, inicia el período con una brecha más elevada que la media de la UE-27, en torno al 34%, y aunque también presenta una tendencia descendente, su trayectoria es menos regular, con ligeras oscilaciones en los años centrales. Para 2025 la brecha de la zona euro se sitúa en torno al 27%, manteniéndose por encima del promedio comunitario.

El caso de España, representado por la línea gris, a lo largo del periodo muestra que la brecha prestacional se mantiene sistemáticamente por encima tanto de la media de la UE-27 como de la zona euro, mostrando una desigualdad más intensa y persistente. Aunque España también experimenta una reducción de la brecha, pasando de valores próximos al 33% en 2016, a niveles levemente inferiores al 28% en 2025, la evolución reciente presenta cierta volatilidad: tras un descenso continuado hasta 2023, se observa un repunte en 2024, seguido de una nueva reducción en 2025.

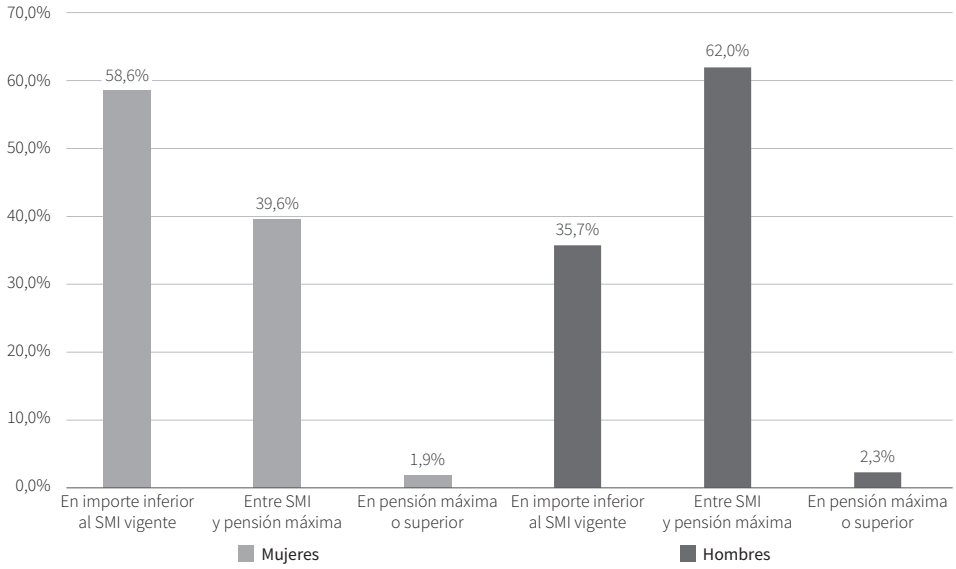
Gráfico 5. Evolución de la brecha de género



Fuente: elaboración propia a partir de Eurostat. Años 2024 y 2025.

Aterrizando en España, el siguiente gráfico presenta la distribución porcentual de pensionistas según tramo de cuantía, diferenciando entre mujeres y hombres. Se distinguen tres grupos: pensionistas con un importe inferior al SMI vigente, pensionistas con una pensión entre el SMI y la pensión máxima y pensionistas que perciben una pensión máxima o superior.

Gráfico 6. Pensionistas por tramos de cuantía (%)



Fuente: INSS, Estadística de pensiones. Datos a 1 de enero de 2026.

En el caso de las mujeres, la mayor concentración se observa en el tramo inferior al SMI, donde se sitúa aproximadamente el 60% de las pensionistas[19]. El segundo grupo, que agrupa a quienes perciben una pensión entre el SMI y la pensión máxima, representa en torno al 40%, mientras que la presencia femenina en el tramo de pensión máxima o superior es prácticamente residual, apenas alrededor del 1%.

La distribución de los hombres presenta un patrón diferente. El porcentaje de pensionistas varones con pensiones inferiores al SMI ronda el 35%, claramente inferior al de las mujeres. El tramo más numeroso para los hombres es el de pensiones entre el SMI y la pensión máxima, que alcanza aproximadamente el 62% del total. Al igual que en el caso de las mujeres, el grupo que percibe pensión máxima o superior es muy reducido, aunque ligeramente superior, situándose también cerca del 1%.

En suma, mientras que la mayoría de las mujeres se concentran en los tramos de pensiones más bajas, los hombres muestran una mayor presencia en los niveles intermedios de cuantía. Esta distribución refuerza el diagnóstico de una bre-

19 En línea con los datos de la OCDE, *Ibid.*

cha de género en las pensiones de naturaleza estructural, asociada a trayectorias laborales diferenciadas y a la menor intensidad contributiva acumulada por las mujeres a lo largo de su vida laboral.

Si nos fijamos en los distintos tipos de pensiones, aproximación que recoge la siguiente tabla, podemos observar cómo la brecha de género en las pensiones es también aquí estructural[20]. En concreto, la tabla muestra la pensión media percibida por hombres, mujeres y pensionistas sin dato de sexo, desagregada por tipo de prestación (incapacidad permanente, jubilación, viudedad, orfandad y favor familiar), así como el promedio consolidado de todas las pensiones. La última columna recoge la brecha de género, expresada como el porcentaje en que la pensión media femenina es inferior (o superior) a la masculina.

En el caso de la incapacidad permanente, la pensión media de los hombres asciende a 1.274,47 euros, mientras que la de las mujeres se sitúa en 1.110,79 euros, lo que se traduce en una brecha de género del 12,8%, desfavorable para las mujeres. La pensión media total del grupo (1.211,30 euros) queda situada entre ambas cuantías.

Tabla 1. Pensión media por sexo y brecha

	Pensión Media				Brecha de género
	Hombres	**Mujeres**	**No consta**	**Todos los sexos**	
Incapacidad permanente	1.274,47	1.110,79	–	1.211,30	12,8%
Jubilación	1.730,88	1.212,05	1.081,46	1.513,87	30,0%
Viudedad	645,21	967,26	934,56	937,67	–49,9%
Orfandad	530,19	523,53	341,06	527,02	1,3%
Favor familiar	756,63	800,97	–	785,34	–5,9%
Todas las pensiones	**1.577,27**	**1.087,78**	**789,05**	**1.318,86**	**31,0%**

Fuente: INSS, Estadística de pensiones. Año 2025.

[20] Solo en viudedad y favor familiar las mujeres perciben cuantías superiores, debido a las particularidades normativas y demográficas asociadas a estas prestaciones.

La jubilación, principal prestación del sistema, presenta una brecha particularmente elevada. Los hombres perciben una pensión media de 1.730,88 euros, frente a los 1.212,05 euros de las mujeres. La brecha resultante alcanza el 30,0%, una de las más intensas del conjunto, lo que refleja diferencias acumuladas en las carreras contributivas. La pensión media total es de 1.513,87 euros.

En la viudedad, se observa una situación inversa: las mujeres perciben una pensión media superior (967,26 euros) a la de los hombres (645,21 euros). La brecha de género es, por tanto, negativa (–49,9%), reflejando que esta prestación se concentra mayoritariamente en mujeres, beneficiadas por el diseño protector del régimen de viudedad. La pensión media consolidada asciende a 937,67 euros.

Las pensiones de orfandad muestran diferencias reducidas. Los hombres perciben una media de 530,19 euros, y las mujeres 523,53 euros, lo que genera una brecha leve del 1,3%, desfavorable para estas últimas. La pensión media total del grupo es de 527,02 euros.

En el caso de las pensiones en favor de familiares, las mujeres reciben ligeramente más (800,97 euros) que los hombres (756,63 euros), dando lugar a una brecha de género negativa del –5,9%. La pensión media total es de 785,34 euros.

Finalmente, el agregado de todas las pensiones muestra la magnitud estructural de la desigualdad: los hombres perciben de media 1.577,27 euros, frente a los 1.087,78 euros de las mujeres. La brecha global alcanza el 31,0%, una de las más elevadas del cuadro, evidenciando la persistencia de diferencias acumuladas en ingresos laborales y en densidad de cotización a lo largo de la vida laboral[21].

La siguiente tabla presenta la distribución de los pensionistas que perciben complementos a mínimos, desagregada por sexo. Los datos muestran que 1.433.297 mujeres reciben complementos a mínimos, frente a 679.630 hombres, lo que evidencia una clara asimetría en la necesidad de este tipo de apoyo. El peso relativo de estos valores es especialmente significativo cuando se relacionan con el total de pensionistas de cada sexo: mientras que las mujeres pensionistas ascienden a 4.695.636, las que reciben mínimos representan el 30,5%, de modo que casi una de cada tres se encuentra en esta situación. En contraste, los hombres pensionistas

---

21 El dato es idéntico al observado al principio del año 2025, por lo que no se habrían experimentado avances significativos a lo largo de ese año. Instituto de las Mujeres, *Análisis de la brecha de las pensiones en España*, cit., pp. 53-51.

suman 4.759.752, de los cuales solo el 14,3% perciben complementos a mínimos, lo que supone menos de la mitad de la incidencia observada entre las mujeres.

Además de la diferencia en términos absolutos, el cuadro permite analizar la composición por sexo del conjunto total de pensionistas con mínimos en términos relativos. De forma reveladora, el 67,8% de quienes reciben complementos a mínimos son mujeres, frente a un 32,2% de hombres. Esta distribución pone de manifiesto una sobrerrepresentación femenina, especialmente notable si se tiene en cuenta que el número total de pensionistas mujeres y hombres es muy similar[22].

Tabla 2. Pensionistas con mínimos

MUJERES				HOMBRES			
Pensionistas con mínimos mujeres	Total pensionistas mujeres	Porcentaje de mínimos en pensionistas mujeres	Porcentaje de mujeres en pensionistas con mínimos	Pensionistas con mínimos hombres	Total pensionistas hombres	Porcentaje de mínimos en pensionistas hombres	Porcentaje de hombres en pensionistas con mínimos
1.433.297	**4.695.636**	**30,5%**	**67,8%**	**679.630**	**4.759.752**	**14,3%**	**32,2%**

Fuente: INSS, Estadística de pensiones. Datos a 1 de enero de 2026.

La tabla 3 muestra la distribución de pensionistas por clase de pensión (incapacidad permanente, jubilación, viudedad, orfandad y favor de familiares) diferenciando entre el total de personas beneficiarias y su desglose por sexo, así como el porcentaje que representan las mujeres dentro de cada categoría[23].

En el caso de la incapacidad permanente, el total de pensionistas asciende a 1.049.580, de los cuales 404.593 son mujeres y 644.987 son hombres. Las muje-

---

22 Esto tiene consecuencias, incluso, a nivel general. Según la AIReF, con datos de 2023, los hombres tienen una tasa de reemplazo de un 71,9% y las mujeres de un 71,5%. Sin embargo, al analizar esta tasa por edad y género, se observa que, menos para los individuos de 65 y 66 años, son las mujeres las que tienen una tasa de reemplazo algo superior. Especialmente, para las edades de 67 y 68 años las mujeres presentan una tasa mayor que los hombres, debido a la abundancia AIReF, *Documento técnico sobre la suficiencia, equidad y contributividad del sistema de pensiones. Especial atención al impacto de la reforma 2021-2023*, AIReF, Madrid, 2025, pp. 20-21.

23 El análisis conjunto de equidad y contributividad muestra que las principales características que determinan las diferencias entre los individuos de una misma cohorte son el género y el tipo de pensión (mínima, sin topes24 o máxima). *Ibid.*, p. 46.

res representan así el 38,55% del total, lo que refleja una menor participación relativa femenina en este tipo de prestación contributiva, tradicionalmente vinculada a trayectorias laborales más continuas y ocupaciones con mayor exposición al riesgo de incapacidad, ámbitos en los que predominan los hombres.

La jubilación constituye, como es habitual, la categoría con mayor volumen de beneficiarios, con 6.559.061 pensionistas en total. De ellos, 2.691.164 son mujeres y 3.867.878 son hombres, de modo que las mujeres representan el 41,03% del total. Aunque esta proporción es superior a la observada en incapacidad permanente, sigue reflejando una brecha estructural en el acceso a pensiones de jubilación, derivada de carreras contributivas más cortas o discontinuas entre las mujeres.

La categoría de viudedad presenta un perfil completamente distinto. De un total de 1.482.273 beneficiarios, 1.418.547 son mujeres y únicamente 63.719 son hombres. El peso relativo de las mujeres alcanza aquí el 95,70%, lo que evidencia el carácter fuertemente feminizado de esta prestación, asociado a patrones demográficos, diferenciales de esperanza de vida y roles tradicionales de participación laboral que han generado una dependencia histórica del ingreso familiar masculino en generaciones hoy pensionistas.

En orfandad, la distribución es más equilibrada, aunque todavía con predominio masculino. Del total de 318.163 pensiones, 151.430 corresponden a mujeres y 166.718 a hombres, de modo que las mujeres representan el 47,60% del conjunto. Este tipo de prestación presenta, por tanto, una composición relativamente paritaria en comparación con otras modalidades.

Finalmente, en la prestación por favor de familiares, el total de beneficiarios es de 46.352, de los cuales 29.902 son mujeres y 16.450 son hombres. Las mujeres representan el 64,51%, lo que pone de manifiesto que esta prestación, típicamente vinculada a situaciones de dependencia familiar o insuficiencia de cotización, se concentra mayoritariamente en mujeres, coherentemente con su papel tradicional en tareas de cuidado no remuneradas[24].

---

[24] Rodríguez Iniesta, G., "Viudedad, orfandad y protección a otros familiares. Sobre la necesidad de una reorientación en su protección", en *Protección a la Familia y Seguridad Social: Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral, Vol. 2*, Laborum, 2018, pp. 11-42.

Tabla 3. Pensionistas por clase de pensión

	Ambos sexos	Mujeres	Hombres	% Mujeres
Incapacidad Permanente	1.049.580	404.593	644.987	38,55%
Jubilación	6.559.061	2.691.164	3.867.878	41,03%
Viudedad	1.482.273	1.418.547	63.719	95,70%
Orfandad	318.163	151.430	166.718	47,60%
Favor de familiares	46.352	29.902	16.450	64,51%

Fuente: INSS, Estadística de pensiones. Datos a 1 de enero de 2026.

Dejando las pensiones a un lado y centrándonos en la incapacidad temporal (IT), los estudios más recientes evidencian que la incidencia de la IT[25] en mujeres es superior a la de los hombres, pero el crecimiento acumulado en el período 2017-2024 es similar en ambos sexos. La duración de los episodios de baja es también mayor, si bien esta variable se viene incrementando más para ellos que para ellas. Así, la duración media en las mujeres ha evolucionado de 41 días en 2017 a 46,2 días en 2024, lo que representa un crecimiento del 12,6%; mientras que la de los hombres ha pasado de 38,7 días en 2017 a 45,6 días en 2024, lo que supone un incremento del 17,8%[26].

La feminización de esta prestación no puede achacarse a la existencia de algunas modalidades, como las relacionadas con las menstruaciones dolorosas incapacitantes, el embarazo o la interrupción voluntaria del embarazo, únicamente empleables por mujeres, pues se observa a lo largo del período analizado. Sin embargo, algunas de estas contingencias sí que han sido apuntadas, antes de estar cubiertas, como posibles explicaciones. Así, se ha dicho que entre las posibles explicaciones de este fenómeno se encuentran las cuestiones relativas al embarazo, que no se pueden dirigir a través de la prestación de riesgo durante el embarazo o la ya mencionada modalidad de IT, la incidencia de las patologías

25 Entendida como número de episódios. Estos se definen por la AIReF como cada uno de los procesos de baja médica iniciados por una persona trabajadora.

26 AIReF, *Incapacidad Temporal*, Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, Madrid, 2026, pp. 58-59.

ginecológicas o la intuición de que la falta de medios para conciliar la vida familiar y laboral lleven a utilizar fraudulentamente esta vía[27].

Por lo que respecta a las prestaciones familiares, dentro de estas, la que es la más importante cuantitativamente, la de nacimiento y cuidados, muestra una situación muy pareja, lo que es el resultado del proceso de igualación y unificación de las antiguas prestaciones de maternidad y paternidad. La siguiente tabla detalla las cifras sobre los procesos cerrados de nacimiento y cuidado del menor durante el período comprendido entre enero y diciembre de 2025, distinguiendo entre procesos correspondientes a ambos progenitores y aquellos gestionados por familias monoparentales, su distribución por sexo y la duración media en días, lo que permite caracterizar tanto la dimensión cuantitativa como la intensidad temporal de estas prestaciones.

En el grupo correspondiente a ambos progenitores, se registraron 505.794 procesos, con una duración media de 110,98 días. De ese total, 237.540 procesos fueron tramitados por mujeres, con una duración media de 112,98 días, mientras que los 268.254 procesos restantes correspondieron a hombres, cuya duración media fue de 109,21 días. Estas cifras ponen de manifiesto dos patrones ya observados en el uso de estas prestaciones: por un lado, una participación equilibrada entre mujeres y hombres en el número de procesos; por otro, una ligera mayor duración media de los procesos gestionados por mujeres, lo que sugiere que, incluso en un marco normativo que promueve la corresponsabilidad, persisten diferencias en la intensidad y el uso temporal de los permisos.

Por su parte, las familias monoparentales registraron 7.224 procesos. La distribución por sexo muestra una marcada asimetría: 5.892 procesos fueron tramitados por mujeres, mientras que solo 1.332 procesos correspondieron a hombres. Además, los procesos gestionados por mujeres presentan una duración media de 136,26 días, significativamente superior tanto a la duración media del conjunto como a la registrada por los hombres en el mismo grupo, cuya duración se sitúa en 110,64 días. La mayor duración observada en los casos monoparentales femeninos (monomarentales) es coherente con la mayor carga efectiva de cuidados

---

27 Blázquez Agudo, E. M.: "Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género", en Blázquez Agudo, E. M. (ed.): *Diagnóstico desde la perspectiva de género de los procesos de baja por incapacidad temporal por contingencias comunes*, Universidad Carlos III de Madrid, 2017, pp. 27-36, fecha de consulta 21 febrero 2026, en: https://hdl.handle.net/10016/25641.

que suelen asumir las mujeres. Este tipo de unidades son un núcleo de precariedad y desprotección muy relevante, pues En la mayoría de los casos, estas mujeres no generan ingresos suficientes, o bien, se ven obligadas a aceptar empleos precarios, de jornada reducida o con una baja remuneración, sufriendo niveles de pobreza muy superior a la media[28].

En conjunto, la tabla permite extraer varias conclusiones relevantes. En primer lugar, se observa que, aunque el número de procesos entre ambos progenitores se distribuye de manera relativamente equilibrada por sexo, persisten diferencias en la duración media, que continúa siendo más elevada en el caso de las mujeres. En segundo lugar, la distribución de los procesos en familias monoparentales pone de manifiesto su fuerte feminización, lo que refleja la sobrerrepresentación de las mujeres en este tipo de estructuras familiares y la consiguiente mayor exposición a las tareas de cuidados. Por último, las diferencias en duración entre mujeres y hombres en ambos grupos sugieren que, pese a los avances normativos, las desigualdades de género en el reparto y en el tiempo dedicado al cuidado del menor continúan presentes. De hecho, desde el ámbito sindical se ha señalado que hay más segundos progenitores varones porque la primera persona progenitora, generalmente mujer, no suele tener derecho a la prestación, y que las diferencias en duración indicarían que muchos varones no la agotan[29].

Tabla 4. Procesos cerrados de nacimiento y cuidado del menor (número y duración media)

	Ambos sexos		Mujeres		Hombres	
	Número de procesos	Duración media (en días)	Número de procesos	Duración media (en días)	Número de procesos	Duración media (en días)
Ambos progenitores	505.794	110,98	237.540	112,98	268.254	109,21
Monoparentales	7.224	131,54	5.892	136,26	1.332	110,64

Fuente: INSS, Estadística de otras prestaciones. Datos de enero a diciembre de 2025.

---

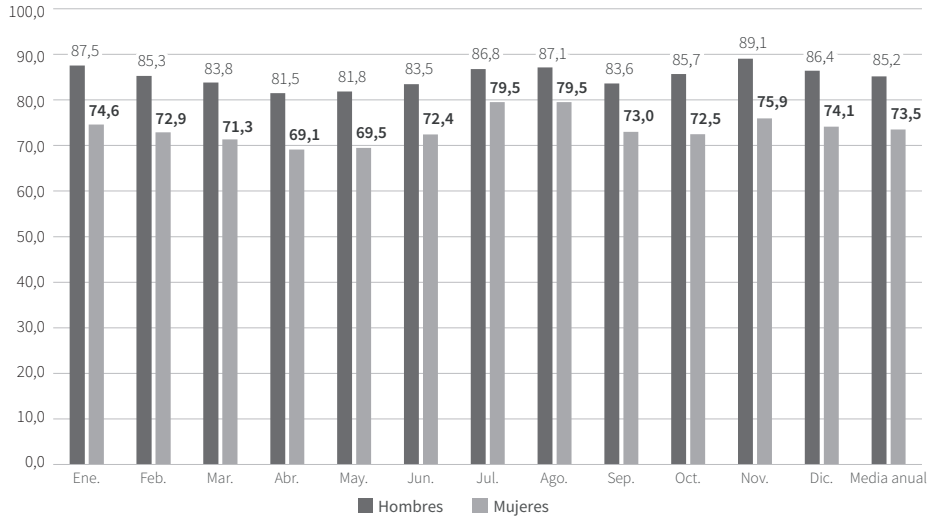
28 Instituto de las Mujeres, *Análisis de la brecha de las pensiones en España*, cit., pp. 118-119.

29 USO, "La prestación por nacimiento sigue durando más entre las mujeres", *Sindicato USO*, 2026, fecha de consulta 21 febrero 2026, en https://www.uso.es/la-mayor-duracion-de-la-prestacion-por-nacimiento-sigue-siendo-para-mujeres/.

De hecho, en los márgenes de la Seguridad Social, el número de excedencias por cuidados ha aumentado en España, pasando, en 2024, de 53.471 casos a 54.639 en 2025, un 2,1% más. El peso de los hombres ha aumentado ligeramente, pero la diferencia sigue siendo muy notable. En 2024, ellas representaron el 84,38% de este tipo de excedencias (45.118 peticiones), mientras que en 2025 se rebajó el porcentaje al 83,09% (45.400). Es decir, esa ligera mejora en la implicación de los hombres en los cuidados únicamente ha supuesto el 16,90% de las excedencias de este tipo, 9.239[30].

Por último, en materia de protección por desempleo, ya hemos advertido que la tasa de cobertura es inferior para ellas, un 69,1%, que para ellos, un 75,4%[31]. De hecho, tal y como puede observarse en el siguiente gráfico se trataría de un fenómeno que se mantiene de forma constante y que afectaría a todas las prestaciones, si bien la que menos sería la contributiva[32].

Gráfico 7. Tasa de cobertura por sexo



Fuente: elaboración propia a partir de la estadística de prestaciones (SEPE). Año 2025.

---

30 *Ibid.*

31 SEPE, Estadística de prestaciones. Resumen de datos a 2025.

32 Instituto de las Mujeres, *Análisis de la brecha de las pensiones en España*, cit., p. 61. Para un análisis de esta prestación desde la perspectiva de género, véase Martínez Barroso, M. R.: "La protección social de las trabajadoras: la brecha de género en las prestaciones de jubiliación y desempleo", en Rodríguez Escanciano, S., Martínez Barroso, M. R., Álvarez Cuesta, H. (eds.) *La empleabilidad y la calidad en el empleo: apostando por la igualdad efectiva*, Sepin, 2019, pp. 216-224.

3. EL NIVEL ASISTENCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Por lo que respecta al nivel asistencial de protección, dos son los polos sobre los que pivota la acción protectora del sistema. Por una parte, el ingreso mínimo vital (IMV), que sería, sin lugar a dudas, la prestación más importante en cobertura y eficacia; por otra, las prestaciones no contributivas, que, si bien constituyeron un auténtico hito en el momento de su creación, hoy tienen una importancia menor ante el mucho más potente IMV.

Comenzando precisamente por este último[33], el rasgo fundamental es su indudable feminización. Tal y como muestra el siguiente gráfico, dos de cada tres personas beneficiarias son mujeres, frente al tercio restante que serían hombres. Ello es lógico si se piensa en las condiciones de trabajo y empleo que enfrentan las mujeres y a que hicimos mención anteriormente, pero también a que las mujeres sufren niveles de pobreza o riesgo de pobreza superiores a los hombres e integran también de forma mayoritaria las familias monoparentales, unidades también especialmente vulnerables a este respecto[34].

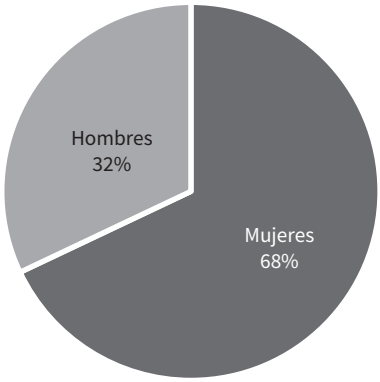
Pero si el IMV es netamente femenino, las prestaciones no contributivas, tanto pensiones (PNC) como prestaciones sociales y económicas para personas con discapacidad (PSPD) también lo son claramente. De ellas, a los efectos del presente estudio bastará con que nos centraremos únicamente en su análisis conjunto, sin perjuicio de que en la tabla 6 y tabla 7 ofrezcamos información más detallada y desagregada para cada una de estas prestaciones.

---

33 Dueñas Herrero, L. J.: "Brecha de género en pensiones e ingreso mínimo vital", en Molero Marañón, M. L. (ed.) *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos,* Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 703-733.

34 La única buena noticia que podría extraerse de esta caracterización es que la eficacia de esta prestación en la lucha contra la pobreza beneficia especialmente a las mujeres, por más que lo verdaderamente relevante debiera ser atajar las causas estructurales de esta, tal y como mencionaremos más adelante. Sea como fuere, las evaluaciones más recientes parecen mostrar un grado de eficacia relativamente alto (en 2024, el IMV habría reducido la tasa de pobreza un 9,5% y la brecha de pobreza un 30,3%), si bien parece que tendría un potencial de acción bastante mayor (para las mismas variables, el IMV sería capaz de alcanzar el 16,2% y el 58,2% respectivamente si llegara a todos los hogares elegibles). AIReF, *Ingreso Mínimo Vital*, Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, Madrid, 2026.

Gráfico 8. Titulares del ingreso mínimo vital por sexo



Fuente: INSS, Estadística de prestaciones. Diciembre de 2025.

Pues bien, la tabla siguiente presenta precisamente la distribución de las pensiones no contributivas y de las prestaciones sociales y económicas para personas con discapacidad, distinguiendo el número total de titulares y su desglose por sexo, tanto en términos absolutos como porcentuales.

En el caso de las pensiones no contributivas, el total de beneficiarios asciende a 471.309 personas, de las cuales 298.625 son mujeres y 172.684 son hombres. Esto significa que las mujeres representan el 63,36% del total, mientras que los hombres constituyen únicamente el 36,64%. La marcada sobrerrepresentación femenina en este tipo de prestaciones refleja, de nuevo, su mayor exposición a trayectorias laborales discontinuas, inestables o con escasa cotización, así como su mayor riesgo de insuficiencia de ingresos a lo largo de la vida[35].

En cuanto a las prestaciones sociales y económicas para personas con discapacidad, se contabilizan 6.799 titulares, de los cuales 4.492 son mujeres y 2.307 son hombres. La distribución porcentual es similar a la observada en las PNC: las mujeres representan el 66,07% del total, frente al 33,93% de los hombres. De ahí que las conclusiones sobre las causas de esta sobrerrepresentación femenina que extrajimos para aquellas (también para el IMV) sean extrapolables a estas.

---

35 Ron-Latas, R. P., Lousada Arochena, J. F.: "Pensiones no contributivas en perspectiva de género: norma y realidad", *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, 12, 2017, Laborum, pp. 105-121.

Sumando ambas modalidades, el total de beneficiarios de PNC y PSPD alcanza 478.108 personas, de las cuales 303.117 son mujeres y 174.991 son hombres. Ello sitúa el peso relativo de las mujeres en el 63,40% del total, una proporción prácticamente idéntica a la observada en cada una de las prestaciones por separado.

Tabla 5. Total pensiones no contributivas (PNC) y Prestaciones Sociales y Económicas para personas con discapacidad (PSPD)

Total PNC					
Hombres		**Mujeres**		**Total**	
nº	% (1)	nº	% (1)	nº	% (1)
172.684	36,64%	298.625	63,36%	471.309	100,00%
Prestaciones sociales y económicas para personas con discapacidad					
Hombres		**Mujeres**		**Total**	
nº	% (1)	nº	% (1)	nº	% (1)
2.307	33,9%	4.492	66,07%	6.799	100,00%
Total PNC y PSPD					
Hombres		**Mujeres**		**Total**	
nº	% (1)	nº	% (1)	nº	% (1)
174.991	36,6%	303.117	63,40%	478.108	100,00%

Fuente: elaboración propia a partir de (IMSERSO) Perfil del beneficiario de PNC y PSPD. Avance de 2025.

Tabla 6. Pensiones no contributivas (PNC)

PNC de jubilación						**PNC de invalidez**						**PNC de jubilación derivada de invalidez**					
Hombres		**Mujeres**		**Total**		**Hombres**		**Mujeres**		**Total**		**Hombres**		**Mujeres**		**Total**	
nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%
68.819	28,2%	174.630	71,7%	243.449	100%	86.338	50,9%	83.295	49,1%	169.633	100%	17.527	30,1%	40.700	69,9%	58.227	100%

Fuente: elaboración propia a partir de (IMSERSO) Perfil del beneficiario de Pensiones no contributivas. Avance de 2025.

Tabla 7. Prestaciones Sociales y Económicas para personas con discapacidad (PSPD)

Subsidio de garantía de ingresos mínimos						Subsidio por ayuda a tercera persona					
Hombres		Mujeres		Total		Hombres		Mujeres		Total	
nº	% (1)	nº	% (1)	nº	% (1)	nº	% (1)	nº	% (1)	nº	% (1)
137	6,8%	1.884	93,22%	2.021	100,00%	23	12,0%	168	87,96%	191	100,00%
Subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte						**Asistencia sanitaria y prestación farmacéutica**					
Hombres		Mujeres		Total		Hombres		Mujeres		Total	
nº	% (1)	nº	% (1)	nº	% (1)	nº	% (1)	nº	% (1)	nº	% (1)
227	34,6%	430	65,45%	657	100,00%	1.976	46,8%	2.244	53,18%	4.220	100,00%

Fuente: elaboración propia a partir de (IMSERSO) Perfil del beneficiario de Prestaciones Sociales y Económicas para personas con discapacidad. Avance de 2025.

De este breve análisis del conjunto de prestaciones no contributivas puede concluirse, parafraseando las valoraciones del CES en torno al IMV, pero que son extensibles al conjunto de la acción protectora del nivel asistencial, que el hecho de que casi siete de cada diez prestaciones del IMV y dos de cada tres PNC y PSPD se reconozcan en favor de mujeres, junto con la realidad de que la mayoría de las familias monoparentales en España están encabezadas por mujeres, pone de relieve el fenómeno de la feminización de la pobreza y el riesgo de que, a largo plazo, se consolide un sistema de protección social dual. Este descansaría, por un lado, en un subsistema en el que los hombres sean predominantes, con una cobertura por desempleo contributiva, más robusta en cuanto a expectativas de derechos, cuantías y posibilidades de reincorporación al mercado laboral; por otro, en un subsistema no contributivo o semicontributivo, en el que las mujeres (o personas mayores de cincuenta años) serían mayoritarias, como de hecho ya ocurre, con instrumentos de protección social con menores cuantías y expectativas de reincorporación laboral y de derechos más limitadas[36].

36 CES, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2024*, cit.; Exrapolado de las conclusiones del CES para el IMV, pero que, a nuestro juicio, son también aplicables al conjunto del nivel asistencial y, por ende, a la totalidad del sistema de Seguridad Social. Instituto de las Mujeres, *Análisis de la brecha de las pensiones en España*, cit., p. 599.

4. MEDIDAS QUE SE HAN PUESTO ENCIMA DE LA MESA

Ante la realidad descrita en apartados anteriores, nuestro ordenamiento jurídico ha venido articulando una serie de mecanismos correctivos en el sistema de Seguridad Social con el objetivo de atenuar la brecha prestacional. Estas medidas pueden dividirse en directas, esto es, aquellas destinadas específicamente a facilitar el acceso a la protección y a mejorar la intensidad de la acción protectora[37]; e indirectas, es decir, aquellas que, sin afectar a la carrera de cotización, facilitan que estas sean más estables y robustas, al incentivar mejores empleos y más estables, como los incentivos a la contratación, la gestión flexible del tiempo de trabajo o los servicios de cuidado.

