

IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN: DE 1978 A 2018

FERNANDO REY MARTÍNEZ

SUMARIO

1. SENTIDO Y ALCANCE DE LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL.
 - 1.1 Introducción: del concepto clásico de igualdad al nuevo derecho antidiscriminatorio.
 - 1.2 El concepto jurídico de igualdad.
 - 1.3 Igualdad en (el contenido) de la ley e igualdad ante (o en aplicación) de la ley.
 - 1.4 Igualdad «formal» o «jurídica» e igualdad «real» o «de oportunidades».
 - 1.5 La discriminación por indiferenciación.
2. IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO.
 - 2.1 La Igualdad de Trato.
 - 2.1.1 Discriminación directa o de trato.
 - 2.1.2 Discriminación indirecta o de impacto.
 - 2.1.3 Discriminaciones erróneas, ocultas y por asociación.
 - 2.1.4 Discriminación múltiple.
 - 2.2 La Igualdad de Oportunidades: acciones positivas y discriminaciones positivas.
3. DISCRIMINACIÓN POR SEXO/GÉNERO.
 - 3.1 Situación del problema y marco normativo.
 - 3.2 Jurisprudencia relevante.
4. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ETNIA/RAZA.
5. DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD.
6. DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN E IDENTIDAD SEXUALES.

Fecha recepción: 9.07.2017
Fecha aceptación: 19.09.2017

IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN: DE 1978 A 2018

FERNANDO REY MARTÍNEZ*

1. SENTIDO Y ALCANCE DE LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL

1.1 *Introducción: del concepto clásico de igualdad al nuevo derecho antidiscriminatorio*

No hace falta insistir en la idea obvia de que la igualdad es uno de los derechos centrales del constitucionalismo en las distintas concepciones que ha ido conociendo a lo largo de los dos últimos siglos¹. Por lo que se refiere a España, en los cuarenta años de vigencia constitucional han coincidido el sentido clásico o tradicional de la igualdad (que, por lo demás, tiene mayor valor simbólico y de principio que densidad jurídica²) con la emergencia de todo un conjunto de

* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid. Departamento de Derecho Constitucional, Procesal y Eclesiástico del Estado. Facultad de Derecho. Facultad de Derecho. Plaza de la Universidad, s/n, 47002 Valladolid. Email: rey@der.uva.es.

¹ Ver: RUBIO LLORENTE, F. (1993), «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción» en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 637 y ss. Y también, JIMÉNEZ CAMPO, J. (1983) «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, pp. 71 y ss., así como RUIZ MIGUEL, A.: «Sobre el concepto de igualdad», en *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción* (comp. M. Carbonell), Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, pp. 31 y ss. Últimamente: PEREZ DE LA FUENTE, O. (2017): *Igualdad. Una inmersión rápida*, Tibidabo ediciones, Barcelona.

² De hecho, inicialmente era común considerar, a partir de la primera jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que la igualdad no tenía, como derecho, contenido sustancial propio, sino que su contenido era de carácter relacional, es decir, que la igualdad se aplicaba solo en conexión con el resto de derechos: todos debemos ser iguales en el ejercicio de la libertad de expresión, de religión, de educación, etc. Esto explica por qué la igualdad se sitúa en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, en el artículo 14, pero antes y fuera de las listas concretas de derechos de las secciones primera y segunda del capítulo segundo de ese mismo Título I.

normas, jurisprudencia y doctrina acerca de un aspecto de la igualdad, que, por su importancia cuantitativa y cualitativa, puede llegar a ser considerado, a mi juicio, una rama específica del ordenamiento jurídico cual es el Derecho antidiscriminatorio³. Pocos derechos fundamentales de nuestra Constitución han experimentado un desarrollo semejante.

