

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DISCRIMINACIÓN

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



AGERS - Asociación Española De Gerencia de Riesgos y Seguros
C/Príncipe de Vergara 86, 28006 Madrid

Fecha de publicación: 10 de julio de 2023

Edición: Asociación Española De Gerencia de Riesgos y Seguros

COPYRIGHT: Propiedad de la Asociación Española de Gerencia de Riesgos y Seguros © 2023 AGERS, España. Todos los derechos reservados. Los contenidos de este trabajo (textos, imágenes, gráficos, elementos de diseño, etc.), están protegidos por derechos de autor y por las leyes de proyección de la propiedad intelectual. Su reproducción o divulgación precisa la aprobación previa por escrito de AGERS y sólo puede efectuarse citando la fuente y la fecha correspondientes.

ÍNDICE

1. Responsabilidad civil por omisión del cumplimiento de los deberes de igualdad de trato y no discriminación.	5
2. Principios, objetivos, medios para evitar las prácticas discriminatorias	7
3. Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.	8
4. Ámbito objetivo de aplicación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y excepciones legales.	10
5. Medidas de protección y reparación frente a la discriminación: gestión de riesgos de no discriminación.	13
6. Atribución de responsabilidad y reparación del daño.	13
6.1. Responsabilidad civil por prácticas discriminatorias.	13
6.2 Responsabilidad penal y civil ex delicto por delitos de discriminación.	16
7. Legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación.	21
8. Carga de la prueba para acreditar si existió o no discriminación. Modificación del art. 217 LEC por Ley 15/2022.	23
9. Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la administración de justicia.	23
10. Igualdad de trato y no discriminación en la contratación de seguros.	26

Resumen

El presente artículo tiene por objeto el análisis del régimen jurídico de la responsabilidad civil por omisión del cumplimiento de los deberes de igualdad de trato y no discriminación, incluidos los delitos de odio, los principios del derecho antidiscriminatorio, sus objetivos y las medidas de protección necesarias para evitar las prácticas discriminatorias.

También se aborda la legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, la carga de la prueba para acreditar si existió o no discriminación tras la modificación del art. 217 LEC por Ley 15/2022, el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la administración de justicia y la igualdad de trato y no discriminación en la contratación de seguros. Derecho al olvido oncológico.

Palabras clave

Responsabilidad civil, derecho antidiscriminatorio, igualdad de trato, discriminación, requisitos, legitimación, carga de la prueba, administración de justicia, gestión de riesgos, aseguramiento sin discriminación. Derecho al olvido oncológico.

Abstract

This article aims to analyze the legal regime of civil liability for failure to comply with the duties of equal treatment and non-discrimination, including hate crimes, the anti-discrimination law principles, its objectives and the necessary protective measures to avoid discriminatory practices. Right to be forgotten oncology.

It also addresses the legitimacy of the defense of the right to equal treatment and non-discrimination, and the burden of proof to establish whether discrimination occurred after the modification of art. 217 LEC by Law 15/2022, the right to equal treatment and non-discrimination in the administration of justice and equal treatment and non-discrimination in insurance contracting.

Keywords

Civil liability, anti-discrimination law, equal treatment, discrimination, requirements, legitimation, burden of proof, administration of justice, risk management, insurance without discrimination. Right to be forgotten oncology.

1. Responsabilidad civil por omisión del cumplimiento de los deberes de igualdad de trato y no discriminación.

La igualdad de trato y no discriminación es un principio ético de extraordinaria importancia para la alcanzar la convivencia social en paz. Este principio ético se sustenta en valores personales y sociales que han pasado de ser una declaración de intenciones incluida en los códigos éticos de las organizaciones, a configurar un marco legal vinculante de garantías para las personas que no pueden disfrutar de sus derechos humanos y de otros derechos legales en condiciones de igualdad con otras personas, debido a una distinción injustificada que se establece en la política, la ley o el trato aplicados. La cuestión no es tanto el reconocimiento del problema de la discriminación en el plano teórico, como en la protección real y efectiva de las víctimas de la discriminación, que debe partir del reconocimiento y visualización de la existencia de sesgos cognitivos que impiden detectar situaciones discriminatorias y prácticas humillantes.

El bien jurídico protegido del derecho antidiscriminatorio español es la dignidad de las personas y colectivos de personas, a los que, por su especial vulnerabilidad, el marco legal otorga una protección específica.

La igualdad de trato se basa en valores de responsabilidad ética y vínculos de solidaridad, reconociendo la equidad como bien socialmente útil con la finalidad de establecer un círculo virtuoso que favorezca el respeto recíproco de los grupos de interés implicados.

La materialización del régimen jurídico de los deberes de igualdad de trato y no discriminación se ha plasmado en la **Ley 15/2022, de 12 de julio**, integral para la igualdad de trato y la no discriminación,¹ que tiene por objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los **artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución de 1978**, que proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación, citando como motivos especialmente rechazables el nacimiento, la raza, el sexo, la religión u opinión, y prohibiendo la discriminación por cualquier otra circunstancia personal o social.

El principio rector de la igualdad de trato y no discriminación se sustenta en la **Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 2**: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.” Este principio fue recogido -como indicamos- en la

¹ La Ley 15/2022 modifica las siguientes normas:

— Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico: se añade un segundo párrafo al apartado 4 del artículo 11.

— Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: se modifica el artículo 11 bis, se introduce un nuevo artículo 15 ter y se modifican los artículos 217.5 y 222.3.

— Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: se modifican los artículos 19.1 i) y 60.7.

— Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: se añade un nuevo apartado 3 bisen el artículo 77.

— Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: se añade un nuevo párrafo al artículo 18.3 y un apartado dos bisen el artículo 20.

— Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: se añade un nuevo párrafo segundo en el apartado 2 del artículo 32.

— Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: se modifica la letra b) del artículo 52 y se añade un apartado 3 al artículo 46.

— Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: se modifican el artículo 22, excepción 4.ª, y los puntos 1 y 2 del artículo 510.

Constitución Española, artículo 14: “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”, de forma concurrente con **la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE**: art. 21 (prohibición de toda discriminación), artículo 22, artículo 23 (igualdad entre hombres y mujeres), artículo 26 (derecho a la integración de las personas con discapacidad), el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 19) y la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

La Unión Europea impulsó el principio de no discriminación con varias Directivas como la 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, o la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

La Ley española regula los derechos y obligaciones de las personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, estableciendo los principios de actuación de los poderes públicos, así como las medidas destinadas a prevenir, eliminar, y corregir toda forma de discriminación, directa o indirecta, en los sectores público y privado. Sus principios inspiradores son la prevención, atención y eliminación de todas las formas de discriminación, el impulso de la aplicación transversal de la igualdad de trato en la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas, la coordinación entre las diferentes administraciones públicas y la colaboración entre las mismas, los agentes sociales y la sociedad civil organizada, todo ello con la finalidad de favorecer la corresponsabilidad social ante la discriminación.

Hemos de advertir que España ya había regulado antes de la aprobación de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación algunos aspectos con análogos objetivos, pero de forma puntual para determinados colectivos. Así por ejemplo -en materia de Violencia de Género-, mediante 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 y el Pacto de Estado contra la Violencia de Género en diciembre de 2017. También destaca de cara a garantizar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna en atención a esta causa, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, y la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por España, junto con su Protocolo Facultativo, en noviembre de 2007 y en vigor en el Estado español desde el 3 de mayo de 2008.²

² Igualmente, la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, supusieron grandes avances normativos en la consecución de la igualdad legal y la eliminación de ciertas parcelas de discriminación por razón de la orientación o identidad sexual. V. también el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. El Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Y el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

2. Principios, objetivos, medios para evitar las prácticas discriminatorias

El marco legal configurado por la Ley 15/2022, de 12 de julio, se basa en una nueva gobernanza perfeccionada inspirada en **principios** transversales de detección, prevención, atención y eliminación de todas las formas de discriminación para favorecer la corresponsabilidad social ante la discriminación.

El **objetivo** del derecho antidiscriminatorio es garantizar la tutela del derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Se busca visibilizar los problemas discriminatorios tanto desde el punto de vista de la prevención para la erradicación de cualquier forma de discriminación, como la protección a las víctimas de las prácticas de segregación. En suma, se persigue combinar el enfoque preventivo con el enfoque reparador frente a los hábitos discriminatorios.

El **derecho a la igualdad de trato y no discriminación implica** que toda persona tiene derecho a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su **nacionalidad**, de **si son menores o mayores de edad** o de si disfrutan o no de **residencia legal**. Nadie podrá ser discriminado por razón de **nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social**.³

Los **medios** para alcanzar las garantías de no discriminación se basan en la necesidad de implementar en el seno de las organizaciones la gestión de riesgos de igualdad de trato y no discriminación, que permita identificar, analizar y evaluar estas situaciones, con la finalidad de cesar y eliminar su práctica.