En el ámbito del acceso a la protección, una reforma esencial ha sido la equiparación total de la jornada parcial con el contrato a tiempo completo a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor. Esta medida elimina los antiguos coeficientes de parcialidad, garantizando que cada día trabajado cuente como un día cotizado para el acceso a estas prestaciones, con independencia del número de horas realizadas (art. 247.1 LGSS)[38]. Como se sabe, la redacción actual proviene de la reforma introducida por el Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (en adelante, RDL 2/2023)[39], a resultas de la jurisprudencia derivada del caso Villar Láiz.

En efecto, siguiendo la doctrina establecida por la STJUE de 8 de mayo de 2019 (asunto C-161/18), el Tribunal Constitucional concluyó que la adaptación

---

37 Aragón Gómez, M. C.: "El impacto de la brecha salarial en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social", *Documentación Laboral*, 115, 2018, Cinca, pp. 53-80.

38 Monereo Pérez, J. L., López Insua, B. M.: "Mujer y Seguridad Social: igualdad y brecha de género", en Monereo Pérez, J. L., Moreno Vida, M. N., Maldonado Molina, J. A. (eds.) *La brecha de género en pensiones*, Laborum, 2025, pp. 23-195; Rodríguez Cardo, I. A.: "Reglas de cómputo de períodos de trabajo a tiempo parcial y de integración de lagunas de cotización: dos factores potenciales de discriminación indirecta por razón de sexo", en Monereo Pérez, J. L., Moreno Vida, M. N., Maldonado Molina, J. A. (eds.) *La brecha de género en pensiones*, Laborum, 2025, pp. 351-380.

39 BOE de 17/03/2023, núm. 65.

por coeficientes vulneraba el principio de proporcionalidad. Con el régimen anterior, a la reducción de la base reguladora aplicable al trabajador a tiempo parcial, derivada de su menor base de cotización, se añadía además una minoración del período de cotización computable para determinar el porcentaje aplicable sobre aquella base a efectos de fijar la cuantía de la pensión de jubilación. Esta doble reducción no operaba respecto de los trabajadores a tiempo completo, generando así un trato desigual carente de justificación objetiva y razonable. En consecuencia, en la STC 91/2019, de 3 de julio, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del precepto cuestionado no solo por vulneración del derecho a la igualdad entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial (inciso primero del art. 14 CE), sino también por constituir una discriminación indirecta por razón de sexo (inciso segundo del art. 14 CE). Ello, en la medida en que la regulación producía un efecto perjudicial en el acceso y disfrute de la protección social que afectaba de forma predominante a las mujeres trabajadoras, como ponían de manifiesto los datos estadísticos. Posteriormente, la STC 155/2021, de 13 de septiembre extendió la doctrina sentada en la STC 91/2019 al cálculo de la cuantía de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común. Como consecuencia de ambas resoluciones, el artículo 248.3 LGSS quedó privado de contenido material, lo que motivó su derogación por el RDL 2/2023, al carecer ya de toda virtualidad práctica[40].

Esta solución para el trabajo a tiempo parcial, que esta misma reforma había extendido al trabajo fijo discontinuo, ha sido sustituida posteriormente por la regla anterior, de tal suerte que en tanto que el apartado 2 del mencionado artículo 247 LGSS recupera para los trabajadores fijos-discontinuos la aplicación del coeficiente de 1,5 por obra del Real Decreto Ley 11/2024, de 23 de diciembre, para la mejora de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo (en adelante, RDL 11/2024)[41]. Debe advertirse, no obstante, que el coeficiente es aplicable a efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad

---

40 Aragón Gómez, M. C.: "La reforma de las pensiones en el RD Ley 2/2023, de 16 de marzo", *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, 2, 2023, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 105-106. Sobre la "saga" de sentencias que dieron pie a esta solución jurídica, un breve análisis puede consultarse en Pérez del Prado, D.: "El caso Villar Láiz o el Día de la marmota", *El Foro de Labos*, 2019, fecha de consulta 23 febrero 2026, en https://www.elforodelabos.es/2019/05/el-caso-villar-laiz-o-el-dia-de-la-marmota/.

41 BOE de 24/12/2024, núm. 309.

permanente y muerte y supervivencia, mientras que en los casos de incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los periodos de alta con un contrato fijo-discontinuo. La vuelta atrás se ha justificado en el hecho de que "quedó en evidencia que el nuevo y más favorable trato a los trabajadores a tiempo parcial -todos los días de alta son días de cotización- perjudicaba a los fijos-discontinuos, en tanto en cuanto los periodos de inactividad, salvo que tuviesen derecho a desempleo contributivo o subsidio de mayores de 52 años, quedaban fuera del ámbito de protección del artículo 247 LGSS. Este coeficiente, les dota de mayor protección"[42].

En este mismo ámbito, debe recordarse que se mantiene la obligación de cotizar en situaciones de suspensión contractual, como el riesgo durante el embarazo o los permisos por nacimiento y cuidado, asumiendo la empresa las aportaciones (art. 144.4 LGSS) y siendo computables a efectos de los distintos períodos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones (art. 165.3 LGSS). En lógica consecuencia, se ha dicho que esta regla traslada el peso de la protección a la empresa, que tiene que asumir el coste de la cuota patronal aun cuando no existe una correlativa contraprestación de servicios[43]. Tradicionalmente esto se ha compensado con una bonificación en la contratación de la persona sustituta, y de ahí la importancia de calibrar el modo en que se configura este incentivo, tal y como explicaremos un poco más adelante.

En ese mismo precepto, el apartado segundo, señala que "en las prestaciones cuyo reconocimiento o cuantía esté subordinado, además, al cumplimiento de determinados períodos de cotización, solamente serán computables a tales efectos las cotizaciones efectivamente realizadas o las expresamente asimiladas a ellas en esta ley o en sus disposiciones reglamentarias". Por consiguiente, al margen de las cotizaciones reales, las llamadas cotizaciones ficticias se refieren a periodos en los que no ha existido obligación de cotizar y, sin embargo, se van a considerar

---

42 Arenas Gómez, M.: "Breve análisis del RDLey 11/2024. Enésima, pero seguro que no última, reforma de la pensión de jubilación", *otroblogmás, pero este es el mío!!!!*, 2025, fecha de consulta 23 febrero 2026, en https://miguelonarenas.blogspot.com/2025/01/breve-analisis-del-rdley-112024-enesima.html.

43 Aragón Gómez, M. C.: "El impacto de la brecha salarial en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social", cit., p. 66.

como tiempo cotizado a los efectos expresamente previstos en la Ley, por lo que aquí concierne, en lo que hace al acceso y a la acción protectora[44].

El mecanismo de las cotizaciones ficticias[45] busca neutralizar el perjuicio derivado de los períodos de inactividad como consecuencia de la mayor dedicación al trabajo no retribuido de cuidados[46]. Dentro de este instrumento jurídico se incluyen: 1) a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, se computan a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple (art. 235 LGSS); 2) se reconoce como período de cotización, a todos los efectos (salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido) y en todos los regímenes, el tiempo de interrupción de la actividad laboral motivado por la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones por desempleo cuando tales circunstancias se hayan producido entre los nueve meses anteriores al nacimiento o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación, y hasta un máximo de 270 días por cada hijo o menor acogido (art. 236 LGSS); 3) se contabilizan los períodos de hasta tres años de excedencia por cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, y nacimiento y cuidado de hijos[47] (art. 237.1 LGSS); 4) posteriormente, esta ficción de tres años se ha extendido también a los periodos de suspensión por excedencia por cuidado de

---

44 Arts. 6 y 7 RD 1335/2005 y Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social (BOE 22/11/2005, núm. 279).

45 Grau Pineda, C., *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo, 2021, pp. 155-161.

46 Rodríguez González, S.: "Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones", *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, 38, 2017, Servicio de Publicaciones, pp. 93-125.

47 Conforme a lo previsto en el artículo 46.3 ET. Se ha criticado, por cierto, que quede fuera la incapacidad temporal. Blasco Jover, C.: "Diferencias de trato en el ejercicio de ciertos derechos prestacionales y propuestas de mejora normativa", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, 2, 2021, ADAPT University Press, pp. 194-198.

otros familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida (art. 337.2 LGSS), eliminando la disparidad histórica que limitaba este beneficio a un solo año[48], pero dejando el aplicación efectiva del año restante en manos de los interlocutores sociales, pues el artículo 46.3 ET sigue haciendo mención a dos años, discordancia entre lo laboral y la protección social que debiera corregirse; 5) de forma similar, también se ha extendido a tres años el período computado en caso de reducción de jornada por cuidado del menor (art. 37.6 ET), tiempo durante el cual las cotizaciones se computan incrementadas hasta el 100% de la cuantía que habría correspondido si se hubiera mantenido la jornada sin dicha reducción (art. 237.3 LGSS). No obstante, esta medida se queda corta, a juicio de algunos análisis, porque consideran que se debería extender el beneficio de la cotización ficticia a la totalidad del tiempo durante el que se disfrute la reducción de jornada, como así se ha contemplado en la prestación familiar contributiva derivada de la excedencia por cuidado de un menor, y en los casos en que la reducción de jornada encuentra su causa en el cuidado de un menor afectado por cáncer o enfermedad grave[49]; 6) cuando las situaciones de excedencia por cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción o por cuidado de familiares hubieran estado precedidas por una reducción de jornada, en los términos previstos en el artículo 37.6 ET, a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, se computarán las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada, incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo; y, por último, 7) también por imposición de la jurisprudencia en materia discriminatoria, el tiempo dedicado al llamado "servicio social femenino", se reconoce ahora normativamente como período cotizado para el acceso a la jubilación anticipada

---

48 Tortuero Plaza, J. L.: *50 propuestas para racionalizar la Maternidad y facilitar la Conciliación Laboral: (Del permiso de paternidad obligatorio – al apoyo a las Pymes)*, Civitas, 2006, pp. 196-197.

49 Rodríguez Bravo De Laguna, J. J.: "La reforma del sistema de pensiones con perspectiva de género", *Documentación Laboral, 133*, 2024, Cinca, p. 106. Las modificaciones de los apartados 3 y 4 del art. 237 LGSS fueron introducidos por el RDL 2/2023.

(arts. 207 y 208 LGSS) y parcial (art. 215 LGSS), igualando el trato respecto al servicio militar[50].

Del conjunto de estas ficciones o, si se prefiere, de esta herramienta jurídica, se ha dicho que, siendo una herramienta útil, frecuentemente no resulta suficiente. Varios son los motivos que se aducen, como que solo se activa como consecuencia del ejercicio de determinados derechos (excedencia por cuidado de hijos y familiares y reducción de jornada por guarda legal); está sujeta a relevantes restricciones temporales en algunos casos, no cubriendo la duración íntegra de los derechos sobre los que proyecta sus efectos; o que, dado que su efectividad queda diferida al momento de causar la correspondiente pensión, en algunos supuestos de carreras profesionales inestables, puede incluso no llegar a materializarse[51].

Como media referida a la intensidad de la cobertura de forma exclusiva, nos encontramos con el antiguo "complemento de maternidad por aportación demográfica", hoy denominado, por el momento, "complemento para reducir la brecha de género"[52].

Como es sabido, el entonces complemento de maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social entró en vigor el 1 de enero de 2016. Este complemento, conocido como complemento por maternidad, se justificaba, según la redacción original del artículo 60 LGSS, por la aportación demográfica de las mujeres al sistema de Seguridad Social, encarnando una auténtica medida de acción positiva derivada del impacto negativo en la carrera de seguro derivada de la asunción de responsabilidades de cuidado de hijos.

---

50 El Tribunal Supremo unificó doctrina mediante su STS de 3 de diciembre de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:6137), al entender que la norma debía aplicarse con perspectiva de género. Este pronunciamiento fue asumido por la entidad gestora, no solo a efectos de la jubilación anticipada, sino también de la jubilación parcial, que adolecía de la misma deficiencia (Criterio de gestión 3/2020, de 18 de febrero). Posteriormente, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones (BOE de 29/12/2021, núm. 312) positivizó el criterio jurisprudencial, si bien circunscribiéndolo inicialmente a la jubilación anticipada. Más adelante, la Ley 24/2022, de 25 de noviembre, extendió dicha solución también a la jubilación parcial.

51 Grau Pineda, C., *La brecha de las pensiones en España*, cit., p. 61.

52 Vivero Serrano, J. B.: "El complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género fulminado por el TJUE", *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Declarada de utilidad pública*, 2025, pp. 225-255, fecha de consulta 18 septiembre 2025, en https://www.aedtss.com/el-complemento-de-pensiones-para-la-reduccion-de-la-brecha-de-genero-fulminado-por-el-tjue/.

La STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto, C-450/18, caso W. c. INSS), declaró que este complemento resultaba discriminatorio por reconocerlo únicamente a las mujeres, vulnerando así el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social. Tras el duro golpe de la sentencia del TJUE, el legislador reaccionó en 2021 mediante el Real Decreto Ley 3/2021, que reformuló completamente este instrumento jurídico e introdujo el complemento para la reducción de la brecha de género, sustituto del anterior, empleando en buena medida el análisis seguido por la opinión del abogado general en el mencionado asunto[53].

Pese a la reforma, las dudas sobre la compatibilidad del nuevo complemento con el derecho de igualdad continuaron y la cuestión volvió al TJUE. En este contexto, el Tribunal emitió la STJUE de 14 de septiembre de 2023 (asunto C-113/22, caso DX vs INSS), en la que, sin declarar todavía la nulidad de la nueva regulación, advirtió que persistían problemas de discriminación y abrió la puerta a la indemnización de los hombres afectados cuando la Administración se resistía a aplicar su doctrina. Finalmente, en 2025, el TJUE resolvió, mediante las STJUE de 15 de mayo de 2025 acumuladas (asuntos C-623/23 y C-626/23, casos Melbán y Sergamo), que el complemento para la reducción de la brecha de género seguía siendo discriminatorio, porque imponía a los hombres requisitos adicionales no exigidos a las mujeres. El TJUE declaró que el diseño normativo español vulneraba nuevamente la Directiva 79/7/CEE sobre igualdad de trato en materia de seguridad social, dado que la justificación basada en la desigualdad histórica no habilitaba un trato diferenciado en las condiciones de acceso. Tras esta resolución europea, la STS de 25 de junio de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:3173), dictada por el Pleno de la Sala de lo Social, declaró que el complemento para la reducción de la brecha de género debía reconocerse a los varones en las mismas condiciones que a las mujeres, invalidando la exigencia de requisitos adicionales para ellos y confirmando que el artículo 60 LGSS, en su redacción derivada del RDL 3/2021, vulneraba el Derecho europeo.

En este contexto tan difícil desde el puno de vista de género, se ha dicho que la viabilidad de una potencial nueva reforma del complemento de pensiones dependería de su capacidad para armonizar las exigencias del TJUE con una

---

53 Conclusiones del Abogado General Sr. Micha Bobek, presentadas el 10 de septiembre de 2019.

reducción efectiva de la brecha de género[54]. Frente a quienes abogan por su eliminación, se propone un modelo basado en la neutralidad absoluta, donde el beneficio se asigne automáticamente al progenitor con la pensión de menor cuantía. Este enfoque garantiza que, debido a la realidad del mercado laboral, las mujeres sigan siendo las principales beneficiarias, permitiendo además que el derecho sea transferible si el otro progenitor acredita un mejor derecho en el futuro. Para evitar incentivar el abandono del mercado laboral, resulta fundamental que el acceso no esté condicionado a la acreditación de lagunas de cotización o periodos de cuidado, manteniendo su carácter automático e incondicionado por el mero hecho de la paternidad o maternidad. Actualmente, esta estructura ya opera mediante circulares ministeriales debido al bloqueo parlamentario, lo que genera una discrepancia temporal entre la práctica jurídica y el texto del artículo 60 de la LGSS. En una futura modificación legislativa, sería imprescindible dotar al complemento de un verdadero carácter reparador y social, extendiendo su aplicación tanto a las pensiones ya causadas como a las modalidades no contributivas[55].

Al margen del complemento, aunque influenciado por el debate en torno a él, la DT 41.ª LGSS prevé lo que acertadamente se ha denominado una regla privilegiada de integración de lagunas[56]. Así, las reglas generales de integración previstas en los arts. 197.4 y 209.1.b) LGSS, se ven mejoradas, según el título de

---

54 Ballester Pastor, M. A.: "Diez años viviendo peligrosamente: tribulaciones y expectativas del complemento de pensiones", *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Declarada de utilidad pública*, 2026, fecha de consulta 16 febrero 2026, en https://www.aedtss.com/diez-anos-viviendo-peligrosamente-tribulaciones-y-expectativas-del-complemento-de-pensiones/.

55 *Ibid.* Al margen quedaría un problema jurídico no menor, que es el de la posición restrictiva, cuando no contraria, del TJUE respecto de las medidas de acción positiva a favor de las mujeres. De la jurisprudencia de Luxemburgo se ha dicho, tras repasar los principales casos, de forma muy plástica que "el balance de la doctrina comunitaria sobre acciones positivas a favor de la mujer arroja un paradójico resultado: los varones han acabado consiguiendo acceder a beneficios que se habían configurado como promocionales a favor de la mujer. El Tribunal de Luxemburgo, por tanto, actúa aquí más como un freno que como un estímulo; no se trata de censurar negativamente, sino de constatar la realidad de lo acaecido". Sánchez Trigueros, C.: "Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE", *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 4, núm. 2, 2019, p. 68.

56 Aragón Gómez, M. C.: "El impacto de la brecha salarial en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social", cit., p. 71.

la norma "en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación sea superior al 5%", es decir con un claro propósito de género.

Así, mientras que la brecha de género en las pensiones sea superior al 5% (en los términos de la DA 37.ª), para el cálculo de la pensión de jubilación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena a las que sea de aplicación la integración de períodos sin obligación de cotizar (art. 209.1 LGSS), los meses en los que no haya existido obligación de cotizar, desde la cuadragésima novena mensualidad hasta la sexagésima, se integrarán con el 100%de la base mínima de cotización, mientras que será del 80% de la misma base desde la mensualidad sexagésima primera a la octogésima cuarta.

Para evitar problemas de discriminación indirecta, la norma prevé el mismo mecanismo y en las mismas condiciones para la pensión de jubilación de los varones, "siempre que en relación con alguno de los hijos acrediten los requisitos establecidos en las reglas 1.ª o 2.ª del artículo 60.1.b), si bien no se exigirá que la pensión del hombre sea superior a la del otro progenitor ni que este deba tener derecho al complemento para la reducción de la brecha de género". Ahora bien, si para el complemento para la brecha de género se ha entendido que no puede someterse a los hombres a ninguna condición, parecería razonable aplicar aquí también el mismo criterio, so pena de incurrir en la misma problemática. Así lo ha entendido el INSS en su Criterio 17/2025[57].

Por último, en cuanto a las medidas indirectas, debe advertirse que nos encontramos aquí ante una amalgama de herramientas, frecuentemente mencionadas en la literatura, pero de perfiles muy difusos, pues entremezclan finalidades diversas y su efecto final sobre la brecha prestacional es incierto. Estas medidas tienen como nexo común el fomento de la corresponsabilidad, y también en parte, la promoción del empleo femenino, de tal suerte que se propicie un efecto indirecto en el mercado de trabajo de igualación de costes, sin importar el sexo, que tenga su directa traslación en el ámbito de la protección social. Esta naturaleza brumosa, unida a razones de espacio, explican que aquí se desarrollen de forma sucinta.

---

57 https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/5524c104-f12f-4e25-b999-115b3cd6a727/CI+17-2025+Aplicaci%C3%B3n+DT+41+TRLGSS.pdf?MOD=AJPERES

La primera de ellas son los incentivos a la contratación o medidas de fomento del empleo, pues, como se ha señalado sirven "tanto para robustecer la utilización de las medidas de conciliación como para fortalecer la posición de la mujer en el momento de acceder a las pensiones"[58]. Aquí tradicionalmente se han destacado las bonificaciones referidas a la contratación temporal de personas desempleadas (hoy únicamente menores de 30 años) para sustituir a personas trabajadoras cuyo contrato esté suspendido por riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, nacimiento y cuidado del menor o la menor o ejercicio corresponsable del cuidado del menor o de la menor lactante. Esta bonificación ha pasado por diversas vicisitudes en los últimos años, siendo hoy en día una ayuda financiera a tanto alzado de 366 euros al mes mientras dure la sustitución[59]. Aunque es una buena noticia que, frente a períodos anteriores, se haya recuperado, lo cierto es que su delimitación a colectivos muy concretos y su fijación con una cuantía concreta, en vez del 100% de la cotización, responde más a criterios de política de empleo que de género, lo que podría tener un impacto en términos de empleo de la persona sustituida, de otras personas de la plantilla que pudieran verse obligadas a asumir más tareas, así como en relación al ejercicio de los derechos vinculados a las prestaciones mencionadas. De ahí la necesidad de evaluar qué impactos está teniendo esta nueva configuración de la bonificación desde esta otra perspectiva.

Dentro de este ámbito también puede englobarse la nueva regla prevista en la DA 10.ª ET para la jubilación forzosa, que exceptúa el límite general mínimo de 68 años, rebajándolo a la edad ordinaria de jubilación, "con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género". En concreto, el mencionado límite de 68 años podrá rebajarse, por convenio colectivo, hasta la edad ordinaria de jubilación cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20% de las personas ocupadas en las mismas. En la medida en que pueda servir para el fomento del

---

58 Grau Pineda, C. y Rodríguez González, S.: *Conciliación y seguridad social: la brecha de género en el sistema de pensiones*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 86.

59 Artículo 17 del Real Decreto Ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas (BOE de 11/01/2023, núm. 9).

empleo femenino en sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas puede coadyuvar también a la reducción de la brecha prestacional[60].

La disponibilidad de servicios de cuidados también incide de forma indirecta en el empleo y en las condiciones de trabajo y de vida de las mujeres. Según estudios recientes, factores institucionales, como permisos y prestaciones suficientes, así como servicios de educación infantil, favorecen la permanencia en el empleo de las madres[61]. Estos elementos permiten a las mujeres compatibilizar el trabajo con el cuidado, sin tener que renunciar a su carrera profesional. Sin embargo, la efectividad de estas medidas depende de su diseño y de su implementación. En particular, y por lo que ahora respecta, los servicios de educación infantil deben estar disponibles desde edades tempranas, con horarios compatibles con la jornada laboral y de forma gratuita o a precios asequibles. Estas conclusiones pueden extrapolarse a servicios de atención a otros miembros de la unidad familiar, como las personas mayores o dependientes.

A este respecto, la Recomendación de la Comisión al Consejo de 2022[62] apunta hacia líneas de actuación y objetivos concretos en tres ámbitos:

Para empezar, sugiere que "los Estados miembros deben fomentar la participación de las mujeres en el mercado laboral mediante la prestación de servicios de educación y cuidados de la primera infancia de alta calidad, en consonancia con los modelos nacionales de asistencia, garantizando que, de aquí al año 2030: a) al menos el 50 % de los niños menores de tres años participe en servicios de educación y cuidados de la primera infancia; y b) al menos el 96 % de los niños con edades comprendidas entre los tres años y la edad de escolarización obligatoria participe en los servicios de educación y cuidados de la primera infancia".

---

60 Rodríguez Bravo de Laguna, J. J.: "La reforma del sistema de pensiones con perspectiva de género", cit., p. 111.

61 Dearing, H.: "Gender equality in the division of work: How to assess European leave policies regarding their compliance with an ideal leave model", *Journal of European Social Policy*, vol. 26, 3, 2016, SAGE Publications Ltd, pp. 234-247.

62 Comisión Europea, *Propuesta de Recomendación del Consejo relativa a la revisión de los objetivos de Barcelona sobre los servicios de educación y cuidados de la primera infancia. COM(2022) 442 final*, Comisión Europea, Bruselas, 2022, fecha de consulta 2 junio 2025, en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022DC0442.

Asimismo, "los Estados miembros deben esforzarse de forma continuada por eliminar los obstáculos al acceso a servicios de educación y cuidados de la primera infancia. En este contexto, debe prestarse especial atención a: a) ofrecer soluciones a los progenitores con horarios de trabajo atípicos para conciliar mejor la vida profesional y la vida privada; b) atender a las necesidades de las familias monoparentales; y c) garantizar el acceso a los servicios de educación y cuidados de la primera infancia independientemente de la situación laboral de los progenitores, de tal forma que resulte compatible con el mantenimiento de los incentivos al trabajo; [...]".

Finalmente, "los Estados miembros deben fomentar el reparto equitativo del cuidado de los hijos entre los progenitores [mediante]: a) luchando contra los estereotipos de género y fomentando una participación equilibrada de ambos progenitores en las responsabilidades asistenciales en pie de igualdad, especialmente mediante campañas de comunicación; y b) promoviendo y apoyando horarios de trabajo favorables para la familia y el disfrute de permisos familiares por parte de ambos progenitores, especialmente los hombres, a lo largo de toda la vida".

Pues bien, los datos disponibles evidencian que la tasa neta en España de participación en la educación y cuidados en la primera infancia, para niños y niñas de 0 a 2 años es de 48,2%. Si bien la cifra a nivel estatal es positiva, las diferencias territoriales son muy notables, con una horquilla que va del 56,3% (Andalucía) al 37,6% (Melilla). En el ámbito de la atención temprana aproximadamente el 5% de la población de 0 a 6 años en España la estaría recibiendo, cifra muy por debajo del 10% de niños y niñas de 0 a 6 años que, se estima, precisan de atención temprana[63]. Así las cosas, aunque próximos al objetivo, aún no lo alcanzaríamos.

Por último, suele mencionarse dentro de las medidas indirectas, las relacionadas con la gestión flexible del tiempo de trabajo[64]. De ella se ha dicho que sería una "medida verdaderamente revolucionaria procorresponsabilidad que actuaría en la médula de la desigualdad de género y de los problemas de conciliación sería la implantación efectiva del derecho a la gestión flexible del tiempo de

---

63 Ministerio de Juventud e Infancia, *España. Primer Informe bienal de progreso de la implementación de la Garantía Infantil Europea*, Ministerio de Juventud e Infancia, Madrid, 2024, pp. 12-13.

64 Grau Pineda, C.: *La brecha de las pensiones en España*, cit., pp. 72-83.

trabajo, concretada en acuerdos o pactos individuales de conciliación"[65]. En este concreto ámbito de actuación, la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo ha introducido avances muy significativos, por más que pudiera irse mucho más allá, especialmente de la mano de la negociación colectiva[66].

5. CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas hemos tenido ocasión de analizar cómo se traslada la desigualdad de género desde el mercado laboral hacia el sistema de protección social, evidenciando que la precariedad en el empleo se traduce sistemáticamente en una clara brecha de prestaciones. Esta realidad se plasma en una brecha salarial del 15,74% y una presencia masiva de mujeres en el trabajo a tiempo parcial (ellas representan el 72,8% de este colectivo), factores que, sumados a la asunción de roles de cuidado (que provoca una contracción de la tasa de empleo femenina tras la maternidad), lastran sus carreras de cotización. Como consecuencia de ello, España presenta una brecha de género en las pensiones del 27,3% (superior a la media de la UE-27), donde el 60% de las pensionistas perciben importes inferiores al SMI y las mujeres son las principales beneficiarias de los complementos a mínimos (representando el 67,8% del total). Esta vulnerabilidad se extiende al nivel asistencial, donde se observa una clara feminización de la protección (el 68% de los titulares del Ingreso Mínimo Vital y el 63,4% de los beneficiarios de pensiones no contributivas son mujeres), lo que alerta sobre el riesgo de consolidar un sistema de protección dual, esto es, un subsistema contributivo masculino frente a uno asistencial o semicontributivo feminizado.

Para abordar esta realidad, nuestro ordenamiento jurídico ha articulado una serie de medidas directas destinadas específicamente a facilitar el acceso a la protección y a mejorar la intensidad de la acción protectora. En concreto, se ha

---

65 Rodríguez González, S.: "Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social", cit., p. 113.

66 Nieto Rojas, P.: "Adaptación de jornada y permiso parental: el papel clave de la negociación colectiva. De la Directiva 2019/1158 al Real Decreto Ley 9/2025", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2026, pp. 89-120.

destacado la equiparación total de la cotización de la jornada parcial con la de a tiempo completo a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones (art. 247.1 de la LGSS); una reforma que elimina los antiguos coeficientes de parcialidad para garantizar que cada día trabajado cuente como un día cotizado (con independencia del número de horas realizadas). Este esfuerzo se complementa con el mecanismo de las cotizaciones ficticias, que busca neutralizar el perjuicio derivado de la mayor dedicación femenina al trabajo de cuidados no retribuido. Bajo este instrumento se incluyen el cómputo de 112 días de cotización por cada parto (art. 235 LGSS), la consideración como tiempo cotizado de los períodos de interrupción de la actividad por nacimiento o adopción (hasta un máximo de 270 días según el art. 236 LGSS) y el reconocimiento de hasta tres años de excedencia por cuidado de hijo o de otros familiares (art. 237.1 y 2 LGSS). Asimismo, se contempla la consideración de las cotizaciones incrementadas hasta el 100% durante los períodos de reducción de jornada por cuidado de menor (art. 237.3 LGSS) y el reconocimiento normativo del tiempo dedicado al servicio social femenino para el acceso a la jubilación anticipada y parcial (igualando su trato al del servicio militar). También resulta clave el complemento para reducir la brecha de género (que sustituye al antiguo complemento de maternidad y se reconoce ahora en las mismas condiciones a varones y mujeres para cumplir con la normativa europea) y la regla privilegiada de integración de lagunas (DT 41.ª de la LGSS).

Finalmente, la literatura viene destacando también una serie de medidas indirectas, relacionadas con la corresponsabilidad, tales como los incentivos a la contratación, la flexibilización de la edad de jubilación forzosa en sectores con baja presencia femenina (DA 10.ª del ET) y el fomento de servicios de cuidados o la gestión flexible del tiempo de trabajo. Todas ellas resultan indispensables para que las mujeres puedan mantener carreras profesionales estables, mejorando la protección dispensada por el sistema y reduciendo así la brecha prestacional.

Capítulo 11
LA PREVENCIÓN PENAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Juan Antonio Lascuraín Sánchez
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid
https://orcid.org/0000-0003-4650-0425

1. INTRODUCCIÓN: ¿DE QUÉ TRATA ESTE CAPÍTULO?

1. Este capítulo tiene por objeto exponer qué ha hecho el ordenamiento penal español para combatir la violencia de género y evaluar si la estrategia seguida ha sido correcta. Pensará, con razón, el lector que el primer objetivo va a depender de qué se entienda por violencia de género, concepto sobre cuyo significado existe un considerable disenso, y que el segundo objetivo va a depender, a su vez, de qué se entienda por corrección en relación con una determinada política criminal. Por ello he dividido esta reflexión en cuatro partes. En el siguiente apartado presentaré mi punto de partida acerca de qué conductas son violencia de género. Con esta base, expondré en el tercer epígrafe cómo tipifica y pena nuestro Código Penal tales conductas, atendiendo al ritmo histórico de la incorporación de los diversos preceptos. Esta descripción no quedaría completa sin la exposición del juicio de constitucionalidad al que fueron sometidos los cuatro primeros delitos específicos de género (cuarto epígrafe). El quinto epígrafe aspira a hacer un balance acerca de la corrección de esta estrategia legislativa para, después, realizar, en su caso, una propuesta de mejora. Por ello, este apartado tendrá que mostrar inicialmente el instrumental necesario para realizar ese balance y esa propuesta: cuándo es adecuada una legislación penal en un ordenamiento democrático. Habrá todavía un breve epígrafe final que recopilará las conclusiones del trabajo.

2. LAS CONDUCTAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

2. Dicen que a la pregunta de un periodista acerca de si creía que Dios existía, Miguel de Unamuno contestó que la respuesta dependía de qué se entendiera por

creer, por existir y por Dios. A las preguntas por cómo se previene en España la violencia de género y si esa prevención es correcta (es eficaz y eficiente) solo puede contestarse si se desentraña antes el significado de los ambiguos conceptos de violencia y de género, y de su conjunción en la expresión "violencia de género".

No estoy seguro de que "desentrañar" sea el mejor verbo para lo que pretendo ahora, que no es tanto una descripción de cómo se utiliza coloquial o jurídicamente la expresión como una reflexión normativa: una reflexión acerca de cómo se debería utilizar en el ámbito jurídicopenal para que sea útil, funcional. Útil, como queremos que el sombrío ordenamiento penal sea útil: protegiendo eficaz y decentemente nuestras libertades.