Este énfasis en el Derecho antidiscriminatorio es sintomático de la evolución social y política. Desde una idea abstracta y universal de igualdad entre todos los ciudadanos, el nuevo enfoque del Derecho antidiscriminatorio centra su atención, primordialmente, en la situación de ciertos grupos sociales sobre los que recaen hondos y arraigados prejuicios. La igualdad *jacobina* del primer constitucionalismo, de inequívoco *bouquet* francés, se ha enriquecido con esta nueva idea de la igualdad entre grupos, de impronta norteamericana. Obsérvese que el nuevo Derecho antidiscriminatorio, más concreto y más intenso que el clásico derecho de igualdad, ofrece una enorme capacidad de penetración y transformación de la sociedad porque el derecho clásico de igualdad juega frente al Estado mientras que el Derecho antidiscriminatorio lo hace también, y quizá sobre todo, frente a otros particulares. De ahí también, a diferencia de lo que ocurre con la evolución de la mayoría del resto de derechos fundamentales, el elevado ámbito de discrepancia política y jurídica que suscita. El Derecho antidiscriminatorio no es un fenómeno aislado de nuestro ordenamiento, sino que, como ocurre habitualmente en esta fase histórica del constitucionalismo, avanza rápidamente a lomos del Derecho internacional de los derechos humanos, del Derecho de la Unión Europea y del Derecho comparado. Los nuevos derechos se hallan especialmente globalizados.

1.2 *El concepto jurídico de igualdad*

¿Qué concepción de la igualdad se expresa en la Constitución española⁴? Naturalmente, la propia de un Estado que se autodefine como «social y democrático de Derecho» (art. 1.1 CE). La igualdad constitucional, en su triple condición de *valor* superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), de *principio* («Los españoles son iguales ante la ley» —artículo 14a CE—), cuya realidad y efectividad corresponde promover a los poderes públicos (art. 9.2 CE), y de *derecho*

³ El Derecho Antidiscriminatorio ha sido objeto de atención por quien esto escribe en multitud de escritos; permítaseme la remisión a los más importantes de ellos a través del libro (2013): *La dignidad humana en serio. Desafíos actuales de los derechos fundamentales*. Porrúa, México.

⁴ Un texto de referencia sigue siendo el libro de: RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ, M.ª F. (1986), *Igualdad y Discriminación*, Madrid, Tecnos.

fundamental («sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» —art. 14b CE—), explícita, al mismo tiempo, tres dimensiones: de libertad, democrática y social.

En su dimensión liberal, la idea de igualdad conlleva la prohibición de arbitrio, tanto en el momento de creación de la norma que introduce la diferencia, cuanto en el de su aplicación. La igualdad, desde la perspectiva del principio democrático, excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja, como el de las mujeres o las minorías étnicas, puedan quedarse «aislados y sin voz» en la arena política. Desde el punto de vista social, la idea de igualdad legitima un derecho desigual a fin de garantizar a individuos y grupos vulnerables o en desventaja socio-económica la igualdad de oportunidades. Todas estas dimensiones descansan en el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), de lo que se deriva la *igual dignidad social* de todos los ciudadanos: hay que rechazar toda creación o aplicación del Derecho que trate a algunos miembros de la comunidad como ciudadanos de segunda clase.

La igualdad, en términos jurídicos precisos, no puede entenderse ni como una obligación de que todos los individuos sean tratados exactamente de la misma manera (igualdad no es identidad —a pesar de la general confusión en este sentido—), ni tampoco, por el contrario, que se permita toda diferenciación de trato (en cuyo caso se disolvería la misma idea de igualdad). El legislador (en sentido amplio), al regular cualquier asunto, traza, normalmente, diversas diferencias de trato entre los destinatarios, en función de determinadas circunstancias. De hecho, lo normal en el Derecho es, como en la naturaleza, la desigualdad de trato, no la igualdad. La igualdad es por ello una técnica de control: es un criterio que mide el grado de desigualdad jurídicamente admisible. Igualdad es razonabilidad de la diferencia jurídica de trato⁵.

