



BOLETÍN COMISIÓN DE IGUALDAD

7

Diciembre 2025

Juezas y Jueces
para la Democracia

Artículos

Dejar caer la venda
Gema Domínguez-González

El acceso a la justicia para
las personas extranjeras
Isabel Díez Velasco

De banderas va la cosa
Juan Aguirre García

La Sentencia del caso Rubiales
Maria del Prado Escoda Merino

¿Hasta cuándo?
Florentino Eguaras Mendiri

Discriminación hacia las personas con VIH

Delitos contra la libertad sexual

BOLETÍN

COMISIÓN DE IGUALDAD

7

Dirección

Juan Aguirre García
Cristina Meré Bermejo

Coordinación

Fátima Mateos Hernández

Diseño y maquetación

Emi Ramírez

Imágenes

Freepik, Unsplash

Edita

Juezas y Jueces para
la Democracia en Madrid

ISSN 3020-3791
Madrid

Juezas y Jueces para la Democracia no
se hace responsable de las opiniones
expresadas por las autoras y autores de
los artículos publicados en este Boletín.

Juezas y Jueces
para la Democracia

ARTÍCULOS

Dejar caer la venda

Gema Domínguez-González

3

El acceso a la justicia para las personas extranjeras: ¿una cuestión de derechos o de privilegios?

Isabel Díez Velasco

6

De banderas va la cosa. A propósito de la STS 1901/2024, de 28 de noviembre

Juan Aguirre García

9

La Sentencia del caso Rubiales

Maria del Prado Escoda Merino

15

¿Hasta cuándo?

Florentino Eguaras Mendiri

19

Discriminación hacia las personas con VIH: desafíos y soluciones en el acceso a la justicia

25

Delitos contra la libertad sexual: la humanización de la víctima

27

Dejar caer la venda

Gema Domínguez-González

Predoc. FPU-UAH

Una figura femenina. Los ojos vendados. Balanza y espada en mano. Esa es la imagen de la Justicia que hemos heredado de la antigua Roma. La venda simboliza la imparcialidad, la no distinción entre clases sociales, géneros o etnias en la aplicación de la ley. Pero a veces el ejercicio de la justicia nos hace dudar si la venda es verdaderamente opaca.

Los feminismos, en su lucha por la consecución de los derechos de las mujeres a lo

largo de la historia, evidencian la manera en la que la aplicación de la ley depende de la ideología dominante, así como del contexto histórico, político, cultural y geográfico. Es decir que la historia de las mujeres es un argumento en contra de la imparcialidad de la justicia porque, si sus ojos estuviesen verdaderamente vendados, ¿cómo es que durante la mayor parte de la historia la mujer, en palabras de Olympe de Gouge, tenía derecho de subir al cadalso, pero no a la tribuna?

Occidente conserva una obra de teatro griega del siglo V a.C. que los expertos consideran una representación del nacimiento de la justicia, en un sentido más cercano a como la entendemos en la actualidad. Se titula *Las Euménides* y es el final de una trilogía, la *Orestíada*, del poeta trágico Esquilo. El relato del mito completo nos tomaría largo rato, por eso centrémonos en el protagonista de la obra: Orestes. Orestes ha asesinado a su madre. A pesar de contar con el beneplácito del dios Apolo, le persiguen las Erinias, las Furias en el mundo latino, una fuerza más antigua encargada de hostigar a quienes cometen crímenes de sangre, especialmente en el seno de la familia. Presa del pánico y de la culpa, Orestes acude a Delfos para suplicar a Apolo que lo libere de la persecución de las Erinias. El dios lo purifica, pero las Erinias siguen acosándolo. Por tanto, se estima necesario la intervención de una tercera parte no implicada que decida quién lleva razón: el matricida o las Erinias. El juicio se celebra en Atenas, con la diosa Atenea como máxima autoridad. La defensa de Orestes consiste en apelar a su deber de reestablecer el orden según la Ley divina, ya que mató a su madre, Clitemnestra, porque ella asesinó a su padre, Agamenón. Sin embargo, Clitemnestra obedecía igualmente a la inevitabilidad de la retribución, puesto que Agamenón había sacrificado a su primogénita, Ifigenia, a la diosa Ártemis, a cambio de vientos favorables que condujesen a su ejército hacia Troya. *A priori* parece ser que Clitemnestra y Orestes actúan bajo los mismos términos: la venganza. Sin embargo, Atenea no lo considera así. En primer lugar, tanto Agamenón como Orestes cumplieron con un designio divino. Y, en segundo lugar, Orestes, efectivamente, actuó para reestablecer el orden debido: el patriarcal. Clitemnestra no tenía derecho a asesinar a Agamenón porque, en la Antigüedad, la vida de todos los miembros de la familia dependía del padre. Además, Atenea, a

pesar de su condición femenina, añade que la mujer, la madre en concreto, poco importa, pues nada tiene que ver con la concepción de la descendencia. Mírenla si no a ella, que nació de la cabeza de su padre, el todopoderoso Zeus, sin intervención de ninguna mujer. (Pero hubo una mujer, una diosa: Metis, a la que el dios engulló aterrorizado porque su descendencia con ella lo superase). Orestes, por tanto, es absuelto y las Erinias son obligadas a cesar su castigo. Para paliar el enfado de estas deidades debido al desprecio a las antiguas leyes, Atenea les ofrece ser honradas en Atenas como protectoras de su prosperidad y ser conocidas en adelante como «las Euménides» («las benevolentes»). De este modo, Esquilo representó en el siglo V a.C. el paso de la concepción de que «la sangre con sangre se paga» a la necesidad de una institución jurídica en la Antigüedad.

“ En la actualidad, este mito nos permite observar la manera en la que la aplicación de la ley depende de la ideología dominante”

En la actualidad, este mito nos permite observar la manera en la que la aplicación de la ley depende de la ideología dominante. Atenea juzga según las creencias que determinan su personalidad. No obstante, problematizando la decisión de la diosa no pretendemos justificar el crimen de Clitemnestra, una de las mujeres mitológicas más temidas de la tradición literaria, sino mostrar la manera en la que sólo deshaciéndonos de la venda de la falsa imparcialidad y concienciándonos de nuestros prejuicios sociales, podremos deconstruir nuestra ideología.

La diosa Atenea es un caso paradigmático. Nosotras nos encomendamos a ella como diosa de la sabiduría y la reivindicamos como diosa femenina; pero los griegos hicieron de ella una diosa misógina, a pesar de las violencias machistas que nos contaron que sufrió. Por ejemplo, el dios Hefesto la persiguió con el miembro viril en la mano después de haberlo rechazado. Al no lograr alcanzarla, desistió agotado, no sin antes eyacular sobre ella. La diosa se limpió sin darle más importancia. Sin embargo, hoy podríamos preguntarnos si quizá no lo denunció a causa de la vergüenza que la sociedad nos ha enseñado a sentir a las mujeres cuando somos víctimas de estos crímenes para evitar que los denunciemos. Desafortunadamente, si Atenea denunciase a Hefesto en la actualidad por este acto, todavía podría encontrarse a jueces con mal gusto y poca empatía que le preguntaran qué intenciones creía que podría tener el presunto agresor al sacarse el miembro viril. Esta actitud, que responde claramente a la ideología machista, es capaz de socavar la intención de denunciar de otras muje-

res víctimas de agresiones sexuales por temor a verse humilladas o culpabilizadas durante el proceso judicial.