Las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de la Ley 15/2022 podrán ser declarados **nulos de pleno derecho**, lo que implica la carencia de valor jurídico del acto para producir los efectos propios del mismo y, lo que es lo mismo, los efectos de la discriminación operan ipso iure, siendo apreciables de oficio y teniendo carácter insubsanable para proteger el interés general y particular de las personas y colectivos afectados en cada caso. La posibilidad de la declaración de nulidad de pleno concuerda con la nueva regulación del derecho al olvido oncológico regulada Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, que sanciona con la nulidad de aquellas cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que excluyan a una de las partes por haber padecido cáncer antes de la fecha de suscripción del contrato o negocio jurídico, una vez que hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior. Al efecto, de forma previa a la suscripción de un contrato de consumo, independientemente del sector, no se podrá solicitar a la persona consumidora información oncológica una vez que hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior. Asimismo, será nula la renuncia a lo estipulado en esta disposición por la parte que haya padecido cáncer en los casos anteriores.⁴

³ Apartado primero del artículo 2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio.

⁴ Modificación -introducida por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio- del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias) Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que modifica la disposición adicional única del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre

Con independencia de la nulidad de los actos de discriminación, la responsabilidad civil por omisión del cumplimiento de los deberes de igualdad de trato y no discriminación se configura como la obligación legal que tiene una persona física o jurídica que incurra en prácticas discriminatorias, de reparar los daños y perjuicios de todo tipo que dicha actividad cause en las personas que sufran las consecuencias de dichas prácticas

Las medidas para el reconocimiento y visualización de situaciones que impliquen déficit en esta materia pasan por el reconocimiento de los **derechos a la información y al asesoramiento** de las personas víctimas de discriminación. Así:

1. Todas las personas víctimas de discriminación, con independencia de su origen, religión, edad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, independientemente de su situación administrativa en el Estado español, tienen garantizados los derechos reconocidos en la ley.
2. Las personas víctimas de discriminación tienen derecho a recibir información completa y comprensible, así como asesoramiento relativo a su situación personal adaptado a su contexto, necesidades y capacidades, a través de los servicios, organismos u oficinas que puedan disponer las administraciones públicas.
3. Se garantizará, a través de los medios necesarios, que todas las personas víctimas de discriminación, especialmente aquellas con discapacidad, tengan acceso integral a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes. Esta información deberá ofrecerse en formato accesible y comprensible a las personas con discapacidad, tales como lectura fácil, Braille, lengua de signos, tanto la española como la catalana, y otras modalidades u opciones de comunicación, incluidos los sistemas alternativos y aumentativos.
4. Las personas víctimas de discriminación tienen derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia.
5. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir toda la información necesaria en un lenguaje claro y comprensible, en un idioma que puedan entender y mediante formatos accesibles en términos sensoriales y cognitivos y adaptados a las circunstancias personales de sus destinatarios, garantizándose su acceso universal. Cuando se trate de territorios con lenguas cooficiales el niño, niña o adolescente podrá recibir dicha información en la lengua cooficial que elija. Además, se debe garantizar la prevención y prohibición de cualquier revictimización.⁵

3. Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.

La Ley 15/2022 crea un órgano de control y supervisión del derecho antidiscriminatorio denominado **Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación**. Se trata de una entidad de derecho público, de las previstas en el artículo 109 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa para el cumplimiento de sus fines con plena independencia y autonomía funcional respecto de las administraciones públicas. Dicha autoridad es independiente y su finalidad es proteger y promover la igualdad de trato y no

⁵ Artículo 5 de la Ley 15/2022, de 12 de julio.

discriminación de las personas por razón de las causas y en los ámbitos competencia del Estado previstos en esta ley, tanto en el sector público como en el privado, con las siguientes amplísimas facultades y funciones, todas ellas encaminadas a la protección frente a la discriminación y la verificación del cumplimiento del derecho antidiscriminatorio:

a) Garantizar la prestación independiente de **servicios especializados de asistencia y orientación** a las personas que hayan podido sufrir discriminación por razón de las causas establecidas en el apartado primero del artículo 2 de la ley. Estos servicios incluirán la recepción y tramitación de las quejas o reclamaciones de las víctimas y actividades de mediación y conciliación a las que hace referencia la letra b), así como el ejercicio de acciones judiciales detalladas en la letra e). Para el establecimiento de estos servicios se contará con la colaboración de organizaciones especializadas en la promoción de la igualdad de trato y el trabajo con grupos de población tradicionalmente afectados por la discriminación.

b) Constituirse, con el consentimiento expreso de las partes, en **órgano de mediación de conflictos** o conciliación entre ellas en relación con violaciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, excepción hecha de las que tengan contenido penal o laboral.

La mediación de conflictos o la conciliación de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, sustituirá al recurso de alzada y, en su caso, al de reposición en relación con las resoluciones y actos de trámite susceptibles de impugnación, a efectos de lo previsto en el apartado segundo del artículo 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Las decisiones que tome la Autoridad Independiente en los procedimientos de mediación o conciliación tendrán carácter vinculante para las partes.

c) **Iniciar, de oficio o 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 en el apartado primero del artículo 2, a salvo de aquellas que revistan carácter de infracción penal, en cuyo caso la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación deberá cesar en la investigación y remitir el tanto de culpa al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial y, en su caso, a los órganos competentes de la jurisdicción militar.

d) **Ejercitar acciones judiciales** en defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación conforme a lo dispuesto en esta ley y en las distintas leyes procesales.

e) Interesar la actuación de la Administración del Estado para **sancionar** las acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción administrativa en materia de igualdad de trato y no discriminación.

f) **Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal** los hechos que puedan ser constitutivos de infracción penal.

g) Promover la adopción de **códigos de buenas prácticas** en materia de lucha contra la discriminación.

h) **Colaborar con el Defensor del Pueblo** y con las instituciones y organismos públicos equivalentes autonómicos e internacionales.

- i) **Emitir dictamen sobre los proyectos de disposiciones de carácter general que desarrollen esta ley**, así como cualquier otro que afecte al derecho a la igualdad de trato y no discriminación constitucionalmente reconocida.
- j) Informar, con carácter preceptivo, sobre la **Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la No Discriminación**, así como sobre aquellos planes y programas estatales de especial relevancia en la materia.
- k) Elaborar, 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 sobre 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.
- l) Velar por el cumplimiento de la normativa reguladora de la igualdad de trato y no discriminación, en el ámbito de sus competencias, así como formular propuestas para su modificación.
- m) **Informar, a instancia de los órganos judiciales** en los procesos jurisdiccionales o del Ministerio Fiscal en las diligencias previas que versen sobre los derechos derivados de la igualdad de trato y no discriminación.
- n) Elaborar y proponer al Gobierno, para su aprobación, el **Estatuto de la Autoridad Independiente** y sus eventuales modificaciones.
- ñ) Aprobar el **informe anual de sus actividades**, que remitirá al Congreso de los Diputados, al Gobierno y al Defensor del Pueblo.
- o) Participar en el **Foro para la integración social de los inmigrantes**.
- p) Participar en la **Comisión Laboral Tripartita de Inmigración**, en los términos previstos en la legislación.
- q) Participar en el **Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico**.
- r) Cualquier otra que le sea atribuida por ley o reglamentariamente.

Tanto la estructura orgánica dependiente de la Autoridad Independiente, como su régimen de funcionamiento interno, su régimen de personal, su régimen económico y presupuestario y cuantas otras cuestiones relativas a su funcionamiento y régimen de actuación resulten necesarias, se regularán en el Estatuto de dicha Autoridad. que será aprobado por el Consejo de ministros mediante Real Decreto, previa consulta a la persona titular de la Autoridad Independiente.

4. Ámbito objetivo de aplicación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y excepciones legales.

La protección de los derechos que se derivan Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, se extiende las causas previstas en el apartado 1 de su artículo 2, quedando prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente

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

El derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Los campos de aplicación de la protección de la igualdad de trato y no discriminación alcanzan prácticamente todas las actividades de la sociedad. El legislador los ha querido recoger de forma expresa en el art. 3:

- a) Empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo.⁶
- b) Acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público.
- c) Afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico.⁷
- d) Educación.⁸
- e) Sanidad.⁹
- f) Transporte.¹⁰
- g) Cultura.¹¹
- h) Seguridad ciudadana.¹²
- i) Administración de Justicia.¹³

⁶ Al respecto téngase en cuenta el artículo 9 relativo al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena. También el artículo 10 en materia de negociación colectiva. Y el artículo 11 regulador del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo por cuenta propia.

⁷ V. el artículo 12 regulador del derecho a la igualdad de trato, a la no discriminación e intolerancia en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico.

⁸ V. el artículo 13 respecto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la educación y el artículo 14 relativo al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la educación no formal.

⁹ V. el artículo 15 regulador del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria.

¹⁰ V. el artículo 17. Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la oferta al público de bienes y servicios.