Ciertamente, no será difícil encontrar casi siempre algún fundamento razonable de la diferencia de trato. Esto significa que quien establece la diferencia suele tener una amplia libertad de configuración y que, correlativamente, el juez llamado a controlar si esa diferencia es discriminatoria o no tiene un limitado margen de actuación (prácticamente coincidente con la prohibición para los poderes públicos de actuar arbitrariamente del artículo 9.3 CE). Este esquema es, en principio, respetuoso con el principio de separación de poderes, ya que el

⁵ Ver: MARTÍNEZ, J. I. (1991): «El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho», en AA. VV.: *El principio de igualdad en la Constitución española*, vol. I, Madrid, pp. 539 y ss.).

poder judicial no debe suplantar con sus propias valoraciones las que adopten las instituciones elegidas democráticamente. Por eso, los operadores jurídicos saben perfectamente que es muy difícil sostener una demanda apoyándose solo en el derecho general de igualdad (art. 14a CE). La idea de «razonabilidad» es, en sí misma, lábil e imprecisa.

Por ello no son infrecuentes las dudas. Un ejemplo real, el resuelto por la STC 41/2013, de 14 de febrero. El Tribunal examina una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra una disposición adicional de la Ley 40/2007, que, excepcionalmente y de modo retroactivo, extendía el derecho a la pensión de viudedad a los supérstites de parejas de hecho siempre que contaran con varios requisitos, entre ellos, el de tener hijos en común. El juez de lo social que presentó la cuestión alegaba que este requisito discriminaba a las parejas de hecho homosexuales porque, obviamente, en esa época (anterior a la equiparación del matrimonio homosexual con el heterosexual) no podían tener hijos en común. La mayoría del Tribunal falla que esa diferencia de trato (entre las parejas de hecho con y sin hijos en común en relación con el acceso a una pensión del viudo o viuda tras la muerte de su pareja) lesiona, en efecto, el derecho general de igualdad (art. 14a CE) porque no sería razonable (en palabras del Tribunal: carecería de «justificación objetiva y razonable»). El Tribunal observa que el requisito de los hijos en común es de imposible cumplimiento para las parejas homosexuales, pero también para las parejas heterosexuales que no pudieron tener hijos por infertilidad. Y desestima que fueran razonables los argumentos que el Voto particular discrepante (firmado por cuatro magistrados) sí encuentra, por el contrario, razonables. En efecto, el Voto discrepante considera que el requisito de los hijos en común es razonable por dos motivos: porque, «atendidos los limitados recursos económicos del sistema de la seguridad social», haber tenido hijos en común implica la existencia de mayores cargas familiares, lo que incide sobre la capacidad económica del superviviente, y porque es un indicio probatorio concluyente de la existencia de la pareja de hecho.

1.3 *Igualdad en (el contenido) de la ley e igualdad ante (o en aplicación) de la ley*

Hasta el momento, hemos venido refiriéndonos a la igualdad en el contenido de la norma (a veces se utiliza la palabra «ley» en sentido amplio como equivalente a «norma»). Es decir, el objeto de análisis ha sido cómo determinar la validez del contenido de una norma que establece diferencias de trato. Pero cabe preguntarse qué ocurre con la igualdad no en el momento de crear la diferencia

de trato, sino en el momento de aplicar la diferencia ya establecida por la norma⁶. La tradición jurídica occidental, desde las revoluciones liberales (y su reivindicación de la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos, con la consiguiente abolición de los privilegios de nacimiento), viene entendiendo como especialmente odiosas, y, por tanto, de interpretación estricta, las desigualdades de trato en el momento de la aplicación judicial y administrativa de la norma. Las leyes deben ser aplicadas sin mirar a las personas. La igualdad ante la ley o en la aplicación (judicial y administrativa) del Derecho tiende, por ello, hacia la garantía de la identidad (o de la menor desigualdad posible) jurídica de trato. Precisamente, una de las funciones esenciales del Tribunal Supremo, como «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes», salvo en materia de «garantías constitucionales» (art. 123.1 CE), es la de garantizar la igualdad en la aplicación judicial de la ley. Esto lo hace, sobre todo, a través del denominado recurso de casación para unificación de doctrina. Uno de los requisitos de acceso a la casación civil (art. 477 Ley de Enjuiciamiento Civil) es, en efecto, que la sentencia impugnada haya interpretado y aplicado la ley de manera contraria a cómo lo han hecho antes las Audiencias Provinciales o la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (ver, por todas, la STC 11/2013) exige, para apreciar la vulneración de la igualdad en la aplicación judicial de la ley los siguientes requisitos:

a) La acreditación de un *tertium comparationis*, puesto que el juicio de igualdad solo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial, que en casos sustancialmente iguales hayan sido resueltos de forma contradictoria.