Así las cosas, considero que lo que deberíamos significar con "violencia de género", al menos como concepto jurídicopenal, es un grupo de conductas delictivas con unos rasgos que las hacen peculiarmente disvaliosas, diferentes de otras, y por ello quizás necesitadas de una mayor pena para su prevención. Avanzo que a mi juicio esas conductas tienen que ver con que la víctima de las mismas sea una mujer, pero no solo. Tienen que ver con el género: con el hecho de que es una violencia reactiva frente a comportamientos de mujeres que no se ajustan a un cierto estereotipo tradicional de subordinación en el ámbito privado o en el ámbito público.

2.1. De género

3. El concepto de género se ha ido consolidando a partir de su diferenciación con el concepto de sexo. Si "el «sexo» es un término usado para designar a machos y hembras según factores físicos, biológicos (cromosomas, órganos sexuales, gametos, hormonas, etc.); «género» es un término utilizado para designar a hombres y mujeres basándose en características sociales, espaciales y temporales [...]. La palabra «género» entonces designa «una categoría social impuesta sobre cuerpos sexuados»: un conjunto de creencias, expectativas, roles sociales, posiciones, tendencias, actitudes, gustos, que están socialmente asociados con uno u otro sexo (o, mejor, con el parecer como pertenecientes a un sexo u otro). En términos más breves, «género» es un conjunto de estereotipos asociado con la apariencia sexual masculina o femenina"[1].

---

[1] Poggi, F.: "Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el Derecho", *Doxa*, 42 (2019), p. 286 y s., con cita de Scott, J. W.: "Gender: a useful category of historical análisis", *The American Historial Review*, 1986, 91 (5), p. 1.056. Crítica con la definición de Poggi se

2.2. Violencia

4. La violencia no solo es un concepto polisémico en el lenguaje coloquial[2], sino que también lo es en el lenguaje jurídico y en el lenguaje jurídico-penal, que es donde, por razones profundamente arraigadas de seguridad jurídica, menos debería serlo. El término "violencia" se utiliza profusamente en el Código Penal, bien como requisito del tipo delictivo –como elemento de su desvalor de acción: solo son penalmente disvaliosas las acciones lesivas de un determinado bien jurídico que sean violentas–, bien como circunstancia de agravación[3].

El concepto más restrictivo de violencia es el que lo identifica con la compulsión física del cuerpo de otro. Este significado es el que suele atribuirse a la violencia cuando va acompañada como modalidad comisiva o agravatoria de la intimidación. Esto sucede por ejemplo en el robo con violencia o intimidación (art. 242.1 CP) o en las agresiones sexuales agravadas (art. 179.2 CP). Históricamente no ha habido problema en entender que es violencia la denominada "violencia impropia" o sumisión química: la manipulación del cuerpo de otro cuya voluntad ha sido anulada sin medios violentos (por ejemplo, administrándole subrepticiamente un somnífero)[4].

---

muestra S. Álvarez, para quien "el concepto de género se construye de manera independiente de la noción de estereotipos y sus categorías de referencia se encuentran en la teoría feminista. El *género* recoge la perspectiva de las mujeres en el contexto de la *sociedad patriarcal*" ("Algunas discrepancias con el concepto de género, la violencia de género y su relevancia para el derecho. Comentarios a Francesca Poggi", *Doxa*, 44, 2021, p. 562). El concepto de género "hace referencia a una construcción sociocultural que vertebra cómo deben ser hombres y mujeres y qué espacios sociales deben ocupar" (Añón Roig, M. J. y Merino Sancho, V.: "El concepto de violencia de género en el ordenamiento jurídico español: balance crítico y propuestas de un concepto holista e integral", en *Ars Iuris Salmanticensis*, 7, 2019, p. 73).

2 En todo caso, como subraya Poggi, "tiene una connotación emocional desfavorable: inmediatamente transmite un juicio de desvalor negativo sobre lo que se califica como violento" (obra citada en la nota 1 –en adelante: cit. núm.–, p. 289).

3 En su exhaustivo estudio sobre la violencia en el Código Penal, Sánchez Tomás distingue dos grupos de conductas violentas contenidas en el mismo: las que están dirigidas a la consecución de la lesión de otro bien jurídico (la violencia como medio comisivo) y aquellas en las que la violencia constituye un fin en sí mismo (p. 227 y ss.). En las primeras, "el sujeto activo, en una situación de conflicto de voluntades en que el sujeto pasivo no se muestra cooperativo, decide la consecución de la lesión del bien jurídico a través de la selección de un medio violento que le permita doblegar la voluntad de este e imponer la suya" (Sánchez Tomás, J. M.: *La violencia en el Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 198). También, respecto a esta distinción, Poggi, cit. núm. 1, p. 292.

4 Así, Sánchez Tomás, J. M.: cit. núm. 3, pp. 466 y ss., 509 y ss.

De la mano de la interpretación de la descripción típica del delito de coacciones se maneja en la jurisprudencia penal un concepto más lato de violencia[5]. La violencia es el elemento central de este delito –que en realidad constituye algo así como la modalidad genérica de múltiples delitos–, que consiste en impedir a otro, con violencia, hacer lo que la ley no prohíbe o en compelerle a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto (art. 172.1 CP). Los tribunales entienden que a los efectos de este delito es también "violencia" la intimidación o la fuerza en las cosas. Repárese en que, en rigor, con la primera no se fuerza el cuerpo ajeno, sino que mediante la amenaza de la causación inmediata de un mal se le hace decidir algo a su titular. En la fuerza en las cosas lo que falta es la intromisión corporal, por mucho que la interposición de barreras físicas impida a otro hacer algo o le obligue a hacer algo. Repárese también en la incoherencia sistemática que supone catalogar la intimidación o la fuerza en las cosas como formas de violencia cuando en numerosos artículos se distingue entre violencia e intimidación[6] y entre violencia y fuerza en las cosas[7].

Cuando se habla de violencia de género, se suele ampliar el círculo de significado de la violencia. La violencia equivaldría aquí a la comisión de cualquier delito, o a la comisión de ciertos delitos que afecten a bienes eminentemente personales[8], o, desde otra perspectiva, a la afectación significativa de la autodeterminación de la víctima[9].

---

5 *Vid*. al respecto el detallado estudio de Díez Ripollés, J. L., en AA. VV. (coords. Díez Ripollés y Gracia Martín), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 820 y ss.

6 Por ejemplo, en los artículos 178.3, 202.2, 237, 243, 311.5.º, 469, 490 o 557 CP.

7 Por ejemplo, en los artículos 237, 455 o 479 CP.

8 Sánchez Tomás, cit. núm. 3, p. 493 y ss., quien sostiene "que respeta la relativa dependencia semántica del concepto violencia utilizado en el lenguaje ordinario" (p. 510). Por ejemplo, no sería el de daños un delito violento (p. 502). Sobre los anteriores conceptos jurídicos de violencia, v. también Poggi, cit. 1, p. 289 y ss., quien identifica el concepto más comprensivo con "todo lo que produce daños físicos y/o psicológicos y/o económicos (con el problema de establecer qué es un «daño»)" (p. 290). Este significado amplio del concepto de violencia aplicado a la de género, "comprensivo de cinco categorías: violencia física, violencia sexual, violencia psicológica de control, violencia psicológica emocional y violencia económica", es el que utilizan los documentos internacionales (Pérez Manzano, M.: "Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción", *RJUAM* 34, 2016, p. 19).

9 Al respecto, Poggi, cit. núm. 1, 291.

2.3. Violencia de género

5. Con todo, el intento de disección semántica del vocablo "género" y del vocablo "violencia" no dice demasiado sobre el significado de su conjunción, y no solo por la acentuada polisemia del segundo de los términos. Sea lo que sea la violencia, ¿qué quiere decir que lo sea "de género"?

Las relaciones posibles son diversas. Podríamos querer referirnos a los delitos que tienen como víctima habitual a una mujer –que el sujeto pasivo es una mujer de un modo porcentualmente relevante–. Sería una violencia de género femenino que quizás se conceptualice mejor como "violencia contra la mujer". Un segundo grupo de delitos que quizás queramos agrupar bajo el rótulo "violencia de género" es el de los delitos en los que el autor actúa movido por sentimientos de odio hacia las mujeres o acompañado de una convicción discriminatoria hacia las mujeres, a las que considera personas de menor rango que los varones o subordinadas a los mismos[10]. La acepción más convincente de violencia de género añade algo más a tal machismo: es la que trata de agrupar determinados delitos que tienen como víctima a una mujer por el hecho de que no responde a su estereotipo de género femenino, o para prevenir tal tipo de conducta que el autor considera heterodoxa[11]. Es más convincente, no ya poque sea la más coherente semánticamente con el sustantivo "género", sino porque responde a la catalogación de determinadas conductas que revisten un desvalor peculiar y que son objeto de honda preocupación social. Creo que quien mejor ha abordado esta cuestión definicional con tantas consecuencias normativas es Pérez Manzano, para quien "la violencia que se ejerce sobre las mujeres, con independencia de su orientación sexual, para significar –de acuerdo con los textos internacionales– que esta clase de violencia se relaciona con la asignación de un modelo de identidad femenina subordinada a la masculina que se intenta imponer mediante su uso; la violencia sobre las mujeres es violencia de género porque es el instrumento más extremo utilizado para la

---

10 Sobre la agravante de cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación, v. Dopico Gómez-Aller, J.; "Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2004, p. 143 y ss.

11 "En realidad, el odio del machista no se dirige a todas las mujeres como colectivo, sino a una determinada manera de concebir y ejercer los roles femeninos" (Pérez Manzano, M., "En busca de la identidad del feminicidio de la pareja o expareja: entre el odio y la discriminación", *ADPCP*, LXXI, 2018, p. 113).

permanencia de la discriminación de las mujeres"[12]. Si bien se mira, "la violencia sobre la mujer no se produciría por ser mujer, sino por dejar de serlo, o para que se sea: esto es, por no comportarse conforme a los patrones sociales exigidos que identifican al género femenino y para alcanzar el objetivo de un comportamiento de la mujer ajustado a dichos patrones"[13].

6. Regreso después a esta conceptualización y a sus consecuencias, porque quizá convenga reparar antes en que "violencia de género" es un concepto normativo, que cuenta con una definición legal. En efecto, en el artículo 3.d del 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[14], se afirma: "Por «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada"[15].

---

12 Pérez Manzano, "Algunas claves...", cit. núm. 8, p. 22. También en su trabajo "En busca de la identidad del feminicidio de la pareja o expareja: entre el odio y la discriminación", donde se subraya que "es una violencia instrumental, pues se trata de una violencia que se ejerce para mantener o restablecer las desiguales relaciones de poder en el marco de la familia", y "es una violencia amenazante, que contribuye a mantener el estatus de poder del hombre y de subordinación de la mujer" (cit. núm. 11, p. 105).

S. S. Bloom entiende que la "violencia de género es la expresión general empleada para capturar la violencia que se produce como resultado de expectativas normativas sobre los roles asociados con cada género, junto con las relaciones desiguales de poder entre los dos géneros, en una sociedad específica" (*Violence against women and girls: a compendium of monitoring and evaluation indicators,* North Carolina: Carolina Population Center:
https://www.measureevaluationúm.org/resources/publications/ms-08-30, p.14).

13 Pérez Manzano, "En busca de la identidad...", cit. núm. 11, p. 110 y ss. Bolea Bardón sostiene en la misma línea que "los actos han de expresar de manera inequívoca la negación por parte del autor del reconocimiento legal de la mujer como persona autónoma y como sujeto de derechos en los mismos términos que el hombre. El plus de desvalor que legitima un mayor reproche responde a la pretensión de mantener a la víctima en una situación de desigualdad que el ordenamiento jurídico no reconoce y que se esfuerza por combatir. De ahí la afectación al principio de igualdad y la entrada en el Derecho Penal antidiscriminatorio" ("Algunas reflexiones en torno a la agravante de discriminación por razón de género", en AA. VV., dir. Faraldo Cabana *et al*., *Un Derecho penal moderno para una democracia del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 55).

14 BOE 137, de 6 de junio de 2014.

15 Esta misma definición se encuentra en la Recomendación General núm. 19 (1992) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (punto 6).

Como puede leerse, la definición comprende dos supuestos. El primero, cualitativo o ideológico, es el de la violencia "contra la mujer porque es una mujer". El primer problema de esta definición es precisamente el de su indefinición. No está claro qué conductas violentas quieren significarse, cuándo alguien delinque porque la víctima es una mujer. En rigor, nos llevaría a un círculo de comportamientos demasiado estrecho, vinculado a la idea de los delitos de odio o a la lesividad subyacente en los delitos de genocidio o de lesa humanidad: a la idea de que la motivación delictiva es la mera pertenencia de la víctima a un determinado grupo.

Otros posibles entendimientos de los delitos de género como delitos contra una mujer por el hecho de ser mujer tampoco se revelan satisfactorios si lo que se trata de comprender es un determinado grupo de conductas con una lesividad específica percibida como tal por la sociedad en cuanto conductas machistas. La insatisfacción es total si nos referimos solo a los escasísimos delitos en los que únicamente es posible que la víctima sea una mujer, como el aborto no consentido por la gestante o el acoso a la mujer para obstaculizar la interrupción de su embarazo –o, históricamente, la violación como penetración vaginal impuesta por un varón a una mujer–. Y tampoco avanzamos mucho en nuestras pretensiones definicionales con ulteriores finalidades normativo-penales si lo que quiere decirse con "violencia contra la mujer porque es una mujer" es que la misma conducta delictiva no se habría producido sobre un sujeto pasivo varón. Ciertamente, esto sucede en la violencia de género, pero, más allá de la incertidumbre que nos transmite el adjetivo "misma", no parece que con este rasgo se ponga el dedo en la llaga de la especificidad lesiva de esta violencia, que, solo con ese rasgo, parecería abarcar demasiado, como revela el ejemplo de la delincuencia sexual.

7. También sería violencia de genero según el Convenio de Estambul la "que afecte a las mujeres de manera desproporcionada". Se trataría de delitos, de violencias, cuyas víctimas son porcentualmente mujeres de forma relevantemente mayoritaria ("desproporcionada").

Esta definición resulta inadecuada para los fines definitorios que perseguimos, así como para la funcionalidad penal del concepto de agrupación de conductas con un desvalor peculiar. El que las víctimas sean muy mayoritariamente de sexo femenino es una información muy útil a efectos del análisis criminológico: la detección de factores que favorecen conductas delictivas y el diseño de políticas públicas –no solo penales– que traten de desalentarlas. Pero el sexo habitualmente femenino de la víctima no configura *per se* un factor añadido de desvalor ni una razón convincente para agravar la pena de esos delitos o de esos

delitos cuando la víctima sea una mujer. Y no indica sin más qué tiene que ver el género en todo esto[16], salvo que identifiquemos la violencia contra la mujer con la violencia de género, identificación que, debe insistirse, resulta disfuncional a los fines definitorios perseguidos.

Está después la disfuncional reversibilidad del concepto. Si el sexo habitual de la víctima configura un factor relevante del delito que afecta a su desvalor y que puede catalogarse como un factor "de género", el paso siguiente sería la aceptación de algo así como una violencia de género masculino para aquellos delitos que afecten a los varones de manera desproporcionada, cosa que sucede, sin ir más lejos, con los homicidios dolosos y con las lesiones[17].

8. Como ya se avanzaba, si a efectos de normación penal lo que pretendemos con el concepto "violencia de género" es nominar unos comportamientos de lesividad peculiar cuya víctima es una mujer y cuya motivación radica en el género, deberemos definirlo como comprensivo de los delitos en los que el sujeto pasivo es una mujer y en los que la razón de su victimización es la reacción frente a su desajuste con respecto a un estereotipo de subordinación de género femenino o la prevención de dicho desajuste. Esos comportamientos son más lesivos que otros que comparten con ellos la objetividad de la conducta, aunque tengan otros sujetos pasivos y se produzcan en otros contextos, como expuso certeramente el Tribunal Constitucional[18].

En la primera de las sentencias que analizaba la constitucionalidad de un tipo específico de violencia de género, el contenido en el artículo 153 CP, señalaba que "[n]o resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja– generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así, consciente y objetivamente, a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro

---

16 Así, Poggi, cit. núm. 1, p. 302.

17 Por ejemplo, según el Portal Estadístico de Criminalidad del Ministerio del Interior en el año 2024 el número de asesinatos y homicidios dolosos (intentados o consumados) tuvo como víctimas a 1.238 varones y a 355 mujeres; en los delitos de lesiones la comparación es de 81.578 – 43.191; en los robos con violencia o intimidación, 35.999 – 20.340.

18 De acuerdo con esta valoración elogiosa, Pérez Manzano, "Algunas claves...", cit. núm. 8, p. 36 y ss.

contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado" (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 9.a).

2.4. Características y no características

9. A partir de esta comprensión de lo que es la violencia de género y de cómo debería entenderse a efectos penales para prevenir adecuadamente determinado tipo de conductas con una lesividad peculiar, pueden realizarse las siguientes inferencias acerca de los rasgos de las conductas constitutivas de tal violencia. Para facilitar su comprensión desde una perspectiva negativa –esto es, de aquello que no constituye violencia de género–, expondré en el siguiente punto los rasgos que no son necesarios para tal catalogación.

10. La violencia de género supone, en primer lugar, que el sujeto pasivo del delito es una mujer. Es violencia de género femenino: es violencia hacia mujeres que, desde una visión machista, "no son como deberían ser; no se comportan como deberían comportarse". En rigor, no existe una violencia de género masculino[19]: no debe catalogarse como tal la violencia hacia varones que no responden a un determinado estereotipo cultural de conducta, en particular hacia varones homosexuales y hacia varones biológicos transexuales. Es otro fenómeno criminológico, con otros rasgos y otras finalidades, que conviene ya diferenciar terminológicamente.

Y es violencia de dominación. Ya sea una violencia reactiva o preventiva, lo que esta pretende es someter a una mujer a un determinado rol de género caracterizado por la subordinación. No es toda violencia contra la mujer ni toda

---

19 Es "un contrasentido [...] teniendo en cuenta [...] los términos en que ha sido acuñado el concepto" (Álvarez, cit. núm. 1, p. 577 y ss.).

violencia cuya víctima frecuente sea una mujer: es violencia dirigida a condicionar la conducta futura de una mujer[20].

11. De los requisitos a los no requisitos. Para empezar, la violencia de género no se identifica con la violencia de género en el seno de la pareja o hacia la expareja[21], por mucho que esta sea su manifestación más conocida y la más relevante cuantitativamente[22]. Y tampoco exige que el sujeto activo sea un varón. También es un delito de violencia de género la agresión de la madre o la abuela hacia la hija o la nieta adolescente como reacción a que no quiere hacer las tareas domésticas de limpieza, cocina y plancha "que le corresponden como mujer" y que no realizan sus hermanos varones. O la horrenda ablación genital femenina, orientada a controlar la autodeterminación sexual de las mujeres[23].

---

20 Como subrayan Añón Roig y Merino Sancho, "radicar el núcleo de la concepción sobre la violencia de género en la subordinación o discriminación estructural derivada del sistema sexo/género de origen patriarcal nos permite sostener, a continuación, que la subordinación o subordiscriminación –de acuerdo con la categoría acuñada por Barrère– que comporta este sistema de dominación es origen y causa de la violencia" (cit. núm. 1, p. 89).

21 Así lo ha afirmado el Tribunal Supremo en la aplicación de la agravante genérica (STS 99/2019, de 28 de febrero, FJ 3.2; también SSTS 76/2024, de 25 de enero, FJ 2.1; 917/2023, de 14 de diciembre, FJ 2). De acuerdo, por ejemplo, Añón Roig y Merino Sancho, cit. núm. 1, p. 76; Alonso Álamo, M.: "¿Es el feminicidio un delito de odio?", *Revista Penal*, 50, 2022, p. 13. Por razones de legalidad, de que incurra en una interpretación extensiva, Bolea Bardón duda en cambio acerca de que la aplicación de la agravante genérica de comisión del delito por razones de género sea posible al margen de las relaciones de pareja (cit. núm. 13, p. 57).

22 Como subraya Poggi, algunos autores limitan a este ámbito la violencia de género, a la *intimate violence partner* (cit. núm. 1, p. 294). Como destaca Pérez Manzano, "por ser la familia un contexto especialmente criminógeno por ser privado y existir relaciones de dependencia, la violencia sobre la mujer más extendida es la violencia doméstica y, dentro de ella, la violencia contra la pareja o ex pareja". Y es que, en concreto, "el marco de las relaciones de pareja es el espacio privilegiado para el desarrollo de los roles de género más tradicionales y discriminatorios; esto es, aquellos que pretenden reducir el papel de la mujer y la identidad femenina a funciones de cuidado de la pareja y los hijos y de subordinación a la autoridad masculina; la familia, y más en concreto la pareja, es el último reducto donde ejercer el rol masculino dominador sin el cual, el hombre anclado en el modelo patriarcal, se considera a sí mismo carente de identidad" ("Algunas claves...", cit. núm. 8, p. 22 y ss.).

23 Al especto, el documento de la Organización Mundial de la Salud *Sociocultural motivations for female genital mutilation: matrimonial strategies, family motivations and religious justifications among the Al Pulaar and the Soninké in the River Senegal Valley*, WHO/RHR/11.16.

No es un requisito de la violencia de género el subjetivo del odio como motivación, sea este sentimiento lo que sea[24]: ni el odio hacia la víctima por su condición de mujer –por su pertenencia al grupo de las mujeres– ni el odio a las mujeres como grupo[25]. Por habitual que sea, tampoco es imprescindible que la violencia de género sea reactiva, en el sentido de suponer una respuesta a un comportamiento de la víctima no conforme a la ortodoxia machista que proclama el autor y que trata de imponer mediante su violencia. Existe también la violencia de género preventiva, la que se despliega para ahormar la conducta futura de la víctima a los parámetros de subordinación del autor, de la que es trágico ejemplo la ablación del clítoris.

3. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

12. En lo que sigue pretendo recopilar los delitos de género que describe el Código Penal español, tarea algo más ardua de lo que parece, incluso tras haberme detenido no poco en la definición de la violencia de género. El empeño sería, desde luego, más fácil si la cuestión se restringiera a seleccionar los delitos en los que el sujeto pasivo es una mujer o las agravaciones que contemplan que tal sea el sexo de la víctima. Pero no es este un trabajo sobre la violencia sobre las mujeres sino sobre determinada violencia contra las mujeres: la que se debe a razones de género, la que se dirige a condicionar determinado comportamiento de la víctima. Y no siempre es fácil inferir cuándo el legislador incluye tales razones.

13. Un legislador consciente de la existencia y de la peculiaridad lesiva de este tipo de delincuencia debería afrontar varias decisiones de política legislativa penal. La primera es si adopta un modelo de cláusula general, una circunstancia genérica agravante de género o si elige tipificar determinados delitos como violencia de género. Si la opción fuera la segunda, obvio es que un segundo tipo de decisión

---

[24] Sobre los mal denominados delitos de odio y su ajuste constitucional, Lascuraín Sánchez, J. A.: "¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?", en AA. VV. (dir. R. García y D. Docal), *Grupos de odio y violencias sociales*, Rasche, Madrid, 2012, pp. 23 a 35.

[25] Como subraya Pérez Manzano, la violencia del hombre sobre la mujer pareja no reúne los rasgos habituales de un delito de odio. "Desde la perspectiva fenomenológica, el rasgo esencial con el que se caracterizan los denominados «delitos de odio» reside en que el hecho se realiza debido al odio a la categoría –afroamericanos, judíos, homosexuales...–, por ello la víctima concreta sobre la que recae el delito es aleatoria y fungible. Se trata de que la selección de la víctima de la violencia en los delitos de odio por parte de su autor se hace con abstracción de las singularidades de la misma y por la única razón de reunir el rasgo, la condición de pertenencia al colectivo al que genéricamente se odia" ("En busca de la identidad...", cit. núm. 11, pp. 102, 112 y ss.).

radica en esa selección delictiva. En cualquiera de los caminos anteriores va a surgir la difícil cuestión de la expresión lingüística del fenómeno delictivo: de su concreción en el correspondiente enunciado legal para comprender la violencia de género.

3.1. Delitos de género

3.1.1. *La Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*

14. La violencia de género se abrió expresamente paso en el Código Penal en el año 2004, con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Su preámbulo se iniciaba afirmando que "[l]a 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". Por ello, su articulado se iniciaba especificando que el objeto de la ley es "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 estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia". Repárese en que la ley circunscribe su objeto a la violencia en el ámbito de la pareja.

En su parte penal, la Ley Orgánica introducía cuatro nuevos tipos penales: malos tratos, lesiones, amenazas leves y coacciones leves.

Así, el nuevo artículo 153.1 CP decía:

"1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código[26], o golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo

---

[26] Este último inciso se cambia por la LO 1/2015. En la actualidad reza: "o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147".

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 incapaz[27], inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo [descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados] el autor será castigado con la pena de prisión de tres 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 incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

[...]

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado".

15. La misma pena y los mismos elementos se contemplan en el nuevo delito de amenaza leve (arts. 171.4, 171. 5 y 171.6 CP), con la peculiaridad de que el tipo correlativo referido al ámbito doméstico (las víctimas son "las personas a que se refiere el artículo 173.2") se refiere más restrictivamente a la amenaza leve "con armas u otros instrumentos peligrosos". En los demás supuestos de amenazas la pena no era la general de multa de diez a veinte días, sino "localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado

---

27 La LO 1/2015 cambia esta expresión por la vigente de "persona con discapacidad necesitada de especial protección".

del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días" (art. 620 CP)[28].

16. La misma regulación, sin la peculiaridad referida del uso de armas, es la del delito de coacciones leves de género y domésticas (art. 172.2 CP)[29]. Para el delito básico de lesiones se preveía una agravación potestativa ("podrán ser castigadas") si "la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia" (art. 148.4.º CP).

3.1.2. *La agravante genérica*

17. En la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 se modifica la circunstancia genérica agravante relativa a los motivos discriminatorios en la comisión del delito. Hasta entonces consistían en "[c]ometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad" (art. 22.4.ª CP). La reforma introduce dos nuevos supuestos de agravación: la discriminación referente a "la identidad de género" y las "razones de género".

La razón que invoca el legislador para esta modificación es "que el género, entendido de conformidad con el Convenio núm. 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, como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones

---

28 Tras la reforma de la LO 12/2015, en el texto vigente, las amenazas leves tienen una pena general de multa de uno a tres meses, y una pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses "cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173" (art. 171.7 CP).

29 También aquí la pena para el ámbito doméstico no era la general de multa de diez a veinte días, sino "localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días" (art. 620 CP). Y también aquí, tras la reforma de la LO 1/2015, la pena general de las coacciones leves pasó a ser de multa de uno a tres meses, y una pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses "cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173" (art. 172.3 CP).

socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo" (Preámbulo, XXII).

18. La expresión "razones de género" se utiliza también en los artículos 314, 510, 511, 512 y 515.4.º CP. En el primer y el último artículos fueron añadidas al Código Penal por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia; en los demás, por la ya mencionada LO 1/2015.

Deben diferenciarse los delitos de discriminación por el género, en los que el delito o la agravación radican en la elección de la víctima conforme a una determinada característica (su desajuste a un estereotipo de género), de los delitos o las agravaciones de violencia de género, entre los que estarían los significados por "razones de género". Que son dos cosas distintas, lo revela su convivencia en los mismos artículos (arts. 22.4.ª, 314, 511, 512 y 515.4.º CP).

Dicho esto, no parece sea esta una buena selección de la violencia específica de género, pues rara vez se cometen tales delitos para mantener a una mujer en un rol subordinado. Y dicho esto, la mención a las razones de género en el delito de asociación ilícita, junto a la discriminación de género, se antoja como un error técnico (art. 515.4.º).

3.1.3. *En los delitos de terrorismo*

19. La Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal en materia de delitos de terrorismo introdujo una peculiar agravación para "la actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo": que, entre otras ("menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección"), se dirija "a mujeres víctimas de trata con el fin de convertirlas en cónyuges, compañeras o esclavas sexuales de los autores del delito, sin perjuicio de imponer las que además procedan por los delitos contra la libertad sexual cometidos" (art 577.2 CP).

Repárese en que la agravación se limita a solo determinadas mujeres cuya situación limita relevantemente su capacidad de decisión y respecto a una decisión que las situaría en el futuro en un rol subordinado respecto a sus parejas (que serán casi siempre) varones. No se trata aquí de condicionar mediante la

violencia el futuro de una mujer para que adopte un rol subordinado sino de aprovecharse de la situación de vulnerabilidad de tales mujeres con el mismo fin.

3.1.4. *La ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual*

20. La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, introdujo como circunstancia agravante de las agresiones sexuales "[c]uando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia" (art. 180.1.4.ª CP). Esta circunstancia la concibe el legislador, "en línea con las previsiones del Convenio de Estambul", como "circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos" (Preámbulo, III). Sobre qué deba entenderse por tal es aclaratoria la propia explicación de la Ley relativa a que el acceso efectivo de las mujeres y las niñas a los derechos de ciudadanía ("ligados a la libertad y a la seguridad, que están íntimamente relacionados con la libertad de movimiento y de uso de los espacios, pero también con las relaciones personales y la capacidad de decisión sobre el propio cuerpo") "ha sido históricamente obstaculizado por los roles de género establecidos en la sociedad patriarcal, que sustentan la discriminación de las mujeres y penalizan, mediante formas violentas, las expresiones de libertad contrarias al citado marco de roles" (Preámbulo, I).

21. No queda claro si esta catalogación de género vale para la correlativa circunstancia agravante para las agresiones sexuales a menores de dieciséis años, que no se refiere a que la víctima sea una mujer y que tiene una intensidad agravatoria significativamente más moderada: "[c]uando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia" (art. 181.5.d CP)[30].

22. La LO 10/2022 reformó también el Código Penal Militar para introducir las razones de género en el delito de abuso de autoridad: "El superior que [...] realizare actos que supongan discriminación grave referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad, será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo" (art. 48).

---

30 Se impone la misma pena en su mitad superior.

Es posible que aquí, de nuevo[31], el legislador quiera en realidad referirse a una discriminación por género y no a la violencia de género.

3.2. Delitos que no son de género

23. Creo que no se configura como un delito específico de género ni el delito de matrimonios forzados (art. 172 bis CP: "El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio") ni el delito de mutilación genital (art. 149.2 CP: "El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones"). Por mucho que cuando ambas conductas tienen como víctima a las mujeres están casi siempre orientadas al condicionamiento del comportamiento futuro de la víctima en un rol subordinado, el delito no se configura como un delito de sujeto pasivo mujer. El tipo de mutilación genital, además, no es un tipo agravado de lesiones, sino una mera especificación, con la misma pena, del delito de lesiones graves, de causar a otro, "por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica" (art. 149.1 CP).

24. La palabra "género" aparece también en delitos de discriminación, en los denominados delitos de odio o en las agravantes de discriminación. Sin mayores matices ahora, los delitos consisten en diferenciar a ciertas personas en el empleo público o privado (art. 314 CP), en la prestación de servicios públicos (art. 511.1 y 2 CP) o en las actividades profesionales o empresariales (art. 512 CP). Los delitos denominados de odio se sustentan en el fomento de la hostilidad a determinadas personas (arts. 510.1 y 2 y 515.4.º CP). Las agravaciones lo son por la comisión de un delito pasivo común cuando en la selección de la víctima concurre esa diferenciación por determinados rasgos de la misma (art. 22.4.ª CP). Los delitos de lesa humanidad no son sino una plasmación extrema de esa forma de criminalidad (art. 607 bis 1.1.º CP).

En principio, la discriminación se produce cuando la diferenciación entre sujetos se produce por una razón "odiosa" (el adjetivo es de la jurisprudencia constitucional[32]), de las que históricamente han conducido a preterir a

---

31 V. supra punto 18.

32 STC 62/2008, de 26 de mayo, FJ 5.

determinados grupos y a las personas que pertenecían a los mismos. Por eso, tiene sentido que se considere que en rigor solo se produce una discriminación –una desigualación especialmente hiriente– cuando concurre la razón en cuestión (por ejemplo, la orientación sexual) y, además, en el sentido histórico de la preterición (en el ejemplo, a los homosexuales)[33].

En los casos reseñados, la razón de discriminación es el "género", no el "sexo", que también aparece, junto con la primera, entre aquellas razones. La discriminación por razón de sexo radicaría en el hecho biológico (diferenciación por ser mujer); la discriminación por razón de género radicaría en la falta de ajuste de una mujer o de un hombre al estereotipo de género que le correspondería en función de su biología.