Para avanzar, es necesario una mirada crítica que permita revelar las diferentes ideologías que han modificado la manera de contar los mitos a lo largo de la historia y, en consecuencia, comprender mejor de dónde venimos y hacia dónde vamos. Val Gago y yo discutimos estas cuestiones en nuestro vídeo-podcast *Diálogo con las diosas* (disponible en Youtube, Spotify e Ivoxx) con el fin de acercar la mitología grecolatina a todos los públicos y dejar caer la pretendida venda de la imparcialidad a la que también aluden los sectores más tradicionalistas de los estudios clásicos.

Tú eres nuestro altavoz



¡SIGUENOS!



@jpdemocracia.bsky.social



@JpDemocracia



jpdemocracia



Juezas y Jueces
para la Democracia

JJpD

El acceso a la justicia para las personas extranjeras

¿Una cuestión de derechos o de privilegios?

Isabel Díez Velasco

Abogada y consultora en MEDUSA Derechos Humanos

El acceso a la justicia suele presentarse como un derecho universal, disponible para todas las personas. Sin embargo, la experiencia muestra que para quienes viven en situaciones de extrema vulnerabilidad —entre ellas, las personas extranjeras en situación irregular y sin documentos de identidad— este derecho funciona más como un privilegio que como una garantía real. La falta de documentación, convertida

en llave de entrada al sistema, acaba condicionando de manera decisiva su capacidad para activar mecanismos de protección y defensa de sus derechos.

La situación de indocumentación es efecto de un entramado de violencias: persecuciones en el país de origen, pobreza extrema, desplazamientos forzosos o decisiones administrativas arbitrarias, entre otras. Esta combinación sitúa a las personas for-

zadas a salir de su país en un espacio de vulnerabilidad estructural donde el riesgo de violencia y desprotección es constante. El marco internacional exige a los Estados adoptar medidas reforzadas para garantizar sus derechos; pero en la práctica española sigue existiendo una brecha preocupante.

Esta brecha se evidencia de forma especialmente dolorosa en múltiples escenarios, entre los que cabe destacar los que afectan a quienes han sufrido violencia en la frontera y son devueltos ilegalmente sin posibilidad de denunciar los hechos. En estos casos, la ausencia de documentos y la imposibilidad de entrar en España para interponer la denuncia deja a estas personas sin herramientas para ejercer sus derechos como víctimas de hechos ocurridos en territorio español.

En las páginas que siguen analizamos por qué este bloqueo no es incidental, sino estructural, y cómo las autoridades españolas incumplen obligaciones legales, constitucionales e internacionales destinadas a garantizar que el acceso a la justicia sea un derecho real, y no un privilegio condicionado a circunstancias materiales.

El laberinto documental: cuando la representación procesal se convierte en un filtro excluyente

El artículo 24 de la Constitución reconoce que cualquier persona puede acudir a los tribunales para defender sus derechos. Pero este acceso está condicionado a determinados requisitos formales, entre ellos la necesidad de actuar mediante abogado/a y procurador/a. Para ello, la persona interesada debe otorgar un poder general o especial para pleitos.

Cuando la persona se encuentra fuera de España, esta función la realizan los consulados, que actúan como notaría. Y es

“ [...] la ausencia de documentos y la imposibilidad de entrar en España para interponer la denuncia deja a estas personas sin herramientas para ejercer sus derechos como víctimas de hechos ocurridos en territorio español”

aquí donde emerge la principal fractura del sistema: los consulados aplican el Reglamento del Notariado exigiendo la presentación de un pasaporte o documento oficial equivalente para identificarse y autorizar el poder. Solo se contemplan excepciones muy tasadas cuando la persona carece de documentos: expedientes de asilo, procedimientos vinculados a refugio, repatriaciones y supuestos similares, siempre que se tomen las huellas y una fotografía de la persona poderdante. En todos los demás casos, la ausencia de documentación impide autorizar la representación.

El resultado es devastador: una persona indocumentada que se encuentra fuera de España no puede autorizar la representación procesal que le permitiría ser parte en un procedimiento judicial. Aunque la ley reconozca su legitimación, aunque un juzgado español requiera su personación, aunque su derecho a la verdad dependa de ello. Queda atrapada en un círculo imposible: no puede obtener documentos y, por no tenerlos, no puede acceder al sistema judicial.

Mientras tanto, en España existen mecanismos para que una persona indocumentada pueda otorgar un poder: reseña policial con

huellas y filiación, o cédula de inscripción prevista en el Reglamento de Extranjería.

El resultado es la negación efectiva del derecho a la tutela judicial, y con ello del derecho a la verdad, a la investigación y a la reparación.

La tutela judicial efectiva y el principio de no discriminación

El derecho a la tutela judicial efectiva está recogido en el artículo 24 CE¹, el artículo 47 de la CDFUE², el artículo 6 CEDH³ y el artículo 19 TUE⁴. Su validez no depende de la nacionalidad ni de la situación administrativa de la persona, sino de su condición humana. De hecho, el TEDH recuerda que estos derechos deben ser “prácticos y efectivos”, no meras proclamaciones formales (párr. 33 STEDH Artico c. Italia).

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha señalado que las limitaciones al acceso solo son válidas si son proporcionadas, persiguen un fin legítimo y no afectan al contenido esencial del derecho (STC 20/2012; STC 140/2018). Además, bajo el principio pro actione, los tribunales y los operadores jurídicos están obligados a interpretar las normas procesales del modo más favorable al ejercicio del derecho (SSTC 92/1990; 213/1990; 172/1995).

Aquí es donde la actuación de los consulados y las autoridades españolas vulnera tanto el derecho de acceso a la justicia como el principio de no discriminación: un mismo hecho (la indocumentación) recibe un trato distinto según el lugar donde la persona se encuentre. La Constitución, en sus artículos 10 y 14, y la Ley 15/2022,

proclaman que la igualdad debe informarlo todo, incluida la aplicación de normas procesales. Y el Tribunal Constitucional ha insistido en que la igualdad no es solo un derecho formal, sino una exigencia material que obliga a evitar que ciertos colectivos queden sistemáticamente excluidos.

La discriminación aquí es clara ya que sólo se exige la identificación estricta mediante pasaporte a las personas indocumentadas que se encuentran fuera de España. Las que están en territorio español sí pueden acceder al sistema mediante mecanismos alternativos. La diferencia de trato carece de justificación objetiva y proporciona un resultado especialmente gravoso al provocar la imposibilidad total de acceder a la justicia.

La situación descrita no es una disfunción burocrática, sino un fallo estructural. La aplicación rígida del Reglamento del Notariado por parte de algunos consulados españoles vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de no discriminación, contraviniendo la Constitución, el CEDH y el Derecho de la Unión Europea.

El resultado es inaceptable: el derecho a la justicia se convierte en un privilegio inaccesible para quienes más lo necesitan. Corregir esta situación no es solo una cuestión de legalidad, sino de responsabilidad ética y democrática.