b) La identidad de órgano judicial. Ello permite valorar si la divergencia de criterio expresada por el juzgador es fruto de la libertad de apreciación del órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función juzgadora (art. 117.3 CE) y consecuencia de una diferente apreciación jurídica de los supuestos sometidos a su decisión, o, por el contrario, un cambio de valoración del caso puramente arbitrario, carente de fundamentación suficiente y razonable.

c) La ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio. La razón de esta exigencia estriba en que el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional

⁶ Ver: RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ, M.^a F. (1998): «La igualdad ante la Ley y en la aplicación de la Ley» y «La prohibición de discriminación», en *Comentarios a la Constitución Española*. Fundación Wolters Kluwer, Madrid, pp. 276-310.

no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta *ad personam*, singularizada. Lo que negativamente significa que no podrá apreciarse la lesión de este derecho fundamental cuando el cambio de criterio responda a una vocación de generalidad, ya sea porque en la resolución se explicitan las razones que lo motivan o porque así se deduzca de otros elementos de juicio externos, como pueden ser significativamente posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la Sentencia impugnada, que permitan apreciar dicho cambio como solución genérica aplicable en casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso.

En definitiva, la igualdad en la aplicación judicial de la ley solo se aplica a decisiones de un mismo órgano judicial, no de otros, y no requiere que el mismo juez o tribunal fallen de modo idéntico casos sustancialmente idénticos, sino, tan sólo, que, si cambian de criterio, argumenten por qué. La igualdad ante la ley o en la aplicación de la norma equivale, pues, a razonabilidad de la diferencia de argumentación y fallo judiciales, un criterio de control bastante débil, semejante al de la igualdad en (el contenido) de la ley, lo que explica que solo en muy pocas ocasiones el Tribunal Constitucional ha encontrado infracción.

1.4 Igualdad «formal» o «jurídica» e igualdad «real» o «de oportunidades»

Se suele oponer la igualdad «formal» o «jurídica» a la igualdad «real» o de «oportunidades». Esta contraposición proviene del pensamiento de izquierdas del siglo XIX que, en el contexto de las luchas obreras de la época, criticaba la idea de igualdad estrictamente formal de los códigos civiles entre empleadores y trabajadores, que no captaba la enorme desigualdad de hecho existente entre ellos y el abuso y la explotación de los primeros sobre los segundos. Con el concepto de igualdad real, propuesto como aspiración ideal, se intentaba evocar una situación en la que empleadores y trabajadores mantuvieran una relación más equilibrada y, en general, un orden social en el que, por la decisiva intervención del Estado, los trabajadores tuviesen acceso a los derechos sociales básicos (trabajo, seguros sociales, vivienda, educación, protección de la salud, etc.) La Constitución española vigente, influida en este punto por la italiana, refleja esta diversidad conceptual, recogiendo en el artículo 9.2 CE la igualdad «real y efectiva» de individuos y grupos, y la igualdad general en el artículo 14 CE.

¿Cómo se relacionan actualmente la igualdad de oportunidades del artículo 9.2 CE y la igualdad «formal» del artículo 14 CE? Ya no estamos en el marco del Estado liberal decimonónico, sino en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). De momento, la cláusula de igualdad formal del artículo 14 CE alberga al mismo tiempo una prohibición de discriminación que tiene un efecto intensamente protector de las personas que pertenecen a diversos grupos sociales, lo que casa mal con una idea de igualdad «formal». Si se habla en términos políticos, es correcto contraponer la idea de una igualdad «jurídica», la que se reconoce en la Constitución y en otros textos normativos, frente a la igualdad «real» entre los ciudadanos, que mediría el distinto acceso y disfrute de unos y de otros de los derechos fundamentales y, por tanto, comprobar el grado de sinceridad o aplicación práctica de aquellos textos jurídicos.