25. Con todo, y sin negar cierta vecindad, no creo que los mencionados delitos de discriminación sean delitos de violencia de género, por mucho que estos tengan necesariamente un componente discriminatorio. Los primeros son delitos de trato diferenciado; los segundos son específicamente delitos contra una mujer para condicionar su comportamiento futuro y ajustarlo a un rol subordinado en lo privado o en lo público respecto a los varones.

3.3. Balance

26. Comentaba en la introducción a este epígrafe que la labor político-criminal del legislador en relación con la prevención de la violencia de género puede analizarse en torno a los siguientes parámetros: si se opta por un sistema de agravación general o por un sistema de tipificación específica; si la opción es la segunda, qué delitos se eligen; y en cualquier caso, cómo se formula la violencia de género.

A) Respecto del primer vector descriptivo, se aprecia que la primera estrategia (2004) fue la de tipificación específica, pero que a ella se sumó en el año 2015 una agravante genérica, por lo que hoy conviven los dos sistemas. Al respecto debe advertirse que, so pena de *bis in idem*, la agravante no es aplicable a los tipos específicos, como advierte en general el artículo 67 CP.

---

33 Al respecto, Lascuraín Sánchez, V. y Lascuraín Sánchez, J. A.: "Igualdad y delitos de género", en AA. VV. (ed. Quicios Molina y Álvarez Medina), *El derecho frente a la violencia dentro de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 99, 104 y ss.

B) En la primera oleada del año 2004 se tipificaron como delitos de género las lesiones básicas, los malos tratos, las amenazas leves y las coacciones leves. A ellas se sumaron, en el año 2022, las agresiones sexuales. A estos delitos debe sumarse la prestación discriminatoria de servicios públicos (2015), la actividad empresarial o profesional discriminatoria (2015), la captación de mujeres víctimas de trata para finalidades terroristas (2015), la discriminación laboral (2021) y el abuso de autoridad militar (2022).

C) En los primeros delitos y en las agresiones sexuales se utiliza la fórmula de describir el sujeto pasivo del delito del siguiente modo: "la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia". En el delito de terrorismo las víctimas son "mujeres víctimas de trata" y la intención de la captación es "convertirlas en cónyuges, compañeras o esclavas sexuales de los autores del delito". En la circunstancia agravante genérica y en los delitos de discriminación y de abuso de autoridad militar se utiliza la expresión: "cometer el delito por razones de género".

4. LA CONFIRMACIÓN CONSTITUCIONAL

4.1. Las sentencias del Tribunal Constitucional

4.1.1. *Las sentencias*

27. La inclusión, en el año 2004, de cuatro delitos específicos de violencia de género vino acompañada de un intenso debate constitucional acerca de su viabilidad ex principio de igualdad[34]. Este debate se vehiculó jurisdiccionalmente no en un recurso de inconstitucionalidad contra los cuatro nuevos preceptos, pues los mismos habían encontrado un amplio respaldo de los parlamentarios[35], pero sí

---

[34] También se impugnaron las normas desde las perspectivas de los principio de culpabilidad (por presunción de lesividad y por el principio de personalidad de las penas) y de proporcionalidad. Al respecto, Lascuraín Sánchez, J. A.: "¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentario a las SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 99, (2013), p. 341 y s.

[35] Por unanimidad en la votación final de la ley: trescientos veinticinco votos de trescientos veinticinco (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, Año 2004, núm. 61, p. 2942). En el Congreso, en la votación parcial de los preceptos penales: a favor, 190; en contra, 130; abstenciones, una (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, Año 2004, núm. 39, p. 1.729).

en numerosas cuestiones de inconstitucionalidad que fueron resueltas mediante las sentencias STC 59/2008, de 14 de mayo (sobre el art. 153.1 CP), 45/2009, de 19 de febrero (sobre el art. 171.4 CP), 127/2009, de 26 de mayo (sobre el art. 172.2 CP), y 41/2010, de 22 de julio (sobre el art. 148.4.º). La pregunta esencial era si la Constitución permitía tipos delictivos agravados si, como elementos de tal agravación figuraban el sexo del sujeto activo y del sujeto pasivo[36].

28. Con cuatro votos discrepantes, las cuatro sentencias fueron desestimatorias de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas. Su punto de partida fue adverar que en los tipos cuestionados existían efectivamente esas diferenciaciones por el sexo de los sujetos, cuestión sobre la que cabía albergar alguna duda interpretativa. Y es que el sujeto activo está descrito con la fórmula genérica de los delitos comunes "el que" y no aclara indubitadamente su posible circunscripción a los varones la mención relacional del sujeto pasivo como la persona que "sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia". A su vez, aunque según este inciso el sujeto pasivo ha de ser una mujer, el tipo amplía el círculo a la "persona especialmente vulnerable que conviva con el autor".

Con buen tino, el Tribunal Constitucional entiende que es razonable la interpretación de los jueces cuestionantes acerca de que el sujeto activo ha de ser un varón, a partir, entre otros argumentos interpretativos, de que la ley orgánica que genera los nuevos tipos "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*[37], se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia" (art. 1.1)[38]. Y entiende asimismo que es correcta la interpretación de que no hay simetría de sexos en rela-

---

36 Sobre estas sentencias, *in extenso*, Lascuraín Sánchez, "¿Son discriminatorios...", cit. núm. 34, pp. 329-370.

37 Añado la cursiva.

38 Añade el Tribunal que desde la perspectiva del sujeto activo es precisamente esta norma la que plantea dificultades de encaje en el marco constitucional *ex* artículo 14 CE: es la "que presenta un mayor grado de diferenciación y es con ello la diferencia más incisiva con la perspectiva del principio de igualdad, dado que incluye la más severa relativa al sujeto activo, y porque se refiere a los dos elementos personales del tipo (sujeto activo y sujeto pasivo). Solo si esta norma resultara inconstitucional habríamos de analizar la que deriva de la interpretación alternativa respecto del sexo del sujeto activo (tanto hombre como mujer), a los efectos de cumplir nuestra

ción con el sujeto pasivo a partir de la inclusión de las personas especialmente vulnerables, pues con independencia de si es certera esa posible catalogación del varón como persona especialmente vulnerable, esta ha de convivir con el autor, lo que no se exige, y se dice expresamente, a la mujer que sea o haya sido pareja del autor.

La desestimación del Tribunal parte de aplicar su consolidado canon relativo al principio de igualdad, más laxo que el propio de la prohibición de discriminación. Aquel exige "que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación" (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7). La justificación en este caso se ha transcrito ya[39] y es la de la lesividad peculiar de este tipo de agresiones. Conviene retener su conclusión: "No resulta irrazonable entender [...] que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de esta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece" (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 9.a).

4.1.2. La perspectiva constitucional

29. Los dos puntos más controvertibles de estas sentencias fueron los de la perspectiva utilizada (el mandato general de igualdad y no la prohibición de discriminación) y el sentido del fallo (singularmente que fuera desestimatorio sin más y no interpretativo).

La primera cuestión no es baladí. Conviene recordar en este punto que lo esencial del daño a la igualdad es la diferenciación irrazonable entre personas, y que la medida de ese daño va a depender más de las razones –de las sinrazones– de esa diferenciación que de la medida de esa diferenciación: no importa tanto la materialidad de la privación al desigualado como lo que aporta de sentido a la minuspersonalización. De hecho, esta es la lectura del artículo 14 CE de nuestro Tribunal Constitucional, con la coma inicial con espíritu de punto y aparte.

---

tarea de «explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución»" (FJ 4a).

39 *Vid*. supra punto 8.

De un modo consolidado y, creo, que alabado por la doctrina constitucionalista, ha entendido que este artículo ("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") distingue entre factores de diferenciación especialmente hirientes –"odiosos"[40]– y, por ello, difícilmente tolerables, que son los que expresamente menciona y los a ellos asimilables, y el resto de factores de diferenciación. Y ha llevado esta división de los factores de diferenciación hasta el punto de hablar de dos derechos distintos –o de dos contenidos del derecho a la igualdad–, que, con dudosa fortuna semántica, denomina como el genérico derecho a la igualdad y el más exigente derecho a no ser discriminado[41].

---

[40] Afirma la STC 62/2008, de 22 de julio, que "no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del artículo 14 CE, pues [...] en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. De ahí que, para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el artículo 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de `cualquier otra condición o circunstancia personal o social´, resulte necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE)" (FJ 5).

[41] De acuerdo con la jurisprudencia constitucional "sobre el artículo 14 CE, sintetizada en la STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, y recogida posteriormente, entre otras muchas, en las SSTC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2, y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5, dicho precepto constitucional acoge dos contenidos diferenciados: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación. Así, cabe contemplar «en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas [...]» (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ. 4). La virtualidad del artículo 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. «Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas

La cosa no queda en el puro nominalismo: frente al canon ya indicado de análisis del derecho a la igualdad[42], en las normas discriminatorias "el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto"; el punto de partida es el de "la irrazonabilidad de diferenciación" (STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 2): existe una fuerte presunción de ilegitimidad que debe arrumbar el propio legislador en su propuesta[43].

En el juicio de constitucionalidad de las normas penales de violencia de género era, pues, muy importante elegir el bisturí procedente para la operación. Y, frente a la intuición inicial de que este debería ser el más severo del mandato antidiscriminatorio, pues la diferenciación incluye doblemente el sexo de los implicados en el delito, el Tribunal opta por el juicio genérico de igualdad, pues "no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados [...]. La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa [...] que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja, de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada" (FJ 7).

---

y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2) [...]» (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ. 4)" (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 5).

42 *Vid*. supra 28.

43 También, STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 5. Al respecto, con más detalle, Lascuraín Sánchez, "Igualdad...", cit. núm. 33, p. 96 y ss. Como afirma Jiménez Campo, la enumeración de ciertas condiciones en el artículo 14 CE "implica, si no quiere verse en ello una prohibición absoluta para la diferenciación, sí, al menos, la necesidad, para el legislador, cuando pretenda excepcionar esta regla, de localizar una habilitación constitucional en virtud de la cual pueda decaer el recelo frente al empleo de estos criterios como rasgos de diferenciación" ("La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, p. 85). Para Aláez Corral "la prohibición de discriminación del artículo 14 CE constituye una presunción *iuris tantum* de que ciertas circunstancias [...] como regla general no puedan ser tenidas en cuenta por el legislador como fundamento de tratamientos normativos diferenciados" (en "Protección penal desigual y violencia de género", en AA. VV., dir. Huerta Tocildo y Pérez Manzano, *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral,* Aranzadi, Madrid, 2012, p. 160).

30. El argumento no convence. Creo que confunde el criterio de diferenciación, que delimita el ámbito de la discriminación, con el hecho de que sea el único criterio –lo que depararía una discriminación injustificada– o de que comporte o venga acompañado de otros criterios que incidan en la diferenciación, que es el ámbito de la justificación de la discriminación. Si se utiliza el sexo de los sujetos para diferenciar, y en las normas penales cuestionadas se utiliza dos veces (sujeto activo y sujeto pasivo[44]), se está discriminando, según la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional. Bien o mal, pero discriminando. Si se utiliza porque el criterio del sexo es necesario para describir conductas de un mayor desvalor, se podrá estar discriminando justificadamente.

Dicho esto, me gustaría volver a ese "según la jurisprudencia constitucional". Y es que yo estoy de acuerdo con el Tribunal en que la perspectiva de análisis ha de ser la genérica y más laxa de la igualdad, pero por una razón bien diferente. Si para la odiosidad del factor diferenciador es importante el arraigo histórico del mismo, su tradición en la segregación de ciudadanos, forma parte de ese desafortunado arraigo la dirección en la que opera el factor. Es peor una diferenciación normativa o aplicativa no porque la razón de la diferencia sea el sexo, la raza o la orientación sexual, sino porque la diferencia agravia a una mujer, a un negro o a un homosexual. Si el mandato antidiscriminatorio es unidireccional, en las normas penales aquí controvertidas, que castigan más a los varones y protegen más a las mujeres, no hay discriminación, sino mera desigualación.

4.1.3. El fallo

31. El fallo de estas sentencias suscitó dos controversias. Una, inesperada, de tipo formal: que, sorprendentemente, no estuviera claro su contenido. Es desestimatorio sin más, sí, pero con una afirmación en la fundamentación –y en los votos particulares– relativa a que es interpretativo[45]. Al comienzo de la

---

44 Sobre la diferente trascendencia que para la igualdad tiene la diferenciación de sujeto activo y de sujeto pasivo, v. Lascuraín Sánchez, "Igualdad...", cit. núm. 33, p. 101 y ss. Como señala la STC 59/2008, de 14 de mayo, "[e]s mayor la intensidad de la diferenciación cuando se refiere a la sanción que cuando se refiere a la protección, siquiera sea porque, cuando la sanción constituya la privación de un derecho fundamental, y significativamente del derecho a la libertad, se tratará de una diferenciación relativa al contenido de los derechos fundamentales, al contenido de la libertad" (FJ 4).

45 De hecho, algunos autores entienden que el fallo es interpretativo. Por ejemplo, García Arán, M.: "Injusto individual e injusto social en la violencia machista", en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del*

argumentación sustantiva se señala que la duda de inconstitucionalidad "conduciría, en efecto, a su inconstitucionalidad si la interpretación asumida por dicho juzgado fuera la única posible y no cupieran otras interpretaciones como las manifestadas en numerosos pronunciamientos de los jueces y los tribunales ordinarios acerca del expresado tipo penal" (FJ 4).

32. La segunda controversia hace al sentido del fallo: si debió ser estimatorio, desestimatorio o desestimatorio conforme a determinada interpretación de los preceptos.

Yo creo que el fallo debió ser interpretativo. La elevación de las penas en determinadas agresiones sobre una mujer –en estos tipos penales, de un varón hacia quien es o fue su pareja– se justifican porque son violencia de género: por la peculiar lesividad que se deriva del sometimiento de la mujer a un rol subordinado. Pero la diferencia de pena carece de razonabilidad (de funcionalidad para un fin loable) si en el contexto no está ese factor de dominación. ¿Diferente pena en unos malos tratos recíprocos, o en unas amenazas leves recíprocas, o en unas coacciones leves recíprocas en una pareja heterosexual con una relación igualitaria?

Como aprecia, creo, la mayoría de la doctrina constitucionalista y penalista, el fallo debió corregir la suprainclusividad de la norma impugnada[46]. Debe insistirse en

---

Profesor Tomás Salvador Vives Antón, dir. Carbonell Mateu, González Cussac y Orts Berenguer, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 653; Acale Sánchez, M.: "Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional", en AA. VV. (dir. Puente Aba), *La respuesta penal a la violencia de género,* Comares*,* Granada, 2010, p. 65; Rueda Martín, Á.: *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre*, Reus, Madrid, 2012, p. 115.

46 Así, por ejemplo, Larrauri Pijoán, E.: "Igualdad y violencia de género", *Indret* 1/2009, p. 15; Gómez Martín, V.: "¿Comparaciones odiosas? Acción positiva y violencia de género ocasional", en AA. VV. (dir. Mir Puig y Queralt Jiménez), *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales,* Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, p. 296; Molina Fernández, F.: "Desigualdades penales y violencia de género", en AA. VV. (ed. Ruiz Miguel y Macia Morillo), *Desafíos de la igualdad, desafíos a la igualdad,* Madrid (UAM -BOE), 2009, p. 84; Rey Martínez, F.: "Diferente sanción penal de conductas semejantes e igualdad constitucional", en AA. VV. (dir. Huerta Tocildo y Pérez Manzano), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral,* Aranzadi, Madrid, 2012, p. 153; Ruiz Miguel, A.: "Protección penal desigual y violencia de género", en AA. VV. (dir. Huerta Tocildo y Pérez Manzano), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral,* Aranzadi, Madrid, 2012, p. 179; Huerta Tocildo, S.: "Protección penal desigual y violencia de género", en AA. VV. (dir. Huerta Tocildo y Pérez Manzano), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral,* Aranzadi, Madrid, 2012, p. 189; Villacampa Estiarte, C.: "Pacto de Estadio en materia de violencia de género", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 20-04 (2018), p. 12.

que el desvalor añadido de una agresión de un varón a la mujer que es o fue su pareja no se produce siempre que se den estos rasgos de sexo y de relación, sino solo cuando se trata de una violencia de género, lo que requiere un rasgo añadido sobre cuyo perfil preciso y su concreción en palabras se debate, pero que tiene que ver con un contexto de dominación o con una finalidad de dominación. Solo en estos casos la ofensividad es mayor que en otras agresiones en el seno de esa misma relación afectiva, que son, en buena parte de su objetividad, aparentemente iguales. La aparente tesis del Tribunal de que el desvalor propio de la violencia de género va anudado solo a la dirección varón – mujer de la agresión y a la relación de pareja presente o pretérita de los mismos resulta contraria a una percepción razonable de la realidad[47]. Lo que intimida, degrada y cosifica es la agresión machista, pero no lo es sin más con solo aquellos dos rasgos de sexo y relación. Esta interpretación restrictiva de los tipos penales cuestionados venía muy de la mano de la Ley Orgánica que los introdujo y cuyas primeras palabras, ya reseñadas, subrayan que su objeto es el de combatir la violencia de los hombres sobre las mujeres "como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres"[48].

4.2. El Tribunal Supremo

33. Esa interpretación restrictiva es la que realizó sensatamente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en los primeros años de aplicación de estos delitos de violencia de género, añadiendo además, algo también bastante cabal, como es que, de los tres primeros rasgos (varón, mujer, relación), no sería difícil habitualmente inferir el cuarto (dominación). Una especie de tres y medio en la discusión acerca de si requieren solo tres –solución creo que en realidad inconstitucional– o cuatro elementos –solución poco preventiva por las dificultades de prueba que comporta–.

La sentencia de Pleno STS 677/2018, de 20 de diciembre, con cuatro magistrados discrepantes de los diez de la mayoría, rompió esta línea. Entendió que no se puede interpretar restrictivamente el tipo con la exigencia del elemento de

---

47 Así, Molina Fernández, pues presupone o bien que no es posible una relación de pareja igualitaria, o bien que en tales parejas no cabe la ofensa, el maltrato o la lesión (cit. núm. 46, p. 79). También, Rey Martínez (cit. núm.46, p. 149); Pérez Manzano, "Algunas claves...", cit. núm. 8, p. 41.

48 Así, Lloria García, P.: "La regulación penal en materia de violencia familiar y de género tras la reforma de 2015. Especial referencia al ámbito tecnológico", *Revista General de Derecho Penal, 31(2019),* p. 7.

dominación. Así, siempre que un varón maltrate a la mujer que es o fue su pareja comete el delito agravado de maltrato, que era el potencialmente aplicable en el caso. Esta interpretación extensiva vendría obligada por el legislador: "cuando se exige [...] que [...] se adicione un elemento intencional o subjetivo de dominación o machismo en el derecho probatorio, se está produciendo un exceso en la exigencia de la prueba a practicar en el plenario que no está requerido en el tipo penal, y que el legislador no quiso adicionar, pudiendo haberlo hecho, quedándose, tan solo, en la mención a los actos de dominación o machismo como el sustrato o causa de justificación de la reforma, pero no como elementos propios y específicos del tipo penal que es objeto de tratamiento en el presente recurso. [...] Nótese que, como marca la doctrina, no puede admitirse este proceso de impunidad, y determinar una decisión del juez más allá de la subsunción, cuando existen imperativos legales que evitan que el juicio de valoración se torne en juicio de discrecionalidad jurídica o, aún peor, de arbitrariedad. No podemos olvidar que, si existe una vinculación a la predeterminación positiva de la regla, debe asegurarse en todas sus decisiones la seguridad jurídica".

34. Algún matiz exigen, desde luego algunas de las afirmaciones del párrafo transcrito. El primero es el de que parece que el legislador sí quería adicionar el elemento de la dominación, como se ha señalado. Quería tipificar una "manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres" (art. 1.1 LO 1/2004). Es este rasgo de la violencia el que impulsa la inclusión de los nuevos tipos penales, que, por ese rasgo, son tipos de violencia de género, cuyo combate da nombre a la ley. Creo que viene a decir el legislador: "me dispongo a incluir nuevas modalidades agravadas de agresión no porque sean de hombres hacia sus parejas, sino porque son manifestación de dominación de los primeros hacia las segundas".

El segundo matiz es sobre lo que "marca la doctrina". Mi percepción, que espero que no esté sesgada por mi propia posición, es que la mayoría de las autoras y de los autores, entonces y ahora, no solo apoyan una interpretación reductiva del artículo 153.1 CP a partir del elemento de dominación, sino que incluso consideran que, como aquí se ha expuesto, el Tribunal Constitucional debería haber declarado la inconstitucionalidad de la que ahora impone la mayoría de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo[49]. Procede subrayar en todo

---

49 *Vid*. supra núm. 33.

caso que lo que resolvió el Constitucional no es que la interpretación expansiva, menos igualitaria, sea correcta en el sentido de que es la única o la mejor alternativa. Lo único que dice es que cabe en los parámetros constitucionales. Pero ello no obsta a que exista otra mejor que sea la que adopten los jueces por cualesquiera razones y, sobre todo, por razones de mayor adecuación a la Constitución. En nuestro caso, porque sea más acorde con el principio de igualdad.

35. Pero vayamos al corazón de mi discrepancia[50]: ¿cómo no se va a poder hacer una interpretación restrictiva de lo que demarca el tenor literal posible de las palabras a partir de principios, a partir de valores? ¿No cabe la analogía *iuris in bonam partem*? Dado que el tenor literal de un enunciado penal es "vago y versátil", que "las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente", y que "dentro de ciertos límites [...] el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad", ¿no se espera precisamente del juez aplicador que reduzca razonablemente la incertidumbre y evite la desproporción punitiva con una lectura "desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional [...] y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica" (STC 137/1997, de 21 de julio)? ¿No es ese el día a día de nuestro Tribunal Supremo? Es el que hace que no se castigue la distribución de droga después de una compra compartida, a pesar de que es notorio que se "facilita su consumo ilegal" (art. 368.1 CP,) o el que consigue que no haya hurto multirreincidente si los antecedentes no son hurtos menos graves o graves, a pesar de que es notorio que los delitos leves también son delitos y semánticamente podrían abrir la puerta a la agravación.

Tan es así que la propia sentencia, a la vez que con una mano niega la posibilidad de reducir el ámbito típico permitido por el tenor literal, con la otra lo hace en otro aspecto del mismo precepto: el sujeto activo. El Tribunal Supremo reduce el sujeto activo del artículo 153.1 CP al varón, a pesar de que las palabras permiten incluir como tal a la mujer que tenga o haya tenido pareja mujer a través de la expresión inclusiva "el que", propia de todos los delitos comunes como equivalente a "cualquiera que". Por cierto, que a esta inclusión de las mujeres

---

50 También críticamente, 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", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-04, 2019, p. 18.

en el círculo de sujetos activos procede la sentencia en el apartado segundo del artículo 153, a pesar de que la descripción del sujeto activo es idéntica. Tan idéntica que no existe, sino que se remite a la del apartado 1[51].

36. No me parece irrelevante esta opción interpretativa del Tribunal Supremo, que, por cierto, qué incoherente, pero, afortunadamente, sí exige "una asimetría en la relación entre varón-autor y mujer-víctima que sea reflejo de la discriminación que constituye el fundamento de la mayor sanción penal" para aplicar la agravante genérica de comisión de delitos por razones de género (art. 22.4.ª CP) "en casos ajenos a esa relación de pareja"[52]. Ni es intrascendente aquella ocasional reluctancia a interpretar reductivamente tipos penales *ex* valores, ni es irrelevante su lectura expansiva y desigualitaria de los tipos de violencia de género. Es paradójico que un cierto afán igualitario termine generando desigualdad. Recuérdese que la razón clave de una interpretación restrictiva, con elemento de dominación, es de constitucionalidad, de principio de igualdad: dejar fuera de una sanción agravada por violencia de género supuestos que no son de violencia de género y evitar así una diferenciación entre sujetos por razón de sexo, siquiera sea en sentido débil (mayor pena para los varones; mayor protección para las mujeres). Sin dominación no hay violencia de género, ni un mayor desvalor de la conducta, ni justificación de la pena. La interpretación extensiva de la norma la hace suprainclusiva: comprensiva de algunos supuestos que carecen del desvalor añadido que legitima el aumento de pena. Tenía razón el voto particular de la sentencia: "Es cierto, como se dice en la sentencia de la mayoría, que ninguno de los apartados del artículo 153 CP incluye ni exige «entre sus elementos una prueba del ánimo de dominar o de machismo del hombre hacia la mujer». Pero, si se prescinde de ese contexto, que en síntesis podríamos denominar contexto de dominación, la diferencia en el trato, en la aplicación de la ley, no quedaría justificada, vulnerándose con ello el artículo 14 de la Constitución. Es necesaria, por lo tanto, una interpretación del tipo penal que, en el momento de su aplicación, impida la vulneración de ese principio, exigiendo la constatación de los elementos que justifican el trato desigual" (punto 4).

---

51 *Vid*. al respecto Lascuraín Sánchez, "¿Son discriminatorios...", cit. núm. 34, p. 337 y ss.

52 STS 99/2019, de 28 de febrero, FJ 3.2.

5. BALANCE Y PROPUESTA

5.1. Balance

37. Comentaba al comienzo de la descripción de nuestro sistema de prevención penal de la violencia de género[53] que el legislador que se enfrente a esta labor de protección debe adoptar varias decisiones: si opta por un sistema de cláusula general o si tipifica concretamente determinadas agresiones de género; si la estrategia es la segunda, deberá decidir qué delitos de género tipifica expresamente; en cualquiera de los casos habrá de enfrentarse a la definición de la violencia de género.

38. Nuestro legislador comenzó su tarea con la inclusión, en el año 2004, de cuatro tipos específicos de violencia de género (malos tratos, amenazas leves, coacciones leves y lesiones básicas). A este cuarteto se añadieron, en el año 2022, las agresiones sexuales a través de una agravante específica. Entre estas dos reformas, sin derogar los primeros tipos ni renunciar a la tipificación específica, se incorporó, en el año 2015, una escueta agravante general de género, aplicable en principio a cualquier delito. En ese mismo año 2015, por cierto, se introdujo, poco después, un delito de género en la captación de personas para actividades terroristas.

La intención legislativa parece ser la de combinar las dos estrategias (la agravante general y los delitos específicos). Menos intencionada parece la adición, en el año 2015, de unos exóticos delitos de género de discriminación laboral, de prestación de servicios públicos o de discriminación en la actividad profesional o empresarial y, en el año 2022, de un delito militar de abuso de autoridad mediante discriminación. En todos ellos late la sospecha de que lo que el legislador solo quería hacer, y también hace, es incluir el género como causa de discriminación.

39. La decisión legislativa del año 2004 fue la de tipificar expresamente agresiones de género leves y no agravar en exceso la pena en relación con la que merecería una agresión no de género en seno de la pareja.

A) En el delito de malos tratos, frente a la pena en ese último caso de "pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días" (art. 153.2 CP), en el primero el legislador se limita a elevar el suelo mínimo de la prisión a seis meses (art. 153.1 CP). La diferencia es la misma en el caso de las amenazas leves con armas u otros instrumentos

---

53 *Vid*. supra III.

igualmente peligrosos (arts. 171.5 y 5 CP), aunque mayor en otro caso, en el que la pena comparativa sería "localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses" (art. 171.1 CP). Esta última es la relación en el delito de coacciones leves entre la de género y cualesquiera otras de pareja.

Por lo que respecta a las lesiones, el componente de género las eleva significativamente de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses a prisión de dos a cinco años. En las agresiones sexuales la agravación es aún mayor. Las penas pasan a ser de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1 (uno a cuatro años), de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178.3 (uno a cinco años), de prisión de siete a quince años para las agresiones del artículo 179.1 (cuatro a doce años) y de prisión de doce a quince años para las del artículo 179.2 (seis a doce años).

B) Respecto a la selección de los delitos, llamó la atención inicialmente la ausencia de las agresiones de género más graves, como las agresiones sexuales, las lesiones graves y muy graves y el homicidio. En esta decisión tuvo que pesar la amplia discrecionalidad de la que goza el juez en las penas más graves para determinar la pena "en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho" (art. 66.1.6.ª CP) y en las que podía y debía valora la lesividad específica de género[54]. En relación con el homicidio se da un factor añadido en contra de la tipificación expresa del femicidio[55] o de su agravación intensa, como ha destacado Pérez Manzano: "si los elementos que fundamentan la mayor gravedad de los delitos en estos casos [...] residen en el ataque a la libertad, a la seguridad y a la dignidad de la víctima, cabe plantearse si todo ello tiene algún reflejo especial, o simplemente si tiene sentido, cuando de lo que hablamos es de la lesión de la vida. A la lesión de la vida es siempre inherente la restricción total de cualquier otro bien o derecho de la víctima, pues la vida es su presupuesto. Desde esta perspectiva, no puede sostenerse que matar a la pareja o expareja supone una amenaza para restringir su libertad futura ni una forma de control o restricción de su libertad actual que no sea inherente a la propia muerte.

---

54 Así, Pérez Manzano: "Algunas claves...", cit. núm. 8, p. 43 y ss.

55 Sobre esta denominación y la de "feminicidio", "En busca de la identidad...", cit. núm. 11, p. 98 y ss.

Todo lo más, tendría sentido seguir hablando de que la muerte, en estos casos, es manifestación de una pauta discriminatoria y, en tal medida, es representativa de un atentado a la dignidad de la víctima que debería reflejarse en la pena"[56].

Esta estrategia pierde coherencia con la adición de las agresiones sexuales. ¿Por qué añadir aquí una agravación específica de género y no en las lesiones graves y muy graves, o en la detenciones ilegales y secuestros?

40. La fórmula elegida para expresar la violencia de género es –inicialmente en los malos tratos, amenazas leves, coacciones leves y lesiones básicas, y después en las agresiones sexuales– la descripción relacional del sujeto pasivo: que "sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él [al autor] por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia" (arts. 148.4.º, 153.1, 171.4, 172.2 y 180.1.4.ª CP). En esta fórmula no se expresa que el sujeto activo haya de ser varón ni se hace alusión alguna al contexto de la relación o a la motivación del autor.

La circunstancia agravante genérica consiste en "cometer el delito por razones de género" (art. 22.4.ª CP). Sin más. El Tribunal Supremo interpreta que esas razones pueden concurrir al margen de la relación de pareja[57], y que, en tales casos, como se ha reseñado, debe darse una relación "asimétrica" entre el autor y la mujer víctima del delito, "reflejo de la discriminación que constituye el fundamento de la mayor sanción penal"[58].

En el delito de captación terrorista de mujeres víctimas de trata lo que se expresa es la finalidad "de convertirlas en cónyuges, compañeras o esclavas sexuales de los autores del delito" (art. 577.2 CP).

5.2. Criterios

41. El empeño de este artículo es el de describir como se articula la prevención de la violencia de género en nuestro ordenamiento penal para luego tratar de evaluar esa foto. Si "salimos bien", y si no, en lo que no esté bien, tratar de mejorarla. La cuestión, claro, en este contexto, es la que es eso de "salir bien".

---

56 Pérez Manzano: "Algunas claves...", cit. núm. 8, p. 46 y ss. También en "En busca de la identidad...", cit. núm. 11, p. 107.

57 SSTS 99/2019, de 28 de febrero, FJ 3.2; 76/2024, de 25 de enero, FJ 2.1; 917/2023, de 14 de diciembre, FJ 2.

58 STS 99/2019, de 28 de febrero, FJ 3.2.

Lo que trata toda protección penal es de prevenir ciertas conductas lesivas. Definirlas y disuadirlas con la pena adecuada a esa disuasión. Este principio de protección, de eficacia en la consecución de un fin loable, está condicionado a principios de eficiencia: a desplegar esa protección conforme a ciertos valores. En lo que ahora importa deberemos procurar ante todo proveer de una regulación precisa (principio de legalidad). Y la pena que elijamos deberá ser la mínima eficaz y en todo caso proporcionada al desvalor de la conducta (principio de culpabilidad). Y solo agravaremos la pena a quien se lo merezca: a los autores del hecho lesivo (principio de culpabilidad), sin distinciones irrazonables entre las personas a las que castigamos y a las que protegemos (principio de igualdad).

5.3. Propuesta

42. La primera pregunta política a la que hay que responder es la de si optar por una agravación general o por la tipificación específica de ciertos delitos como delitos de género. Nuestro legislador lo hace mal porque hace las dos cosas a la vez, con los riesgos de *bis in idem* que ello comporta (que se aplique el tipo específico y la agravación) y porque, desde el año 2022, no está claro con qué criterio selecciona los delitos específicos. Ahora son los leves y solo una tipología de delitos graves (agresiones sexuales), pero no otras (lesiones graves o detenciones, por ejemplo).