1. Constitución española
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas
3. Convenio Europeo de Derechos Humanos
4. Tratado de la Unión Europea

De banderas va la cosa

• A propósito de la STS 1901/2024,
• de 28 de noviembre

Juan Aguirre García

Juez y coordinador de la Comisión de Igualdad

A) Supuesto de hecho

Con ocasión del Orgullo, la Diputación Provincial de Valladolid colocó en el patio principal de su sede oficial la bandera arcoíris, símbolo del colectivo LGTBIQ+.

La asociación de Abogados Cristianos impugnó tal actuación, por tres motivos:

1. Vulneración de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, en lo relativo a las banderas que, en su caso, pueden ondear con la española en los edificios oficiales y el modo en que estas pueden ondear.
2. Infracción de la doctrina dimanante de la STS 564/2020, de 26 de junio: “no resulta compatible con el marco cons-

titucional y legal vigente, y en particular, con el deber de objetividad y neutralidad de las Administraciones Públicas la utilización, incluso ocasional, de banderas no oficiales en el exterior de los edificios y espacios públicos, aun cuando las mismas no sustituyan, sino que concurren, con la bandera de España y las demás legal o estatutariamente instituidas”.

3. Contravención del deber de objetividad y neutralidad de las Administraciones Públicas.

B) Resolución de primera instancia

La demanda de Abogados Cristianos fue repartida al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Valladolid, y se registró como el procedimiento ordinario 22/2021. La Sentencia 206/2021, de 9 de diciembre, desestimó la demanda interpuesta por Abogados Cristianos y declaró conforme a Derecho la colocación de la bandera de la Diputación de Valladolid.

Resumidamente, se considera que la mencionada STS 564/2020 no es aplicable al caso, por no tratarse *stricto sensu* de una bandera en los términos de la Ley 39/1981, por haberse colocado en un lugar distinto del destinado a las banderas oficiales y por no existir vulneración del deber de objetividad y neutralidad. Sobre este particular, se sostiene que la bandera está asociada a la defensa de los derechos de un colectivo y, como tal, no identifica a la Diputación de Valladolid con una opción ideológica concreta.

C) Resolución de apelación

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cas-

tilla y León, en su Sentencia 859/2022, de 1 de julio, estimó el recurso de apelación interpuesto por Abogados Cristianos y declaró nula la vía de hecho adoptada por la Diputación de Valladolid.

En primer lugar, la Sala argumenta que la asociación demandante está legitimada activamente para impugnar la actuación administrativa controvertida. Seguidamente, la Sala de apelación consideró irrelevante para el debate si el símbolo en cuestión es o no una bandera, dónde se coloca esa bandera y quién la coloca, y calificó como vía de hecho la actuación de la Diputación de Valladolid: es un acto material de una Administración pública que no es precedido por ningún tipo de procedimiento administrativo.

Finalmente, concluye que la Diputación de Valladolid sí vulneró el deber de neutralidad que debe guardar toda Administración Pública. Entiende aplicable la doctrina dimanante de la ya citada STS 564/2020, al estimar que las Administraciones Públicas carecen de libertad de expresión. Considera, en consonancia con lo resuelto en la STS 360/2021, de 15 de marzo, sobre la sanción electoral al Presidente de la Generalitat de la Cataluña en relación con los lazos amarillos, que es un símbolo que representa solamente a unos ciudadanos, con exclusión de los demás. En este sentido, manifiesta que el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción por parte de familias homoparentales son cuestiones que dividen a los ciudadanos, hasta el punto que el debate ha llegado al Tribunal Constitucional.

D) Resolución de casación

Por auto de 8 de noviembre de 2023, la sección 1ª de la Sala Tercera del TS admitió a trámite el recurso interpuesto contra la sentencia de apelación por parte de la Diputación de Valladolid. En el auto se iden-

tifica como cuestión de interés casacional “(i) si la asociación recurrente ostenta el interés legítimo que determina la legitimación activa, para ejercitar acciones ante nuestra jurisdicción, en el recurso contencioso administrativo deducido contra la actuación impugnada, y (ii) si entran dentro del ámbito de aplicación de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, las pancartas u otros símbolos que incluyen consignas o mensajes con propósitos reivindicativos”. Como normas a interpretar, se fijaron los artículos 9.3 CE (principalmente, en su vertiente de interdicción a la arbitrariedad), 103.1 CE (en cuanto al servicio con objetividad al interés general), 103.3 CE (en lo relativo a la imparcialidad de los poderes públicos) y los artículos 3, 5 y 6 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, en cuanto al modo en que debe ondear la bandera española y, en su caso, cómo debe hacerlo si concurre con otras banderas.

La STS 1901/2024, de 28 de noviembre, dictada por la sección 4ª, responde afir-

“ La objetividad que quiere la Constitución no equivale a indiferencia ideológica. Mira a los intereses generales a los que deben servir las Administraciones Públicas y no es compatible con la subordinación de su actuación a los intereses particulares, ni con iniciativas divisivas de la sociedad”

mativamente a la primera cuestión. A la vista de que las partes en el procedimiento no han discutido la legitimación activa de Abogados Cristianos y esta ha sido reconocida tanto en la primera instancia como en la apelación, la Sala no entra en mayores consideraciones.

A continuación, tras una exposición somera del contenido de la Ley 39/1981, concluye que no es aplicable al caso, al no haber ninguna norma que proscriba la utilización de símbolos como el arcoíris en los edificios públicos. En su resolución, el Tribunal Supremo argumenta que no se ha vulnerado el deber de objetividad ni de imparcialidad de las Administraciones Públicas.

Por su relevancia, merece la pena extraer este inciso: “La objetividad que quiere la Constitución no equivale a indiferencia ideológica. Mira a los intereses generales a los que deben servir las Administraciones Públicas y no es compatible con la subordinación de su actuación a los intereses particulares, ni con iniciativas divisivas de la sociedad”. La doctrina de la STS 564/2020, de 26 de junio, no puede trasladarse a este caso, según el propio Tribunal, porque en aquel caso se colocó una bandera no oficial de las Islas Canarias en sustitución de la oficial, y presentándola como la “bandera nacional de Canarias”. Además, el Tribunal Supremo concluye que los valores de igualdad que promueve la bandera arcoíris están recogidos en numerosos textos legales y supraleales, tanto de ámbito nacional como europeo.

E) Voto particular

José Luis Requero Ibáñez formuló un voto particular, por entender que el recurso debía ser desestimado. Considera que precedentes como el de la STS 564/2020, de 26 de junio, sí son trasladables a este caso. La Diputación de Valladolid, a juicio del magistrado, se excedió en sus

funciones. Que existan leyes en favor de la igualdad del colectivo LGTBIQ+ no faculta a una Administración pública a colocar carteles u otros símbolos, o emitir publicaciones. Además, expone que el movimiento LGTBIQ+ aglutina distintas “tendencias sexuales” y que no hay consenso en cuanto a quiénes forman parte del colectivo o cuáles son los colores que debe integrar dicha bandera. La bandera representa postulados ideológicos que dividen a la sociedad española.

F) Valoración

Esta Sentencia está íntimamente ligada a la STS 1900/2024, de 28 de noviembre. En esta, con una argumentación idéntica, el Tribunal Supremo consideró que el Ayuntamiento de Zaragoza no vulneró su deber de neutralidad al colocar en el balcón principal la bandera arcoíris, también con ocasión del Orgullo, y también con la opinión discrepante de José Luis Requero Ibáñez.