¹¹ V. los artículos 13 y 14.

¹² V. el artículo 18 a propósito del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el ámbito de la seguridad ciudadana.

¹³ V. el artículo 19 relativo al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la administración de justicia.

- j) La protección social, las prestaciones y los servicios sociales.¹⁴
- k) Acceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda, que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar.¹⁵
- l) Acceso y permanencia en establecimientos o espacios abiertos al público, así como el uso de la vía pública y estancia en la misma.¹⁶
- m) Publicidad, medios de comunicación y servicios de la sociedad de la información.¹⁷
- n) Internet, redes sociales y aplicaciones móviles.¹⁸
- ñ) Actividades deportivas, de acuerdo con la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.¹⁹
- o) Inteligencia Artificial y gestión masiva de datos, así como otras esferas de análoga significación.²⁰

Sin embargo, el legislador no ha considerado discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en su apartado 1 del artículo 2, “la derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla”. Parece excesivamente amplia esta excepción del principio de protección, ya que emplea términos indeterminados tan amplios como la justificación objetiva para alcanzar una finalidad legítima, lo cual planteará problemas de interpretación que deberán ser resueltos dando preferencia a la interpretación que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes. Por otro lado, la interpretación del contenido de esta excepción necesariamente deberá ajustarse con los instrumentos internacionales aplicables de los que el Estado sea parte en materia de derechos humanos, así como con la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales y demás legislación aplicable, teniendo en cuenta las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos internacionales multilaterales y regionales.

¹⁴ V. el artículo 16 que regula el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la prestación de los servicios sociales.

¹⁵ V. el artículo 17 respecto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la oferta al público de bienes y servicios. Y en materia de vivienda el artículo 20 que contempla el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso a la vivienda.

¹⁶V. el artículo 21 regulador del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en establecimientos, o espacios y espectáculos abiertos al público.

¹⁷ V. el artículo 22 en materia de medios de comunicación social y publicidad, internet y redes sociales.

¹⁸ V. el artículo 22 sobre medios de comunicación social y publicidad, internet y redes sociales.

¹⁹ Además de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, téngase en cuenta el artículo 24 relativo a actividades culturales y deportivas.

²⁰ V. el artículo 23 relativo al campo de la Inteligencia Artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados.

5. Medidas de protección y reparación frente a la discriminación: gestión de riesgos de no discriminación.

La protección frente a la discriminación obliga a la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias, conforme establece el art. 25 de la Ley para la igualdad de trato y la no discriminación.

El incumplimiento de dichas obligaciones dará lugar a **responsabilidades administrativas, así como, en su caso, penales y civiles por los daños y perjuicios** que puedan derivarse, y que podrán incluir tanto la restitución como la indemnización, hasta lograr la reparación plena y efectiva para las víctimas.

Ante un incidente discriminatorio, las autoridades encargadas de hacer cumplir esta ley tomarán las medidas oportunas para garantizar que los hechos no vuelvan a repetirse, especialmente en los casos en los que el agente discriminador sea una administración pública.

Se impone, por tanto, la necesidad de llevar a cabo en las organizaciones la gestión de riesgos para evitar prácticas discriminatorias y hacer realidad la igualdad de trato.

La gestión de riesgos para la igualdad de trato y no discriminación es el conjunto de métodos que permite identificar, analizar y evaluar estos riesgos en la organización, tomando medidas para su cese y eliminación, que permitan de hecho la igualdad de trato y la no discriminación en el ámbito de actuación de la organización.²¹

6. Atribución de responsabilidad y reparación del daño.

6.1. Responsabilidad civil por prácticas discriminatorias.

La responsabilidad civil por prácticas discriminatorias es la obligación legal que tienen las personas físicas y jurídicas que lleven a cabo dichas prácticas, de reparar los daños y perjuicios de toda naturaleza causados a las víctimas perjudicadas por dichas actividades prohibidas en el marco legal antidiscriminatorio.

Por consiguiente, dicha responsabilidad civil implica el deber de reparar e indemnizar los daños y perjuicios de toda naturaleza ocasionados en las personas físicas y jurídicas que no tengan el deber jurídico de soportar las prácticas discriminatorias.

²¹ A modo de ejemplo véase la Guía para la elaboración de planes de igualdad en las empresas del Ministerio de Igualdad. Disponible en: https://www.igualdadnlaempresa.es/asesoramiento/herramientas-igualdad/docs/Guia_pdi.pdf

Los casos de responsabilidad civil por discriminación van desde el ámbito de la responsabilidad entre particulares,²² relaciones laborales,²³ hasta casos de discriminación en el Sector Público.²⁴

La Ley española contra la discriminación reconoce de manera expresa la posibilidad de exigencia de responsabilidad en todos los ámbitos y jurisdicciones, estableciendo la obligación de restituir a la víctima de discriminación en la situación anterior a producirse la misma, así como una presunción legal de existencia daño moral cuando la discriminación se produzca.

No era necesaria esta afirmación legal, sin embargo, el legislador ha querido dejar de forma patente que **la persona física o jurídica que cause discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley reparará el daño causado proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible.**

Los requisitos de la responsabilidad civil por discriminación son los mismos que deben concurrir en el esquema clásico de la responsabilidad civil en general. Es decir, acción u omisión antijurídica de discriminación, culpabilidad, resultado dañoso y nexo de causalidad entre la acción u omisión y el daño irrogado al perjudicado.

Los daños y perjuicios indemnizables pueden ser personales y materiales, de carácter directo; consecutivos o perjuicios derivados de los previos daños personales y materiales; perjuicios patrimoniales puros, que no requieren de previo daño ni material y corporal y finalmente los daños morales.

La Ley determina que una vez que haya sido acreditada la discriminación **se presumirá la existencia de daño moral**, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. Recordemos que los criterios para la cuantificación de la indemnización son cambiantes, aunque finalmente el Tribunal Supremo establece las reglas en función de cada jurisdicción sobre la base de la restitución a la víctima en la situación anterior a la producción del daño. El hecho de que deba tenerse en cuenta la gravedad de la lesión efectivamente producida se refiere a las consecuencias de la

²² V. la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 217/2023, 13 Feb. Recurso 9494/2021, en la que se otorga la razón a varios de los propietarios del edificio en su disputa con la comunidad de propietarios que les impedía el acceso a las piscinas y demás espacios comunes por no practicar el nudismo. Para el Tribunal Supremo la conducta de la comunidad lesiona sus derechos fundamentales a la igualdad, a la libertad ideológica, a la libertad y a la intimidad, por lo que condena a la comunidad a abstenerse de realizar cualesquiera actos que limiten o perturben el derecho a acceder a las piscinas y demás espacios comunes por el hecho de no practicar el nudismo y a indemnizar a los demandantes por la lesión de sus derechos fundamentales con la suma de mil euros a cada uno de ellos. En este caso la indemnización ascendió a la cantidad de 1.000.

²³ V. la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 Ceuta, 236/2021, de 9 Dic. Rec. 117/2021 en la que se declara que es discriminatorio que los trabajadores del Plan de empleo de la Administración cobren menos que el personal laboral común ya que no existe ninguna razón objetiva, proporcional o legítima que avale esa desigualdad salarial.

²⁴ V. la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº. 5 de Bilbao, 266/2022 de 20 jun. 2022, Proc. 161/2020 en la que, en un caso de falta de realización de obras de accesibilidad en el centro escolar del Departamento de Educación del Gobierno Vasco, supuso para una profesora no poder participar en circunstancias de igualdad en la actividad docente, por lo que se se condenó a la Administración a una indemnización de 40.000 euros por discriminación por incapacidad ante el incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales con resultado de vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física y moral, igualdad de trato y no discriminación.

discriminación y no en el hecho generador en sí mismo considerado, ya que el sistema español de responsabilidad civil se basa en la reparación del daño y no en el daño punitivo en sí mismo considerado.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, 437/2022 de 4 May. 2022, 2658/2020 (Ponente: Magro Servet, Vicente) ha tratado en profundidad la problemática de la cuantificación indemnizatoria del daño moral, en un supuesto de condena por tres delitos en concurso de normas contra el ejercicio de los derechos fundamentales, mediando gestos y expresiones contra determinadas personas por su pertenencia a determinada nacionalidad, que piden apoyo público para la selección nacional española, con humillación, menosprecio o descrédito. Para la correcta fijación de la cuantía indemnizatoria en este supuesto -delitos contra la integridad moral-, no resulta obligatorio para el juez penal ajustarse al baremo de tráfico en los delitos dolosos, si existe una debida motivación por parte del órgano jurisdiccional. La cuantificación se basa en las consecuencias de la intención de los acusados de transmitir temor a las víctimas, proporcionada al sufrimiento que padecieron, creando un clima de terror en ese momento. El daño moral indemnizable puede encasillarse en el psicológico que comprende no solo la afectación al momento de los hechos, sino, también, el miedo que se le crea después de los hechos.²⁵

²⁵ Fundamento de Derecho Segundo: “Podemos fijar como criterios en materia de indemnización por daño moral en este caso los siguientes:

“3.- La tesis de la declaración de impacto de la víctima. Esta tesis gira en torno a que otro criterio para fijar el daño moral se ubica en el interrogatorio de la víctima en el proceso penal acerca de lo que “sintió” al momento de ser víctima y su afectación durante el hecho y después del mismo. Esta es la técnica anglosajona del victim impact statements que tiene como objetivo dar voz a la víctima en el proceso penal, no solo a lo que ocurrió, sino a la forma en que sufrió como víctima los hechos, lo que es una novedad importante reflejarlo en los parámetros a tener en cuenta en el proceso penal a la hora de poder utilizar el interrogatorio de la víctima en el juicio, pero no solo con relación a los hechos, sino con relación al “impacto” que en la víctima le ha producido el delito, por lo que el interrogatorio a la víctima en la declaración de impacto corresponde al Fiscal y acusación particular, en torno a poder extraer de esa declaración de impacto elementos suficientes para poder evaluar el quantum del daño moral.