Creo que haríamos bien en derogar los delitos específicos y adoptar una cláusula general de agravación de género[59]. La agresividad de género, para condicionar el comportamiento futuro de una mujer y hacerlo para su subordinación, tiene

---

59 A favor, pero con algunos reparos, Roig Torres, M.: "La delimitación de la «violencia de género»: un concepto espinoso", en *Estudios penales y criminológicos,* 32, 2012, p. 306. También, Marín de Espinosa Ceballos, aunque limita su aplicación a las relaciones de pareja ("La agravante genérica de discriminación por razones de género –art. 22.4 CP–", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-27, 2018, pp. 18 y ss.).

Laurenzo Copello subraya, respecto de los tipos específicos, un "fuerte poder simbólico del que cabe esperar un razonable aumento de la conciencia ciudadana respecto a la frecuencia y gravedad de la violencia contra las mujeres". Con todo, contrapone que "el recurso al Derecho penal implica necesariamente renunciar al componente reivindicativo del concepto de violencia de género para cambiarlo por el discurso de la victimización de las mujeres y el consecuente reforzamiento de la imagen de fragilidad y debilidad del sujeto femenino". Por ello, concluye que "las leyes género específicas son muy poco aconsejables en países, como España, donde ya existe una importante implicación social con las víctimas de la violencia de género" ("¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXV, 2015, pp. 824 y ss.).

muchas caras, incluidas por ejemplo las patrimoniales. Una circunstancia agravante general, como la ya existente –pero mejor definida– dotaría del instrumento adecuado al juez para desvalorar esa lesividad añadida a muy diversos comportamientos delictivos.

43. Su inclusión como agravante genérica facilita también la moderación del incremento punitivo: la misma pena en su mitad superior (art. 66.1.3.ª CP). En el homicidio, por las razones antes apuntadas, de la mano de Pérez Manzano, de imposibilidad de condicionar el futuro, la agravación debería de tender al mínimo dentro de ese margen de selección punitiva.

44. La circunstancia que se propone debería ser mucho más expresiva de lo que lo es ahora. Con Pérez Manzano: "Se debe incorporar a la definición de la violencia sobre las mujeres ejercida por razones de género su condición de instrumento de dominación discriminatoria, de instrumento para el mantenimiento de la mujer en una posición social de subordinación y para exteriorizar, paralelamente, la posición de preeminencia del hombre en las relaciones individuales"[60]. Ya se ha dicho que el modo de tipificar los delitos específicos de lesiones básicas, malos tratos, amenazas leves, coacciones leves y agresiones sexuales se restringe a los supuestos de violencia de género en el seno de la pareja, es ambiguo respecto al sujeto activo en este ámbito, que semánticamente podría ser una mujer, y nada dice del contexto o de la motivación[61]. Por su parte, la locución "razones de género" apenas dice nada de cuáles son esas "razones".

---

60 "En busca de la identidad...", cit. núm. 11, p. 106. También, Alonso Álamo: la agravante se debe formular objetivamente, "por lo que a la discriminación de género se refiere, en torno a la acción de dominación y sometimiento como una forma de comisión que atenta contra el interés a la igualdad y que agrava el injusto objetivo" (cit. núm. 21, p. 18).
Laurenzo Copello enfatiza también que lo determinante de la violencia de género es "el hecho en sí de utilizarla como forma de relacionarse con su pareja, desarrollando una pauta de conducta que tiene que ver con las relaciones de dominio y subordinación entre los sexos propias del patriarcado. Es aquí donde está el factor diferencial de la violencia de género. El problema es que, en mi opinión, esta idea solo se puede traducir en términos de tipicidad penal cuando la violencia se produce en un contexto indiscutible de dominio-subordinación, como sucede en la violencia habitual" (cit. núm. 60, p. 8290 y ss.).

61 Lo que sería necesario. La descripción típica de los tipos penales específicos de género "debería incluir el contexto objetivo de dominación como elemento típico" (Pérez Manzano, "Algunas claves...", cit. núm. 8, p. 42).

La expresión de la lesividad de género no es fácil[62]. Pero hay que intentarlo[63]. A tal efecto se ofrece a la reflexión la siguiente propuesta: "Cometer el delito por razones de género. Concurren tales razones cuando la víctima sea una mujer y el delito pretenda situarla o mantenerla en el ámbito privado o en el ámbito público en un rol subordinado respecto al varón"[64].

Esta propuesta, razonablemente abarcativa, me parece mejor, más determinada y más expresiva, que la que se referiría a que el delito se cometa contra una mujer "en un contexto de dominación de la misma o con intención de instaurar tal dominio".

6. CONCLUSIONES

45. El propósito de este artículo es el de describir cómo es la prevención penal de la violencia de género en el ordenamiento penal español, evaluar su corrección y, en su caso, proponer propuestas de modificación.

46. Para avanzar en ese objetivo ha sido necesario asentar qué se entiende por violencia de género, definición que no es ni clara ni pacífica[65]. Se adopta la siguiente: a efectos penales, violencia de género es la comisión de delitos que tienen por víctima a una mujer y cuya motivación radica en el género. La razón

---

62 Poggi, cit. núm. 1, p. 304 y s.; Pérez Manzano, "Algunas claves...", cit. núm. 8, p. 42; Laurenzo Copello, cit. núm. 60, pp. 817-824.

63 El artículo 2.2 de la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid, incluye como constitutivas de violencia de género "las conductas que tengan por objeto mantener a la mujer en la sumisión, ya sea forzando su voluntad y su consentimiento o impidiendo el ejercicio de su legítima libertad de decisión en cualquier ámbito de su vida personal".

64 Pérez Manzano trata de ejemplificar sobre el contexto de la violencia de género, "que refleje estereotipos patriarcales de subordinación de la conducta de la mujer, y que la violencia tenga carácter instrumental respecto de dicha discriminación. Sin ánimo de exhaustividad y a los solos efectos de ejemplificar a qué me refiero cuando exijo un contexto de discriminación patriarcal, precisaré que, de acuerdo con estos patrones patriarcales, de la mujer se espera: sumisión al hombre en todas las decisiones familiares –especialmente en las de carácter económico–, disponibilidad sexual, que asuma el cuidado de la casa y familia, que no se relacione con varones ajenos a la familia, o que no supere al hombre en conocimientos o situación profesional. De modo que cuando la violencia se vincule con dichos patrones, podrá calificarse como violencia discriminatoria, o violencia de por razón de género" ("En busca de la identidad...", cit. núm. 11, p. 108).

65 Poggi, cit. núm. 1, p. 293; Añón Roig y Merino Sancho, cit. núm. 1, p. 68.

de su victimización es la reacción frente a su desajuste a un estereotipo de subordinación de género femenino o la prevención de dicho desajuste.

47. En nuestro Código Penal existen cinco delitos específicos de género (lesiones básicas –art. 148.4.ª CP–, malos tratos –art. 153.1 CP–, amenazas leves –art. 171.4 CP–, coacciones leves –art. 172.2 CP– y agresiones sexuales –art. 180.1.4.ª CP–) expresados con la fórmula "que la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia". Existe también una circunstancia agravante genérica de comisión del delito "por razones de género" (art. 22.4.ª CP). Existe además un delito de captación terrorista de "mujeres víctimas de trata con el fin de convertirlas en cónyuges, compañeras o esclavas sexuales de los autores del delito" (art. 577.2 CP).

48. Los primeros cuatro delitos específicos de género fueron considerados por el Tribunal Constitucional conforme a la Constitución ex principio de igualdad sin necesidad –a mi juicio incorrectamente– de interpretar que las agresiones se produzcan en un contexto de dominación o con intención de instaurarlo (SSTC STC 59/2008, de 14 de mayo; 45/2009, de 19 de febrero; 127/2009, de 26 de mayo; y 41/2010, de 22 de julio). El Tribunal Supremo exigió este requisito hasta su desafortunada STS 677/2018, de 20 de diciembre.

49. El panorama descrito es mejorable. Combina la tipificación específica con la estrategia de cláusula general. En tal tipificación específica elige incoherentemente delitos menos graves y solo un grupo de delitos graves (las agresiones sexuales), para el que la agravación es excesiva. La fórmula de tipificación es muy poco precisa cuando no ambigua ("cometer el delito por razones de género"; "que la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él [al autor] por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia").

50. Una tipificación mejor debe procurar una protección mejor frente a la violencia de género, captando agravatoriamente su lesividad siempre que concurra, y respetando siempre los principios de legalidad (mandato de determinación), proporcionalidad, culpabilidad e igualdad.

51. De cara a esa tipificación, mejor se ofrece a la discusión un sistema solo de circunstancia agravante general, sin tipos específicos de género, con el siguiente enunciado: "Cometer el delito por razones de género. Concurren tales razones cuando la víctima sea una mujer y el delito pretenda situarla o mantenerla en el ámbito privado o en el ámbito público en un rol subordinado respecto del varón".

Capítulo 12
LA BRECHA DE GÉNERO COMO PROBLEMA CONSTITUCIONAL (EVIDENCIA EMPÍRICA, DESIGUALDAD ESTRUCTURAL Y DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO)

María Emilia Casas Baamonde
Consejo Ciencias Sociales
de la Fundación Ramón Areces
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-0781-7166

1. EL ENFOQUE INTERDISCIPLINAR

La brecha de género en el trabajo –en la segregación ocupacional, las retribuciones, las condiciones de empleo y trabajo y las oportunidades de promoción y acceso a posiciones de responsabilidad y liderazgo–, y, más ampliamente, en los ámbitos empresarial, económico, institucional, político y social, constituye un fenómeno estructural persistente en las sociedades contemporáneas. Su importancia jurídica no se agota en su magnitud empírica: la persistencia de la brecha de género pone a prueba la efectividad de los principios y derechos constitucionales de igualdad sobre los que se asienta el Estado social y democrático de Derecho.

El Derecho no es un mero espectador de esa desigualdad; puede producirla, reproducirla o corregirla. Esta perspectiva, desarrollada especialmente por la teoría feminista del Derecho desde los años ochenta del pasado siglo, obliga a revisar críticamente categorías clásicas como igualdad, diferencia, discriminación, neutralidad, mérito y universalidad. Como señaló Catharine A. MacKinnon, "el Derecho ha sido construido desde la perspectiva del varón como sujeto universal"[1]; por ello, la brecha de género no debe entenderse como un accidente

[1] *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, 1989, p. 114.

externo al sistema jurídico, sino como como una realidad vinculada también a su propia construcción histórica.

Su estudio es necesariamente interdisciplinar. Debe situarse en la confluencia de varias tradiciones analíticas: el enfoque económico (productividad, preferencias, incentivos, eficiencia), el jurídico (igualdad formal y real, no discriminación, acción positiva), las aproximaciones sociológicas y organizacionales que explican prácticas, normas y representaciones sociales (socialización de roles, culturas empresariales, redes profesionales), y la filosófica, que se enfrenta a la desigualdad como un problema de justicia distributiva, de reconocimiento y de representación. Estos marcos analíticos son complementarios, pero no equivalentes; su articulación plantea tensiones metodológicas y normativas, que condicionan el diagnóstico del problema y la configuración de las respuestas jurídicas y de políticas públicas.

Entre las diversas manifestaciones de la brecha de género, la desigualdad retributiva ha ocupado un lugar central tanto en la investigación económica como en la construcción del Derecho antidiscriminatorio. Ello explica que constituya habitualmente el punto de partida del análisis, al ofrecer un indicador inmediato y objetivable de la discriminación laboral de las mujeres. El enfoque económico ha aportado instrumentos analíticos de primer orden para comprender su persistencia. Ha demostrado, en particular, que la discriminación no desaparece espontáneamente como resultado de las fuerzas del mercado: desde los modelos de discriminación estadística de Arrow y Phelps en los años setenta del pasado siglo[2] hasta la investigación de Claudia Goldin[3], galardonada con el Premio Nobel de Economía en 2023, la literatura económica ha acreditado que la discriminación puede ser racional en sentido económico –como respuesta a la asimetría de información sobre productividad– y que tiende a autorreforzarse a través de un círculo vicioso en el que las expectativas de menor disponibilidad o continuidad laboral asociadas a las mujeres –vinculadas, entre otros factores, a la desigual distribución de las responsabilidades de cuidado y a la maternidad– reducen los incentivos de

---

2 Arrow, K. J.: "The Theory of Discrimination", en O. Ashenfelter y A. Rees (eds.), *Discrimination in Labor Markets*, Princeton University Press, 1973, pp. 3-33; E. S. Phelps, "The Statistical Theory of Racism and Sexism", *American Economic Review*, 62(4), 1972, pp. 659-661.

3 *Career and Family: Women's Century-Long Journey toward Equity*, Princeton University Press, 2021.

las empresas a contratarlas o promoverlas, lo que a su vez disminuye los incentivos a invertir en capital humano y termina por confirmar las expectativas iniciales[4]. Este mecanismo responde a una lógica de profecía autocumplida, en el sentido descrito por R. K. Merton (1948)[5], y se proyecta con especial intensidad en los espacios de liderazgo, donde los sesgos en la valoración de las competencias de las mujeres reducen su probabilidad de ser seleccionadas como candidatas y, en consecuencia, su propia disposición a presentarse[6].

Frente a este enfoque, el Derecho no interviene porque el mercado falle, sino porque la igualdad es un valor constitucional, un derecho fundamental y un mandato de los poderes públicos cuya garantía no depende de consideraciones de eficiencia. El Derecho de la Unión Europea consagra la igualdad, y la igualdad entre mujeres y hombres –sin olvidarse del respeto a los derechos de las personas pertenecientes a minorías–, como valor constitucional, identitario de su Derecho, en el artículo 2 TUE, como objetivo del mercado interior, en todas sus acciones y de su política social en los artículos 3.3 TUE y 8 y 153.1.i) TFUE, como principio de igualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, de igualdad de oportunidades y de trato en asuntos de empleo y ocupación, y de igualdad plena en la vida laboral en el artículo 157 TFUE, y como derecho fundamental, junto al de no discriminación por sexo, en los artículos 20, 21 y 23 de la Carta de Derechos Fundamentales. La Constitución reconoce la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de Derecho –art. 1.1–, como derecho fundamental a la igualdad ante la ley y a la no discriminación por razón de sexo, también específicamente en el trabajo –arts. 14 y 35.1–, y como mandato de actuación positiva de los poderes públicos para su promoción y la remoción de obstáculos que

---

4 La exposición de estos modelos y de sus consecuencias para el diseño de políticas de género en M. P. Espinosa Alejos, *Mujeres y liderazgo: un reto para la igualdad*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2 de diciembre de 2025, pp. 3-8.

5 *Teoría y estructura sociales*, 4ª ed., FCE, México, 2002, p. 505.

6 M. P. Espinosa, *op. cit.*, pp. 13-15. La evidencia experimental sobre sesgos de valoración en procesos de selección es especialmente sólida: C. Goldin y C. Rouse, "Orchestrating Impartiality: The Impact of Blind Auditions on Female Musicians", *American Economic Review*, 90(4), 2000, pp. 715-741; C. A. Moss-Racusin *et al*., "Science Faculty's Subtle Gender Biases Favor Male Students", *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 109(41), 2012, pp. 16474-16479.

impidan la igualdad real y efectiva y faciliten la participación de "todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social" –art. 9.2–.

La brecha de género no es, desde la perspectiva jurídica, una distorsión del mercado que deba corregirse en la medida en que produzca ineficiencias: es una lesión de derechos fundamentales, una injusticia estructural y un déficit democrático que configura obligaciones jurídicas exigibles con independencia de su coste económico. Esta distinción no es meramente académica: determina qué remedios son admisibles, quién está obligado a adoptarlos y con qué intensidad. Una política de igualdad que solo se justifique en términos de eficiencia puede ser desactivada cuando los datos resulten ambiguos o adversos; una política fundada en los mandatos constitucionales de igualdad y no discriminación no puede quedar a merced de tales consideraciones.

Con todo, la pluralidad de enfoques es necesaria. El análisis jurídico que prescinde de la evidencia econométrica sobre las causas reales de la brecha corre el riesgo de diseñar instrumentos que combaten síntomas sin atacar estructuras; el análisis económico que prescinde del marco constitucional de derechos fundamentales tiende a reducir y despolitizar la desigualdad, tratándola como distorsión técnica y no como práctica discriminatoria sostenida por relaciones de poder. La comprensión de la función del Derecho frente a la brecha de género exige, por tanto, un diálogo entre ambas perspectivas, y su apertura a las investigaciones filosóficas y sociológicas. Este planteamiento no sustituye los análisis jurídicos que los capítulos de este libro desarrollan en sus respectivos ámbitos, sino que se apoya en ellos, imprescindibles para el conocimiento de la brecha en su tratamiento jurídico.

2. LA EVIDENCIA EMPÍRICA DE LA BRECHA DE GÉNERO

La brecha de género no es un fenómeno unívoco. Se manifiesta en dimensiones distintas que responden a causas parcialmente diferenciadas, se miden con indicadores específicos y exigen, por ello, instrumentos jurídicos específicos para combatirla. Su análisis requiere precisión conceptual previa, porque un diagnóstico parcial conduce inevitablemente a remedios mal orientados.

El *Global Gender Gap Report* 2025 del Foro Económico Mundial, que evalúa la brecha de género en 148 economías a partir de cuatro dimensiones –participación y oportunidad económica, logro educativo, salud y supervivencia, y empoderamiento político–, ha cifrado el cierre global de la brecha en el 68,8%,

y proyecta que, al ritmo actual de avance, la paridad plena no se alcanzará hasta dentro de 123 años[7]. Las diferencias por dimensión son reveladoras: mientras el logro educativo presentaba un cierre del 95,1% y la salud y supervivencia del 96,2%, la participación y oportunidad económica alcanzaba solo el 61% y el empoderamiento político apenas el 22,9%, pese a haber experimentado la mayor mejora relativa. Las economías europeas dominan los primeros rangos de la clasificación. España descendió en 2025 del décimo puesto mundial alcanzado en 2024 al duodécimo, manteniendo un 79,7% de brecha cerrada, lo que la sitúa en el décimo lugar europeo, una posición comparativamente favorable, aunque los datos sectoriales desmienten cualquier complacencia. El retroceso no ha obedecido a una pérdida de capital humano femenino –España registra paridad total en las tasas de matriculación de educación superior– sino al déficit persistente en el subíndice de participación y oportunidad económica, y en particular en el acceso de las mujeres a puestos de legisladoras, altas funcionarias y directivas. La paradoja es elocuente: la excelencia académica de las mujeres españolas no encuentra correlato proporcional en las cúpulas del poder económico y profesional, lo que evidencia que la brecha no es de cualificación, sino de carácter estructural.

El WEF ha identificado además un fenómeno que ha denominado *drop-to-the-top*: a medida que se asciende en la jerarquía organizativa, la representación femenina cae de forma sistemática. Solo el 29,5% de los directivos superiores con educación terciaria eran mujeres a nivel global, porcentaje cuyo crecimiento se ha desacelerado considerablemente desde 2022, por tercer año consecutivo[8].

El indicador más difundido en los sistemas estadísticos nacionales e internacionales es la brecha salarial no ajustada, que compara los salarios medios por hora de mujeres y hombres sin controlar por ninguna característica individual. En España, la Encuesta Anual de Estructura Salarial de 2023, publicada por el Instituto Nacional de Estadística en mayo de 2025, situó la brecha salarial anual bruta en el 15,7%: las mujeres percibieron un salario medio de 25.591 euros frente a los 30.372 euros de los hombres, diferencia que, medida por hora trabajada, se mantiene en el 14,2%, lo que descarta la jornada parcial como factor

---

7 World Economic Forum, *Global Gender Gap Report 2025*, Ginebra, WEF, junio, 2025, pp. 10, 15 y 18.

8 WEF 2025, *cit.*, pp. 15 y 28.

explicativo suficiente[9]. La brecha se amplía progresivamente con la edad –del 6,9% en el tramo de 25 a 29 años al 19,4% en el de 55 a 59 años–, evolución que no refleja un efecto de la edad en sí misma, sino que constituye la firma estadística de la penalización por maternidad[10]. La brecha en jornada a tiempo parcial –18,7%– triplica la de jornada completa –2,3%–, y el 75% del empleo a tiempo parcial en España es femenino. Esa concentración femenina en la jornada parcial no explica la brecha salarial; la integra, pues constituye uno de los mecanismos a través de los cuales la desigualdad estructural se produce y perpetúa.

La brecha salarial no ajustada no permite identificar ni cuantificar la existencia de diferencias salariales entre mujeres y hombres por trabajos de igual valor en el seno de un mismo empleador, supuesto que, de concurrir en un caso concreto, constituiría una discriminación retributiva directa por razón de sexo. La detección y sanción de esta forma de discriminación no resulta, sin embargo, sencilla, en particular debido a los sesgos que persisten en la valoración de los puestos de trabajo y a las propias exigencias del juicio de comparación –a menudo basado en referentes hipotéticos– que el Derecho antidiscriminatorio requiere[11]. La brecha no ajustada captura algo más amplio y, a efectos jurídicos, más significativo: el resultado de una estructura de distribución del trabajo subordinado –resultado de decisiones laborales, educativas, familiares y organizativas que se adoptan en un marco de condicionamientos estructurales– que sitúa a las mujeres, sistemáticamente, en posiciones peor retribuidas.

La brecha ajustada –la que incorpora como variables de análisis el sector, la ocupación, la antigüedad y la jornada– es considerablemente menor, pero no desaparece. La metodología econométrica ha acreditado con creciente exactitud que los factores que esa brecha ajustada presenta como explicativos –la concentración en sectores feminizados, el trabajo a tiempo parcial, la menor antigüedad– son,

---

9 Instituto Nacional de Estadística, *Encuesta Anual de Estructura Salarial. Año 2023. Datos Definitivos*, Madrid, INE, 28 de mayo de 2025. *Vid*. D. Pérez Del Prado, "La brecha de género en las prestaciones de Seguridad Social", en este libro.

10 Instituto de las Mujeres / Fundación Mujeres, *La brecha retributiva entre mujeres y hombres: causas, evolución y consecuencias*, Madrid, Ministerio de Igualdad, febrero de 2026, elaborado a partir de la EAES 2023.

11 Ballester Pastor, M. A.: *La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2018, pp. 36 y ss. y 43 y ss.

en realidad, el resultado de una desigualdad estructural, y no causas neutrales. Aislar estadísticamente la segregación ocupacional como variable explicativa de la brecha equivale, en buena medida, a aislar el efecto para justificar la causa[12].

Esta distinción metodológica tiene consecuencias jurídicas de primer orden. El principio de igual retribución por trabajo de igual valor –consagrado en el vigente artículo 157 TFUE, de eficacia directa en litigios entre particulares, desarrollado hoy por la Directiva (UE) 2023/970[13], y recogido en el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores (ET)– exige no solo comparar puestos idénticos, sino evaluar el valor del trabajo con independencia de la categoría que le atribuya la negociación colectiva o la estructura organizativa del empleador. El Tribunal de Justicia precisó en la sentencia *Tesco Stores* (de 3 de junio de 2021, C-624/19)[14] que la comparación de valor puede realizarse, aunque las personas trabajadoras comparadas no presten servicios en el mismo establecimiento, siempre que las diferencias retributivas sean imputables a una fuente única identificable. Esta doctrina ha ampliado significativamente el ámbito de aplicación del principio de igualdad retributiva por sexo y desplaza el análisis desde el acto discriminatorio individual hacia la estructura retributiva de la organización.

La brecha de pensiones añade una dimensión temporal al problema. En España, la estadística del INSS de 2025, analizada por Pérez del Prado, acredita una brecha de jubilación del 30,0% –pensión media masculina de 1.730,88 euros frente a 1.212,05 euros femeninos– y una brecha agregada del

---

12 Sobre la diferencia metodológica y conceptual entre brecha ajustada –insuficiente al ocultar la discriminación estructural– y no ajustada –reflejo real de la desigualdad económica–, y sus implicaciones para el análisis jurídico de la igualdad sustantiva, S. Fredman, *Discrimination Law*, 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2023, pp. 109-132.

13 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. *Vid*. Ballester Pastor, "La Directiva 2023/970 sobre igualdad de retribución entre mujeres y hombres: un poco más cerca de la igualdad real y efectiva", *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2023*, 39, 2023, 2024, pp. 185-187.

14 ECLI:EU:C:2021:429. Sobre el alcance de esta sentencia en el Derecho de la Unión, Arastey Sahún, M. L.: "Derecho de la Unión Europea y género. Apuntes desde la óptica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en esta obra. También, Nogueira Guastavino, M.: "Igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores de un mismo empresario: Efecto directo horizontal del art. 157 TFUE", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2021.

31,0%, que, medida según la metodología Eurostat, se situó en el 27,3%, por encima de la media UE-27 del 24,5%[15]. Esta cifra no es autónoma respecto de la brecha laboral: es su prolongación diferida y amplificada por el sistema contributivo. Un sistema de Seguridad Social que calcula la prestación sobre la carrera de cotización penaliza estructuralmente a quienes han desarrollado trayectorias laborales más discontinuas, con mayores interrupciones y menor intensidad contributiva, en gran medida asociadas a la asunción desigual de las responsabilidades de cuidado; es decir, estadísticamente, a las mujeres. La brecha de pensiones es, en rigor, la brecha de cuidados diferida en el tiempo, y un factor causal de la feminización de la pobreza.

3. DIVISIÓN SEXUAL DEL TRABAJO, CUIDADOS, PENALIZACIÓN POR MATERNIDAD Y SEGREGACIÓN OCUPACIONAL, FACTORES ESTRUCTURALES DE LA BRECHA DE GÉNERO

La brecha de género constituye un fenómeno estructural sedimentado sobre dinámicas de orden socioeconómico y cultural que el Derecho, lejos de desactivar de forma espontánea, ha venido reproduciendo a través de una aparente neutralidad formal. En el constitucionalismo liberal, el modelo clásico de igualdad jurídica –basado en la igualdad de "todos" ante la ley y en el principio de trato igual de los iguales, que impide tratar desigualmente a los iguales–[16] y de Derecho antidiscriminatorio –construido en torno a la interdicción de tratos desfavorables individualizados y de impacto negativo de especial gravedad– resulta insuficiente para actuar frente a formas de discriminación estructural y de exclusión colectiva. De ahí que la comprensión jurídica rigurosa de la brecha de género exija superar estas limitaciones operativas del pensamiento jurídico clásico y desplazar la atención desde los actos discriminatorios aislados hacia los mecanismos sistémicos que los generan y hacen resistentes[17].

---

15 INSS, *Estadística de pensiones. Año 2025*; Pérez Del Prado, "La brecha de género en las prestaciones de Seguridad Social", cit., en este volumen.

16 Ejemplo excelente de ese entendimiento, Jiménez Campo, J.: "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *Revista española de derecho constitucional*, nº 9, 1983, pp. 71-114.

17 Barrère Unzueta, M. A.: *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas/IVAP, Madrid, 1997; Fredman, S.: *Discrimination Law,* cit., pp. 109 y ss.

Más allá de la caracterización general de la división sexual del trabajo –cuyos perfiles están sólidamente asentados en la doctrina contemporánea–, conviene precisar cómo la proyección de esta construcción social impacta sobre los sistemas familiar y educativo para preconfigurar la brecha de género en el empleo y en el trabajo. En primer lugar, el ámbito educativo adelanta la segregación horizontal de las mujeres a través de sesgos en la elección de disciplinas –traducidos en la clásica dicotomía entre ciencias y letras– que, en el actual contexto de digitalización y despliegue de la inteligencia artificial, amenaza con cronificar la exclusión de las mujeres de los sectores tecnológicos de mayor valor añadido[18]. En segundo lugar, el entramado familiar ancla una desigual disponibilidad del tiempo –de trabajo y de "no trabajo"– que condiciona las trayectorias profesionales de las mujeres, la intensidad de su participación política y social y su acceso a posiciones de mayor responsabilidad y retribución. Esta asimetría se instala en el mercado de trabajo como elemento vertebrador de la organización del trabajo y de la configuración de las carreras profesionales que la brecha de género cuantifica y hace jurídicamente visible.

Sus efectos, por tanto, desbordan el marco de los sistemas familiar y educativo para proyectarse con fuerza también sobre las organizaciones productivas y los órganos de dirección empresarial y de poder económico, donde la presencia femenina sigue siendo minoritaria; así como sobre la representación y el poder político, la acción sindical y el tejido cultural y social, ámbitos donde las restricciones del tiempo e inercias estructurales limitan la participación real de las mujeres. En todos estos ámbitos opera el mismo patrón estructural documentado por el *World Economic Forum*[19]: la infrarrepresentación femenina se intensifica a medida que se asciende en la pirámide jerárquica. El hecho de que este fenómeno acontezca de manera independiente del nivel formativo –pese a que las mujeres superan a los hombres en titulación universitaria en el entorno europeo– pone en cuestión las explicaciones que atribuyen la brecha a un pretendido déficit de capital humano y traslada el debate hacia los sesgos de neutralidad del propio ordenamiento. Es precisamente la insuficiencia del paradigma jurídico clásico ante los condicionantes educativos, familiares y laborales la que justifica priorizar en este análisis dos factores estructurales de especial relevancia: el

---

18 Tardío Pato, J. A.: "Educación y género binario desde el punto de vista jurídico", en este libro.

19 Cit., pp. 15 y 28.

trabajo del cuidado y la penalización por maternidad. Estos mecanismos operan como motores centrales de la brecha y, aunque interactúan con otros procesos (por ejemplo, la segregación ocupacional), su identificación resulta imprescindible para diseñar remedios jurídicos eficaces.

3.1. El trabajo del cuidado

El trabajo del cuidado –crianza, atención a personas dependientes, mantenimiento del hogar, sostenimiento afectivo y relacional de la familia– no es una categoría natural ni ha tenido siempre el mismo contenido. Durante siglos, la maternidad biológica –embarazo, parto, lactancia– fue inseparable de la asignación social del trabajo del cuidado a las mujeres: la capacidad reproductiva determinaba el destino social. La generalización de los anticonceptivos desde los años sesenta del siglo XX produjo una ruptura histórica de primera magnitud: desvinculó la maternidad del destino biológico y abrió la posibilidad real de que la asignación del trabajo del cuidado se redistribuyera entre mujeres y hombres. Esa redistribución no se produjo de forma generalizada. El trabajo del cuidado siguió recayendo sobre las mujeres no por necesidad biológica, sino por decisión social, cultural e institucional, sostenida por estereotipos y consolidada por un ordenamiento jurídico que la toleró, la reprodujo y, en muchos casos, la incentivó.

El hecho de que dicha asignación se produzca jurídicamente –de modo que no solo es socialmente tolerada– es lo que los capítulos de este libro acreditan con precisión desde las propias y diferentes perspectivas disciplinares de sus autores. En el ámbito del Derecho civil, el trabajo doméstico no fue valorado en la liquidación del régimen matrimonial o en la compensación por dedicación al hogar, produciendo una pérdida patrimonial acumulada para quienes lo asumieron; la jurisprudencia del Tribunal Supremo tardó décadas en corregir una doctrina que exigía dedicación exclusiva al hogar como requisito de la compensación, penalizando precisamente a quienes habían conciliado trabajo remunerado y cuidados[20]. El Derecho del trabajo construyó los derechos de conciliación orientados a las madres –no a los progenitores varones–, consolidando la especialización femenina en el cuidado en lugar de redistribuirlo[21],

---

20 Álvarez Olalla, M. P.: "Panorámica sobre sesgos de género en el Derecho civil".

21 Lousada Arochena, J. F.: "Trabajo y género", cit.

en lo que F. Rey Martínez califica de normas o efecto bumerán, pues al facilitar la conciliación exclusivamente a las mujeres, consagra la desigualdad que pretende remediar[22]. El sistema de Seguridad Social no computó durante décadas los periodos de cuidado como tiempo cotizado, convirtiendo la brecha de cuidados en brecha de pensiones diferida[23]. El Derecho mercantil ignoró sistemáticamente la necesidad social y empresarial de atender las tareas de reproducción de la fuerza de trabajo, tratándolas como un coste privado de las trabajadoras, y no como una condición de posibilidad del propio sistema productivo[24]. Y el Derecho administrativo construyó el empleo público sobre un modelo de disponibilidad plena incompatible con las responsabilidades de cuidado, produciendo el bucle de precariedad que describe M. C. Alonso García: las responsabilidades de cuidado impiden preparar oposiciones en condiciones, lo que genera temporalidad, menor cotización, y menor pensión[25].