Esta doctrina se ha mantenido en sentencias posteriores, también relativas a la colocación de la bandera LGTBIQ+ por parte de una Administración Pública, dictadas ambas por unanimidad: la STS 1003/2025, de 16 de julio (por el Ayuntamiento de Valladolid), y la STS 1444/2025, de 12 de noviembre (por la Delegación del Gobierno en Valencia). De hecho, esta última resolución fija como doctrina de interés casacional que “[l]a actuación de la Administración Pública [...], consistente en la colocación de una bandera no oficial del colectivo LGTBIQ+ en la sede oficial de aquella, el Día Nacional del Orgullo LGTBIQ+, debe ser conceptuada como una acción positiva a favor de este colectivo LGTBIQ+, de acuerdo con la normativa legal aplicable, sin que aquella resulte contraria al principio de objetividad y neutralidad institucional que el artículo 103.1 de la Constitución impone a la Administración Pública”.

Aunque no es la primera vez que la Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene que pronunciarse sobre la Ley 39/1981, la cuestión planteada en estos asuntos sí que es relativamente novedosa: el empleo por una Administración pública de banderas o símbolos representativos de movimientos sociales no vinculados a un territorio concreto. En efecto, a excepción de la STS 351/2017, de 1 de marzo, sobre la utilización de la bandera de España en sobres de propaganda electoral y la mencionada STS 564/2020, de 26 de junio, sobre la bandera canaria estrellada, las restantes sentencias se han referido exclusivamente a la ausencia de la bandera española en edificios públicos, generalmente en Euskadi [entre otras, SSTs de 20 de diciembre de 1999, nº rec. 1307/1994, de 25 de marzo de 2002, nº rec. 9128/1996, y de 22 de septiembre de 2008, todas ellas de la sección 4ª].

No me voy a detener en la legitimación activa de Abogados Cristianos ni en la resolución de la controversia a la luz de la Ley 39/1981 (tampoco lo hacen la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ni el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo). No son estos los motivos que me han llevado a traer esta resolución a este Boletín de Igualdad.

Sin lugar a dudas, la cuestión mollar y la que ha dado lugar a las discrepancias entre Salas y compañeros de una misma Sala es la relativa a la neutralidad de las Administraciones Públicas y cómo esta se puede ver comprometida o no por la exhibición de ciertos símbolos. La RAE, en su primera acepción, define el símbolo como “[e]lemento u objeto material que, por convención o asociación, se considera representativo de una entidad, de una idea, de una cierta condición, etc”. Cuando una Administración Pública hace uso de un determinado símbolo, de una forma u otra está tomando parte en un asunto concreto.

Debe decirse que objetividad, neutralidad e imparcialidad son términos que, en general, la jurisprudencia suele identificar (sin ir más lejos, así lo hacen las resoluciones expuestas hasta ahora). Esta no es la opinión mayoritaria de la doctrina¹, máxime cuando la objetividad y la imparcialidad encuentran reflejo expreso en la CE (artículos 103.1 y 103.3 CE), a diferencia de la neutralidad².

Pese a esta disparidad de opiniones, lo que es innegable es la interconexión entre estos tres conceptos y de esta premisa se partirá en este comentario. Simplificando mucho, estos tres términos inciden en la idea del servicio a los intereses generales, por parte de una Administración pública que es para todas y todos, y no solo para unas pocas personas, con exclusión de las demás.

A partir de aquí, existen dos formas de concebir esa neutralidad. Ambas concepciones están perfectamente representadas en las distintas instancias.

A) De un lado, la Sala de lo Contencioso del TSJ de Castilla y León y José Luis Requero Ibáñez en su voto particular. De acuerdo con esta concepción, la Administración Pública debe ser impermeable a todo tipo de ideologías, y no debe inmiscuirse en el debate público.

Ambos consideran que símbolos como el aquí controvertido dividen a la sociedad y prueba de ello es que, por esa división entre las opciones políticas, la adquisición de alguno de estos derechos ha tenido que pasar por el Tribunal Constitucional, como el matrimonio entre personas del mismo sexo. En el voto particular también se incide en esta cuestión y se dice que la objetividad es la seña de la Administración

Pública, lo que la diferencia del Gobierno, como instancia política.

B) En el otro extremo está la Sentencia de primera instancia y la de casación. Entienden que la neutralidad no debe identificarse con indiferencia ideológica, que los derechos del colectivo LGTBIQ+ no dividen a la sociedad y que, en cualquier caso, hay normas que obligan a los poderes públicos a promover la igualdad.

Me parece especialmente acertada esta última interpretación sobre el deber de neutralidad por el que deben regirse las Administraciones públicas. En efecto, no debe confundirse objetividad con indiferencia. Nuestro texto constitucional no puede considerarse en absoluto neutro. Todo lo contrario: tiene una carga axiológica nada desdeñable. Ya en el artículo 1.1 se habla de “valores superiores” del ordenamiento jurídico, y entre ellos figura la igualdad (con reflejo expreso en otros artículos, como el 9.2 o el 14, entre otros muchos). A ello está sujeta precisamente la Administración pública.

Las leyes dimanar de los Parlamentos que en cada momento expresan la voluntad popular de los ciudadanos, ciudadanos que eligen a los parlamentarios en sufragio universal (artículos 68.1, 69.2 y 152.1 CE). Dicho Parlamento, en nuestro sistema, inviste su confianza en un Presidente de un ejecutivo (artículos 99 y 152.1 CE), que desempeña dentro del ámbito de su competencia la función de dirección política (artículos 97 y 152.1 CE). Más aún, los Ayuntamientos representan de una forma u otra los intereses de los ciudadanos que les votan en sufragio universal (artículo 140 CE), y la composición de los Ayuntamientos

1. Sobre las distintas concepciones sobre la materia, véase García Costa, M. (2011). Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad. Documentación Administrativa, 289, 21-42. <https://doi.org/10.24965/da.v0i289.10067>
2. No obstante, en la STC 77/1985, de 27 de junio, se menciona explícitamente el “*principio de neutralidad*” y se infiere del artículo 103 CE.

“ En todo este panorama, la Administración [...] no es aséptica ideológicamente en su forma de actuar. La noción de neutralidad manejada en la sentencia de apelación y en el voto particular de la sentencia de casación es, a mi parecer, irreal”

de una misma provincia es la que se tiene en cuenta para el reparto de los diputados provinciales (artículo 205 LOREG).

En todo este panorama, la Administración, por mucho que algunos la conciban como un mero brazo ejecutor del Gobierno, no es aséptica ideológicamente en su forma de actuar. La noción de neutralidad manejada en la sentencia de apelación y en el voto particular de la sentencia de casación es, a mi parecer, irreal. En palabras del profesor Juan María Martínez Otero, “de acoger el significado más extendido o lato del término neutralidad, sería preciso concluir que la Administración ni puede ni debe ser neutral”³.

Difícilmente una decisión de la Administración va a recibir el apoyo unánime de la sociedad. La concepción de intereses generales para cada persona dependerá de sus propias convicciones. Sentada esta premisa, solamente deben considerarse contrarias a esa objetividad, como propugna el Tribunal Supremo, acciones que solamente responden a los intereses de

unos pocos con exclusión de las demás personas, o iniciativas que claramente suponen una división de la sociedad.