En el presente caso consta en la sentencia del juzgado de lo penal la descripción de lo que declararon las víctimas en el juicio oral dentro de lo que se puede denominar en el ámbito del tratamiento del daño moral la declaración de impacto de la víctima...

... Con ello, queda patente que se aplicó en este caso lo que denominamos la declaración de impacto de la víctima como criterio a tener en cuenta a la hora de evaluar el daño moral.

Pues bien, en el presente caso han existido los siguientes parámetros que dan lugar a la confirmación de la indemnización, a saber:

1.- La constancia de la gravedad de lo ocurrido reflejado en los hechos probados es elemento a tener en cuenta en este caso para confirmar la indemnización por ser factor relevante el relato de hechos para, de ahí, fijar el quantum. Del relato de hechos probados se puede desprender, y en este caso así ocurre, la situación vivida por las víctimas en un escenario grave, con unos hechos graves y con un acometimiento por los autores que las víctimas vivieron con sorpresa al principio por el carácter inesperado del ataque, y luego con el miedo y tensión emocional de verse humillados y atacados por los autores, aspecto emocional de no saber hasta dónde iban a llevar que les supuso un evidente miedo de no saber qué más iban a hacer con ellos, cuando por sus frases y expresiones pudieran llegar a sufrir el temor de algo más grave. El daño moral causado es evidente y el quantum aplicado total y absolutamente justificado. Está motivado.

2.- La motivación del juez es suficiente y referida a lo que sufrieron las víctimas el día de los hechos.

3.- Se trata de delitos graves afectantes a la integridad moral y, además, es delito de odio del art. 510.2 a) CP con las propias características de estos delitos en cuanto conllevan esos actos de menosprecio, o humillación, por lo que el daño moral que conllevan estas conductas resulta evidente e indemnizable. Con ello, este también es un parámetro a tener en cuenta dada la entidad y gravedad de los tipos penales objeto de condena.

4.- Se aplica en este tema indemnizatorio del daño moral la tesis del “antes y el después”, porque tras los hechos ocurridos es muy difícil que las víctimas regresen al “antes”, ni aunque sean compensados económicamente. Y ello, porque la indemnización es el resultado de aplicar el art. 110.3 CP en relación con el art. 109 CP, pero hay que tener en cuenta las dificultades de regresar las víctimas a su situación

Resulta interesante en materia de valoración del daño moral la STS de la Sala de lo Penal (núm. 466/2023 de 14/06/2023, recurso casación número 6449/2021), por la que se condenó a un ayuntamiento sevillano como responsable civil subsidiario del abuso sexual de un empleado a una compañera durante la jornada laboral. En dicha resolución se afirma que compete al ayuntamiento establecer las condiciones de seguridad en el trabajo. El tribunal considera que la indemnización de 2.000 euros es baja, ya que **el daño moral causado por un abuso sexual debe valorar no solo alteraciones patológicas o psicológicas, sino también el menoscabo de la dignidad**, por ello eleva la indemnización a 20.000 euros.²⁶

6.2 Responsabilidad penal y civil ex delicto por delitos de discriminación.

La respuesta del **derecho penal** ante situaciones extremas de discriminación -como el odio o el racismo- se concreta en el Código Penal dentro del contexto de los denominados “delitos de odio”, que se encuentran regulados en su artículo 510, en sus diversos comportamientos que se producen en el marco de la situación de incompreensión e intolerancia hacia el diferente.

La responsabilidad puede derivarse de actos ilícitos tipificados en la ley penal, que lleven aparejada la obligación de resarcimiento al perjudicado como consecuencia de la comisión de un delito que implique discriminación, tal es el caso de la responsabilidad civil ex delicto por la comisión de un ilícito penal discriminatorio.

El Tribunal penal debe hacer un doble juicio de valor al juzgar un hecho delictivo. Por un lado, determinar si existe o no responsabilidad penal y al margen de la sanción penal que el mismo merezca, si su comisión ha traído consigo daños, éstos han de quedar reparados.

La regulación se encuentra en los artículos 109 y siguientes del Código penal, que realmente son preceptos de Derecho civil. Dice el primero de ellos: «La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados». Por tanto, nos referimos a la responsabilidad criminal o delictual, que lleva aparejada la responsabilidad civil accesoria (Artículos 1902 del Código civil, 116 al 122, y 125 del Código penal), de forma que cuando el órgano jurisdiccional penal se pronuncia sobre la existencia de un delito y procede a la condena, debe contemplar la declaración de las responsabilidades civiles que nacen de dicho delito para reparar el daño causado, salvo que el

anterior a haberlo sido, cuando recordarán a buen seguro estos hechos en el futuro, y el miedo a volver a hacer algo que tienen derecho a llevar a cabo por su libertad en un país de convivencia y respeto a las actividades justas y correctas de los demás, sin que interfirieran en los demás y respetándose entre todos que es la primera regla de la convivencia que debe presidir en un país democrático, sin que actos como los ocurridos posibiliten mantener esta convivencia entre los ciudadanos.

Por ello, esa dificultad de regreso al "antes" del delito "después" de los hechos delictivos es indemnizable por la permanencia del recuerdo y el miedo a su repetición, lo que es dato evaluable a la hora de fijar el daño moral.

5.- Se aplica en este caso la tesis de la declaración de impacto de la víctima para evaluar y tener en cuenta lo que expusieron en el juicio respecto a cómo se sintieron cuando fueron víctimas, lo que sufrieron, cómo les impactó durante y después del delito; es decir, las posibles consecuencias personales de miedo, o temor a que se repita lo ocurrido, o, simplemente, a revivir lo acontecido el día de los hechos.

Por todo ello, se entiende que en el presente caso está debidamente motivada la responsabilidad civil fijada como daño moral.”

²⁶ Texto íntegro de la Sentencia en:

https://mediasviewer.wolterskluwer.es/pdfView.ashx?url_data_id=72591592&repositoryType=es&action=GET

perjudicado reserve su derecho para el ejercicio de la acción civil fuera de la jurisdicción penal o bien no ejerza la acción civil en el proceso penal.

Independientemente a los denominados delitos de odio, se encuentran también las injurias graves a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que se tipifican en el artículo 504.2 del Código Penal, en los que el bien jurídico protegido trasciende del honor personal de quienes integran tales colectivos, por más que pueda verse tangencialmente afectado, para pasar a proteger el honor y prestigio de la Institución en atención a la relevancia de las funciones que la misma tiene asignadas dentro del Estado democrático que reserva la punición para los ataques más graves.²⁷ Requisito para la aplicación del tipo del artículo 504.2 del Código Penal es que las injurias vertidas sean graves y con un potencial suficiente para fisurar el prestigio institucional y social asentado en la legitimidad democrática de las instituciones objeto de protección.²⁸

El elemento troncal del hecho delictivo de los tipos tipificados en el artículo 510 del Código Penal consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Notemos que la expresión «discurso del odio» tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a su vez, lo tomó de la Recomendación (97) 20 del Comité de ministros del Consejo de Europa, de octubre de 1997, que «insta a los Estados a actuar contra todas formas de expresión que propaguen, inciten o promuevan el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesta a través del nacionalismo agresivo, el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las medidas y los inmigrantes o personas de origen inmigrante».

Se trata de perseguir aquellas expresiones que, por su gravedad, pueden herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad (STS 72/2018, de 9 de febrero).²⁹

La plasmación penal de los delitos por manifestaciones de odio y racismo se tipifica -como decimos- en el art. 510, apartado I, del Código penal, que establece que serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses las siguientes conductas típicas:” a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad. b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas,

²⁷ V. CADENA SERRANO, FIDEL ÁNGEL. La discriminación ideológica. Diario LA LEY, Nº 10289, Sección Comentarios de jurisprudencia, 18 de mayo de 2023, LA LEY.