El trabajo de cuidado posee un valor económico intrínseco y real que los sistemas de medición de la riqueza nacional siguen ignorando. El PIB no computa el trabajo doméstico, ni el de crianza[26]; el Derecho del trabajo solo regula el trabajo productivo remunerado; y los indicadores de brecha salarial no capturan el coste de oportunidad que el cuidado impone sobre las trayectorias laborales de las mujeres. Esta invisibilización no es neutral: produce y reproduce la brecha. Como señala F. Lousada en este libro[27], la pregunta que formuló Katrine Marçal –"¿Quién le hacía la cena a Adam Smith?"[28]– resume con precisión el sesgo androcéntrico sobre el que se construyó la economía moderna y, con ella, el Derecho del trabajo, que solo reconoce como trabajo el trabajo productivo remunerado, ocultando el doméstico y de cuidados. Persona trabajadora no es toda persona que trabaja, sino solo aquella que realiza un trabajo socialmente considerado, y en una sociedad patriarcal lo socialmente considerado es lo que hacen los hombres.

---

22 "Del género en la Constitución a la Constitución con enfoque de género".

23 Pérez del Prado, *op. cit*.

24 Senent Vidal, M. J.: "Responsabilidad Social y género".

25 "Igualdad y brechas de género en las Administraciones públicas: el empleo público".

26 Durán, M. Á.: *La riqueza invisible del cuidado*, Publicacions de la Universitat de València, Valencia, 2018.

27 *Op. cit*.

28 *Una historia de las mujeres y la economía*, Debate, Barcelona, 2016.

El trabajo del cuidado se traduce en escasez de tiempo de trabajo y de vida de las mujeres. En 2019 la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT propugnó que se reconociese a las personas trabajadoras una "mayor *soberanía* sobre su tiempo". Aunque sin vincular esa demanda expresamente a la brecha de género, sino a la digitalización de la economía y del trabajo, su informe sobre el Futuro del Trabajo, "*Trabajar para un futuro más prometedor*" –efectuado con motivo de su centenario–, no dejó de reconocer que "un gran número de mujeres de todo el mundo lucha para conciliar la vida profesional con las responsabilidades de prestación de cuidados", realizando todavía "tres cuartas partes del trabajo de prestación de cuidados no remunerado de todo el mundo"[29]. Al amparo de estos datos, el texto concluyó de manera tajante que "la igualdad de género comienza en el hogar". Demandó esa mayor soberanía –autonomía, flexibilidad, atenta a las necesidades de las empresas y canalizada a través del diálogo social– con el fin de que tanto los hombres como las mujeres "pudieran organizar sus horarios con arreglo a sus responsabilidades domésticas"[30]. En paralelo a esta dimensión temporal decisiva, la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo propuso una agenda transformadora y mensurable para lograr la igualdad de género –que no puede seguir siendo un "asunto de mujeres"–, quejándose de la lentitud del cierre de la brecha y temiendo su agravamiento por las brechas digitales, "a pesar de las medidas jurídicas e institucionales adoptadas para prohibir la discriminación y promover la igualdad de trato y de oportunidades" en razón de "los obstáculos estructurales que es necesario superar"[31]. Entre otras medidas (imprescindibles: rendición de cuentas, transparencia salarial, acciones positivas, promoción del liderazgo femenino, eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo), el informe consideró esencial el ejercicio corresponsable

---

29 OIT, *Care work and care jobs for the future of decent work*, 2018; https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40dgreports/%40dcomm/%40publ/documents/publication/wcms_633135.pdf, pp. 41-42, 35.

30 OIT, *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, pp. 41-42 y 35; https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf

31 OIT, *Global Wage Report 2018/19: What lies behind the gender pay gap,* 2018; https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40dgreports/%40dcomm/%40publ/documents/publication/wcms_650553.pdf

por hombres y mujeres de los cuidados y las responsabilidades domésticas y una mayor inversión por los Estados en servicios públicos de cuidados[32].

Desde finales del pasado siglo, el Derecho ha tratado de corregir esta asimetría con instrumentos normativos parciales e insuficientes. La reforma más relevante del Derecho español en la lucha contra la penalización por maternidad –a la que enseguida me referiré– ha sido la equiparación de los permisos de nacimiento y cuidado a dieciséis semanas para ambos progenitores, ampliados a diecinueve semanas tras la reforma del RDL 9/2025, de 29 de julio, dictada para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019[33]. Esta equiparación, unida a su carácter intransferible, responde a una lógica jurídica que pretende neutralizar el cálculo de costes que penaliza la contratación de mujeres y disolver la inercia familiar que les asigna la interrupción de sus carreras profesionales: si el coste económico de interrumpir la carrera profesional recae exclusivamente sobre las madres, el mercado de trabajo genera incentivos contrarios a su empleabilidad y estabilidad; si ese coste se distribuye igualmente entre ambos progenitores, el incentivo discriminatorio desaparece o se reduce significativamente. La regulación legal del permiso intransferible e igual actúa como un antídoto frente a la discriminación indirecta de las mujeres[34]. ¿Una medida de acción positiva –en una concepción amplia de esta–, que no otorga un trato más favorable a las mujeres, sino que elimina una ventaja comparativa estructural de los hombres?

No obstante, la equiparación formal de los permisos, y su carácter intransferible, no resuelve el problema de los derechos de conciliación –reducciones de jornada, excedencias por cuidado, adaptaciones de horario–, cuya titularidad es formalmente indistinta, pero cuyo ejercicio sigue siendo abrumadoramente femenino. Unos derechos de conciliación que, por su diseño y efectos sobre las carreras profesionales y de seguridad social, desincentiva su ejercicio por los hombres y eterniza la especialización femenina en el cuidado a través de mecanismos que

---

32 *Trabajar para un futuro más prometedor*, cit., pp. 34-36.

33 STJUE *Comisión c. España*, C-70/24, de 1 de agosto de 2025, ECLI:EU:C:2025:615; de condena a España por falta de su transposición temporánea adecuada del permiso parental.

34 "Un sistema de permisos desiguales constituye discriminación indirecta institucional": Rey Martínez, F.: "Del género en la Constitución a la Constitución con enfoque de género", en este volumen, cit. Sobre el efecto de los permisos de paternidad en la empleabilidad femenina, Espinosa, M. P.: "Mujeres y liderazgo...", cit, p. 8.

el Derecho formalmente ignora. La discriminación indirecta que esos derechos producen –no por su enunciado, sino por su impacto real– es uno de los terrenos donde la jurisprudencia de los tribunales tiene mayor recorrido pendiente.

Como evidencia la célebre investigación de H. Kleven, C. Landais y J. E. Søgaard[35] para los países nórdicos, la equiparación formal de los permisos no basta por sí sola para redistribuir el cuidado y asegurar la corresponsabilidad en su ejercicio de mujeres y hombres. El reflejo del escenario danés demuestra que estas reformas resultan estériles si no van acompañadas de un cambio en la estructura de remuneración de los empleos, cuyos sistemas de promoción siguen premiando la disponibilidad temporal ilimitada. Por consiguiente, esta insuficiencia del paradigma de la conciliación formal obliga a desplazar el foco normativo hacia el núcleo duro donde cristaliza la discriminación: la penalización por maternidad.

3.2. La penalización por maternidad

Los trabajos de Claudia Goldin[36] han mostrado que, más que por falta de educación o formación, o por discriminaciones preexistentes, la brecha retributiva se agrava a nivel individual y se perpetúa estructuralmente por la penalización económica asociada a la maternidad. Esta penalización opera a través de la estructura de remuneración de los empleos que el mercado valora en mayor medida: puestos que retribuyen de forma especialmente intensa la disponibilidad horaria prolongada, la presencia continuada y la limitada posibilidad de sustitución de las personas trabajadoras (empleos voraces, *greedy jobs*). De este modo, quienes pueden ofrecer dicha disponibilidad –estadísticamente los hombres, en la medida en que las responsabilidades de cuidado recaen de forma desproporcionada sobre las mujeres y exigen flexibilidad en el trabajo (la trampa

---

35 "Children and Gender Inequality: Evidence from Denmark", *American Economic Journal: Applied Economics*, 11(4), 2019, pp. 181-209; DOI: 10.1257/app.20180010

36 Goldin, C. y Katz, L. F., "Hours Flexibility and the Gender Gap in Pay", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 125, n.º 1, 2010, pp. 1-53; y, en síntesis, Goldin, C., *Career and Family: Women's Century-Long Journey toward Equity*, cit.; "An Evolving Economic Force", *Prize Lecture*, 8 December 2023; https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2023/goldin/lecture/. El Comité del Premio Nobel subrayó la aportación central de Goldin al haber contribuido a ampliar el conocimiento de los resultados de las mujeres en el mercado de trabajo y de las principales fuentes de la persistente brecha de género: Royal Swedish Academy of Sciences, *Scientific Background to the Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2023*; https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2023/advanced-information/

de la flexibilidad)– reciben una prima salarial no lineal que ensancha de forma significativa la brecha.

Esta penalización por maternidad (*motherhood penalty*) se activa con la llegada del primer hijo: basta la transición a la condición de progenitora –y, en ocasiones, la mera expectativa de ella, desde luego la confirmada por embarazo[37]– para que se produzcan pérdidas de salario, oportunidades de promoción y ascenso y de acumulación de experiencia y trayectoria profesional. Una baja tasa agregada de natalidad no invalida el efecto, ya que las estimaciones económicas se refieren a las mujeres que efectivamente tienen hijos, de modo que, si una proporción sustantiva de mujeres ha tenido al menos uno, el fenómeno explica una parte determinante de la ampliación de la brecha retributiva. Los hijos sucesivos pueden agravar la penalización, pero no son necesarios para que esta exista.

En el citado estudio de referencia de Kleven, Landais y Søgaard, la "llegada de los hijos genera una brecha de género en los ingresos de alrededor del 20% a largo plazo (...) la fracción de la desigualdad de género causada por las penalizaciones por hijos ha aumentado drásticamente con el tiempo, pasando de aproximadamente el 40% en 1980 a alrededor del 80% en 2013"[38], lo que indica que el factor determinante de la brecha ya no es el género por sí solo, sino la maternidad.

Para España, el documento de trabajo del Banco de España de De Quinto, Hospido y Sanz cuantifica ese mecanismo con precisión: en el primer año tras la maternidad, los ingresos brutos de las mujeres caen un 11,2%; los de los padres, un 0,15%. La divergencia no se recupera: diez años después del primer hijo, la penalización acumulada a largo plazo alcanza el 28%. Es revelador que esta penalización no se distribuye homogéneamente: las mujeres sin título universitario tienden a abandonar el empleo; las universitarias tienden a reducir la jornada. En ambos casos, la trayectoria laboral se quiebra de un modo que el sistema retributivo y de cotización penaliza a lo largo de la vida[39].

---

37 Los datos se refieren a nacimientos, pero el análisis es aplicable a la maternidad por adopción y acogimiento.

38 *Op. cit*., p. 182.

39 "The Child Penalty in Spain", *SERIEs – Journal of the Spanish Economic Association*, 12, 2021, pp. 585-606. Documento de trabajo original: Banco de España, *Documentos Ocasionales* n.º 2017, 2020.

De otra parte, en España la tasa media de hijos por mujer se situó en 1,10 en 2024, lo que refleja una fecundidad agregada baja –los nacimientos de madres nacidas en el extranjero supusieron el 33,3% del total–[40], si bien, según la Encuesta de Fecundidad del INE de 2018, el 59,62% de las mujeres declaraba tener al menos un hijo; el 21,45%, exactamente un hijo, y el 29,43%, dos hijos; 8,74%, tres o más hijos [41].

La evidencia econométrica no puede dejar de proyectarse sobre el plano jurídico. Si la brecha no se explica mayoritariamente por carencias formativas, ni por discriminaciones preexistentes (salvo la segregación ocupacional), sino que se intensifica tras la maternidad de un primer hijo o hija por la penalización económica ligada a la asunción del cuidado, la interpretación jurídica clásica del mandato constitucional de igualdad y no discriminación revela sus límites frente a discriminación de carácter estructural, cuyas causas residen en la asignación inequitativa del cuidado por sexo-género femenino y en la estructura retributiva que la reproduce. Ya MacKinnon advirtió que las leyes de igualdad clásicas están construidas para comparar a las mujeres con un modelo masculino que no contempla la maternidad ni el cuidado, de modo que proclaman una igualdad formal que beneficia principalmente a quienes ya se asemejan a ese modelo y no corrigen las desventajas estructurales vinculadas al cuidado[42].

La penalización económica por maternidad no se agota en la pérdida de ingresos inmediata, sino que constituye uno de los principales mecanismos de configuración de la distribución ocupacional y de las trayectorias profesionales. Al interrumpir o ralentizar la acumulación de experiencia, reducir la disponibilidad horaria y condicionar evaluaciones de mérito, este mecanismo refuerza la segregación horizontal y la segregación vertical.

De todo ello se derivan consecuencias jurídicas que los epígrafes siguientes desarrollan. Las medidas jurídicas de corrección de la penalización por maternidad deben activarse desde el embarazo o la expectativa de maternidad

---

40 INE, Movimiento Natural de la Población / Indicadores Demográficos Básicos. Año 2024; https://www.ine.es/dyngs/Prensa/MNP2024.htm

41 INE, Encuesta de Fecundidad 2018; https://www.ine.es/dynt3/inebase/es/index.htm?padre=3292&capsel=3301. Cfr. M. C. Alonso García, *op. cit*.

42 *Toward a Feminist Theory of the State*, cit., pp. 215-234. Véase también Lousada, en este volumen.

–momento en que la penalización puede ya producirse– y proyectarse sobre el mantenimiento de las condiciones laborales y de seguridad social y la continuidad y promoción de las carreras profesionales de las mujeres para evitar su discriminación. Las políticas estructurales de transformación –conciliación real, transparencia retributiva, acciones positivas– deben diseñarse para neutralizar el punto de quiebra que supone el primer hijo, evitar que la penalización se acumule y cortar el mecanismo que consolida y produce la segregación ocupacional y el techo de cristal, la brecha de liderazgo.

3.3. La segregación ocupacional y la brecha de liderazgo de las mujeres: consolidación estructural de la brecha de género

La segregación horizontal –la concentración de mujeres en sectores y ocupaciones distintos de los que concentran a los hombres– y la segregación vertical –su infrarrepresentación en los niveles superiores de cualquier jerarquía– son factores estructurales de la brecha de género ampliamente acreditados. Su relevancia jurídica reside en que ninguno de estos fenómenos refleja elecciones voluntarias por parte de las trabajadoras, ni valoraciones neutras del mercado, sino discriminatorias. Son el resultado acumulado de estereotipos de género que el propio ordenamiento ha contribuido históricamente a producir y que el Derecho antidiscriminatorio vigente no ha conseguido desactivar. La segregación horizontal responde a un mecanismo histórico y social de devaluación económica de las ocupaciones por su feminización; la segregación vertical, a sesgos de selección y de valoración diferenciada de las competencias de liderazgo de las mujeres, agravados estructuralmente por la penalización por maternidad.

La comprensión de la brecha salarial de género en toda su complejidad estructural hace necesario distinguir entre los diferentes vectores de desigualdad, que, aunque coexisten en el mercado laboral, operan conforme a lógicas institucionales distintas. La segregación horizontal concentra a las mujeres en sectores específicos. Como demostraron A. Levanon, P. England y P. Allison[43], el aumento

---

43 "Occupational Feminization and Pay: Assessing Causal Dynamics Using 1950-2000 U.S. Census Data", *Social Forces*, vol. 88, núm. 2, 2009, pp. 865-891; doi.org/10.1353/sof.0.0264. La acreditación sociológica y empírica de Levanon, England y Allison desarrolló la teoría de la devaluación formulada previamente por P. England, *Comparable Worth: Theories and Evidence*, Aldine de Gruyter, Nueva York, 1992, cuya dimensión histórica documenta J. F. Lousada, "Trabajo y Género", en este volumen, cit.

en la proporción de mujeres dentro de una profesión específica (el proceso de feminización ocupacional) precede cronológicamente a una disminución de los salarios reales de dicha ocupación, que alcanza a los varones. Este fenómeno produce una devaluación cultural y económica asociada a la feminización de las ocupaciones, afectando a las trabajadoras con total independencia de su situación familiar. Por su parte, la segregación vertical ("techo de cristal")[44] limita el acceso de las mujeres a los puestos de mayor responsabilidad y retribución. Como ya puso de manifiesto Rosabeth Moss Kanter en su clásico *Men and Women of the Corporation*[45], las estructuras organizativas y la distribución del poder en las empresas reproducen mecanismos de exclusión que trascienden las capacidades y los méritos individuales y condicionan las oportunidades de promoción profesional. Aunque la segregación vertical responde a dinámicas organizativas y a sesgos de selección y de valoración diferenciada de las competencias de liderazgo de las mujeres por parte de empleadores e instituciones[46], se ve fuertemente intensificada de forma estructural por la penalización por maternidad.

La persistencia de la segregación ocupacional confirma que no se trata de un fenómeno transitorio, ni susceptible de corregirse espontáneamente mediante la evolución del mercado de trabajo[47]. La literatura especializada y los informes de los principales organismos internacionales coinciden en señalar que, tras el avance registrado en las últimas décadas del siglo XX, la reducción de la segre-

---

44 C. Hymowit y T. Schellhardt, "Why women can't seem to break the invisible barrier that blocks them from top jobs", *Wall Street Journal*, 24 marzo 1986, pp. D1, D4-D5, que acuñaron el término; D. A. Cotter, J. M. Hermsen, S. Ovadia y R. Vanneman, "The glass ceiling effect", *Social Forces*, vol. 80, núm. 2, 2001, pp. 655-681, describieron científicamente el fenómeno: el techo de cristal designa una forma de desigualdad que no puede explicarse por las características del puesto, ni por las cualificaciones de quienes aspiran a ocuparlo, cuya intensidad se incrementa de forma específica conforme se asciende en la jerarquía organizativa, a diferencia de otras formas de discriminación que operan con igual intensidad en todos los niveles.

45 Basic Books, Nueva York, 1977, p. 190 y ss.

46 M. P. Espinosa, "Mujeres y liderazgo...", cit., p. 16: "Las capacidades de liderazgo de las mujeres tienden a valorarse como inferiores incluso cuando, por diseño experimental, son equivalentes a las de los hombres", por discriminación estadística y distintos mecanismos de sesgo –homofilia y sesgos cognitivos–, que operan de forma acumulativa en la selección y valoración de candidatos para puestos de liderazgo.

47 M. Charles y D. B. Grusky, *Occupational Ghettos. The Worldwide Segregation of Women and Men*, Stanford University Press, 2004; OIT, OIT, *Tendencias Mundiales del Empleo de las Mujeres*, Ginebra, ediciones sucesivas; OCDE, *Cerrando las brechas de género: es hora de actuar*, OECD Publishing, 2024.

gación horizontal se ha ralentizado considerablemente e incluso se ha estancado en numerosos países[48], lo que evidencia la permanencia de los factores estructurales que sostienen la división sexual del trabajo. Este estancamiento se atribuye, en buena medida, al agotamiento del denominado efecto cohorte: la incorporación progresiva de generaciones de mujeres con mayores niveles de formación permitió reducir inicialmente la segregación, pero ese impulso pierde eficacia cuando permanecen inalteradas las estructuras organizativas, los patrones de asignación del cuidado y los mecanismos que dificultan el acceso de las mujeres a las ocupaciones y posiciones de mayor valoración económica y social[49]. Esta interpretación coincide con el diagnóstico de Claudia Goldin de que la convergencia entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo se ha desplazado progresivamente desde la integración ocupacional hacia una nueva frontera, la brecha salarial que persiste *dentro* de una misma ocupación, vinculada a la penalización de la jornada no lineal y a la falta de flexibilidad horaria compatible con las cargas de cuidado[50]. Esta reorientación del problema hacia el interior de cada profesión refuerza la centralidad de la segregación vertical y de la penalización por maternidad como los obstáculos hoy dominantes.

Los datos españoles más recientes corroboran la lógica del *drop-to-the-top* ya expuesta: la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en su informe correspondiente al ejercicio 2025, cifra la presencia de mujeres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas en el 37,52% (36,58% en 2024), llegando al 42,19% en el Ibex, porcentaje que se reduce al 25,18% en los puestos de alta dirección (24,83% en 2024) y se desploma hasta el 9,87% entre las consejeras con funciones ejecutivas[51]. La progresiva disminución de la presencia femenina a

---

48 Sobre el índice de disimilitud de Duncan y Duncan, que estima el porcentaje de mujeres –o de hombres– que tendrían que cambiar de ocupación para alcanzar una distribución equilibrada entre profesiones, O. D. Duncan y B. Duncan, "A Methodological Analysis of Segregation Indexes", *American Sociological Review*, vol. 20 (2), 1955, pp. 210-217.

49 F. D. Blau, P. Brummund y A. Y.-H. Liu, "Trends in Occupational Segregation by Gender 1970-2009: Adjusting for the Impact of Changes in the Occupational Coding System", *Demography*, vol. 50(2), 2013, pp. 471-492.

50 "A Grand Gender Convergence: Its Last Chapter", *American Economic Review*, vol. 104(4), 2014, pp. 1091-1119.

51 *Informe sobre la presencia de mujeres en los consejos de administración y en la alta dirección de las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales*, ejercicio 2025; https://www.cnmv.es/portal/publicaciones/consejeras_directivas?lang=es.

medida que se asciende hacia los puestos de mayor poder decisorio y proximidad a la gestión ejecutiva –de la mera presencia en el consejo a la dirección efectiva de la compañía– confirma empíricamente que la segregación vertical no responde en un único momento del acceso a los puestos de responsabilidad, sino que opera de forma continua y acumulativa a lo largo de toda la jerarquía corporativa.

La división sexual del trabajo que subyace a ambas segregaciones se materializa de forma especialmente visible en el mercado laboral. Los sectores de servicios asociados tradicionalmente al rol de cuidado o al soporte administrativo han sufrido de forma especialmente intensa esta devaluación estructural, al tiempo que las mujeres resultan excluidas de sectores como las finanzas, la industria pesada o los ámbitos científicos y tecnológicos –brecha STEM–, consolidando una distribución asimétrica del empleo en la que las ocupaciones con mayor densidad femenina son sistemáticamente las peor remuneradas. Esta infravaloración social y económica, sistémica, del trabajo femenino produce brecha retributiva.

El Derecho del trabajo ha tendido históricamente a normalizar la merma salarial estructural de los sectores feminizados bajo la apariencia de una libre negociación colectiva o de la neutralidad del mercado, incorporando los sesgos de género a través de los sistemas de valoración de puestos y de clasificación profesional[52]. Por su parte, el principio de igualdad retributiva de trabajos de igual valor –además de las dificultades de prueba de su incumplimiento ante la opacidad de los sistemas retributivos– no ha podido operar en las profesiones feminizadas al no existir un referente del sexo masculino comparable. Las dificultades –y, en ocasiones, imposibilidades– aplicativas de las normas europeas e internas sobre el principio de igualdad retributiva por trabajo de igual valor, tanto en sectores de segregación absoluta por género como en empresas no segregadas donde la opacidad retributiva impedía la prueba, han sido amplia y reiteradamente expuestas por la doctrina[53].

---

52 Sobre la reproducción histórica por la negociación colectiva de estereotipos de género en la valoración de puestos de trabajo la bibliografía es amplísima. Por todos, A. Garrigues Giménez (coord.), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva. Un análisis multi e intersectorial*, Reus, Madrid, 2017.

53 C. Barnard, "The changing scope of the fundamental principle of equality?", McGill *Law Journal*, 46, (4), 2001, pp. 955-977.

La evidencia empírica demuestra de forma consistente que, incluso en contextos de alta participación femenina –judicatura, docencia o sanidad– y niveles educativos equivalentes o superiores, las mujeres se concentran en puestos de responsabilidad inferiores e intermedios de las jerarquías organizativas, mientras que su presencia disminuye de manera significativa a medida que se asciende hacia posiciones de mayor poder, responsabilidad y retribución. El techo de cristal no está hecho únicamente de prejuicios culturales, decisiones individuales o diferencias de capital humano, sino que responde a un conjunto de mecanismos institucionales y organizativos –criterios de promoción opacos, estructuras de carrera basadas en la disponibilidad temporal continua, sesgos en la evaluación de la capacidad de liderazgo y penalización de las interrupciones laborales– que operan de forma acumulativa. La segregación vertical no constituye, por tanto, un fenómeno contingente, sino un rasgo estructural de la organización del trabajo, que restringe el acceso de las mujeres a posiciones de liderazgo y contribuye de manera decisiva a la reproducción de la brecha de género.

Más allá de su dimensión retributiva, la segregación vertical proyecta sus efectos sobre la propia configuración del poder económico y, por extensión, político. La infrarrepresentación de las mujeres en los consejos de administración y en los órganos de dirección no es neutra: condiciona los patrones de funcionamiento y reproducción de las estructuras corporativas, que continúan operando sobre una realidad estructuralmente sesgada. Los criterios de organización, promoción y toma de decisiones se configuran a partir de modelos construidos en ausencia de una presencia equilibrada, lo que perpetúa en los niveles inferiores de la jerarquía –donde están las mujeres en edad fértil– los criterios de disponibilidad plena y de castigo del trabajo de cuidado familiar que activan la penalización por maternidad. La evidencia empírica acredita, además, que las empresas con mayor presencia femenina en sus órganos de dirección tienen una probabilidad significativamente mayor de promover a mujeres a puestos ejecutivos[54], lo que refuerza el argumento de que la representación paritaria no es

---

54 R. M. Kanter, *op. cit.*; OIT, *Women in Business and Management: The business case for change*, Ginebra, 2019; Comisión Europea, *Gender balance on corporate boards*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2022; O. Guldiken, M. R. Mallon, S. Fainshmidt, W. Q. Judge y C. E. Clark, "Beyond tokenism: How strategic leaders influence more meaningful gender diversity on boards of directors", *Strategic Management Journal*, vol. 40, núm. 12, 2019, pp. 2024-2046. En el presente volumen, *vid.* M. J. Senent, "Responsabilidad

solo una exigencia de igualdad, sino una condición de su efectividad. De este modo, la segregación vertical no solo refleja la desigualdad existente, sino que contribuye a consolidarla y extenderla más allá de la retribución, al mantener la concentración del poder económico en manos masculinas y limitar su proyección igualitaria en otros ámbitos sociales y políticos.

La persistencia de estos mecanismos estructurales pone de manifiesto que la efectividad de los mandatos constitucionales de igualdad y de no discriminación exige una respuesta jurídica capaz de incidir sobre las estructuras de organización del trabajo, retributivas y de poder que producen y reproducen la brecha de género.

4. LA FUNCIÓN DEL DERECHO ANTE LA BRECHA DE GÉNERO

El Derecho no ha sido ajeno a la construcción de la discriminación estructural y, precisamente por ello, tampoco puede permanecer al margen de su corrección. La igualdad entre mujeres y hombres no constituye solo una exigencia de justicia, sino una condición para la plena realización de la democracia constitucional. Corresponde al Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) combatir la discriminación y hacer efectiva la igualdad mediante los derechos, principios y mandatos que la Constitución proclama e impone, así como a través de las medidas que, en su desarrollo, adopte el legislador. En la misma dirección, el Derecho constitucional de la Unión Europea erige la igualdad en uno de los valores fundacionales de la Unión (art. 2 TUE), en una sociedad caracterizada por "el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres", e impone promover la igualdad entre mujeres y hombres en todas sus actuaciones (art. 3 TUE). Pero la eficacia de estos mandatos constitucionales dista de quedar asegurada por su sola proclamación.

4.1. El fundamento constitucional: igualdad jurídica, no discriminación e igualdad real y efectiva

La respuesta constitucional frente a la desigualdad entre mujeres y hombres se articula a través de preceptos de naturaleza y función diferentes. En lo que aquí más importa, el artículo 1.1 CE proclama la igualdad como valor superior del

---

Social y Género"; M. C. Alonso García, "Igualdad y brechas de género en las Administraciones públicas: el empleo público", cit.

ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de Derecho, que constituye un criterio hermenéutico para la interpretación del conjunto del sistema normativo junto con los valores superiores de libertad y justicia[55], en el marco del pluralismo político. El artículo 14 CE reconoce el derecho fundamental a la igualdad jurídica –igualdad de las personas y de los grupos ante la ley y en la ley–, prohibiendo la diferenciación infundada, y el derecho fundamental a no sufrir discriminación por las circunstancias personales expresamente enumeradas, históricamente asociadas a posiciones de subordinación socio-política de personas y grupos sociales, entre las que el sexo ocupa un lugar central y puede concurrir –de hecho concurre en la discriminación interseccional– con cualesquiera otras circunstancias personales o sociales de análoga carga lesiva para la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). El artículo 9.2 CE añade el mandato de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, dirigido a todos los poderes públicos. En ámbitos específicos, el artículo 23.2 CE concreta el principio de igualdad del primer inciso del artículo 14 en el acceso, permanencia y ejercicio de los cargos y funciones públicas, mientras que el artículo 35.1 reitera la prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones de trabajo. Finalmente, el artículo 49.1 CE, tras la reforma constitucional de 2024, vuelve a referirse a la igualdad real y efectiva de las personas con discapacidad, junto con

---

55 La relación entre igualdad y justicia es objeto central de la filosofía política contemporánea. J. A Rawls sostiene que las desigualdades sociales y económicas solo son admisibles si benefician a los miembros menos aventajados –principio de diferencia–, lo que implica que la igualdad formal es insuficiente desde la perspectiva de la justicia distributiva (*Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, ed. revisada 1999). A. Sen reformula la pregunta en términos de capacidades reales: la igualdad relevante no es la de recursos, sino la de libertades efectivas para llevar una vida digna (*Inequality Reexamined*, Harvard University Press, Cambridge, 1992). En la misma línea, M. C. Nussbaum desarrolla el enfoque de las capacidades como fundamento de una teoría de la justicia orientada a garantizar a todas las personas un umbral mínimo de oportunidades sustantivas para una vida digna, con particular atención a la situación de las mujeres (*Creating Capabilities. The Human Development Approach*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2011). N. Fraser "identifica la redistribución, el reconocimiento cultural y la representación política como las tres dimensiones irreductibles de la justicia de género ("Social Justice in the Age of Identity Politics", en Fraser, N. y Honneth, A., *Redistribution or Recognition?,* Verso, Londres, 2003). En la doctrina española reciente, *vid.* también C. Herrero, "Algunas aportaciones a la equidad en entornos económicos", discurso de entrada en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, noviembre de 2025.

su libertad, remitiendo al legislador la adopción de las medidas de protección necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos del título I.

La determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales a la igualdad jurídica y a la prohibición de discriminación constituye una de las cuestiones más relevantes, y peor resueltas, de la interpretación constitucional. La construcción clásica de ambos derechos, todavía dominante en la jurisprudencia constitucional, revela sus límites ante una interpretación constitucional de la igualdad y de la prohibición de discriminación que incorpore la diversidad, reconozca la desigualdad y la discriminación por no diferenciar y supere el paradigma liberal clásico del contenido de dichos derechos, de carácter predominantemente individualista y formalista, insuficiente para afrontar la dimensión estructural y sistémica de la discriminación en toda su complejidad[56]. La discriminación, aun cuando se exteriorice en situaciones individualizadas, posee siempre una dimensión grupal, sin disolverse en la mera suma de las personas integrantes de la categoría o del grupo ni perder por ello su identidad política; constituye un "mal social a erradicar por mandato constitucional", según la –aquí– certera definición de la jurisprudencia constitucional[57].

Según una jurisprudencia constitucional constante, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho –juicio de comparabilidad o de igualdad– se apliquen iguales consecuencias jurídicas. El derecho a la igualdad ante la ley garantiza la igualdad de los iguales –no impedida por las desigualdades dotadas de una justificación objetiva y razonable, según un veredicto social generalmente aceptado y como tal mudable, y proporcional al fin legal diferenciador[58]–, pero

---

56 Rey, "Del género en la Constitución a la Constitución con enfoque de género", cit.; Barrère, "Acción positiva y género: análisis evolutivo y propuestas", cit. Sobre la crítica al paradigma liberal clásico de la igualdad y la evolución necesaria hacia una concepción estructural de la discriminación, O. M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5, núm. 2, 1976, pp. 107-177; C. A. Mackinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, cit.; I. M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990 (trad. esp.: *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, Madrid, 2000); S. Fredman, *Discrimination Law*, cit.