La celebración del Orgullo LGTBIQ+ y, con ocasión de este, la colocación de una bandera, pancarta o cualquier otro símbolo no debe reputarse lesiva del deber de neutralidad. No en vano, el propio Consejo de Ministros declaró por acuerdo de 6 de julio de 2018 la declaración del 28 de junio como Día Nacional del Orgullo LGTBIQ+.

La lucha por el reconocimiento de derechos en favor de un colectivo que tradicionalmente ha sufrido discriminación, en pie de igualdad con las personas que no pertenecen a él, no tiene como fin dividir a la sociedad. Tan solo se pretende remover los obstáculos que impiden esa igualdad real y efectiva (que es, al fin y al cabo, lo que propugna el artículo 9.2 CE). En ejecución de ese mandato se ha aprobado 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 LGTBIQ+.

Esta es, a mi modo de ver, la forma en que debe entenderse la neutralidad. El auge de ideas reaccionarias contrarias a todo lo que tenga que ver con la lucha contra cualquier tipo de discriminación (ya sea género, la pertenencia a colectivos racializados, orientación e identidad sexual, expresión de género, u otras muchas circunstancias personales y sociales) no debe ser una cortapisa en la consecución de la igualdad real. Esa lucha por la igualdad real puede materializarse en acciones concretas o más abstractas y simbólicas, como las analizadas en este comentario.

3. Martínez Otero, J. M. (2021). Qué se puede y qué no se puede colgar en un balcón consistorial. A vueltas con la exhibición de símbolos en espacios públicos institucionales y el pretendido deber de neutralidad de la Administración. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época, 15, 42-57. <https://doi.org/10.24965/reala.i15.10919>

La Sentencia del caso Rubiales

Maria del Prado Escoda Merino

Magistrada de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona

Era el verano del 2023 cuando, quienes estábamos pendientes de ver a las jugadoras de la sección española de fútbol, celebrar su triunfo a nivel profesional y personal; un logro que también era nuestro como sociedad; fuimos testigos de un acto de violencia sobre la mujer televisado. Una y otra vez hemos visto como una de las jugadoras de la selección, en uno de los momentos más importantes de su carrera profesional; y, ante miles de espectadores, tuvo que so-

portar que el máximo dirigente de la Real Federación Española de Fútbol la cogiera por el cuello y le diera un beso en la boca. Y, tras ello, lejos de recibir unas disculpas por aquel acto bochornoso; Jennifer Hermoso fue víctima de la presión que sobre ella y sus familiares más cercanos ejercieron sus superiores para evitar los efectos que podía tener sobre el Sr. Rubiales sus propios hechos. Se intentó responsabilizar a la víctima por los hechos cometidos por su agresor

“ [...] como sociedad, demostramos haber evolucionado lo suficiente como para ponernos en alerta ante el beso que da quien preside la federación española de fútbol a una de las jugadoras de la selección”

con una clara intención de evitar lo que ha sido inevitable.

Jennifer tuvo suerte porque, tras este suceso, y pese al gran debate que se suscitó entorno al carácter reprochable o no del beso; como sociedad, demostramos haber evolucionado lo suficiente como para ponernos en alerta ante el beso que da quien preside la federación española de fútbol a una de las jugadoras de la selección, que ya se anticipaba que no era querido. Pero Jennifer fue valiente, lo suficiente, para enfrentarse a sus superiores y denunciar lo sucedido.

No es sino gracias a lo que hemos avanzado como sociedad y a la valentía de una víctima, que a día de hoy contamos con una sentencia que aprecia, como no hubiera sucedido tiempo atrás, que el acto que todos y todas pudimos ver en directo es un atentado a la libertad sexual de la mujer; la sentencia n.º 3/2025, de 20 de enero del 2025 del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el denominado “caso Rubiales”.

Habrà pocas cosas que susciten tantos sentimientos, como lo hace un beso. ¿A quién, no le gustan los besos? Con un beso, puedes confiar, olvidar, volar, soñar, arder. Pero ello solo es así, si y solo

si el beso es querido. Cuando no es así, el efecto que produce en quien lo recibe es de todo menos placentero. Si algunos/as les resulta desagradable recibir besos en la mejilla de cualquier persona, aunque sean hechos con afecto; imagínense cómo puede ser recibir algo mucho más íntimo, como es un beso en la boca, cuando ni es esperado ni deseado.

Es por ello, que los tribunales han llegado a considerar también un beso en la boca dentro de las múltiples conductas que conforman y enriquecen, cuando es querido, la vida sexual. Ello es así, como ya ha declarado el Tribunal Supremo (así en la STS 165/2022), en atención a las circunstancias en que se da el beso; y, en este caso, el juez enjuiciador no ha atendido a la alegación meramente defensiva del acusado acerca de que se trataba de una forma de saludar ni de una forma de consolar a la futbolista por haber cometido un fallo durante el partido. El Sr. Rubiales no dio besos en la boca al resto de jugadoras en las mismas circunstancias que Jennifer, sino únicamente a ella; y desde luego, aunque no se diga expresamente en la sentencia, dar un beso en la boca no es una forma habitual ni aceptable de consolar a una persona.

El beso no era querido por la jugadora, ya no hay duda. El juez “a quo” ha considerado que había elementos suficientes para la condena. Partiendo de los criterios a los que acudimos para valorar el testimonio de la afirmada víctima, no apreció indicios de incredulidad subjetiva y sí corroboraciones periféricas a su relato, con grabaciones en las que Jennifer claramente manifestaba su rechazo al beso que recibió. Frente a esta prueba de cargo, la presentación de un informe pericial por la defensa del acusado en el que se afirmaba poder leer de los labios del Sr. Rubiales que le pedía un besito a Jennifer; lo relevante, dice el juez, y así lo comparto, es que no hay respuesta por parte de ella.

Jennifer no dijo estar de acuerdo con el beso que supuestamente le acababa de pedir y, pese a ello, el acusado la cogió por el cuello y le dio el beso en la boca. Por tanto, el Sr. Rubiales sabía perfectamente que el beso no era consentido.

Nos lo ha dicho el Tribunal Supremo (así en la Sentencia 544/2022, de la que es ponente nuestro apreciado compañero Javier Hernández), antes incluso de que se reformara el Código Penal con la Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que el consentimiento no se presume, ni siquiera en el ámbito de la pareja. Es más, ya el artículo 36 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 del 2011, establece que *“El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”*. El consentimiento debe expresarse (verbalmente o por actos); y, por ende, no puede presumirse.

Tampoco pueden valorarse, como nos exige el artículo 54 del Convenio de Estambul, el comportamiento de la víctima que carezca de relevancia para esclarecer los hechos. Y es en este contexto, en el que me parece especialmente acertada la valoración que el enjuiciador hizo en la sentencia de la “alegría” que se “imputa” a Jennifer después del beso. Esta alegría era porque, lógicamente, la agresión sexual no era de la suficiente envergadura como para anular la ilusión que tenía por el éxito deportivo que habían conseguido.