Pero desde un punto de vista jurídico preciso, aunque igualdad real e igualdad formal son conceptos diferentes, ubicados en preceptos constitucionales diversos, no cabe contraponerlos: la igualdad real (art. 9.2 CE en relación con los principios rectores del Capítulo Tercero del Título I de la Constitución) implica el establecimiento de diversas diferencias de trato jurídico en favor de ciertos colectivos sociales (indicados por el texto constitucional, como la infancia, la juventud, la tercera edad, los discapacitados físicos y psíquicos, los consumidores, los desempleados, las familias, etc.), en función de criterios de desigualdad no solo jurídicamente razonables y válidos (que enervan cualquier posible discusión sobre la validez de esa diferencia de trato jurídico —si bien puede subsistir la disputa no sobre el «qué», pero sí por el «cómo» y el «cuánto»—), sino, vale decir, especialmente legítimos en cuanto expresamente queridos por el constituyente. Es decir, la igualdad real, en el Estado social, se ubica dentro del esquema conceptual de la igualdad formal: la igualdad «real» es la misma igualdad «formal» cuando entre en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico en favor de grupos sociales en desventaja querido por el constituyente o el legislador. Concurriendo criterios de desigualdad de trato como la infancia, la juventud, la vejez, la carencia de empleo, etc., el juicio de igualdad, esto es, de razonabilidad de las diferencias, se torna más fácil: cuentan a su favor con una presunción constitucional *iuris tantum* de validez.

1.5 La discriminación por indiferenciación

La discriminación por indiferenciación es aquella que se produce cuando se presta un trato jurídico idéntico a dos o más situaciones que son diferentes de

hecho⁷. La vulneración de la igualdad no se produciría en este caso por tratar jurídicamente de modo diverso dos situaciones semejantes desde el punto de vista fáctico, sino por otorgar el mismo régimen jurídico a dos situaciones que son, de hecho, diferentes. La discriminación por indiferenciación no suele reconocerse ni en sede normativa ni en sede judicial. Una excepción es la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que resuelve el caso Thlimmenos contra Grecia, de 6 de abril de 2001, apreciando una discriminación por indiferenciación. El asunto era bastante claro. Al señor Thlimmenos se le impidió legalmente el acceso a la función pública de censor jurado de cuentas porque había sido condenado penalmente con anterioridad; pero lo había sido porque, como testigo de Jehová, se había negado a llevar uniforme militar. El Tribunal sostiene que no hay justificación objetiva y razonable para no tratar al señor Thlimmenos de modo distinto al de otras personas condenadas por delito grave y, por tanto, habría violación del artículo 14 del Convenio de Roma (relativo a la igualdad) en relación con el derecho de libertad religiosa del artículo 9. Sin embargo, la doctrina Thlimmenos no parece estar consolidada en el Tribunal, pues solo la aplicó en el citado asunto para alcanzar una solución justa. Parece tratarse, más bien, de una excepción más que de una regla.

No obstante, aunque no se reconozca de modo expreso, existe una línea de casos, tanto en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo como en la de los tribunales nacionales, incluido nuestro Constitucional, que suponen un reconocimiento implícito de la discriminación por indiferenciación: se trata de los supuestos de la denominada discriminación indirecta o de impacto. Este tipo de discriminación se produce cuando se dispensa un trato jurídico por un criterio aparentemente neutral, no problemático, pero que provoca, en la realidad, por la diferente situación fáctica en la que se encuentran los grupos sociales, un impacto negativo sobre alguno de ellos.

2. IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

La Constitución se refiere a la igualdad en diversos preceptos. Además de los ya mencionados, también alude expresamente a la igualdad, por ejemplo, en el acceso a los cargos y funciones públicas (art. 23.2 CE), o la igualdad entre los cónyuges (art. 32.1 CE) y los hijos (art. 39.2 CE), o entre los españoles en cualquier parte del territorio (art. 139.1 CE), etc. La cláusula general de igualdad se

⁷ Ver: COBREROS, E. (2007): «Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 81, pp. 71-114.

alberga en el artículo 14 CE: «Los españoles son iguales ante la ley». Cualquier violación de este precepto supone, por tanto, una discriminación en sentido amplio prohibida por la Constitución.