²⁸ La STS (Sala Segunda, de lo Penal) de 11 de abril 2023 (Nº rec. 5973/2020); Nº sent. 252/2023), entiende que no son punibles las expresiones vertidas en relación con la muerte de dos guardias civiles; porque no son subsumibles en los tipos penales correspondientes al delito de injurias ni al delito de odio. Así el artículo 504.2 CP exige que las injurias vertidas sean graves y con un potencial afrentoso capaz de fisurar el prestigio institucional y social asentado en la legitimidad democrática de las instituciones objeto de protección. V. al respecto MARÍA DOLORES PARDEZA NIETO, Alegrarse de la muerte de dos guardias civiles en las redes sociales no constituye delito. Diario LA LEY, Nº 10310, Sección Reseña de Sentencias, 19 de junio de 2023, LA LEY.

²⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, Código Penal Comentado. LA LEY.

antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad. c) Quienes públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos, u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.”

El apartado 1 del art. 510 CP trasladó al ámbito punitivo español del mandato contenido en el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, firmado en Nueva York el 7 de marzo de 1966, que obliga a los Estados parte a declarar como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tal efecto, contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación, así como del art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, que dispone que toda apología del odio nacional, racial o religioso, que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, estará prohibida por la ley.³⁰

El apartado 2 del art. 510 CP (redactado por la L.O. 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses las siguientes conductas típicas: “a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos. b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución. Los hechos serán castigados con

³⁰ V. también la Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, que tiene como objetivo la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los países de la UE referentes a los delitos de carácter racista o xenófobo.

una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.”³¹

El bien jurídico protegido de los delitos del art. 510 del Código Penal es la dignidad de las personas, y colectivos de personas, a los que por su especial vulnerabilidad el Código Penal otorga una protección específica.

Si tenemos en cuenta que uno de cada cuatro delitos se comente en la actualidad en redes sociales e Internet, las medidas cautelares que puedan dictarse para minimizar las situaciones de odio y racismo, una vez detectadas, son de extraordinaria relevancia en estos delitos. La Ley Orgánica 10/2022 modificó el art. 13 LECRIM para añadir un párrafo segundo que señala que en la instrucción de delitos cometidos a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, el juzgado podrá acordar, como primeras diligencias, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.

Las secciones especializadas en delitos de odio y discriminación de las fiscalías provinciales promoverán y coordinarán, en su ámbito respectivo, las actuaciones penales dirigidas a la investigación y persecución de comportamientos discriminatorios. Las administraciones públicas podrán dar traslado al Ministerio Fiscal de cualquier hecho o actuación de que tengan conocimiento en el que se haya acreditado trato discriminatorio y del que, en su caso, pudiera derivarse responsabilidad penal.

Desde el punto de vista del fondo del asunto, de cara al enjuiciamiento de los delitos de odio y racismo hay que tener en cuenta que las reglas relativas a la carga de la prueba de la Ley 15/2022 no se aplican a los procesos penales, ni tampoco a los procedimientos administrativos sancionadores, ni a las medidas adoptadas y los procedimientos tramitados al amparo de las normas de organización, convivencia y disciplina de los centros docentes.

³¹ V. los comentarios de MAGRO SERVET, VICENTE. El racismo en el entorno del delito de odio del art. 510.2 CP. Diario LA LEY, Nº 10296, Sección Doctrina, 29 de mayo de 2023, LA LEY. “La «exclusión» se nos presenta, así, como el fenómeno de mayor expresión del odio, y en el que la figura del racismo está emergiendo como una de las manifestaciones más extendidas del delito de odio. Pero la exclusión no es solo por razón de raza, o color de piel, sino que hay exclusión social también basada en odiar a quien no pertenece al mismo colectivo que el odiador, por formar parte de un grupo profesional al que odia aquél, por razón de su nacionalidad concreta, por su ideología, etc. Por ello, la finalidad del fenómeno del racismo y del odio es la de la «exclusión», y estamos presenciando preocupantes escenas de expresión de este sentimiento en lugares públicos donde muchas personas, —aquí está la gravedad de la extensión del fenómeno— manifiestan públicamente, y sin vergüenza, expresiones de racismo y odio al diferente amparados también en la propia multitud que se «alimenta» de la colectividad para realizar expresiones de racismo desde todo punto intolerables. Y ello, por tener en el odio la razón fundamental de las expresiones que se están llevando a cabo y que demuestran que el racismo y todas las manifestaciones del odio siguen latentes en una sociedad donde crece cada día más la pérdida del respeto hacia los demás, la igualdad entre todos y que nos dirige a una sociedad del Siglo XXI que parece más de un siglo donde la esclavitud estaba hasta bien vista por todos. El racismo es un sentimiento de pertenencia a un grupo (entendido como raza) que se considera superior y que tiene, como consecuencia, la persecución o discriminación de otras personas que pertenecen a grupos diferentes según recuerda ACNUR. Y, además, se incide en que la discriminación. Cuando se discrimina a alguien, se lo separa del grupo y es muy susceptible de recibir ataques como consecuencia de un prejuicio.” V. también IBARRA, ESTEBAN. El delito de odio en el Código Penal: incongruencias y consecuencias. En CONFILEGAL. 23 de mayo de 2023. Y AGUILAR, MIGUEL ÁNGEL. Fiscal Coordinador del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación. Fiscalía Provincial de Barcelona La Ley Penal, N.º 86, Sección Legislación aplicada a la práctica, octubre 2011, Editorial Wolters Kluwer. La reforma del artículo 510 del Código Penal (LA LEY 3996/1995).

La estadística judicial recogerá datos específicos sobre los asuntos registrados por infracciones relativas a trato discriminatorio. Cuando dichos datos se refieran a infracciones penales incluirán, al menos, las denuncias recibidas, los procedimientos incoados en relación con estos delitos, los tipos de delitos por los que se instruyen los procedimientos, los tipos de delitos por los que se dictan las sentencias, la causa de discriminación tenida en cuenta para calificar la conducta como discriminatoria, la aplicación en su caso de la agravante definitoria del móvil discriminatorio, las personas enjuiciadas, la forma de terminación de los procedimientos, las resoluciones de fondo sobre los mismos y las penas y medidas impuestas.

La Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación podrá constituirse, con el consentimiento expreso de las partes, en órgano de mediación o conciliación entre ellas en relación con violaciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, excepción hecha de las que tengan contenido penal o laboral. Dicha autoridad podrá iniciar, de oficio o 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 en el apartado primero del artículo 2, a salvo de aquellas que revistan carácter de infracción penal, en cuyo caso la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación deberá cesar en la investigación y remitir el tanto de culpa al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial y, en su caso, a los órganos competentes de la jurisdicción militar

No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.

Si se archivase un procedimiento judicial de carácter penal o la persona fuera absuelta por no ser los hechos constitutivos de infracción penal, pero pudieran ser constitutivos de infracción administrativa con arreglo a la presente ley, el Juez o Tribunal competente, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o la acusación particular o popular, lo comunicará mediante el oportuno testimonio a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, competente a los efectos de incoar en su caso el expediente administrativo sancionador que corresponda.

La Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación recoge el principio de **responsabilidad vicaria** o por hecho ajeno, basada en criterios de representación o apariencia, como sucede cuando un empresario es llamado a responder por el hecho dañoso de su subordinado o dependiente, pero no tanto porque aquél haya sido negligente en la elección o en la vigilancia (culpa «in eligendo» y culpa «in vigilando») sino porque se entiende que el principal actúa en la sociedad a través y por medio de sus dependientes. En este sentido serán igualmente responsables del daño causado las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios cuando la discriminación, incluido el acoso, se produzca en su ámbito de organización o dirección y no hayan cumplido las obligaciones de debido control previstas en el apartado 1 del artículo 25 de gestión de riesgos para la prevención y el control de la discriminación.

La tutela judicial frente a las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación **comprenderá**, en los términos establecidos por las leyes procesales,³² la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, **la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho**, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal.

7. Legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación.

Tanto para la tutela judicial, como para la actuación administrativa contra la discriminación, se reconocen en ambos ámbitos respectivamente, una legitimación individual y otra colectiva a una serie de entidades y organizaciones que tengan entre sus fines la defensa y protección de los derechos humanos.

Así, están legitimados para el ejercicio individual de la acción de responsabilidad civil para la reparación del daño las personas afectadas directamente por la discriminación.

Sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, también están legitimados para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos estarán legitimadas, en los términos establecidos por las leyes procesales, para defender los derechos e intereses de las personas afiliadas o asociadas o usuarias de sus servicios en procesos judiciales civiles, contencioso-administrativos y sociales, siempre que cuenten con su autorización expresa.

Las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos tienen que acreditar los siguientes requisitos:

³² Al respecto se ha modificado el artículo 11 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en los siguientes términos: “1. Para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, además de las personas afectadas y siempre con su autorización, estarán también legitimados la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, así como, en relación con las personas afiliadas o asociadas a los mismos, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. 2. Cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para instar acciones judiciales en defensa de derechos o intereses difusos corresponderá a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, a los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos más representativos, así como a las organizaciones de personas consumidoras y usuarias de ámbito estatal, a las organizaciones, de ámbito estatal o del ámbito territorial en el que se produce la situación de discriminación que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, sin perjuicio en todo caso de la legitimación individual de aquellas personas afectadas que estuviesen determinadas.”

a) Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes de la iniciación del proceso judicial y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos, salvo que ejerciten las acciones administrativas o judiciales en defensa de los miembros que la integran.

b) Que según sus estatutos desarrollen su actividad en el ámbito estatal o, en su caso, en un ámbito territorial que resulte afectado por la posible situación de discriminación.

Respecto de la legitimación colectiva en la Jurisdicción Contencioso-administrativa, se establece en la letra i) del artículo 19.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación e intolerancia, además de las personas afectadas y siempre con su autorización, estará también legitimada la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, así como, en relación con las personas afiliadas o asociadas a los mismos, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para instar acciones judiciales en defensa de derechos o intereses difusos corresponderá a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, a los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos más representativos, así como a las organizaciones de personas consumidoras y usuarias de ámbito estatal, y a las organizaciones, de ámbito estatal o del ámbito territorial en el que se produce la situación de discriminación, que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, sin perjuicio en todo caso de la legitimación individual de aquellas personas afectadas que estuviesen determinadas.

La persona acosada es la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso discriminatorio.

Finalmente en materia de **publicidad e intervención en procesos para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación**, de cara al ejercicio de la tutela colectiva de estos derechos se ha introducido un nuevo artículo 15 ter a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que establece que en los procesos promovidos por la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, los partidos políticos, sindicatos, asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, organizaciones de personas consumidoras y usuarias y asociaciones y organizaciones legalmente constituidas, que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de personas afectadas por haber sufrido la situación de discriminación que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. El órgano judicial que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que, de conformidad con las funciones que le son propias, valore la posibilidad de su personación.³³

³³ Se ha modificado el apartado 3 del artículo 222 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en los siguientes términos: «3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en los artículos 11 y 11 bis de esta ley.

En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacidad y reintegración de la capacidad, la cosa juzgada tendrá efectos frente a terceros a partir de su inscripción o

8. Carga de la prueba para acreditar si existió o no discriminación. Modificación del art. 217 LEC por Ley 15/2022.

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, modificó el art 217.5 LEC relativo a la carga de la prueba, ajustando la Ley a la jurisprudencia en la materia del TJUE.

Así, el art. 217.5, mencionado establece:

“5. En aquellos procesos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, la orientación e identidad sexual, expresión de género o las características sexuales, y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar informe o dictamen de los organismos públicos competentes.”

La norma procesal tiene especial trascendencia en materia probática, ya que en aquellos procesos en los que la parte actora alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponde a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. En consecuencia, es necesario que la parte actora acredite indicios fundados de haber padecido algún tipo de discriminación y, sólo entonces, se invertirá la carga de la prueba y será la parte demandada la que tendrá que acreditar que dicha discriminación no ha existido, o bien que está justificada.

Notemos que la anterior redacción del art. 217.5 LEC se refería a la discriminación por razón de sexo y que ahora se ha extendido a cualquier tipo de discriminación.

En suma, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación establece un requisito para que se produzca la inversión de la carga de la prueba la parte actora que alegue la discriminación, deberá aportar indicios fundados de dicha discriminación y, sólo en ese caso, se invertirá la carga de la prueba a fin de que el demandado deba probar que tal discriminación no se ha producido, todo ello a diferencia de la redacción anterior del art. 217.5 LEC³⁴ que no exigía acreditar la existencia de indicios en casos de discriminación sexual, de forma que -según la anterior redacción- se producía la inversión de la carga de la prueba con la simple alegación de discriminación por parte de la demandante.

9. Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la administración de justicia.

anotación en el Registro Civil. Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.»

³⁴ Reforma de la Ley Orgánica 3/2007.

El artículo 12 de la Ley 15/2022, proclama el derecho a la igualdad de trato, a la no discriminación e intolerancia en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico, estableciendo la obligación de los poderes públicos de desarrollar políticas activas de apoyo a colectivos y organizaciones legalmente constituidas que realicen actividades de sensibilización, asesoramiento y formación en defensa de la dignidad de la persona y la igualdad de trato frente a la discriminación, intolerancia e incidente de odio, así como de asistencia a víctimas y personación judicial en procedimientos. Concuera dicha declaración de intenciones con el artículo 19 de la misma norma que establece el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la administración de justicia:

“1. Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, velarán por la supresión de estereotipos y promoverán la ausencia de cualquier forma de discriminación en la administración de justicia por razón de las causas previstas en esta ley.

2. Las administraciones públicas favorecerán la información y accesibilidad a la justicia de los grupos especialmente vulnerables según las causas establecidas en esta ley.”

Recientemente el TS ha dictado dos sentencias en las que dispone por primera vez que el texto se adapte al formato de lectura fácil.

En una de las sentencias, tanto la víctima como uno de los victimarios que interpone el recurso, finalmente desestimado, tienen discapacidad intelectual.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha dictado dos sentencias, ambas de fecha 10 de mayo de 2023, en las que dispone que el texto de estas se adapte al formato accesible de lectura fácil para que puedan comprenderlo las personas con discapacidad intelectual que intervienen en los casos examinados.

En una de las sentencias, tanto la víctima como uno de los victimarios que interpone el recurso, finalmente desestimado, tienen discapacidad intelectual.³⁵

También en el segundo caso, la afirmada víctima, cuyo recurso contra la sentencia absolutoria fue desestimado, presenta, igualmente, discapacidad intelectual.

Para la Sala, la Convención de Naciones Unidas de Derechos de las personas con discapacidad de 2006 y las previsiones contenidas en los artículos 7 bis LEC y 19 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, obligan a ajustes razonables del procedimiento que optimicen los derechos de participación y de información de las personas con discapacidad.

³⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de fecha 10/05/2023, N° de Recurso: 2606/2021, N° de Resolución: 339/2023 (STS 2090/2023), declara en su parte final la siguiente: “CLÁUSULA DE NOTIFICACIÓN. 21. Tal como se establece en los artículos 109 LECrim y 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal de Braulio. Para ello es procedente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 7 bis LEC, en relación con lo prevenido en el artículo 13 de la Convención de Derechos de las personas con discapacidad y artículo 19 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, como ajuste razonable del procedimiento, ordenar que la presente sentencia se redacte, también, en formato de lectura fácil y se traslade tanto a Braulio como Cipriano. A tal fin, se recabará la intervención de las entidades que con dicha finalidad han suscrito los protocolos de colaboración con el Consejo General del Poder Judicial.” Texto completo disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/99eb1b776c9bd046a0a8778d75e36f0d>

El artículo 7 de la LEC -que regula la comparecencia en juicio y representación- establece que podrán comparecer en juicio todas las personas y particularmente en su apartado 2, determina que las personas menores de edad no emancipadas deberán comparecer mediante la representación, asistencia o autorización exigidos por la ley. En el caso de las personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, se estará al alcance y contenido de estas.³⁶ Y entre estos, por su particular relevancia, se encuentra el de procurar que puedan entender mejor las razones de las decisiones que afectan directamente a sus intereses y derechos.

En la misma línea el artículo 7 bis de la LEC regula los ajustes necesarios en los procesos judiciales en los que participen personas para personas con discapacidad, estableciendo que se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios en dichos judiciales para garantizar su participación en condiciones de igualdad. Tales adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.

Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin:

a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.³⁷

Como afirma el Consejo General del Poder Judicial a propósitos de las dos Sentencias de la Sala Segunda del TS, de fecha 10 de mayo de 2023 “la adaptación del lenguaje judicial a un registro semántico y expresivo que pueda ser entendido por aquellas personas con dificultades cognitivas o intelectuales constituye un reto y una obligación ineludible del sistema de justicia”.

³⁶ Número 2 del artículo 7 redactado por el apartado uno del artículo cuarto de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica («B.O.E.» 3 junio). Vigencia: 3 septiembre 2021.

³⁷ Artículo 7 bis introducido por el apartado dos del artículo cuarto de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica («B.O.E.» 3 junio). Vigencia: 3 septiembre 2021.

10. Igualdad de trato y no discriminación en la contratación de seguros.

El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la oferta al público de bienes y servicios implica que las entidades aseguradoras no podrán discriminar en el acceso a los mismos por las causas mencionadas en el artículo 2 de la ley de igualdad de trato y no discriminación, sin que ello impida la existencia de organizaciones, actividades o servicios destinados exclusivamente a la promoción de grupos identificados por algunas de las causas mencionadas en el artículo 2.