Sin embargo, debo decir que es difícil no apreciar el prevalecimiento de la superioridad por parte de quien era un superior claro (el Presidente de la RFEF) frente Jennifer (jugadora de la selección española de fútbol). El juzgador justifica que los hechos se producen en un contexto determinado, de euforia y celebración, lo que desdibuja-

ría la superioridad con la que podría operar el Sr. Rubiales; y podría ser así, pero no en el contexto en que se produjeron los hechos. Esto sucede después del partido de fútbol y aún en el estadio. Este es el contexto laboral de uno y de otra. No se trata de una fiesta ulterior, aunque ni ello puede servir para justificar conductas como esta. Entiendo el razonamiento que se sostiene en la sentencia; pero yo, personalmente, no lo comparto. Sinceramente, creo que es la proporción en la respuesta punitiva lo que ha dado lugar a dejar de aplicar el subtipo agravado.

Muchos y muchas de nosotros/as consideramos que la respuesta podía ser excesiva, en caso de aplicar el artículo 180 del Código Penal; pero es que era esta y no otra la que correspondía en las circunstancias en las que el acusado actuó. Decía Mackinnon que, para comprender el acoso sexual en el ámbito laboral, hay que fijar el foco no en la víctima, con concepciones del tipo “se acosa a quien se deja acosar”; sino en el autor, porque estamos ante una relación de poder desigual. No se trata de violencia sexual sino de violencia de poder y ello merece un reproche independiente del que corresponde por el menoscabo la libertad sexual.

La respuesta que se ha dado en la sentencia a estos hechos resulta un tanto benévola; y no es solo por la calificación del delito, sino por la pena y la indemnización definitivamente fijadas.

Se ha optado por imponer una pena de multa, en lugar de la pena de prisión, y lo comprendo en una persona sin condenas previas por hechos similares; pero, dentro de la extensión de la pena (entre 18 y 24 meses de multa), se impone la mínima (18 meses); cuando las circunstancias en que tuvieron lugar los hechos y los que le siguieron y que se declararon probados, quizás hubieran merecido una respuesta superior. De igual modo, la cuota diaria de

20 euros (entre 2 y 400 euros), tratándose de una persona con una capacidad económica muy alta, es discutible.

Por último, la responsabilidad civil consistente en una indemnización de 3.000 euros por los daños morales, no sé si es muy ajustada. La invasión en la sexualidad de la afirmada víctima, evidentemente, no es igual de elevada con un beso inconsciente que con otros actos de mayor contenido sexual; pero el hecho de haberlo hecho en un acto retransmitido en directo y visto alrededor del mundo por quien es un superior de ella, supone un mayor ataque a la intimidad sexual de la víctima. Todo ello sin obviar el debate que existe acerca de si deberíamos tener en cuenta, al tiempo de fijar la indemnización, las posibilidades económicas del acusado; y que ahora no voy a entrar en él.

Por último, no me satisface el argumento con el que juez descarta la concurrencia y la condena por el delito de coacciones, con alusiones constantes al hecho de que la afirmada víctima no expresó haber sufrido violencia o intimidación en los hechos relatados; porque creo que nos corresponde a nosotros valorar si concurren estos conceptos, netamente jurídicos, en los hechos que ella describe y que el juez declara pro-

“ [...] creo que nos corresponde a nosotros valorar si concurren estos conceptos, netamente jurídicos, en los hechos que ella describe y que el juez declara probado ”

bado. Los hechos, como ya anticipaba al inicio de este artículo, ejemplifican una presión orquestada para que la Sra. Hermoso exculpara al Sr. Rubiales; si bien aquellas conductas se valoraron aisladamente, por parte de la acusación y del juzgador; y, analizadas de este modo, no se aprecia la gravedad del conjunto.

En definitiva, avanzamos, compañeras y compañeros. Son pequeños los pasos, cuando se trata de avanzar en la defensa de los derechos de la mujer, pero son firmes, sin mirar atrás.

Accede a todas **nuestras publicaciones** a través de la web

Juezas y Jueces
para la Democracia

Asociación ▾ Actividades ▾ Actualidad ▾ Internacional ▾ Publicaciones Contacto

Por una justicia independiente,
accesible y comprometida con los
derechos fundamentales.

Conoce nuestro trabajo Últimos comunicados

¿Hasta cuándo?

Florentino Eguaras Mendiri

Magistrado de la sala Social del TSJ del País Vasco

0. Aproximación

Vamos a analizar una sentencia del Tribunal Supremo (TS) que es paradigmática de una incorrecta interpretación tanto de la realidad social como de los avances jurídicos alcanzados en materia de igualdad; se ha prescindido en ella del principio “el Derecho en la sociedad y la sociedad en el Derecho”, que es un criterio fundamental para la real remoción de la discriminación

por causa de sexo, que es exigible en el siglo XXI.

Os propongo a quienes me sigáis en este artículo el valorar si el TS no está incurriendo en su sentencia en una discriminación indirecta, y bajo la apariencia de la aplicación de un criterio neutro/jurídico/doctrinal, sin embargo, lo que realmente alcanza es una solución que perpetua la discriminación de la mujer.

Analizamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2024, recurso de unificación de doctrina 550/2021 ROJ: STS 4515/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4515.

1. Hechos

Una trabajadora que ostenta la categoría de gestora telefónica para una empresa que se encuentra incluida en el Convenio Colectivo de Contact Center, y adscrita al servicio adjudicado de Teleoperación de Entrada y Salida a clientes y potenciales de Telefónica en Jaén, solicita una reducción de jornada y nuevo horario por guarda de menor, instando pasar del turno de tarde al de mañana.

La empresa lo deniega alegando causas organizativas. Previa demanda de conciliación de vida familiar y tutela de derechos fundamentales el Juzgado desestima la pretensión, y en el recurso de suplicación el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid en sentencia de 17 de diciembre de 2020, recurso 388/2020, estima el recurso y concede la reducción y el horario, así como una indemnización por quiebra de derecho fundamental de 6251 euros.

La empresa cuenta con 414 trabajadores de los que 115 están destinados al contrato descrito de Telefónica en Jaén, de ellos 71 prestan sus servicios en turno de mañana y 41 en el de tarde.

2. Sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia

Indica la Sala de suplicación que la empresa no justifica su negativa a la conciliación de la vida familiar que se pide por la demandante, aludiendo en su denegación a causas genéricas que no acredita, y debe considerarse que este es un derecho de

ámbito constitucional. De aquí, el que se aprecie que la trabajadora tiene derecho a que su reducción de jornada se practique en el horario que postula, rechazándose la posibilidad de que los órganos judiciales sean competentes para determinar las formas de gestión interna de las familias.

Finalmente aborda el derecho a una indemnización por conculcación de un derecho fundamental, extremo al que se accede por entender que no justificando su negativa la empresa a la conciliación instada por la trabajadora, se presenta un panorama indiciario de violación de un derecho fundamental porque nada se ha probado sobre las causas que alegaba la empresa. Toda quiebra de un derecho fundamental, como en este caso es de la igualdad por causa de sexo, implica un perjuicio que provoca un daño en la persona, el que se cifra en una indemnización de 6251 euros por aplicación analógica de la LISOS, RDL 5/2000, y la tipificación de una falta muy grave en que se encuadra el actuar empresarial.

3. Sentencia comentada del TS

El TS después de apreciar la contradicción entre las sentencias que se le aportan para el recurso -se trata de la misma empresa, centro, y similar supuesto de trabajadora que pide una reducción de jornada y prestación de servicios en el turno de mañana-, aborda la única cuestión que plantea la empresa, que es la de si corresponde o no la indemnización declarada en la Sala del TSJ; en definitiva, si se ha conculcado un derecho fundamental.