Pero el artículo 14 contiene, *in fine*, algo más, incorpora también una prohibición de discriminación por diversas causas o rasgos o motivos específicos: «... sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». La lesión de este precepto provocaría una discriminación en sentido especial prohibida por la Constitución. Es preciso observar que el listado del artículo 14b CE es abierto, no establece un *numerus clausus*, pero alude, expresamente, a diversos rasgos sospechosos de un cierto tipo de discriminación. En palabras del Tribunal Constitucional, esta cláusula «representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5). ¿Por qué el constituyente ha identificado precisamente esos rasgos, el género, la raza, etc. y no otros? La respuesta a esta pregunta es importante porque la Constitución protege más intensamente la prohibición de discriminación por género, raza, etc., que la igualdad en general.

El Derecho de la Unión Europea⁸ establece un marco preciso de garantías frente a las discriminaciones especiales que todos los Estados miembros deben incorporar (en España se ha hecho, sobre todo, por la Ley 62/2003 —se aprovechó, de manera discutible, una Ley de acompañamiento a los Presupuestos— y, respecto del género, por la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres): (a) Los Estados deberán velar porque haya procedimientos judiciales o administrativos e incluso, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, para exigir el cumplimiento de las obligaciones de las Directivas, a disposición de todas las personas que se consideren perjudicadas por la ausencia de aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato. (b) Legitimación procesal de asociaciones. Las Directivas también exigen a los Estados que garanticen que las asociaciones, organizaciones o personas jurídicas con interés legítimo puedan iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo para exigir el cumplimiento de las obligaciones de las Directivas. (c) Carga de la prueba. Como consecuencia de las dificultades inherentes a la obtención de

⁸ AGENCIA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2011): *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo.

pruebas en los casos de discriminación, las Directivas requieren a los Estados que adopten las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación de dicho principio alegue ante un tribunal hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta. La inversión de la carga de la prueba no juega, obviamente, en los procesos penales ni en los casos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente. (d) Protección frente a represalias Los Estados miembros deben también asegurar que las personas que han reclamado o exigido el cumplimiento del principio de igualdad de trato puedan recibir cualquier trato adverso o consecuencia negativa por ello. (e) Las Directivas ordenan a los Estados establecer un régimen de sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas por ellas que deberán ser «efectivas, proporcionadas y disuasorias» y que podrán incluir la indemnización a la víctima. El concepto de sanción «efectiva, proporcionada y disuasoria» fue acuñado en primer lugar por el Tribunal de Justicia en relación con los casos de discriminación por razón de género. Su significado debe determinarse en cada caso concreto, a la luz de las circunstancias individuales que puedan concurrir. (f) El Derecho de la Unión también exige que los Estados miembros designen «organismos» independientes para asistir a las víctimas de discriminación racial o étnica, realicen investigaciones sobre las formas y prevalencia de la discriminación y emitan informes y recomendaciones. Ésta es una garantía particularmente interesante, pero su cumplimiento en España no se ha hecho, en mi opinión, con seriedad.

La prohibición de discriminación especial se refiere solo a aquellos supuestos en los que el criterio o rasgo de diferenciación de trato jurídico es la raza, el origen étnico, el sexo, la religión, la ideología, el nacimiento o cualquier otro que la experiencia histórica evidencie como proclives para configurar una diferencia peyorativa entre las personas, basada en prejuicios gravemente odiosos para la dignidad de la persona. En estos supuestos la diferencia entre grupos sociales conlleva un riesgo muy alto de catalogar a alguno de ellos como inferior, como un no-participante en la vida social. La discriminación opera a partir de una generalización o estereotipo negativo, es decir, un prejuicio, ligado a un grupo, que se adjudica a una persona tan solo por pertenecer a él. De ahí el carácter particularmente odioso de este tipo de discriminaciones. A una persona se la va a despedir, o no contratar, o negar el alquiler de un piso, o echar de una discoteca, etc. tan solo por formar parte de un grupo social determinado, no por lo que ella haya hecho.