57 STC 17/2003, FJ 3, reiterada en sentencias posteriores.

58 Doctrina mantenida desde las primeras sentencias del Tribunal Constitucional, a partir de la jurisprudencia del TEDH: STC 22/1981, FJ 3; hoy consolidada. Tras señalar el TC que el "principio de igualdad de trato, sancionado en el art. 14 de la Constitución, está *asimilado en cuanto a su reconocimiento y tutela a los derechos fundamentales y libertades públicas propiamente dichos*, *por lo que puede considerársele incluido entre ellos*: STC 10/1981, FJ 7.

no la desigualdad de los desiguales. El entendimiento por el Tribunal Constitucional del derecho subjetivo a la igualdad ante la ley y en la ley "ha sido desde el principio, y así en general siguen las cosas, muy poco aristotélico"; el derecho a la igualdad jurídica del artículo 14 impide tratar desigualmente a los iguales, pero no excluye la posibilidad de que se trate igualmente a los desiguales, "no ha instituido... un derecho a la diferencia de trato frente al poder público, una prohibición, pues, de la «discriminación por indiferenciación»"[59], negada desde la STC 86/1985, FJ 3. Estos fueron sus términos y las razones de la negación: "La igualdad declarada en este precepto, la única amparable en este cauce procesal, es la que impone que, ante situaciones no disímiles, «la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos» (Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, fundamento jurídico 2.°) y, por ello, lo que el artículo 14 de la C. E. impide es la *distinción infundada o discriminación*. [...] el legislador puede, en el respeto al canon de razonabilidad que le impone el artículo 14, diferenciar entre supuestos y hasta debe hacerlo, en obediencia a otros preceptos constitucionales, *cuando su acción se orienta a la adjudicación de prestaciones a particulares*. *Esta* última vinculación positiva, sin embargo, es sólo relevante en el examen abstracto de la constitucionalidad de la Ley, porque no existe, antes de ella, un derecho fundamental a la singularización normativa ..."; para el que no habría tutela judicial posible, pues, sin ley que aplicar, la función de juzgar se convertiría en la de legislar a fin de reconocer diferencias a las personas y a los grupos[60].

Es cuestión jurisprudencial y doctrinalmente debatida si el art. 14 CE reconoce un único derecho fundamental –el derecho a la igualdad formal, del que la discriminación prohibida sería su conculcación máxima, un desvalor mayor que la arbitrariedad (art. 9.1)– o dos derechos fundamentales[61]. Desde la STC 128/1987, FJ 5, el Tribunal Constitucional ha precisado que la prohibición de discriminación por razón de sexo no es una subcategoría de la desigualdad normativa, sino el objeto de un derecho fundamental distinto, que no solo actúa

---

59 J. Jiménez Campo, "Acotaciones sumarias sobre el «derecho a la diferencia» de trato", *Democracia constitucional y diversidad cultural,* XXI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, TC-CEPC, Madrid, 2017, p. 13.

60 J. Jiménez Campo, "Acotaciones sumarias sobre el «derecho a la diferencia» de trato", cit., pp. 13-14.

61 Sobre esta polémica, Barrère, *op. cit*, y autores allí citados.

frente al legislador –al sistema normativo y en su aplicación–, sino frente a todos los poderes públicos y a los sujetos privados. En esta evolución jurisprudencial, la "cláusula general de igualdad" del 1º inciso del artículo 14 no agota su virtualidad, sino que prosigue, en su 2º inciso, en la interdicción de la discriminación, expresión de la quiebra de la igualdad de las personas y grupos por criterios de diferenciación irrazonables *ex Constitutione,* afectantes a su dignidad. La prohibición de discriminación adquiere consistencia propia e integra un derecho fundamental específico con un comportamiento funcional y un alcance material distinto al del derecho a la igualdad legal (no siempre exige comparación, y mientras que el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad, y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la reparación de la discriminación comporta, generalmente, la parificación de trato, no pudiendo ser utilizados los motivos de discriminación por el legislador más que excepcionalmente como criterios de diferenciación jurídica en un juicio más estricto de proporcionalidad sobre la legitimidad constitucional de las diferencias)[62]. Esta segunda concepción es la que mejor se corresponde con la evolución de la jurisprudencia constitucional y con la distinta función que el artículo 14 CE atribuye al derecho a la igualdad jurídica y a la prohibición de discriminación.

El artículo 9.2 CE completa esta regulación constitucional con un mandato de actuación positiva: los poderes públicos están obligados a promover activamente las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y a remover los obstáculos que la impidan; esto es, están constitucionalmente requeridos para que la discriminación *no prevalezca* (art. 14.2º CE).

La relación entre estos preceptos constitucionales –otra cuestión tan importante como debatida– no ha de ser de complementariedad, sino de dependencia, según ha propuesto M. Barrère en este libro[63]: la igualdad del artículo 9.2 CE "no sería complementaria" a la prohibición de discriminación del artículo 14.2º CE, "sino, más bien, esta última dependiente de la actuación de la anterior, por la simple razón de que si hubiera una igualdad real no existirían tratos

---

62 STC 229/1992, FJ 2. La doctrina del escrutinio reforzado (*strict scrutiny test*) en materia de discriminación por razón de sexo está consolidada desde la STC 81/1982, FJ 2, primera sentencia en que el Tribunal Constitucional anuló una norma por discriminación directa por razón de sexo ¡masculino!

63 *Op. cit.*

subordiscriminatorios que prohibir". Este esquema de dependencia sustituye al de la complementariedad "con la juridicidad mermada" que tradicionalmente se ha atribuido al artículo 9.2 CE frente al artículo 14 CE, norma de derechos fundamentales. De ahí extrae la autora la interpretación del artículo 4.1 de la Ley 15/2022, entendiendo que "si los poderes públicos no quieren subordiscriminar por inacción, deberán arbitrar acciones en pro de la igualdad real y efectiva, tal y como se prevé en el artículo 9.2 CE"[64].

La jurisprudencia constitucional ha distinguido tradicionalmente entre el derecho fundamental a no sufrir discriminación del artículo 14.2º CE y el mandato dirigido a los poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva del artículo 9.2 CE, configurando este último como un mandato constitucional cuyo grado de exigibilidad depende, por regla general, de su concreción por el legislador[65]. Esa jurisprudencia ha mantenido, ciertamente, una comprensión restrictiva del mandato antidiscriminatorio del artículo 14.2.º CE, como pone de relieve su negación de la prohibición de discriminación por indiferenciación y su doctrina sobre la acción positiva, a las que de inmediato y más adelante me referiré. No obstante, no faltan decisiones que vinculan la protección jurisdiccional que el artículo 14 CE dispensa frente a la discriminación por razón de sexo con el cumplimiento por los poderes públicos de su obligación constitucional de promover la igualdad real y efectiva[66].

---

64 Art. 4.1.2º de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: "Toda persona tiene derecho a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su (...) sexo (...). Nadie podrá ser discriminado (...) por inacción". Sobre el alcance de la discriminación por inacción como categoría autónoma, también Barrère: "Acción positiva y género: análisis evolutivo y propuestas", cit.; Barrère, "Iusfeminismo y Derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación", *Mujeres*, *derechos y ciudadanías*, R. M. Mestre I Mestre (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 50 y ss.

65 Sobre esto la bibliografía es inabarcable. De referencia sobre la relación de complementariedad, F. Rubio Llorente, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", *REDC*, n.º 31, 1991, pp. 9 y ss; *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Ariel, Barcelona, 1995; E. Carmona Cuenca, "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *REP,* nº 84, 1994, pp. 281-282; M. F. Fernández López, artículo 9.2. La igualdad real, en M. Rodríguez-Piñero y M. E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, XL Aniversario, TC-Fundación Wolters Kluwer-BOE-Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 164 y ss.

66 SSTC 229/1992, FJ 2; 214/2006, FJ 9; 12/2008, FJ 5; 22/2024, FJ 3; 89/2024, FJ 2; sin perjuicio de la denuncia en amparo de de vulneración del derecho fundamental a la no discriminación en relación con el art. 9.2 CE.

La doctrina científica revisora del entendimiento clásico ha propuesto un desplazamiento significativo en la comprensión de la igualdad constitucional, ampliando el espectro argumental de la discriminación indirecta y la igualdad material a través de categorías como la discriminación estructural y la interseccionalidad, hasta situar en el propio mandato antidiscriminatorio del artículo 14.2º CE un núcleo normativo del principio de igualdad material[67]. Desde esta perspectiva, la igualdad real y efectiva deja de concebirse primariamente como una exigencia promocional externa al derecho fundamental, para entenderse como una exigencia interna de la prohibición de discriminación.

De este modo, las políticas de acción positiva y los tratamientos diferenciados encuentran su justificación constitucional no tanto en el artículo 9.2 CE cuanto en la necesidad de evitar discriminaciones directas, indirectas o estructurales, incompatibles con el artículo 14 CE, que las proscribe como derecho fundamental subjetivo una vez traducidas en medidas legislativas concretas. El artículo 9.2 CE cumple así una función de refuerzo, orientando la actuación de los poderes públicos, pero sin desplazar la centralidad del mandato antidiscriminatorio como parámetro de constitucionalidad y fundamento de las políticas antidiscriminatorias, llamado a desplegar una mayor capacidad de transformación de la realidad jurídica y social.

Si el artículo 14.2º CE prohíbe toda discriminación fundada en factores constitucionalmente vedados, su contenido debe acoger también los instrumentos dirigidos a contrarrestarla que apruebe el legislador al amparo del artículo 9.2 CE. El amplio margen de configuración de que este dispone dentro de los objetivos de dicho precepto se dirige, precisamente, a impedir que la discriminación prevalezca. De ahí se sigue una consecuencia con proyección procesal precisa: una vez que el legislador ha desarrollado el mandato del artículo 9.2 CE en medidas concretas de igualdad, su incumplimiento deja de ser una simple infracción de legalidad ordinaria para integrarse en el contenido del derecho fundamental del artículo 14 CE, con la consiguiente posibilidad de tutela judicial y, en su caso, de recurso de amparo. En este planteamiento, impuesto por la fuerza normativa del

---

67 M. J. Añón Roig, "Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja", *Isonomía*, n.º 39, 2013, pp. 127-157. Distinguiendo la discriminación indirecta estructural –exigible ante los tribunales como regla de igualdad de trato– de la acción positiva –configurada como mandato de optimización dependiente de los recursos y de la voluntad política–, F. Rey, en este volumen.

artículo 14.2º CE, el Derecho antidiscriminatorio y las políticas de acción positiva no pueden concebirse como un Derecho neutro ni como una excepción al principio de igualdad de trato entendido como indiferenciación. Han de configurarse, por el contrario, como un Derecho orientado activamente a remover la discriminación, pues la sola neutralidad formal de la norma no basta para hacer justicia, si con ella el ordenamiento se limita a legitimar, bajo apariencia de igualdad, la desigualdad que ya existía antes de que el Derecho antidiscriminatorio interviniera.

4.2. La negación de un derecho constitucional a la diferencia y de la indiferenciación como discriminación

Vale repetir que ni el derecho fundamental a la igualdad jurídica, ni el derecho fundamental a la no discriminación, comprenden un derecho fundamental a la diferencia.

La doctrina constitucional sostenida de forma constante desde la STC 86/1985 es terminante: "el art. 14 de la Constitución reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato" (SSTC 52/1987, FJ 3; 136/1987, FJ 6; 48/1989, FJ 5; 16/1994, FJ 5; 308/1994, FJ 5; 114/1995, FJ 4; 164/1995, FFJJ 5 y 7; 166/1996, FJ 5; 211/1996, FJ 4; 36/1999, FJ 4). "No existe ningún derecho subjetivo a exigir un trato normativo desigual" (SSTC 181/2000, FJ 3 y las allí citadas; 21/2001, FJ 2; [...]; 198/2012, FJ 3), dirigido a corregir la discriminación de las mujeres, mientras el legislador no lo haya establecido o autorizado. Si el legislador decide diferenciar y para ello utiliza un criterio sospechoso, esa diferenciación ha de superar un escrutinio estricto de proporcionalidad.

El resultado de este entendimiento del artículo 14 CE ha sido una hipertrofia de la igualdad de trato formal en un contexto material de desigualdad estructural, cuya persistencia erosiona la realización de la unidad axiológica del ordenamiento constitucional (art. 1.1 CE) y vacía de contenido una concepción material de la igualdad y de la prohibición de discriminación, atenta a las condiciones estructurales de partida y abierta al trato diferenciado como instrumento necesario para la remoción de las desigualdades efectivas. El resultado ha sido dejar incompleto el propio planteamiento liberal clásico de la igualdad como justicia distributiva –incluso negarlo, sustituyéndolo por injusticia–, y ha restado fuerza al potencial de transformación social de la Constitución, mantenida en una realidad social y en una interpretación jurídica ya transformadas.

Es declaración temprana y reiterada de la jurisprudencia constitucional que la discriminación, o la desigualdad, "por indiferenciación" del legislador no se sitúa en el ámbito del artículo 14 de la Constitución[68]. Extendida después esta doctrina a la aplicación judicial de la ley, el artículo 14 CE prohíbe la distinción infundada o discriminatoria, no su falta. Dicho "con una cierta vocación de paradoja", el artículo 14 CE no ampara "la desigualdad por un exceso de igualdad". El exceso de igualdad –algo contraintuitivo para el análisis económico, que no ignora las variables estadísticamente significativas de la desigualdad– no es inconstitucional (SSTC 86/1985, FJ 3; 135/1992, FJ 9; 198/2012, FFJJ 3 y 4).

Sin embargo, la recepción por la jurisprudencia constitucional de la noción de discriminación indirecta, a partir de la STC 145/1991 y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, introduce una tensión evidente en esta construcción. La discriminación indirecta surge precisamente de una norma aparentemente neutra, o de su aplicación uniforme, que, al no tomar en consideración una situación de desigualdad estructural, produce un impacto particularmente desfavorable sobre un grupo protegido. En estos supuestos, la discriminación no deriva de una diferencia de trato expresamente establecida, sino de la aplicación indiferenciada de una regla formalmente neutra a situaciones materialmente desiguales, cuando esa indiferenciación genera o perpetúa una desventaja estructural para el colectivo afectado. La discriminación indirecta constituye así la manifestación paradigmática de que la aplicación indiferenciada de normas aparentemente neutras puede ser constitucionalmente discriminatoria. Resulta, por ello, difícil sostener que la denominada discriminación por indiferenciación permanezca, sin más, fuera del ámbito de protección del artículo 14 CE.

En esta comprensión del artículo 14 del CEDH se situó la STEDH (Gran Sala) de 6 de abril de 2000, *Thlimmenos c. Grecia*[69], al afirmar que el derecho a no sufrir discriminación puede resultar vulnerado cuando los Estados no tratan de modo distinto, sin justificación objetiva y razonable, a personas en situaciones "significativamente diferentes" (§ 44), consagrando así una obligación positiva de los Estados, dentro de su margen de apreciación, de diferenciación frente a la discriminación. Lo hizo en un caso de discriminación indirecta por religión, y lo ha hecho en casos posteriores.

---

68 Su crítica en E. Cobreros Mendazona, "Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta", *REDC*, nº 81, 2007, p. 71 y ss.

69 34369/97.

La doctrina de la inexistencia de discriminación por indiferenciación proyecta también sus efectos sobre la comprensión constitucional de la acción positiva. Si no existe discriminación por indiferenciación, desaparece la razón jurídica que justifica la necesidad de diferenciar. La acción positiva se concibe entonces como un instrumento constitucionalmente permitido –si justificado y proporcional a la excepción que supone de los derechos a la igualdad de trato y a la no discriminación–, incluso políticamente conveniente –dentro del pluralismo político–, pero no como como un instrumento constitucionalmente necesario para impedir que la discriminación prevalezca (art. 14.2º CE). Las medidas dirigidas a prevenir o corregir las desigualdades estructurales tienden a concebirse como meras técnicas promocionales de la igualdad real o como excepciones a la igualdad de trato, y no como instrumentos indispensables para garantizar la efectividad de la prohibición de discriminación. De este modo, la acción positiva pierde parte de su fundamento constitucional antidiscriminatorio y el Derecho antidiscriminatorio ve limitada su capacidad para actuar frente a las discriminaciones estructurales.

En fin, conforme a la doctrina constitucional, no hay en el artículo 14 CE "un derecho subjetivo jurisdiccionalmente protegido a recibir un trato diferente y favorable en determinadas circunstancias [...]. La determinación de en qué casos procede aplicar un tratamiento jurídico diferente y favorable a determinados colectivos corresponde al legislador, actuando el principio constitucional de igualdad solamente como justificador de estas políticas sociales"[70].

4.3. La apertura al Derecho de la Unión Europea, del Consejo de Europa e internacional

La Constitución no opera en un ordenamiento jurídico cerrado. Al contrario, ha diseñado un modelo de constitucionalismo abierto a la legalidad y judicialidad internacional, y específicamente europea, un modelo de constitucionalismo cosmopolita, en el que la Constitución soberana aporta validez jurídica y legitimidad democrática a todo el conjunto normativo supranacional e internacional (arts. 93, 96 y 10.2). El desarrollo creciente de la iusfundamentalidad europea, del Derecho constitucional de la Unión Europea, empujado por el TJUE, ha producido –no es ninguna novedad decirlo– una verdadera mutación de nuestra Constitución, apenas reformada en cuatro ocasiones (1992, 2011, 2024 y 2026).

---

70 E. Carmona Cuenca, *op. cit*., p. 280.

La Unión Europea es una comunidad de Derecho de inspiración federal, dotada de un marco constitucional propio. En este marco se incluyen los valores fundacionales del artículo 2 TUE –"de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías", compartidos por los Estados "en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres"–, los principios generales del Derecho de la Unión, las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales y del TUE y del TFUE –en particular, las normas de atribución y de reparto de competencias, de funcionamiento de las instituciones de la Unión y de su sistema jurisdiccional, y las normas fundamentales en ámbitos específicos que contribuyen a la realización del proceso de integración (art. 1.2 TUE)–[71]. La Unión respeta la identidad nacional de los Estados, inherente a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales (art. 4.2 TUE), pero su marco constitucional propio se integra en el espacio de la constitucionalidad de los Estados cuando aplican Derecho de la Unión, con sus atributos de eficacia directa y primacía.

La igualdad de mujeres y hombres reaparece como objetivo de la Unión y de su política económica y social en el artículo 3. 3.2º TUE. También el artículo 8 del TFUE proclama el objetivo de la Unión de "eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad" como objetivo transversal de todas sus políticas –*gender mainstreaming*–, atribuye competencia legislativa a la Unión sobre "igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo" [art. 153.1.i)], y para asegurar la aplicación del principio de igualdad retributiva (art. 157.3). Reconoce la legitimidad de las acciones positivas de los Estados en favor del "sexo menos representado" con objeto de "garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral" (art. 157.4). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge en sus artículos 21 y 23, respectivamente, la prohibición de discriminación por razón de sexo y el principio de igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos.

La doctrina de principio del Tribunal Constitucional sigue siendo que el Derecho de la Unión Europea no integra el canon de constitucionalidad con el que han

---

71 TJ, Pleno, Dictamen 1/17 sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá (CETA), de 30 de abril de 2019, ECLI:EU:C:2019:341, &110.

de "examinarse las leyes del Estado español", de modo que "la eventual infracción del Derecho de la Unión por una disposición española con rango de ley" no supone una vulneración directa del artículo 93 CE, doctrina sentada desde la ya lejana STC 28/1991. En esa doctrina, el artículo 93 CE "se limita a disponer un procedimiento de autorización formal de determinado tipo de tratados". La Declaración 1/2004 del TC ya había dicho, sin embargo, que el artículo 93 CE daba entrada en nuestro sistema constitucional al ordenamiento autónomo europeo a través de la cesión del ejercicio de competencias, con lo que el artículo 93 no solo posee una dimensión procedimental, sino "una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar", una "sustancia integracionista". "De ahí que sea imprescindible una interpretación que atienda a la insoslayable dimensión de integración comunitaria que el precepto constitucional comporta" (FJ 2). La integración, no obstante, circula por la vía del artículo 10.2 CE en la jurisprudencia constitucional.

El ordenamiento español de igualdad de trato y no discriminación por distintas causas prohibidas se vincula expresamente al Derecho de la Unión Europea, cuando no se dirige a la transposición de sus directivas. Por su parte, la interpretación por el TJUE del Derecho de la Unión es vinculante para los tribunales nacionales y condiciona decisivamente el alcance de los instrumentos jurídicos disponibles. Su jurisprudencia no está exenta de avances y retrocesos, incluyendo los límites de la acción positiva, como ilustra la sucesión de pronunciamientos del TJUE sobre el complemento español de pensiones por brecha de género, declarado incompatible con el Derecho de la Unión por discriminatorio y no justificable como acción positiva al amparo del artículo 7 de la Directiva 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. La lógica que sustenta esas decisiones es la discutible de que hombres y mujeres son comparables como cuidadores y que, en consecuencia, el instrumento correcto de compensación es el que se dirige a quienes han sufrido efectivamente la interrupción de su carrera profesional por cuidados, con independencia de su sexo[72].

El artículo 14 del CEDH –cuya interpretación corresponde al TEDH y cuya integración en el ordenamiento interno opera de nuevo a través del mandato de

---

72 M. L. Arastey, "Derecho de la Unión Europea y género. Apuntes desde la óptica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", cit., donde se documenta esta sucesión de pronunciamientos –SSTJUE *WA c. INSS*, 12 de diciembre de 2019, C-450/18; *YJ c. INSS*, 12 de mayo de 2021, C-130/20; *Melbán y Sergamo,* 15 de mayo de 2025, C-623/23 y C-626/23–; D. Pérez del Prado, "Seguridad Social y Género", cit., ambos en este libro.

interpretación conforme del art. 10.2 CE– prohíbe toda distinción, especialmente por sexo..., en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio. Esta protección se amplía mediante el Protocolo n.º 12, ratificado por España, que establece una prohibición general y autónoma de discriminación por causas prohibidas, en particular por sexo..., no limitada al ámbito material del Convenio. El mandato de interpretación de conformidad no exige la incorporación automática de todas las construcciones jurisprudenciales del TEDH, sino un diálogo interpretativo con el estándar de protección del Convenio, dentro del cual el Tribunal Constitucional ha entendido compatible el mantenimiento de su propia doctrina sobre la inexistencia de discriminación por indiferenciación. La sentencia *Thlimmenos* únicamente ha sido citada por la STC 140/2024, que declaró la inconstitucionalidad de la regulación legal de los permisos por nacimiento y cuidado de menor por omitir la posibilidad de que las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, pudieran ampliar su permiso por nacimiento disfrutando del permiso que correspondería al otro progenitor, de existir. Lo hizo para definir el concepto de discriminación por indiferenciación como trato desigual de personas desiguales sin justificación objetiva y razonable ("en situaciones sustancialmente distintas o que presentan diferencias relevantes"), extraído de la sentencia *Thlimmenos* y de la sentencia Ádám y otros c. Rumanía, y para marcar la separación de ese tipo de discriminación con aquel que fue objeto de la cuestión de inconstitucionalidad que resolvió (FJ 5).

En fin, el artículo 10.2 CE obliga a interpretar los derechos fundamentales *de conformidad* con los tratados internacionales ratificados por España, entre los que ocupa un lugar central la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW, 1979–, cuyo Comité ha desarrollado una doctrina interpretativa de indudable valor hermenéutico. La Recomendación General n.º 28 del Comité CEDAW precisa que el principio de no discriminación comprende tanto la discriminación directa como la indirecta, la interseccional y la estructural, y que los Estados Partes tienen la obligación de adoptar medidas temporales especiales –acción positiva– cuando la igualdad formal no produzca la igualdad real que la Convención exige[73].

---

73 Comité CEDAW, Recomendación General n.º 28 relativa al artículo 2 de la Convención, CEDAW/C/GC/28, 2010, apdos. 16-19.

5. LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS FRENTE A LA BRECHA DE GÉNERO

El ordenamiento jurídico español dispone de un arsenal normativo para combatir la brecha de género, que no ha dejado de crecer desde la promulgación de la Constitución de 1978 y nuestra incorporación en 1986 a la actual Unión Europea. Sin embargo, como acreditan los datos ya expuestos, ese conjunto normativo no ha corregido la discriminación por sexo/género, ni producido la igualdad real que prescribe. La razón no es únicamente de insuficiencia normativa –aunque también existen "brechas normativas"[74]–, sino de inadecuación estructural: los instrumentos jurídicos disponibles han sido diseñados, en su mayor parte, sobre un modelo de discriminación individual, concreto e identificable, que no logra captar su dimensión grupal, y menos aún corresponderse con la naturaleza sistémica y difusa de la brecha de género.

El Derecho antidiscriminatorio clásico opera sobre un modelo de igualdad formal que, como ha quedado expuesto, trata igual –o desigual, si ese trato diferente es razonable y proporcionado– a quienes están en situaciones iguales, sin reconocer las situaciones de desigualdad, más que para subsumirlas en el canon expuesto de adecuación razonable y proporcional al fin legítimo del legislador de diferenciar para la consecución de los objetivos del Estado social, con mayores exigencias si las diferencias se apoyan en los motivos de discriminación. Este modelo tiene un límite estructural, especialmente visible en su aplicación a la brecha de género, sobre el que se viene insistiendo: la posición de las mujeres en el mercado de trabajo no es el punto de partida neutral sobre el que opera la norma legal, sino el resultado acumulado de décadas de discriminación que la propia norma legal ha contribuido a producir. Aplicar la igualdad formal sobre una estructura socialmente desigual consolida, y no corrige, esa desigualdad. Las limitaciones de una interpretación formal de los derechos a la igualdad jurídica y a la no discriminación están ampliamente reconocidas. Sin embargo, el significado de las nociones de discriminación –un acto, un trato o tratamiento, un estado, por acción u omisión[75]–, de los tipos de discriminación y de igualdad plena –de oportunidades y de resultados–, siguen siendo objeto de profunda

---

74 *Vid*. F. Lousada, "Trabajo y género", en este volumen, cit.

75 Una "disposición, conducta, acto, criterio o práctica" atentatoria contra el derecho a la igualdad, en el art. 4.1.2º de la Ley 15/2022.

controversia. S. Fredman ha propuesto un marco analítico cuatridimensional –no una definición, sino un instrumento para evaluar y modificar leyes, políticas y prácticas– orientado a corregir las desventajas que sufren las mujeres por razón de su sexo; enfrentar el estigma, los estereotipos, los prejuicios y la violencia que los perpetúan; reforzar la voz y la participación de las mujeres en los espacios de los que son excluidas; y dar cabida a las diferencias, promoviendo el cambio estructural. Las cuatro dimensiones operan en complementariedad interactiva, sin prioridad predeterminada entre sí[76]. C. A. MacKinnon ha sostenido, en cambio, que la igualdad sustantiva debe centrarse en corregir las jerarquías de poder y dominación –la subordinación de las mujeres como grupo–, sin dispersarse en dimensiones que pueden neutralizar entre sí la exigencia de transformación estructural[77].

5.1. Las prohibiciones de discriminación directa e indirecta: avances reales y límites persistentes

La prohibición de discriminación directa por razón de sexo ha producido resultados jurisprudenciales sólidos en su aplicación a los supuestos más clásicos. La protección de la mujer embarazada frente a tratos perjudiciales por su sexo es el ejemplo más desarrollado: el Tribunal de Justicia, en una jurisprudencia bien conocida, ha calificado la discriminación por motivo de embarazo, parto y maternidad biológica de discriminación directa por sexo femenino y extendido la cobertura de la prohibición a cualquier medida desfavorable, minusvaloración o perjuicio, relacionada con esas situaciones vitales asociadas al sexo femenino, configurando una protección extendida en el mercado laboral y en el ámbito de las relaciones profesionales. Lo mismo ha hecho el Tribunal Constitucional hasta el punto de advertir, en su jurisprudencia, también bien conocida, que el artículo 14.2º CE "no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad" (desde la STC 182/2005, FJ 5); "sí excluye toda distinción, trato peyorativo y limitación de derechos o legítimas expectativas de la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias". La protección de la condición biológica y de

---

76 "Substantive equality revisited", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, 3, 2016, pp. 712-738.

77 "Substantive equality revisited: A reply to Sandra Fredman", *ibid*. pp. 739-746. Sobre el Derecho antisubordiscriminatrio, M. Bàrrere, en este libro, *op*. *cit*.

la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo (STC 22/2024, FJ 3, entre las más recientes).

Sin embargo, la discriminación directa por razón de sexo en su sentido estricto –el trato explícitamente desfavorable por razón del sexo femenino– no es la principal fuente de la brecha de género, cuya causa determinante reside, como la evidencia empírica ya expuesta ha dejado demostrado, en mecanismos estructurales más difusos que operan a través de categorías aparentemente neutras. La propia jurisprudencia constitucional, pese a proclamar que la maternidad no puede limitar los derechos, ni las "legítimas expectativas" profesionales de las mujeres, no ha dejado de reconocer que la menor incorporación de las mujeres al trabajo y sus mayores dificultades para continuar y progresar en sus carreras profesionales se deben particularmente a la maternidad y a sus dificultades para conciliar la vida personal, familiar y laboral, a los estereotipos de género y estigmas que en el ámbito laboral han estado tradicionalmente asociados a la maternidad y a las tareas de cuidado familiar, en detrimento de su acceso, permanencia y promoción en el empleo.

La prohibición de discriminación directa encasilla la desigualdad de género en un conflicto jurídico individual al margen del sistema de género que la produce; ignora que la discriminación –aun cuando se exteriorice en situaciones individualizadas– posee siempre una dimensión grupal, y que es precisamente esa dimensión la que define la discriminación estructural de las mujeres. Combatirla exige instrumentos que actúen sobre categorías aparentemente neutras –tiempo de trabajo, antigüedad, disponibilidad, rendimiento...– que producen efectos sistemáticamente desfavorables sobre las mujeres como grupo, no solo sobre trabajadoras individuales identificables. Y remover los obstáculos estructurales que causan la discriminación.

La prohibición de discriminación indirecta posee una potencialidad transformadora superior a la de la prohibición de discriminación directa para actuar frente a la brecha de género: en su concepción institucional y sistémica es el instrumento central del Derecho antidiscriminatorio moderno para F. Rey[78].

---

78 "Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018", *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 125 y ss.; *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1.ª ed., 2019.

Al permitir el control contencioso de normas y prácticas aparentemente neutras, incluso expresivas de la titularidad indistinta de derechos de mujeres y hombres –sobre determinados derechos de conciliación para el trabajo de cuidado–, que, sin embargo, producen un impacto objetivo particularmente desfavorable sobre las mujeres como grupo, incorpora al juicio antidiscriminatorio la dimensión colectiva de la desigualdad, superando el paradigma de la discriminación exclusivamente individual. Su aplicación no exige la existencia de un término masculino de comparación, sino la acreditación de un impacto negativo significativo sobre un colectivo mayoritariamente integrado por mujeres, carente de justificación objetiva y proporcionada.

El Tribunal de Justicia comenzó a perfilar esta categoría –denominándola en su primera jurisprudencia "discriminaciones indirectas y encubiertas"[79]– en la sentencia *Jenkins c. Kingsgate*, de 31 de marzo de 1981, C-96/80[80], y con creciente ambición desde la sentencia *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Weber von Hartz,* de 13 de mayo de 1986, C-170/84[81], que adoptó un enfoque objetivo centrado en la discriminación fáctica. En la sentencia *KfH Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation*, de 29 de julio de 2024, C-184/22 y C-185/22[82], precisó que la discriminación indirecta no requiere que el grupo desfavorecido represente un porcentaje considerablemente superior de mujeres si el efecto desfavorable sobre las mujeres es significativamente mayor, causa una "desventaja particular"[83]. El Tribunal Constitucional ha acogido y desarrollado esta doctrina, extendiendo la tutela frente a la discriminación directa e indirecta no solo a las normas, sino también a su interpretación y aplicación, siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia.

Cierto es que la discriminación estructural que padecen las mujeres activas el mandato antidiscriminatorio del artículo 14 CE. Sin embargo, la prohibición de discriminación indirecta –como la de discriminación directa– opera conforme a una lógica esencialmente reactiva del Derecho antidiscriminatorio clásico: permite identificar y remover normas, disposiciones, criterios, prácticas o decisio-

---

79 Sentencia *Macarthys Ltd. c. Wendy Smith*, de 27 de marzo de 1980, C-129/79, apdo. 15.

80 ECLI:EU:C:1981:80.

81 ECLI:EU:C:1986:204. La doctrina de la discriminación indirecta fue codificada por la Directiva 97/80/CE, art. 2.1.b), y refundida en la Directiva 2006/54/CE, art. 2.1.b).