La Sala de casación se remite a su anterior sentencia de 25 de mayo de 2023, recurso de unificación 1602/2020, en la que sobre iguales circunstancias empresariales -idénticos centros, prestación de servicios y petición de concreción horaria en la franja de mañana- se concluye que no hay un derecho automático de indem-

nización por la denegación empresarial del derecho a la conciliación de la vida familiar. Se argumenta que si la empresa deniega la pretensión de la trabajadora amparándose en una causa organizativa, entonces la materia se engarza con la legalidad ordinaria y no con el ámbito constitucional. Partiendo de ello, no son apreciables indicios de vulneración de un derecho fundamental en el caso, porque la empresa alega las dificultades que se le presentan si accede a lo pedido, y si esta oposición no es sostenible jurídicamente no por ello se ha presentado un indicio de discriminación. Se considera que lo que ha acontecido es una denegación empresarial neutra al derecho de la actora, porque la misma afecta tanto a varones como mujeres, pese a que la conciliación de la vida familiar es mayoritariamente una medida instada por las mujeres.

En conclusión, se deniega la tutela del derecho fundamental y una indemnización, revocándose en este extremo la sentencia recurrida.

4. Valoración crítica

Cuando se trata de la tutela de los derechos fundamentales los órganos judiciales deben ser especialmente cuidadosos. El criterio procesal que en la actualidad se aplica en materia de tutela de los derechos fundamentales es que si el trabajador presenta indicios de sospecha de que el comportamiento empresarial enmascara alguna quiebra de un derecho fundamental, es entonces el empresario el que debe de acreditar que su conducta es ajena a cualquier intencionalidad de vulnerar el derecho fundamental. Esta es la doctrina de la inversión de la carga probatoria, que en la actualidad recoge el artículo 96 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Dice este precepto: "...1. En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte

actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad..."

¿Qué es un indicio en estas situaciones? Este es el verdadero problema con el que nos enfrentamos en casos como el actual. La delimitación de qué constituye un indicio o un atisbo viene siendo una materia que no es en general correctamente interpretada. El riesgo en que se puede incurrir a la hora de delimitar el indicio consiste en confundir este con la prueba efectiva de que se ha conculcado el derecho fundamental. Si el trabajador prueba que la empresa ha querido vulnerar su derecho fundamental ya no hay que invertir la carga de la prueba; el hecho constitutivo en que se apoya la denuncia ya consta.

“ Si el trabajador prueba que la empresa ha querido vulnerar su derecho fundamental ya no hay que invertir la carga de la prueba; el hecho constitutivo en que se apoya la denuncia ya consta”

Si los tribunales lo que requieren del trabajador en estos casos es que pruebe que la empresa ha actuado para violentar su derecho fundamental le están exigiendo una prueba perversa. Salvo en supuestos

burdos y exagerados, acreditar que una persona jurídica en su aspecto volitivo pretende vulnerar un derecho fundamental es prácticamente imposible. Primero, porque los entes jurídicos carecen de una individualización subjetiva que permita apreciar una voluntad infractora de los derechos constitucionales; y, segundo, porque imponer al trabajador, con sus normalmente limitados recursos, el gravamen probatorio de que concurre una voluntad transgresora empresarial del derecho fundamental es la imposición de una carga probatoria diabólica.

La aplicación de la inversión de la carga probatoria en el entorno de los derechos fundamentales tiene una razón de ser. Y esta es la dificultad con la que el trabajador se encuentra para poder probar que una empresa encubre un ánimo defraudatorio de los mismos. Si al trabajador se le exige que pruebe que la empresa pretende conculcar su derecho fundamental, entonces no se está aplicando la teoría de la inversión de la carga probatoria, sino el criterio ordinario de onus probandi incumbit actori.

Para acreditar que la empresa ha conculcado un derecho fundamental, e invertir la carga probatoria en el proceso laboral de manera que la empresa acredite que su comportamiento es ajeno a una vulneración de un derecho fundamental, el criterio que debe aplicarse es el de la búsqueda y constatación de los elementos objetivos concurrentes y no de los subjetivos. No se va a poder acreditar, normalmente, ni es ello lo exigible, un ánimo empresarial vulnerador de los derechos fundamentales. Pero sí que se puede evidenciar en el proceso que el comportamiento empresarial de facto vulnera un derecho fundamental. Si esto es lo que sucede, que objetiva/realmente la empresa conculca un derecho fundamental, es a partir de aquí exigible a la empleadora que acredite que su comportamiento es ajeno a cualquier

vulneración de un derecho fundamental. Si esta es la carga probatoria que se impone a la empresa, entonces sí que estaremos aplicando correctamente la teoría de la inversión de la carga de la prueba.

La inversión de la carga de la prueba implicará que la empresa muestre que sus actuaciones no enmascaran una vulneración de un derecho fundamental. Habrá de comprobarse que la conducta empresarial supera un umbral de razonabilidad y proporcionalidad.

Para empezar, si el acto empresarial no está amparado por el derecho, -en nuestro caso si la negativa a acceder a la petición de la trabajadora de una determinada concreción del horario-, ya nos consta un indicio de que la empresa vulnera la normativa aplicable. Su proceder, y el coste de oportunidad que se ha asumido -la apuesta por una específica opción- han sido erróneos. Y lo son porque la actuación empresarial al ser sometida a la fiscalización del ordenamiento laboral ha resultado ser irregular, ajurídica. En los campos de otros subsistemas -económico o mercantil- la valoración del actuar empresarial puede ser otra, pero en el del derecho si el proceder no se avala por el órgano judicial quiere decir que ha sido incorrecto.

Y, ya en el campo de la lógica, si la empresa vulnera la legalidad ordinaria, de menor entidad que la del ámbito constitucional, ¿ello no es la apertura a un indicio de que puede existir una vulneración del derecho fundamental? Cuando la empresa deniega un derecho con alcance constitucional, ¿no es este el punto de partida para poder invertir la carga probatoria? Y si es así, ¿qué sentido tiene la doctrina que aplica el TS en la sentencia que comentamos?

Veamos: 1º. Según un reciente estudio llevado a cabo por CEINSA, en el que se analizan los datos proporcionados por más de 500 empresas, un 3,01% de los emplea-

“ un 3,01% de los empleados ha solicitado una reducción de jornada debido a guarda legal y de ellos el 83,52% son mujeres y el 16,48% son hombres. Según el Ministerio de Igualdad en 2023 fue el 86.91% el porcentaje de mujeres que se acogieron a este derecho”

dos ha solicitado una reducción de jornada debido a guarda legal y de ellos el 83,52% son mujeres y el 16,48% son hombres. Según el Ministerio de Igualdad en 2023 fue el 86.91% el porcentaje de mujeres que se acogieron a este derecho. Por tanto, la materia que se aborda por el TS en la sentencia que analizamos afecta mayoritariamente a las mujeres.

2º. Se entiende por discriminación indirecta aquella práctica o criterio que siendo aparentemente neutro puede ocasionar a las personas una desventaja particular con respecto a otras, sin justificación para su adopción.