La noción de *estereotipo* proviene, precisamente, del mundo de la imprenta: un tipo fijo en metal que sirve para producir múltiples imágenes en materiales porosos y dúctiles (papel, tela, etc.). Los estereotipos proporcionan una visión altamente exagerada de unas pocas características; algunos son inventados, carecen de base real o se muestran verosímiles porque en una pequeña proporción pueden ser reales; en los estereotipos negativos, o prejuicios, las características positivas se omiten o infravaloran, no aportan ninguna información sobre sus causas; no facilitan el cambio y, sobre todo, no tienen en cuenta las diferencias entre individuos del mismo grupo. Los rasgos de pertenencia de estos grupos son, comúnmente, inmodificables por el miembro individual y no dependen de la libre elección del sujeto, de su mérito y trayectoria individual, y suelen ser, además, transparentes, de suerte que, normalmente, se produce una cierta *estigmatización social* por el hecho de la simple pertenencia a un grupo que uno no ha elegido, del que normalmente no se puede salir y cuya pertenencia no se puede ocultar, o sí, pero con el coste de una gestión esquizofrénica de la propia existencia.

Pues bien, el derecho de igualdad en general se satisface si la diferencia de trato es razonable, pero este criterio de la razonabilidad no sirve para las discriminaciones especiales, en las que el control judicial es más riguroso, nada menos que el principio de proporcionalidad. Igualdad general y prohibición de discriminación guardan, en mi opinión, una relación de género a especie: la prohibición de discriminación es una variedad del género igualdad cuando el criterio de desigualdad que concurre es uno de los «sospechosos» (género, etnia, etc.⁹).

La lista del artículo 14 CE menciona expresamente cinco rasgos: el nacimiento, la raza, el sexo, la religión y la opinión. El «nacimiento» se refiere a las distinciones fundadas en la filiación; el Tribunal Constitucional, en la STC 200/2001, relacionando el artículo 14 con lo dispuesto en el artículo 39.1 CE (que proclama la igualdad de todos los hijos con independencia de su filiación) ha afirmado que todas las clases o modalidades de filiación han de tratarse de modo idéntico. Concretamente, el Tribunal falló que vulneraba el artículo 14 y el artículo 39.1 CE el requisito de la Ley de la Seguridad Social que introducía para el acceso a la pensión de orfandad el requisito para los hijos adoptivos (y no así para los naturales) de que el adoptante hubiera sobrevivido como mínimo dos años desde la fecha de la adopción, rechazando la posible justificación, alegada por el Abogado del Estado, de evitar fraudes. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional exhibe algunas otras sentencias interesantes.

⁹ El trabajo de referencia en este punto sigue siendo el de TUSSMAN, J. y TENBROEK, J. (1949): «The equal protection of the laws», *California Law Review*, vol. 3, pp. 341 y ss.

La STC 154/2006 otorgó el amparo en favor de la indemnización del hijo extramatrimonial de un fallecido en accidente de trabajo (la madre carecía de ese derecho por tratarse de una relación *more uxorio*). Esta Sentencia es curiosa porque es una de las pocas decisiones de nuestro Tribunal en la que explícitamente se emplea el concepto de discriminación indirecta o de impacto. Por su parte, la STC 9/2010 falló que la interpretación judicial ordinaria de un testamento de 1927 había lesionado el artículo 14 y el artículo 39.1 CE en la medida en que había excluido a las demandantes del llamamiento a la herencia de su abuelo por su condición de hijas adoptivas. Y finalmente, la STC 171/2012, declaró inconstitucional el artículo 123.3 de la Ley del Parlamento gallego 4/1995, de Derecho Civil de Galicia, porque establecía la obligación de alimentos del cónyuge viudo a costa del usufructo pero solo para los hijos comunes y no también para los hijos que fueran solo del fallecido.