82 ECLI:EU:C:2021:433, apdos. 56-61.

83 *Vid*. Arastey, en este libro, cit.

nes aparentemente neutros que producen efectos desfavorables objetivamente constatables sobre una persona o un grupo protegido, mediante su anulación, inaplicación o corrección en el caso concreto. Pero, por sí sola, no impone un deber constitucional de actuación positiva dirigido a eliminar las causas que originan y perpetúan la desigualdad estructural, salvo que el mandato antidiscriminatorio del artículo 14 CE se interprete en conexión con el deber de los poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva proclamado en el artículo 9.2 CE. La Ley 15/2022 ha dado un paso significativo al tipificar como vulneración del derecho a la igualdad de trato la "discriminación por omisión" (art. 4.1.2.º), positivizando así una categoría que la doctrina venía reclamando para hacer jurídicamente relevante la inacción frente a actuaciones exigibles de prevención o corrección de la discriminación estructural, y no solo frente a sus manifestaciones individuales y grupales[84]. Ello no altera, sin embargo, la naturaleza del control jurisdiccional. Los tribunales, sin perjuicio del excepcional control que el Tribunal Constitucional puede ejercer respecto de determinadas omisiones legislativas constitucionalmente relevantes, no pueden sustituir con carácter general la inactividad normativa de los poderes públicos; sí pueden, en cambio, corregir en los casos concretos sometidos a su enjuiciamiento las consecuencias discriminatorias derivadas de esa inactividad cuando comporten la lesión del derecho fundamental a la no discriminación.

En una y otra discriminación el ejercicio de la acción judicial por la víctima es imprescindible, aunque insuficiente para combatir la discriminación sistémica. Como ha señalado L. Arastey, las abundantes decisiones de los tribunales europeos solo muestran "la punta del iceberg", ya que la litigiosidad representa una parte muy reducida de las situaciones reales de discriminación. Las sentencias resultan "anecdóticas" en comparación con los datos estadísticos que confirman la persistencia abrumadora de la brecha de género, de las desigualdades económicas, de la desigual distribución de las responsabilidades de cuidado y del acceso a los puestos de mayor cualificación, así como el deterioro de las condiciones de trabajo en sectores feminizados...[85].

---

84 M. Barrère, en este libro, *op. cit.*; S. García Campá y A. Ventura Franch, "¿Se puede discriminar sin hacer nada? La discriminación de las mujeres por omisión", *Valedora do Pobo*, 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/

85 En este libro, *op. cit.*

A lo dicho se añade, en palabras de F. Lousada, "la resiliencia de los estereotipos de género, que se acomodan a las nuevas realidades antes de que las leyes o las políticas de igualdad las contemplen"[86]. No se trata de deficiencias coyunturales, sino de manifestaciones de una desigualdad estructural arraigada en un ordenamiento construido históricamente sobre un paradigma androcéntrico que el Derecho antidiscriminatorio, pese a su extraordinaria evolución, no ha conseguido por sí solo superar. La acción positiva, que se examina más adelante, constituye el instrumento jurídico de mayor potencial transformador frente a esa insuficiencia estructural, al dirigirse no solo a reaccionar frente a manifestaciones concretas de discriminación, sino a remover las condiciones que las hacen persistentes. De ahí la importancia de que la Ley 15/2022 califique igualmente como discriminación "el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales" (art. 4.1.2º)[87], reforzando así la exigibilidad jurídica de los deberes de actuación impuestos para hacer efectiva la igualdad.

5.2. La transparencia retributiva, un cambio de paradigma frente a la brecha de género: la Directiva (UE) 2023/970

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, representa el avance normativo más significativo en materia de igualdad retributiva desde la Directiva 2006/54/CE. Incide en aspectos estructurales del derecho a la igualdad retributiva al precisar los criterios para la valoración del trabajo de igual valor, facilitar la prueba de la discriminación y combatir la opacidad salarial mediante un nuevo modelo de transparencia retributiva. Con ello pretende superar algunos de los principales obstáculos históricos que han dificultado la realización del principio de igualdad retributiva, derivados de las dificultades probatorias y de la asimetría informativa entre el

---

86 En este libro, *op. cit.*

87 Un tipo de discriminación por omisión en la conceptuación de S. García Campá, en el trabajo antes citado y en "La discriminación por omisión", en N. Reche Tello y R. Carmona Paredes (dirs.), *Miradas actuales al derecho antidiscriminatorio*, Dykinson, Madrid, 2025, pp. 97-128.

empleador y la persona trabajadora, fortaleciendo los mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar su efectividad[88].

Sin alterar las categorías clásicas del Derecho antidiscriminatorio, la Directiva reequilibra un modelo tradicionalmente reactivo, centrado en la reclamación individual de la víctima una vez producida la discriminación, mediante la introducción de obligaciones de transparencia, evaluación y corrección, orientadas a detectar y corregir las desigualdades retributivas desde la propia organización empresarial y a reducir su dependencia de la iniciativa procesal de la persona trabajadora afectada.

La Directiva desarrolla normativamente el concepto de "trabajo de igual valor" en su artículo 4, en conexión con las definiciones contenidas en su artículo 3, imponiendo la utilización de criterios objetivos, neutros desde la perspectiva del género y relacionados con las competencias, el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo, sin infravalorar las capacidades interpersonales ni las aptitudes tradicionalmente asociadas a trabajos feminizados. Su regulación supera el paradigma tradicional de comparación entre trabajos idénticos o similares, facilitando la comparación entre actividades distintas, pero equivalentes en valor económico y organizativo.

La Directiva codifica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al establecer la inversión de la carga de la prueba, tanto cuando existan hechos que permitan presumir una discriminación directa o indirecta como cuando el empleador haya incumplido las obligaciones de transparencia retributiva; flexibilizar el término de comparación y facilitar la utilización de referentes hipotéticos o reconstruidos, sustentados en datos objetivos o estadísticos (arts. 18, 19 y 20). Esta regulación resulta especialmente relevante en trabajos y sectores feminizados, donde la ausencia de comparadores masculinos ha dificultado históricamente la efectividad del principio de igualdad retributiva, evitando que la segregación

---

88 C. Barnard y S. Peers, *European Union Law*, Oxford University Press, 4ª ed., 2023, pp. 648-655; M. A. Ballester Pastor, "La Directiva 2023/970 sobre igualdad de retribución entre mujeres y hombres: un poco más cerca de la igualdad real y efectiva", *Briefs AEDTSS*, 37, 2023; "La Directiva 2023/970 de transparencia retributiva, su transposición en España y la efectividad (¿al fin?) de la igualdad retributiva entre mujeres y hombres", *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 130, nº 3, 2024, pp. 521-556; J. F. Lousada Arochena, "La nueva Directiva de transparencia retributiva: su transposición en España", *El Derecho*, 26 de mayo de 2026, y bibliografía allí citada; y *"Trabajo y Género", cit.,* en este libro.

horizontal continúe perpetuando la infravaloración del empleo femenino. A ello contribuyen también las obligaciones de transparencia de los artículos 9 y 10, que facilitan la identificación y corrección de las infravaloraciones sistemáticas de los trabajos feminizados. También se añade el reconocimiento expreso de la discriminación interseccional [arts. 3.2.e), 16.3, 23.3 y 29.3.a)], extendiendo la protección a los supuestos en que la discriminación por razón de sexo concurre con otros motivos de discriminación.

El artículo 19.3 de la Directiva permite reconstruir procesalmente el término de comparación cuando no exista un trabajador comparable. Esta previsión se conecta con el apartado 1 del mismo precepto, que incorpora la jurisprudencia del TJUE sobre la "fuente única" (*single source*), formulada en la sentencia *Lawrence*, de 17 de septiembre de 2002 (C-320/00)[89], y confirmada, como ya se ha señalado, en la sentencia *Tesco Stores*.

La Directiva refuerza también la transparencia de la progresión retributiva como instrumento frente a la segregación vertical. El artículo 6.1 obliga a los empleadores a garantizar que los criterios de determinación de los niveles y de la progresión retributivos sean accesibles, objetivos y neutros desde la perspectiva del sexo. En la misma línea, el artículo 5.2 prohíbe solicitar información sobre el historial retributivo de las personas candidatas, evitando que las desigualdades salariales previas condicionen su acceso a nuevos empleos y a posiciones de mayor responsabilidad[90]. El derecho de información reconocido en el artículo 7, junto con las obligaciones de accesibilidad del artículo 8, reduce la asimetría informativa en la relación laboral y facilita la detección de desigualdades retributivas. Finalmente, el artículo 9.1.f) obliga a las empresas a publicar la distribución de la plantilla por cuartiles de retribución, proporcionando un indicador objetivo de la infrarrepresentación femenina en los niveles salariales superiores. No obstante, la eficacia de este mecanismo frente al techo de cristal puede verse seriamente limitada por la facultad que el artículo 6.2 reconoce a los Estados miembros para eximir a las empresas de menos de 50 trabajadores de las

---

89 ECLI:EU:C:2002:498.

90 Así, la nueva regulación europea refleja una concepción dinámica de la discriminación, entendida como el resultado de procesos históricos y no como una desigualdad meramente puntual A. Fernández, "La transparencia retributiva previa al empleo de la Directiva 2023/970", *Lan Harremanak - Revista de Relaciones Laborales*, 51, 2024; https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.26267

obligaciones de transparencia relativas a la progresión retributiva. Dado el predominio de las pequeñas y medianas empresas en el tejido productivo europeo y español, esta excepción puede reducir de manera apreciable el alcance práctico de una de las innovaciones más relevantes de la Directiva.

Las disposiciones comunes de la Directiva configuran un sistema integrado de tutela que combina obligaciones sustantivas, mecanismos de transparencia y garantías procesales reforzadas. En el plano procesal, junto a la inversión de la carga de la prueba del artículo 18, destacan el derecho a una indemnización íntegra por discriminación retributiva del artículo 16, comprensiva de los atrasos, la pérdida de oportunidades y los daños morales, sin límite máximo predeterminado; el plazo mínimo de prescripción de tres años del artículo 21, cuyo cómputo no se inicia hasta que la persona trabajadora conoce o puede razonablemente conocer la infracción; la posible exención de costas prevista en el artículo 22 cuando la demanda tenga motivos fundados; y el régimen sancionador del artículo 23, que exige sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, con medidas específicas para los supuestos de reincidencia. El artículo 24 incorpora, además, una dimensión de contratación pública al permitir la exclusión de licitaciones de los empleadores que incumplan las obligaciones de transparencia retributiva o mantengan una brecha retributiva superior al 5% sin justificación objetiva. Finalmente, el artículo 25 protege a las personas trabajadoras y a sus representantes frente a cualquier represalia derivada del ejercicio de los derechos reconocidos por la Directiva.

La Directiva se aplica tanto al sector privado como al empleo público[91], y a las personas solicitantes de empleo (art. 2.1).

En definitiva, la Directiva (UE) 2023/970 configura un modelo de intervención estructural frente a la brecha retributiva en el que la transparencia se erige en eje de la efectividad del principio de igualdad retributiva, actuando simultáneamente como técnica de prevención, instrumento de detección de desigualdades y mecanismo de refuerzo de la tutela judicial. A través de la acción combinada de los artículos 4, 5, 6, 7, 9, 10, 18, 19 y 20, el legislador europeo no solo aborda la segregación horizontal y vertical, sino que actúa sobre los mecanismos

---

91 *Vid*. Alonso García, "Igualdad y brechas de género en las Administraciones públicas: el empleo público", en este volumen, cit.

estructurales de producción y reproducción de la brecha retributiva que operan en el funcionamiento del mercado de trabajo, fijando un canon normativo cuya plena efectividad dependerá de su correcta transposición, cuyo plazo venció el 7 de junio de 2026.[92].

La transposición de la Directiva (UE) 2023/970 exigirá adaptar el régimen vigente de transparencia retributiva, en particular el configurado por el Real Decreto 902/2020, así como reforzar la utilización de criterios de valoración de puestos neutros desde la perspectiva de género en la negociación colectiva. Deberá aprovecharse, asimismo, para incorporar al ordenamiento español el régimen jurídico específico de la discriminación interseccional, en línea con los artículos 3.2.e), 16.3, 23.3 y 29.3.a) de la Directiva en el ámbito retributivo. Aunque la Ley 15/2022 (art. 4.1.2º) reconoce la discriminación interseccional como una modalidad de discriminación, no establece un régimen propio para su tutela. Ello resulta especialmente relevante porque la evidencia empírica muestra que la discriminación estructural que padecen las mujeres se intensifica cuando el sexo concurre con otros factores de discriminación, lo que convierte a la interseccionalidad en una categoría central del Derecho antidiscriminatorio contemporáneo[93].

5.3. La acción positiva, el instrumento jurídico de mayor potencia frente a la brecha de género

La acción positiva constituye el instrumento jurídico más controvertido en la lucha contra la brecha de género, tanto desde la perspectiva de su fundamento

---

92 E. Rojo Torreccilla, "Transparencia retributiva y principio de igualdad de retribución de hombres y mujeres. Retos del Derecho español en la transposición de la Directiva (UE) 2023/970, de 10 de mayo de 2023", *Femeris,* vol. 9, núm. 2, 2024, pp. 9-30; https://doi.org/10.20318/femeris.2024.8638; J. F. Lousada, "La nueva Directiva de transparencia retributiva: su transposición en España", cit.

93 K. Crenshaw, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139 y ss. En la doctrina española, Barrère Unzueta y D. Morondo Taramundi, "Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 2011, p. 15 y ss.; Y. Maneiro Vázquez, "Nuevas formas de discriminación de la persona con discapacidad y su protección jurisdiccional", en *Discpacidad, Inclusión en el Trabajo y Protección Social. XXXVI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDTSS)*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2026, pp. 107-139.

constitucional como de su eficacia para corregir la desigualdad estructural. El debate, lejos de estar cerrado, se proyecta sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional, así como sobre la doctrina científica. La Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres –que transpone la Directiva (UE) 2022/2381, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas, aunque no se limita a esa transposición[94]– tampoco ha resuelto definitivamente la controversia. Su preámbulo invoca el artículo 157.4 TFUE y el artículo 23 CDFUE como fundamento de las medidas de acción positiva, mientras que su disp. adicional 1ª define la representación paritaria y la presencia equilibrada entre mujeres y hombres y prevé su inaplicación, "*en consonancia con el principio de acción positiva*", cuando exista una representación de mujeres superior al sesenta por ciento, debidamente justificada. La coexistencia de ambas previsiones legales suscita la cuestión de si las medidas de representación equilibrada de ambos sexos constituyen por sí mismas medidas de acción positiva o si esta categoría queda circunscrita a los supuestos en que se supera el umbral de la presencia equilibrada en favor de las mujeres, siendo esta la opción que, en mi opinión, ha acogido la Ley Orgánica 2/2024.

La doctrina no es unánime sobre la naturaleza de las medidas de composición equilibrada, como muestran los trabajos de esto libro. Mientras M. Barrère las integra en una concepción amplia de la acción positiva, F. Rey distingue entre la acción positiva –mandato de optimización que depende de los recursos y de la voluntad política de la mayoría gobernante– y el remedio contra la discriminación indirecta estructural e institucional –obligación irrenunciable del Estado, que solo puede ser cumplida o incumplida y fiscalizada judicialmente–. Las medidas de composición equilibrada por género de los órganos de poder político no son una medida de acción positiva, sino la respuesta obligada frente a una discriminación indirecta estructural, que el sistema tradicional produce y perpetúa al ignorar las diferencias de hecho entre mujeres y hombres en el acceso a cargos decisorios políticos. Desde esta perspectiva, las medidas de composición equilibrada no constituyen acciones positivas, sino la respuesta obligada frente a una

---

94 Sobre la Directiva 2022/2381 y su comparación con su transposición española, ampliamente M. J. Senent, "Responsabilidad Social y Género", en este volumen.

discriminación estructural producida y perpetuada por el propio sistema, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el artículo 14 CE[95].

La primera dificultad en la construcción dogmática de la acción positiva es terminológica y conceptual. Bajo las denominaciones de acción afirmativa, acción positiva, "discriminación positiva" o discriminación inversa", se agrupan realidades jurídicas de distinta naturaleza e intensidad: desde medidas de sensibilización y formación, de fomento, y de composición orgánica equilibrada, hasta preferencias de desempate, reservas de plaza o cuotas y medidas unilaterales, en distintos ámbitos materiales, no solo en el laboral. La propia denominación de "discriminación positiva" e "inversa" ha sido criticada, con razón, por su carácter erróneo y tendencioso, al asociar estas medidas con la discriminación que pretenden corregir[96].

M. Barrère ha identificado con precisión el origen del problema: el Derecho de la Unión desde sus primeras directivas y desde su tradición antidiscriminatoria liberal, formalista e individualista operó una reducción conceptual al tomar la parte más controvertida de la acción positiva –las medidas diferenciadoras de trato, que suspenden provisionalmente las reglas de competencia en el mercado y la lógica meritocrática– por el todo de una categoría que, en su origen y en su concepción amplia, designaba y designa cualquier intervención activa contra la discriminación estructural[97]. Esta reducción tuvo una consecuencia normativa decisiva, pues configuró la acción positiva como una excepción al principio de igualdad de trato, en lugar de concebirla como un instrumento para alcanzar la igualdad plena y evitar la discriminación.

La distinción importa porque determina el parámetro de control jurídico. Si la acción positiva constituye una excepción al principio de igualdad, será objeto de interpretación restrictiva y de un juicio estricto de proporcionalidad. Si, por el contrario, constituye una exigencia del mandato antidiscriminatorio o del de igualdad

---

95 Cfr. sus respectivos capítulos de este libro.

96 M. Barrère, en la obra citada en su capítulo de este volumen, *op. cit*.

97 *Op. cit*. Significativamente, esta confusión no es propia del Derecho estadounidense –al que se atribuye el origen del Derecho antidiscriminatorio moderno–, donde, según describe la propia Barrère, la acción afirmativa y lo que allí se entiende por igualdad de oportunidades (la ignorancia deliberada de la raza y el sexo en la contratación, confiando en el mérito individual) se conciben como dos estrategias diferenciadas, sin que la primera quede reducida a excepción de la segunda.

real y efectiva, encuentra su fundamento en la propia Constitución y no requiere una justificación adicional. En esta dirección avanzó el artículo 157.4 TFUE, introducido por el Tratado de Ámsterdam, al situar el objeto de las medidas de acción positiva, que pueden aprobar los Estados, en la garantía "en la práctica de la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral". En este precepto y en el artículo 23.2 CDFUE consisten en "ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades, al contemplar medidas dirigidas a garantizar en la práctica la plena igualdad entre mujeres y hombres mediante ventajas concretas destinadas a prevenir o compensar las desventajas profesionales del sexo menos representado". Ni el TJUE ni el TC han extraído las consecuencias que se derivan del fundamento igualitario de estas medidas.

La STC 128/1987, primera que declaró la legitimidad constitucional de una medida de acción positiva diferenciadora –aunque sin emplear esa expresión–, abrió el principio de igualdad a la desigualdad de trato de los desiguales (FJ 7) y sostuvo que el trato más favorable dispensado a las mujeres mediante una ayuda de guardería no constituía una discriminación prohibida por el artículo 14 CE, sino que se destinaba a paliar la discriminación del colectivo femenino y respondía al mandato de igualdad real y efectiva del artículo 9.2 CE (FJ 11).

La jurisprudencia constitucional posterior no ha mantenido una construcción plenamente uniforme, aunque ha tratado de acciones positivas las diferenciadoras, manifestaciones del que ha denominado Derecho temporal "desigual igualatorio" (STC 13/2009, FJ 11)[98]. La STC 12/2008 no resolvió que las medidas de composición equilibrada por sexo son acciones positivas [esa calificación, referida a la STC 12/2008, provino del posterior ATC 119/2018, FJ 6.ii)], pese a su fundamento antidiscriminatorio de las mujeres. Negó que fueran acciones de "discriminación positiva" en favor de las mujeres al producir efectos equivalentes para ambos sexos y huyó de su calificación genérica de tales para evitar su carácter temporal –que a las acciones positivas atribuye el art. 11 de la Ley Orgánica 3/2007, cuya constitucionalidad enjuiciaba– por considerarlas una necesidad permanente para el logro de la democracia paritaria como realización del Estado democrático: "una representación integradora de ambos sexos [...] es irrenunciable para el gobierno de una sociedad que así, necesariamente, está compuesta", pues el sexo divide a la sociedad en dos grupos porcentualmente

98 Sobre la jurisprudencia constitucional, ampliamente, M. C. Alonso, en este libro.

equilibrados (FFJJ 6 y 7). Menos cuidadosa con su enraizamiento en el Estado democrático, la STC 40/2011 consideró acciones positivas las denominadas listas cremallera y subrayó su carácter necesariamente temporal (FJ 8).

La STC 12/2008 situó el fundamento constitucional de las medidas de composición equilibrada principalmente en el artículo 9.2 CE –y en su "mandato de sustantivación de la igualdad formal"(FJ 4)–, aunque también las vinculó con el mandato antidiscriminatorio del artículo 14 CE frente a la preterición material de las mujeres en la representación política –"el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material" (FJ 4)–, sin dejar de acudir a este último precepto, en su vertiente de igualdad formal, para excluir la licitud de las candidaturas integradas exclusivamente por personas de un mismo sexo, mujeres en el caso (FFJJ 4 y 5). En la misma línea, la STC 13/2009, sobre una acción positiva diferenciadora, fundamentó "inequívocamente" la legitimidad de la medida en el artículo 9.2 CE y la igualdad real de hombres y mujeres, pero la conectó asimismo con la efectividad del artículo 14 CE frente a la discriminación de las mujeres en el ámbito de la representación política (FFJJ 11, 12).

En la STC 128/1987 y en las SSTC 12/2008 y 13/2009, las medidas de acción positiva diferenciadora y las de composición equilibrada por sexo no excepcionan el principio de igualdad, sino que encuentran su fundamento en los artículos 9.2 –y 14– CE. El giro hacia su configuración como excepción al principio de igualdad formal se produjo con el ATC 119/2018, del Pleno, aprobado por una mayoría de seis votos frente a cinco. El Auto enjuició una medida de acción positiva aprobada por el CGPJ que otorgaba *preferencia* a las candidatas en situación de "igualdad sustancial de méritos" para la provisión de cargos gubernativos de la carrera judicial, en que las mujeres están preteridas; una medida, según el propio Auto de acción positiva "*en sentido estricto* o de *discriminación inversa*" (FJ 6).

El ATC 119/2018 afirmó que las medidas de acción positiva no encuentran su fundamento en el artículo 14 CE, que actúa únicamente como límite de tales medidas, sino en el artículo 9.2 CE (FJ 6). Con ello, la queja por la inaplicación de la medida positiva quedaba desprovista formalmente de derecho fundamental amparable. Materialmente, la acción positiva se sustentaba en un "automatismo" contrario a los principios constitucionales de mérito y capacidad, también contrario al Derecho de la Unión Europea (FJ 8).

La trascendencia constitucional del asunto residía precisamente en la fijación de doctrina constitucional sobre la incidencia de las medidas de acción positiva (art. 9.2 CE) en la configuración del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14.2º CE). El voto particular del magistrado Xiol Ríos, al que se adhirió el magistrado Valdés Dal-Ré, sostuvo que las medidas de acción positiva establecidas por el legislador debían integrarse en el contenido del derecho del artículo 14 CE. Su incumplimiento constituiría así no solo una infracción legal, sino también un acto discriminatorio constitucionalmente prohibido, pues la persistencia de la brecha de género justifica una tutela reforzada de las medidas de acción positiva dirigidas a garantizar la igualdad real y efectiva (FJ 2.B).

El legislador había establecido ya una regulación general de las acciones positivas –temporales, razonables y proporcionadas–, que pueden establecer los poderes públicos, las personas físicas y jurídicas privadas, y la negociación colectiva (arts. 11 y 43 LO 3/2007; 17.4 y 24.2 ET). La Ley 15/2022 avanzó un paso más al considerar vulneración del derecho a la igualdad, entendido como ausencia de toda discriminación, el incumplimiento de las medidas de acción positiva impuestas por normas o convenios colectivos (arts. 4.1.2.º), que volvió a regular en su artículo 6.7.

Corresponde al Tribunal Constitucional decidir si el cumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas integra el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la no discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE, del mismo modo que reconoció temprana y reiteradamente la tutela reforzada del contenido adicional del derecho de libertad sindical constituido por facultades de origen legal o convencional (art. 28.1 CE).

En mi opinión, la necesidad de garantizar la efectividad del derecho fundamental a la no discriminación por sexo, exigencia derivada del propio mandato antidiscriminatorio del artículo 14.2º CE ("sin que pueda prevalecer discriminación alguna..."), asienta la exigibilidad del cumplimiento de las medidas de acción positiva que, con fundamento en los artículos 9.2 y 14.2º CE, se dirigen a contrarrestar la discriminación, en el contenido del mismo derecho fundamental que la prohíbe (art. 14.2º CE).

La interpretación de la Constitución resulta aquí decisiva, porque de ella depende la legitimidad constitucional de la acción positiva, el instrumento jurídico de mayor potencia frente a la brecha de género. La acción positiva interviene sobre sus causas estructurales, también debidas a la acción del Derecho, y no solo

sobre sus efectos, mediante instrumentos normativos destinados a removerlas y a corregir la distribución desigual de poder, oportunidades y ventajas estructurales históricamente acumuladas por los hombres frente a las mujeres, haciendo posible la igualdad real.

La acción positiva requiere un diseño normativo activo que combine instrumentos jurídicos diversos y complementarios –preferencias, reservas, cuotas, incentivos y otras medidas específicas–, de modo que la respuesta jurídica pueda adecuarse a la diversidad de las situaciones de discriminación y a la creciente complejidad de sus formas –especialmente cuando la discriminación por razón de sexo interseccionа con otros factores de discriminación–, porque su finalidad no es únicamente compensar desventajas, sino transformar las estructuras de distribución del poder y de las oportunidades. La igualdad real exige superar un modelo de Derecho antidiscriminatorio construido sobre un modelo implícito de mujer que responde al patrón hegemónico, incapaz de ofrecer una tutela efectiva a quienes sufren formas interseccionales de discriminación.

La acción positiva y las medidas de composición equilibrada por sexos redistribuyen el poder político y el poder económico. Al garantizar la presencia efectiva de mujeres en los órganos de representación política, en las instituciones y en los órganos de gobierno de las empresas, modifican estructuras de poder tradicionalmente monopolizadas por los hombres e incorporan la experiencia y los intereses de las mujeres a los procesos de decisión, conforme a las exigencias de una democracia en igualdad. Numerosos informes de la Unión Europea han puesto de relieve que una mayor presencia de mujeres en puestos directivos y de liderazgo mejora la calidad de las decisiones y fortalece la competitividad económica. Su eficacia, además, trasciende los efectos inmediatos de cada medida: generan referentes, fortalecen las redes profesionales de las mujeres y favorecen que las políticas públicas de igualdad se diseñen y ejecuten con la participación efectiva de quienes continúan soportando las principales desventajas estructurales.

Precisamente porque actúan sobre las causas estructurales de la discriminación, las medidas de acción positiva están en condiciones de producir resultados reales en la reducción de la brecha de género, lo que debilita las objeciones formuladas en torno a la denominada "discriminación inversa". Estudios empíricos corroboran esa capacidad transformadora. La evaluación pública de sus resultados permite comprobar en qué medida hacen efectivo los mandatos constitucionales antidiscriminatorio y de igualdad real y cuál es su impacto real sobre la reducción de la brecha de género.

El Derecho no puede decretar la igualdad real. Pero tiene la obligación constitucional de hacerla posible.

5.4. La justificación jurídica de las cuotas de género a la luz de la evidencia empírica

El debate jurídico sobre la acción positiva no puede desentenderse de la evidencia empírica disponible sobre su eficacia. No porque la eficacia constituya el criterio de validez constitucional de estas medidas –obviamente, no lo es–, sino porque la evaluación periódica y transparente de toda política pública forma parte de las exigencias del Estado democrático de Derecho. Esa evaluación permitirá comprobar si los instrumentos jurídicos empleados alcanzan los fines que los justifican y, en su caso, revisarlos o corregirlos. Desde esta perspectiva, la investigación empírica desarrollada por las ciencias sociales y por los especialistas en evaluación de políticas públicas proporciona un conocimiento relevante para el diseño, la aplicación y la revisión de las medidas normativas de acción positiva y para su aprobación frente a los "prejuicios" del entendimiento formalista e individualista de la igualdad. En particular, los estudios experimentales sobre cuotas de género en los procesos de selección y promoción en empresas e instituciones han ofrecido resultados que el análisis jurídico no debería ignorar.

La objeción de eficiencia que habitualmente se dirige a las cuotas de género en los procesos de contratación y promoción –en los que introducen una excepción a las reglas ordinarias de competencia y pueden conducir al desplazamiento de candidaturas con mayor mérito según los criterios ordinarios de selección– descansa sobre una premisa que la investigación experimental ha puesto seriamente en cuestión: que esos procedimientos constituyen mecanismos neutrales de identificación del mérito. Como ha sintetizado M. P. Espinosa, los trabajos de Goldin y Rouse, Moss-Racusin y otros autores muestran, por el contrario, que procesos aparentemente objetivos pueden verse afectados por sesgos de valoración que producen resultados discriminatorios con independencia de los méritos reales de las candidatas. Si tales sesgos distorsionan la evaluación del mérito, las cuotas no introducen necesariamente una pérdida de eficiencia, sino que pueden contribuir a corregir la ya existente al favorecer una selección más ajustada a las capacidades efectivas de las personas candidatas. En la misma línea, los experimentos de Balafoutas y Sutter muestran que determinadas políticas de

acción afirmativa favorecen el acceso de las mujeres sin menoscabar la eficiencia de los procesos de selección[99].

A ello se añade un segundo efecto de las cuotas, igualmente acreditado por la investigación experimental. Niederle, Segal y Vesterlund[100] han demostrado que estas medidas incentivan la participación de mujeres altamente cualificadas que, en su ausencia, deciden racionalmente no competir al considerar que sus probabilidades de éxito son menores en entornos sesgados. La ampliación del conjunto de candidaturas disponibles permite seleccionar entre un número mayor de aspirantes con elevada cualificación y compensa, en términos de eficiencia, los costes que las cuotas puedan generar. La evidencia empírica es especialmente sólida cuando las cuotas se aplican a puestos de alta cualificación, en los que la infrarrepresentación femenina difícilmente puede explicarse por déficits de capital humano, sino por barreras de acceso y sesgos en los procesos de selección y promoción. En tales supuestos, la justificación jurídica de las medidas de acción positiva se refuerza, pues pierden fuerza las objeciones basadas en una eventual pérdida de eficiencia. Incluso desde la concepción jurídica que las configura como excepciones sometidas a un estricto juicio de proporcionalidad, la evidencia empírica proporciona un sólido fundamento para apreciar su adecuación y necesidad.

---

99 M. P. Espinosa, "Mujeres y liderazgo...", cit., pp. 15-17, con cita de C. Goldin y C. Rouse, "Orchestrating Impartiality...", cit., pp. 715-741; C. A. Moss-Racusin *et al*., "Science faculty's subtle gender biases favor male students", cit., p. 16474 y ss.; L. Balafoutas y M. Sutter, "Affirmative action policies promote women and do not harm efficiency in the lab", *Science*, cit., pp. 579-582.

100 "How Costly Is Diversity? Affirmative Action in Light of Gender Differences in Competitiveness", *Management Science*, vol. 59(1), 2013, pp. 1-16, *apud* M. P. Espinosa, *op*. *cit*., p. 16.

Derecho y género es una obra imprescindible para comprender cómo el Derecho español y europeo enfrenta –y todavía reproduce– las desigualdades que afectan estructuralmente a las mujeres. Este libro reúne las aportaciones de doce especialistas de reconocido prestigio, procedentes de la investigación científica y de la jurisdicción europea y nacional en distintas disciplinas jurídicas, que analizan con rigor técnico y mirada crítica los avances normativos y jurisprudenciales de las últimas décadas y las persistentes brechas retributivas, prestacionales, de cuidados y de representación, entre otras.

A partir del diagnóstico formulado en el prólogo, "los sesgos sedimentados en las instituciones jurídicas no desaparecen por la sola promulgación de normas igualitarias", el volumen recorre la construcción de la igualdad en la Unión Europea, su fundamento constitucional, la función de la acción positiva, los retos del Derecho de familia, el papel decisivo del derecho a la educación, las conexiones entre el mercado de trabajo, la conciliación, la corresponsabilidad y la regulación laboral y la Seguridad Social; el papel que juegan las empresas y las Administraciones públicas; la notable relevancia de la salud sexual y reproductiva y de la prevención penal de la violencia de género. Una obra, en definitiva, cuya contribución es doble: revelar los límites del Derecho y proponer instrumentos jurídicos capaces de impulsar una igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres.

María Emilia Casas Baamonde es catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid y miembro del Consejo de Ciencias Sociales de la Fundación Ramón Areces, y **Daniel Pérez del Prado** es profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid.