

VÍCTOR CUESTA LÓPEZ  
DULCE M. SANTANA VEGA

Directores

# Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual

Prólogo

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR



UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA  
Servicio de Publicaciones y Difusión Científica



THOMSON REUTERS  
ARANZADI

# Índice general

	<u>Página</u>
<b>PRÓLOGO</b> . . . . .	21
JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR	
<b>PRESENTACIÓN</b> . . . . .	37
VÍCTOR CUESTA LÓPEZ	
DULCE M. SANTANA VEGA	

## Parte I

### Introducción: las diversas acepciones del principio de igualdad y no discriminación

#### 1.

<b>DIFERENCIA, IGUALDAD, DEMOCRACIA: MODELOS DE RELACIÓN.</b> . . . . .	43
FRANCO BONSIGNORI	

#### 2.

<b>CONTRA EL PARADIGMA ANTIDISCRIMINATORIO: HACÍA UNA NUEVA DECLINACIÓN DEL CONCEPTO DE IGUALDAD</b> . . . . .	49
LUCA GIACOMELLI	

	<u>Página</u>
I. El principio de igualdad como concepto vacío. . . . .	49
II. El límite/la paradoja de la acepción antidiscriminatoria del principio de igualdad . . . . .	52
III. Algunas <i>advertencias</i> sobre los instrumentos antidiscriminatorios: los efectos colaterales de las acciones positivas . . . . .	59
IV. Breves observaciones finales . . . . .	62
V. Bibliografía . . . . .	63

3.

<b>LA DETERMINACIÓN DE LOS GRUPOS PROTEGIDOS POR LA EQUAL PROTECTION CLAUSE. . . . .</b>	<b>67</b>
--	-----------

KARIN CASTRO CRUZATT

I. Introducción . . . . .	67
II. La inmutabilidad como condición para el estatus de grupo sospechoso . . . . .	70
III. Historia de discriminación . . . . .	75
IV. El desapoderamiento político . . . . .	77
V. Conclusión final . . . . .	84
VI. Bibliografía . . . . .	84

Parte II

Género e igualdad en el Estado social y democrático de Derecho

4.

<b>EL RETO DE LA DEMOCRACIA PARITARIA . . . . .</b>	<b>89</b>
---	-----------

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

	<u>Página</u>
<b>I. Introducción: la alargada sombra del patriarcado.</b> . . . . .	89
<b>II. La democracia paritaria <i>en serio</i></b> . . . . .	94
<b>III. Los presupuestos de la democracia paritaria.</b> . . . . .	96
<i>III.1. Las mujeres como “mitad” subordinada</i> . . . . .	96
<i>III.2. Un pacto de personas sustentadoras/cuidadoras en igualdad</i> . . . . .	98
<i>III.3. El papel de los hombres en la lucha por la igualdad</i> . . . . .	100
<i>III.4. La transformación del espacio público</i> . . . . .	103
<b>IV. Bibliografía</b> . . . . .	107
<b>5.</b>	
<b>IGUALDAD DE GÉNERO Y LISTAS ELECTORALES EN EL ESTADO SOCIAL EUROPEO</b> . . . . .	109
VICENTE J. NAVARRO MARCHANTE	
<b>I. Aproximación al principio de discriminación positiva por razón de sexo en derecho comparado</b> . . . . .	109
<b>II. Breve referencia a las fórmulas de fomento de la paridad</b> . . . . .	113
<b>III. Análisis de las resoluciones de los Tribunales de Justicia Constitucional europea</b> . . . . .	120
<b>IV. Valoración de los resultados de la imposición de cuotas en las elecciones en España (de 2007 a 2014).</b> . . . . .	129
<i>IV.1. Elecciones Locales 2007 y 2011</i> . . . . .	129
<i>IV.2. Elecciones a Cortes Generales 2008 y 2011.</i> . . . . .	130
<i>IV.3. Elecciones al Parlamento Europeo 2009 y 2014</i> . . . . .	131
<b>V. Conclusiones</b> . . . . .	132
<b>VI. Bibliografía</b> . . . . .	133

6.