En consecuencia, no podrá denegarse el acceso a la contratación de seguros o servicios financieros afines ni establecerse diferencias de trato en las condiciones de los mismos por razón de alguna de las causas mencionadas en el artículo 2 salvo las que resulten proporcionadas a la finalidad del seguro o servicio y a las condiciones objetivas de las personas solicitantes en los términos previstos en la normativa en materia de seguros.³⁸

Los sitios web y las aplicaciones informáticas tenderán a cumplir los requisitos de accesibilidad para garantizar la igualdad y la no discriminación en el acceso de las personas usuarias, en particular de las personas con discapacidad y de las personas mayores.

La protección del Derecho Fundamental a la no discriminación en riesgos y seguros es una cuestión de Orden Público con fundamento supranacional, constitucional y apoyo generalizado de todo el marco jurídico.

La Directiva que más incidió en la industria aseguradora en materia de de igualdad de trato y no discriminación fue la 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, que aplicó el **principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro**, obligando a los prestadores de bienes y servicios a revisar sus políticas y procedimientos en la materia, con el objeto de crear un marco para combatir la discriminación sexual en el acceso a bienes y servicios y su suministro, con vistas a la implementación en los Estados miembros del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. La Directiva distinguió entre «**discriminación directa**» (la situación en que una persona haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que es, ha sido o sería tratada otra en una situación comparable, por razón de sexo) y «**discriminación indirecta**» (la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúa 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 salvo que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios).

El objetivo de una política de igualdad de trato y no discriminación de toda organización aseguradora consiste en establecer los principios, medidas y procedimientos para garantizar el derecho a la igualdad de trato, a la no discriminación, el respeto a la dignidad humana y la protección ante cualquier forma, acto o conducta de discriminación que pueda producirse en el ámbito de aplicación de sus contratos de seguros por razón de **discapacidad, VIH/SIDA u otras condiciones de salud**, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente.

El fundamento jurídico de la prohibición de discriminación en los seguros lo encontramos en las **Disposiciones Adicionales cuarta** (introducida por el artículo 14 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) **y quinta de la Ley de Contrato de seguro** (introducida por la

³⁸ Así se determina en el artículo 17.2 de la Ley, de acuerdo con el ejercicio de las competencias sobre bases de la ordenación del crédito, banca y seguros de acuerdo con el artículo 149.1. 11.º de la Constitución (Disposición final octava. Título competencial.)

disposición final primera de la Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre y modificada por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio). Coinciden ambas disposiciones Adicionales Cuarta y Quinta de la LCS en la misma finalidad de erradicar del ordenamiento jurídico aquellos aspectos que limiten la igualdad de oportunidades y promuevan la discriminación por cualquier motivo, en este caso, por discapacidad o por ser portadoras del VIH/SIDA, u otras condiciones de salud -entre ellas el cáncer-, en lo que respecta al ámbito de contenidos discriminatorios en determinados negocios jurídicos, prestaciones o servicios.

Entre las múltiples consecuencias de la irrupción de la pandemia hace un año detectamos el riesgo -pese al limitado conocimiento científico del patógeno y sus interacciones-, de exclusión automática de bienes y servicios al colectivo de personas víctimas de la COVID-19, surgiendo serias dudas sobre si dicha exclusión -antes inexistente- supone o no un acto de discriminación contrario al marco legal que prohíbe las prácticas discriminatorias.

Los tiempos de pandemia han sensibilizado a la sociedad, empresas y particulares, respecto de los riesgos personales susceptibles de aseguramiento, hasta el punto de aumentar la suscripción de algunos de ellos, como los seguros de vida y salud, entre otros. Al hilo del impacto de la pandemia en los seguros de personas, el pasado 4 de febrero se celebró una jornada sobre el tratamiento de la discriminación en los seguros de personas³⁹ organizada por el Colegio Profesional de Mediadores de Seguros de Alicante, ASUFIN y Pulso Legal. El acto congregó a un centenar participantes, dejando interesantes reflexiones para el sector asegurador, compañías, agentes, corredores y consumidores. Tuve la oportunidad de participar en la jornada junto a D. José Vicente Soler Gironés, Director General de Economía Sostenible de la Generalitat Valenciana, D. Arcadio García Montoro, D. Emilio Fiances, Da. Patricia Suárez, D. Carlos Lluch y el presidente del colegio profesional de mediadores de seguros de Alicante, D. Florentino Pastor.

Las reglas que prohíben la discriminación en los seguros de personas son claras, como también es claro que las aseguradoras no deben exigir pruebas genéticas para fines de seguros. España firmó y ratificó el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la biología y medicina, en el que “se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético”.

La prohibición del empleo de test genéticos en los seguros se recogió en la Recomendación CM / Rec (2016) 8 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el procesamiento de datos personales relacionados con la salud con fines de seguro, incluidos los datos resultantes de pruebas genéticas, aprobada por el Comité de Ministros el 26 de octubre el año 2016,⁴⁰ aplicable a los contratos de seguros personales y colectivos con el objetivo de asegurar los riesgos vinculados a la salud, integridad física, edad o fallecimiento de una persona. La recomendación europea fue terminante al prohibir los test genéticos con fines de aseguramiento, en consecuencia, de acuerdo con el principio establecido en el artículo 12 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, las pruebas genéticas predictivas no deben realizarse con

³⁹ Disponible en

https://drive.google.com/file/d/1tUUKkZXU8_LEuxEWIJITstdRLxpIXI8s/view?usp=sharing

⁴⁰ Recomendación CM / Rec (2016) 8 del Comité de ministros a los Estados miembros en el tratamiento de los datos personales relativos a la salud para los propósitos del seguro, incluidos los resultantes de las pruebas genéticas (Aprobada por el Comité de Ministros el 26 de octubre el año 2016 en la 1269 reunión de los delegados de los Ministros). Disponible en:

<https://www.medicosypacientes.com/sites/default/files/PDF%20resultados.pdf>

finde de aseguramiento. La prohibición alcanza a los datos predictivos existentes resultantes de pruebas genéticas, las cuales no deben procesarse con fines de seguro a menos que lo autorice específicamente la ley.

La mencionada Recomendación establece que los Estados miembros deberán adoptar las medidas adecuadas para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas, sin discriminación, en el contexto de los contratos de seguros contemplados en la misma, aplicándose a los contratos de seguros personales y de grupo con el objetivo de asegurar los riesgos relacionados con la salud de una persona, la integridad física, la edad o la muerte. Ninguna de las medidas propuestas en Recomendación debe ser interpretado como limitación o que afecten a la posibilidad de que cualquier Estado miembro de la concesión de la persona asegurada una protección mayor.

La Recomendación establece los siguientes principios para el tratamiento de datos personales relacionados con la salud:

Principio 1. Las aseguradoras deben justificar el tratamiento de datos personales relativos a la salud.

Principio 2. Las aseguradoras no deben tratar los datos personales relativos a la salud sin el consentimiento de la persona asegurada.

Principio 3. Las aseguradoras deben tener garantías adecuadas para el almacenamiento de los datos personales relativos a la salud.

Principio 4. Los aseguradores no deberían requerir pruebas genéticas para efectos del seguro.

Principio 5. Las aseguradoras deben tener en cuenta los nuevos conocimientos científicos y actualizar periódicamente sus bases actuariales en línea con los nuevos conocimientos relevantes.

Principio 6. Los Estados miembros deben facilitar la cobertura de riesgos que es socialmente importante.

Principio 7 - Los Estados miembros deben garantizar la mediación de conflictos adecuada, consulta y seguimiento para asegurar la resolución justa y objetiva de las diferencias individuales entre los asegurados y aseguradores. Las aseguradoras deben informar a todos los asegurados acerca de la existencia de estos procedimientos de mediación.

El fundamento de la prohibición de los test genéticos por las aseguradoras es la propia garantía de la no discriminación por razón genética, VIH u otras condiciones de salud.

Los datos personales relacionados con la salud no deben ser procesados por las aseguradoras - a efectos del seguro- sin libre, expreso e informado, el consentimiento por escrito de la persona asegurada. Los datos personales relacionados con la salud deberían, en principio, ser recogidos de la persona asegurada por el asegurador. La transmisión de los datos personales relacionados con la salud por un tercero debe quedar sujeto al consentimiento de la persona asegurada.

Las aseguradoras no deberían almacenar información personal relacionada con la salud que ya no es necesaria para el cumplimiento de la finalidad para la cual fueron recogidos. Deben, en particular, no almacenar datos personales relativos a la salud si se ha rechazado una solicitud de seguro, o si el contrato ha expirado y reclamaciones ya no se pueden hacer.

Las aseguradoras deben adoptar reglamentos internos para proteger la seguridad y confidencialidad de los datos relacionados con la salud de la persona asegurada. En particular,

los datos personales relativos a la salud deben ser almacenados con acceso limitado por separado de otros datos, y los datos guardados para fines estadísticos deben ser anónimos.