Construyamos nuestro postulado: la empresa rechaza la concreción horaria de la jornada y su negativa es contraria a la normativa laboral; esta decisión afecta a un grupo mayoritario –mujeres–; y, no se ha justificado desde la perspectiva del derecho la actuación empresarial. ¿No existe un indicio suficiente para transmitir a la empresa la carga de la prueba? Nuestra respuesta es que sí, sí que ha habido un indicio de que la empresa ha conculcado el derecho fundamental. Y si el mismo concurre, entonces es la empresa la que deberá

probar que hay una objetividad razonable en su comportamiento.

Sigamos remarcando nuestra conclusión: si partimos del atisbo de la vulneración del derecho fundamental, procedemos a partir de ahora a exigirle a la empresa que pruebe que su conducta no encubre la conculcación del derecho fundamental; y para ello se le debe pedir una probanza efectiva y real de la razonabilidad jurídica de su proceder.

El TS no ha hecho nada de esto. Parte de un problema ficticio y ajeno a la realidad del supuesto. Se centra en si opera automáticamente el derecho a una indemnización por conculcación de un derecho fundamental una vez acreditada la falta de apoyo jurídico del proceder empresarial. Y para abordar este tema fija el TS un *prius* erróneo, y es el de que si la empresa alega una causa en la que apoya su actuación, ya con ello ha cumplido su carga procesal y ha desvirtuado cualquier indicio de una posible quiebra del derecho fundamental. La sentencia es simplemente aseverativa/tautológica, y expresa, realmente, que la negativa de la empresa con una causa sea cual sea, aunque no se pruebe, ya es suficiente para entender que hay una justificación del rechazo empresarial a la petición de la trabajadora, que excluye la existencia de un indicio de vulneración del derecho fundamental. No somete a enjuiciamiento el comportamiento empresarial.

En definitiva, aunque nuestra trabajadora ha presentado un indicio, –denegación de un derecho fundamental sin justificación–, del mismo se ha prescindido y lo que se le está exigiendo a la trabajadora es que aporte una prueba directa de que la empresa tiene “voluntad” de violentar su derecho a la igualdad. Y ello supone soslayar los supuestos de discriminación indirecta por prácticas aparentemente neutras. El TS omite el análisis de la con-

ducta empresarial y la posible vulneración del derecho fundamental alegado, prescindiendo de la acreditación que se ha aportado de un indicio real de conculcación del mismo. Se ha justificado el proceder empresarial con la simple alegación que se ha realizado de una causa, aunque la misma sea injustificada y carente de prueba. El plano constitucional se ha devaluado.

5. Epílogo: “quousque tandem abutere ... patientia nostra?”

Esta conocida de frase de Cicerón - ¿hasta cuándo...abusarás de nuestra paciencia? - es la que probablemente quisieran gritar ante la puerta del TS las trabajadoras de la empresa afectada en nuestro comentario.

De la sentencia que analizamos deducimos hasta **CUATRO** comportamientos ilegales de la misma empresa, y todos ellos denegatorios de la concreción horaria pedida por sus trabajadoras en similares circunstancias. Todas las veces la empresarial ha rechazado el derecho constitucional a la conciliación familiar con argumentos organizativos que no se justifican. Todas las demandas presentadas han sido estimadas y se ha declarado el derecho de las trabajadoras a la concreción horaria que pedían. En ninguno de los procesos ha estimado el TS que proceda una indemnización por tutela de derecho fundamental.

¿Qué otro indicio más se puede presentar por las trabajadoras para invertir la carga probatoria y que sea la empresa la que muestre la razonabilidad de su medida?

A parte de que el efecto disuasorio que se debe adoptar ante comportamientos contrarios al derecho no parece que se haya tenido en cuenta, sorprende que por el TS se sigan repitiendo los argumentos denegatorios sin tener en cuenta la insistencia

empresarial en denegar la efectividad de un derecho de ámbito constitucional.

Cree, quien suscribe este análisis, que estamos muy lejos de haber entendido: qué son los derechos fundamentales en el campo del derecho del trabajo; cómo se analizan y se aplican las normas procesales sobre ellos; y, cuál es su real y verdadero alcance. Probablemente nuestra breve tradición democrática no nos deja interiorizar que la primera instancia de aplicación de la Constitución está en los órganos judiciales, y no solo en el Tribunal Constitucional.

Discriminación hacia las personas con VIH

Desafíos y soluciones en el acceso a la justicia

Cristina Meré Bermejo

Jueza y coordinadora de la Comisión de Igualdad

El pasado 1 de diciembre se conmemoró el Día Internacional de la Lucha contra el VIH/Sida. Con este motivo, en JJpD, desde la Comisión de Igualdad, organizamos una webinar en el que participó Dña. Paulina Ramírez Carvajal, doctora e investigadora en Derechos Humanos y profesora en la Universidad de Alcalá, donde colabora además en un programa de asesoramiento jurídico a personas con VIH.

La sesión abordó la problemática del estigma y la discriminación que enfrentan las personas que viven con VIH, analizando los estereotipos y prejuicios que aún persisten.

Los estereotipos son creencias simplificadas sobre grupos sociales; los prejuicios, actitudes negativas basadas en esos estereotipos. Cuando dichas actitudes se traducen en acciones, aparece

la discriminación, que vulnera derechos humanos y afecta profundamente la calidad de vida.

Como base para combatir la discriminación, la ponente destacó la importancia de la concienciación, la información y la sensibilización. En la webinar desmontamos mitos muy extendidos, como que el VIH sea una enfermedad infectocontagiosa de transmisión sencilla, y explicamos la fórmula I = I (Indetectable = Intransmisible).

Se puso de relieve que el VIH continúa asociado a ideas erróneas —muerte, promiscuidad o conductas “desviadas”— que generan rechazo social y exclusión en ámbitos laborales, educativos, sociales, sanitarios e incluso en el acceso a la justicia.

Aunque hoy es posible vivir con el virus y seguir un tratamiento eficaz, las personas con VIH pueden experimentar envejecimiento prematuro y

ciertas dolencias asociadas, aspectos que deben ser tenidos en cuenta. Tratar en igualdad implica reconocer sus circunstancias específicas y evitar exclusiones basadas en prejuicios infundados.

La protección de derechos no se limita al acceso al tratamiento médico, sino que incluye la eliminación de obstáculos para el ejercicio pleno de los derechos civiles, políticos y sociales. Se subrayó también la importancia de que las asociaciones cuenten con legitimación activa para iniciar acciones judiciales en nombre y con autorización de la persona afectada, ya que el estigma continúa siendo una de las principales barreras para acceder a la justicia.



Delitos contra la libertad sexual

La humanización de la víctima



WEBINAR
Delitos contra la libertad sexual:
la humanización de la víctima

Comisión de Igualdad y Penal
Juezas y Jueces
para la Democracia

26 noviembre
2025
17.00 - 19.00h
 Zoom

Presenta
Cristina Meré Bermejo
Jueza y coordinadora de la Comisión de Igualdad

Moderan
Margarita Rodríguez Moreiras
Jueza y coordinadora de la Comisión de Penal
Juan Aguirre García
Juez y coordinador de la Comisión de Igualdad

Intervienen
Adolfo García Morales
Presidente de la Audiencia Provincial de Girona
Montserrat Comas D'Argemir
Magistrada Audiencia Provincial de Barcelona (jubilada)