<b>CONSIDERACIONES SOBRE LA IGUALDAD DE GÉNERO, LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL BURQA . . . . .</b>	<b>137</b>
JUAN RAMÓN RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ	

<b>I. Introducción . . . . .</b>	<b>137</b>
<b>II. El derecho europeo de las religiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos(TEDH ) y la problemática de las limitaciones restrictivas del ejercicio de la libertad religiosa: la ocultación parcial e integral de la mujer . . . . .</b>	<b>139</b>
<b>III. La libertad religiosa y una potencial e hipotética prohibición de la ocultación integral del rostro en el espacio público con especial referencia al caso de Francia . . . . .</b>	<b>145</b>
<b>IV. Algunas reflexiones sobre el burqa y el niqab ante la igualdad efectiva entre hombres y mujeres . . . . .</b>	<b>149</b>
<b>V. Bibliografía.. . . . .</b>	<b>154</b>

7.

<b>PRINCIPIO DE IGUALDAD Y VIOLENCIA DE GÉNERO . . .</b>	<b>157</b>
ISABEL HERNÁNDEZ GÓMEZ	

<b>I. Igualdad y no discriminación. Algunas puntualizaciones . . .</b>	<b>157</b>
I.1. <i>Principio de Igualdad y Discriminación por razón de Género .</i>	157
I.2. <i>La Violencia de Género y la Violencia Doméstica o en el Ámbito Familiar . . . . .</i>	166
<b>II. Instrumentos internacionales de protección de la discriminación por razón de género. . . . .</b>	<b>170</b>
II.1. <i>La regulación de la violencia de género en los Textos de las Naciones Unidas . . . . .</i>	170
II.2. <i>La regulación de la Violencia de Género en la Unión Europea . .</i>	177
<b>III. La regulación de la violencia de género en España . . . . .</b>	<b>182</b>

	Página
<i>III.1. Aspectos sustantivos</i> . . . . .	182
<i>III.2. Aspectos procesales</i> . . . . .	189
<b>IV. Conclusiones</b> . . . . .	195
<b>V. Bibliografía</b> . . . . .	198

Parte III

Género e igualdad en el ámbito profesional

8.

<b>LA IGUALDAD DE GÉNERO Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN FAMILIAR Y PROFESIONAL: UN ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL</b> . . . .	209
VÍCTOR CUESTA LÓPEZ	

<b>I. Introducción. La feminización de los derechos de conciliación familiar y profesional: ¿un avance hacia la igualdad efectiva?</b>	209
<b>II. El ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y profesional por parte de la mujer y su proyección en el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de género</b> . . . . .	213
<b>III. El ejercicio de los derechos de conciliación familiar y profesional por parte del varón: fundamentos constitucionales</b>	218
<b>IV. Conclusiones</b> . . . . .	224
<b>V. Bibliografía</b> . . . . .	225

9.

<b>SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO PARA ATENDER RESPONSABILIDADES DE CONCILIACIÓN FAMILIAR CON EL OBJETIVO DE MANTENER EL EMPLEO.</b> . . . . .	227
SARAI RODRÍGUEZ GONZÁLEZ	

	<u>Página</u>
I. Rasgos esenciales de la nueva perspectiva de la conciliación en la Unión Europea. Especial referencia al derecho a la presencia . . . . .	227
II. La técnica de la suspensión del contrato para conservar el “empleo” ante responsabilidades familiares. . . . .	231
III. La maternidad y la paternidad. Deficiencias aún presentes en la regulación jurídica española a la luz de la UE. . . . .	233
IV. Bibliografía . . . . .	243
10.	
<b>LAS CUOTAS OBLIGATORIAS DE PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS GRANDES EMPRESAS . . . . .</b>	<b>247</b>
TOMÁS BASTARRECHE BENGOA	
I. Antecedentes . . . . .	247
II. Contexto en el que se inscribe la elaboración y tramitación de la iniciativa europea sobre cuotas de participación de las mujeres en empresas europeas. . . . .	248
III. Cuestiones ligadas a la tramitación de la propuesta de directiva ante la Comisión Mixta Congreso-Senado para la UE, en ejecución del trámite sobre control de subsidiariedad y de proporcionalidad de las iniciativas legislativas de la UE ante los parlamentos nacionales. . . . .	252
IV. Alcance de los contenidos de la Directiva en su actual estado de tramitación ante el Parlamento Europeo . . . . .	256
V. Breve referencia al ámbito normativo en nuestro país y a los fundamentos constitucionales que avalarían la adopción de decisiones relativas al establecimiento de cuotas de representación femenina en los Consejos de Administración de las grandes empresas españolas . . . . .	259
VI. Comentarios finales . . . . .	261