Recordemos que las aseguradoras no deben almacenar datos personales relacionados con la salud que ya no sean necesarios para el logro del propósito para el que fueron recopilados, como tampoco deben almacenar datos personales relacionados con la salud si se ha rechazado una solicitud de seguro o si el contrato ha expirado y ya no se pueden presentar reclamaciones, así como que las aseguradoras deben adoptar regulaciones internas para proteger la seguridad y confidencialidad de los datos relacionados con la salud de la persona asegurada; en particular, los datos personales relacionados con la salud deben almacenarse con acceso limitado por separado de otros datos, y los datos mantenidos con fines estadísticos deben ser anonimizados, debiéndose establecer procedimientos de auditoría interna y externa para un control adecuado del procesamiento de los datos personales relacionados con la salud con respecto a la seguridad y la confidencialidad.

El Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica ha contemplado la problemática de las relaciones de consumo que están diseñadas sin tener en cuenta las necesidades y circunstancias de determinados colectivos de personas que enfrentan especiales obstáculos a la hora de desenvolverse y ejercer sus derechos en condiciones de igualdad. Así, el impacto de determinadas variables psicosociales en las relaciones de consumo (tales como la edad, sexo, origen nacional o étnico, lugar de procedencia, enfermedades o discapacidad, entre otras) coloca a las personas consumidoras en una situación de especial vulnerabilidad que reclama una protección reforzada de sus derechos. La reciente reforma parcial del Real Decreto Legislativo 1/2007 atiende a circunstancias como el desconocimiento del idioma, el nivel de formación (bien sea general o específica de un sector del mercado), el lugar de residencia, la situación social, económica y financiera o, incluso, problemas asociados al uso de las nuevas tecnologías como instrumento o vía de acceso normalizado al mercado de bienes y servicios, estableciendo que los derechos de las personas consumidoras vulnerables gozan de una especial atención, que será recogida reglamentariamente y por la normativa sectorial que resulte de aplicación en cada caso. Los poderes públicos promocionarán políticas y actuaciones tendentes a garantizar sus derechos en condiciones de igualdad, con arreglo a la concreta situación de vulnerabilidad en la que se encuentren, tratando de evitar, en cualquier caso, trámites que puedan dificultar el ejercicio de estos.

A fin de evitar la discriminación y mejorar el acceso a personas sobrevivientes de cáncer a los servicios financieros, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto Ley⁴¹ regulador del **derecho al olvido oncológico**, que es derecho de aquellas personas supervivientes de cáncer para que las entidades financieras no tengan en cuenta su historial médico de cara a contratar productos financieros. Se calcula que más de 2,2 millones de pacientes españoles de cáncer podrán acceder, en condiciones de igualdad con otros ciudadanos, a prestaciones como seguros de Vida, Salud o hipotecas. El decreto establece solo una condición: que hayan transcurrido "cinco años de remisión completa de la enfermedad".

Este decreto modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias de 2015, así como la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de

⁴¹ Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

Contrato de Seguro. Con esta normativa se ejecuta la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2022,⁴² sobre el refuerzo de Europa en la lucha contra el cáncer: hacia una estrategia global y coordinada.

Concretamente la reforma del Real Decreto-ley 5/2023 introduce un párrafo final al art. 10 de la LCS en el que concreta el derecho al olvido oncológico disponiendo que: “El tomador de un seguro sobre la vida no está obligado a declarar si él o el asegurado han padecido cáncer una vez hayan transcurridos cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior. Una vez transcurrido el plazo señalado, el asegurador no podrá considerar la existencia de antecedentes oncológicos a efectos de la contratación del seguro, quedando prohibida toda discriminación o restricción a la contratación por este motivo.”

En el texto del Real Decreto-ley 5/2023 establece la **nulidad de las cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que excluyan a una de las partes por haber padecido cáncer**. También se prohíbe hacer diferenciaciones en la contratación de un seguro a una persona por haber sufrido una patología oncológica, una vez transcurridos, en ambos casos, cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior. Además, para suscribir un seguro de Vida tampoco habrá obligación de declarar si se ha padecido cáncer una vez cumplido el mencionado plazo, ni se podrán tomar en consideración dichos antecedentes oncológicos, a estos efectos, pudiendo el Gobierno modificar los plazos en función de la evolución de la evidencia científica.⁴³

⁴² V. INFORME sobre el refuerzo de Europa en la lucha contra el cáncer: hacia una estrategia global y coordinada, disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0001_ES.html “Considera que las aseguradoras y los bancos no deben tener en cuenta el historial médico de las personas afectadas por el cáncer; pide que las legislaciones nacionales garanticen que los supervivientes de cáncer no sean discriminados en comparación con otros consumidores; toma nota de la intención de la Comisión de colaborar con las empresas para elaborar un código de conducta que garantice que la evolución de los tratamientos contra el cáncer y su mayor eficacia se reflejen en las prácticas comerciales de los proveedores de servicios financieros; apoya, paralelamente, la promoción de los avances realizados en Francia, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos, donde los supervivientes de cáncer disfrutaban del «derecho al olvido»; pide que, a más tardar en 2025, todos los Estados miembros garanticen el derecho al olvido a todos los pacientes europeos diez años después del final de su tratamiento y a más tardar cinco años después del final del tratamiento para los pacientes cuyo diagnóstico se haya realizado antes de los 18 años; solicita que se introduzcan una serie de normas comunes para el derecho al olvido, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la política de protección del consumidor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a fin de acabar con las prácticas nacionales fragmentadas en el ámbito de la valoración de la solvencia y asegurar la igualdad de acceso al crédito para los supervivientes de cáncer; pide la integración en la legislación de la Unión pertinente del «derecho al olvido» para los supervivientes de cáncer, a fin de evitar la discriminación y mejorar el acceso de estas personas a los servicios financieros.”

⁴³ Se modifica la disposición adicional única del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que pasa a tener la siguiente redacción:

«Disposición adicional única. Nulidad de determinadas cláusulas.

1. Serán nulas aquellas cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que excluyan a una de las partes por tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud. Asimismo, será nula la renuncia a lo estipulado en esta disposición por la parte que tenga VIH/SIDA u otras condiciones de salud.
2. Serán nulas aquellas cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que excluyan a una de las partes por haber padecido cáncer antes de la fecha de suscripción del contrato o negocio jurídico, una vez que hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior. Al efecto, de forma previa a la suscripción de un contrato de consumo, independientemente del sector, no se podrá solicitar a la persona consumidora información oncológica una vez que hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior. Asimismo, será nula la renuncia a lo estipulado en esta disposición por la parte que haya padecido cáncer en los casos anteriores.
3. El Gobierno, mediante real decreto, podrá modificar los plazos establecidos en la presente disposición, conjuntamente o para patologías oncológicas específicas, en función de la evolución de la evidencia científica.»

La Ley de igualdad de trato y no discriminación ha venido a reforzar lo que ya es una realidad en las empresas, el establecimiento del denominado compliance de planes de igualdad en las organizaciones. La verificación continua del cumplimiento en esta materia debe garantizar el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación, así como erradicar cualquier actuación o comportamiento que pueda atentar contra la dignidad de las personas y contra el libre desarrollo y la libre expresión, sin ningún tipo de discriminación, de la propia personalidad y de las capacidades personales. Están en juego los derechos y las obligaciones de las personas físicas y de las personas jurídicas, tanto públicas como privadas y los principios de actuación que deben regir las medidas de los poderes públicos destinadas a prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación, directa o indirecta, tanto en el sector público como en el ámbito privado.

Por tanto, como vimos, existe un interés legítimo de la industria del seguro en la selección de riesgos para evaluar el riesgo asegurado, que hace necesario lograr un justo equilibrio entre las limitaciones que impone la naturaleza del contrato de seguro privado, la protección de los intereses individuales de la persona asegurada y la importancia social de la cobertura de ciertos riesgos. A ello hay que añadir la prohibición de discriminación en seguros ya mencionada, que alcanza la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de discapacidad, VIH/SIDA u otras condiciones de salud, ello sin perjuicio de lo establecido en materia de derecho al olvido oncológico.

La prohibición de discriminación supone un reto para los intereses de las partes en el contrato de seguro, pero especialmente para las entidades aseguradoras, que deberán revisar su contratación, ante el riesgo de poderse declarar nulos de pleno derecho los contratos celebrados mediando discriminación.

Queda pendiente determinar con transparencia los supuestos de excepción basados en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente. Sea como fuere, para alcanzar una política adecuada será necesario revisar prácticas mediante auditorías de cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación, así como recuperar, por un lado, la necesaria simetría de posiciones entre el asegurador y tomador del seguro asegurado y, por otro, compensar las asimetrías que se detecten para reestablecer el principio de equidad actuarial.



Gonzalo Iturmendi Morales