	Página
<b>VII. Bibliografía . . . . .</b>	262
<b>11.</b>	
<b>LOS PLANES DE IGUALDAD COMO ¿NUEVA? TÉCNICA PARA LA CONSECUCCIÓN DE IGUALDAD EN LAS EMPRESAS . . . . .</b>	263
CARMEN GRAU PINEDA	
<b>I. Algunas consideraciones generales sobre el diálogo social como elemento central en la estrategia por la igualdad real en las empresas en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres y su confianza en la negociación colectiva . . . . .</b>	263
<b>II. Sobre la decidida apuesta legal por los planes de igualdad como nueva técnica para lograr la igualdad efectiva entre las trabajadoras y los trabajadores en el seno de las empresas . . . . .</b>	268
<i>II.1. ¿Qué empresas tienen/pueden negociar PI?: Sobre los supuestos legales, obligatorios y potestativos de negociar un PI . . . . .</i>	268
<i>II.2. La elaboración del PI: ¿de qué forma? . . . . .</i>	274
<i>II.3. El contenido del PI: ¿con qué contenido? . . . . .</i>	279
<b>III. Algunas conclusiones finales. . . . .</b>	281
<b>IV. Bibliografía . . . . .</b>	283

Parte IV

Orientación e identidad sexual: los nuevos retos del Estado de Derecho

<b>12.</b>	
<b>LA HOMOSEXUALIDAD COMO ELEMENTO DE DISCRIMINACIÓN: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y JURISPRUDENCIA DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES Y DE LAS CORTES EUROPEAS. . . . .</b>	287
ROBERTO ROMBOLI	



	<u>Página</u>
I. <b>Introducción</b> . . . . .	287
II. <b>La noción de homosexualidad: carácter natural o voluntario. La influencia del medio y el papel del derecho</b> . . . . .	288
III. <b>Homosexualidad y principios constitucionales: el nivel nacional, el nivel europeo y la jurisprudencia de Estrasburgo y de Luxemburgo; el nivel local y la posición de la Iglesia Católica</b> . . . . .	290
IV. <b>El matrimonio homosexual: los resultados de una interpretación sistemática de la Constitución. Las soluciones del “derecho político”</b> . . . . .	294
V. <i>Sigue.</i> <b>Las soluciones del “derecho jurisprudencial”: las decisiones de los jueces constitucionales y de los tribunales ordinarios.</b> . . . . .	296
VI. <b>El derecho de la pareja homosexual a la vida familiar. La lógica de los “derechos de los homosexuales” y la lógica de la “igualdad en la diversidad”</b> . . . . .	301

13.

<b>EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO</b> . . . . .	305
--	-----

JOSÉ DÍAZ LAFUENTE

I. <b>Introducción. La sexualidad y el género en el inseparable binomio democracia-igualdad</b> . . . . .	305
II. <b>La igualdad formal y el derecho fundamental a no ser discriminado por motivos de orientación sexual e identidad de género</b> . . . . .	307
III. <b>La igualdad material frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.</b> . . . . .	315
IV. <b>Observaciones finales. El libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas como fundamentos del derecho a</b>	

	<u>Página</u>
la igualdad y la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género . . . . .	317
V. Bibliografía . . . . .	319
<b>14.</b>	
<b>HOMOFOBIA Y DISCURSO DEL ODIOS DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.</b> . . . . .	<b>321</b>
ANA VALERO HEREDIA	
I. Homofobia: una aversión con consecuencias inasumibles desde la perspectiva de los Derechos Humanos . . . . .	321
II. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia aun en los casos en que su ejercicio pretenda combatirla . . . . .	324
III. Cuando la “palabra” se convierte en incitación a los “actos” y estos actos son violentos . . . . .	326
IV. Cuando las palabras son “homóforas” y, por tanto, “odiosas” pero no incitan al odio . . . . .	331
V. Bibliografía . . . . .	334
<b>15.</b>	
<b>EL DEBATE PENAL EN ITALIA EN MATERIA DE HOMOFOBIA</b> . . . . .	<b>335</b>
LUIGI FOFFANI	
VÍCTOR MANUEL MACÍAS CARO	
I. Homosexualidad, homofobia y Derecho penal en Italia . . . . .	335
II. Derecho vigente: la conocida como “Ley Mancino” . . . . .	337
III. La propuesta Scalfarotto (2013) y las enmiendas a la misma . . . . .	340
IV. Análisis de algunas cuestiones concretas . . . . .	343

	<u>Página</u>
IV.1. <i>Incitación, instigación y propaganda</i> . . . . .	343
IV.2. <i>Los “motivos [...] basados en la homofobia o la transfobia”</i> . .	344
IV.3. <i>La causas de exclusión del tipo del apartado 3 bis.</i> . . . . .	346
<b>V. Bibliografía</b> . . . . .	<b>349</b>

16.

<b>INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN DE DELITOS DE ODIO Y DISCRIMINACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE HOMOFOBIA Y LA TRANSFOBIA</b> . . . . .	<b>351</b>
--	------------

MIGUEL ÁNGEL AGUILAR GARCÍA

<b>I. Introducción: el marco de actuación.</b> . . . . .	<b>351</b>
<b>II. Investigación y persecución especializadas en España contra los delitos de odio y discriminación</b> . . . . .	<b>357</b>
<b>III. Principales problemas en la lucha contra la homofobia y la transfobia</b> . . . . .	<b>360</b>
III.1. <i>Desconocimiento del número de hechos.</i> . . . . .	360
III.2. <i>Tendencia a minimizar los hechos</i> . . . . .	366
III.3. <i>Víctimas.</i> . . . . .	370
III.4. <i>Investigaciones policiales y judiciales insuficientes. Necesidad acreditación de la motivación del delito.</i> . . . . .	372
III.5. <i>Necesidad de incrementar la formación en principio de igualdad y no discriminación de jueces, fiscales, secretarios judiciales, forenses, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y personal de seguridad privada</i> . . . . .	377
III.6. <i>Actos públicos convocados para propagar la doctrina del odio y respuesta institucional</i> . . . . .	378
III.7. <i>Un breve apunte sobre la difusión de la doctrina del odio y los derechos constitucionales de libertad de expresión, ideológica o de conciencia de los arts. 16 y 20 CE</i> . . . . .	379
<b>IV. Bibliografía</b> . . . . .	<b>382</b>

17.

<b>EL TRATAMIENTO PENAL DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN O IDENTIDAD SEXUALES. . . .</b>	<b>383</b>
---	------------

DULCE M. SANTANA VEGA

<b>I. Consideraciones generales previas . . . . .</b>	<b>383</b>
<b>II. Los motivos de discriminación por razón de orientación e identidad del sujeto pasivo en el Código Penal . . . . .</b>	<b>386</b>
<i>II.1. La naturaleza de los motivos discriminatorios y su controvertida conceptualización. . . . .</i>	<i>388</i>
<i>II.2. El ámbito de aplicación de la agravante de motivos discriminatorios y la inherencia de los motivos . . . . .</i>	<i>392</i>
<b>III. Los motivos discriminatorios por razón de la orientación e identidad sexual como elementos especificadores de delitos . .</b>	<b>399</b>
<b>IV. La no discriminación por orientación o identidad sexual en el Derecho penal de Familia. . . . .</b>	<b>402</b>
<i>IV.1. La circunstancia mixta de parentesco y las parejas homosexuales o integradas por transexuales. . . . .</i>	<i>403</i>
<i>IV.2. Violencia de género y doméstica en parejas homosexuales o integradas por transexuales. . . . .</i>	<i>405</i>
<i>IV.3. La aplicación de la normativa penal sobre violencia de género y doméstica a parejas homosexuales o con transexuales en la Jurisprudencia . . . . .</i>	<i>410</i>
<b>V. Conclusiones . . . . .</b>	<b>412</b>
<b>VI. Bibliografía . . . . .</b>	<b>416</b>

18.

<b>ORIENTACIÓN SEXUAL Y DERECHO PENAL: LA CUESTIÓN EN EL DERECHO SERBIO Y MONTENEGRINO* . . . . .</b>	<b>421</b>
---	------------

ZORAN STOJANOVIĆ

	<u>Página</u>
<b>I. Criminalización y descriminalización del comportamiento homosexual . . . . .</b>	<b>421</b>
<b>II. Discriminación por la orientación sexual y el papel del Derecho penal . . . . .</b>	<b>427</b>
<b>III. Conclusiones . . . . .</b>	<b>435</b>
<b>IV. Bibliografía.. . . . .</b>	<b>436</b>