La «religión» y «opinión» apenas son esgrimidas ante los tribunales desde el artículo 14 CE, sino desde su disposición constitucional específica, en el artículo 16 CE; y, por tanto, más desde un enfoque de «libertad» que de «igualdad» o comparación con otras situaciones. La «raza» y el «sexo» serán objeto, por su importancia, de un análisis específico posterior.

Pero, como se indicaba, la lista del artículo 14 CE es una lista abierta. El Tribunal Constitucional ha ido descubriendo en la penumbra de la expresión «otra condición o circunstancia personal o social» diversos rasgos, entre otros:

a) La edad, que se refiere tanto a las personas mayores, como a los menores de edad. El Tribunal Constitucional español ha sostenido en varias sentencias (desde la 22/1981) que la jubilación forzosa no viola el artículo 14 CE, pero siempre que con ella se asegure la finalidad perseguida por la política de empleo. Otro supuesto analizado es el de las limitaciones de edad para acceder a la función pública. Aquí la constitucionalidad depende de las circunstancias de cada caso. Por ejemplo, la STC 75/1983 sostuvo que la imposibilidad de acceder al puesto de interventor de los municipios de Madrid y Barcelona a los mayores de 60 años era conforme a Constitución porque la naturaleza compleja de ese puesto requería cierta estabilidad en quien lo desempeñara; pero en la STC 37/2004 falló que incurría en una discriminación por edad la disposición legal que establecía un límite de edad para acceder a la función pública local. Y la STC 29/2012 ha fallado que la limitación por edad de la ley andaluza para acceder a la policía local sí era conforme a la Constitución porque perseguía ahorrar costes de personal y dotar de estabilidad a la plantilla.

Una serie de casos relativos a discriminación por edad ha tenido que ver con diversas leyes autonómicas de ordenación farmacéutica (STC 63/2011 Castilla-La

Mancha, STC 79/2011 Galicia, STC 113/2011 Aragón, STC 161/2011 Extremadura, STC 78/2012 País Vasco y STC 41/2015 Baleares) que o bien limitaban o bien directamente excluían a los farmacéuticos mayores de sesenta y cinco años del procedimiento para la autorización de apertura de nuevas oficinas de farmacia.

Una Sentencia interesante en este campo es la STC 66/2015, en la que el Tribunal examina si es válida la utilización de la edad (mayores de 55 años) como criterio de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. La empresa, el Instituto valenciano de vivienda alegó dos motivos justificatorios: la permanencia en la empresa de los trabajadores mayores de 55 años obligaría a nuevos procesos de selección y, por tanto, a un incremento de costes de formación y el despido de los trabajadores mayores de 55 años sería la medida menos gravosa para estos trabajadores por hallarse más próximos a la edad de jubilación. Pues bien, el Tribunal Constitucional no encontró válido el primer motivo, pero sí el segundo, aunque bajo ciertas condiciones (se debe asegurar a estos trabajadores despedidos una específica protección social), por lo que no concedió el amparo.

b) La discapacidad, que también será objeto de atención específica más adelante, así como la orientación y la identidad sexuales.

c) La discriminación por circunstancias familiares en el caso de menoscabo de una efectiva conciliación entre la vida privada o familiar y la laboral (un asunto, por cierto, que el Tribunal abordaría mejor, a mi juicio, si lo conectara con la discriminación por género). La STC 26/2011 concede el amparo a un trabajador, padre de dos menores, al que se le había denegado el turno de noche en la residencia de educación especial donde trabajaba. No obstante, esta Sentencia de la Sala Primera contrasta con la de la Sala Segunda, de la misma fecha, la STC 24/2011, que deniega el amparo a una trabajadora a la que se había denegado la adscripción permanente a un turno de mañana que había solicitado por considerarlo más idóneo para el cuidado de su hija. Según el Tribunal, la conciliación estaría condicionada al acuerdo con el empleador o a la negociación colectiva.

d) La enfermedad o estado de salud. La STC 62/2008 ha sostenido, con carácter general, que este rasgo también podría considerarse incluido en la penumbra de la lista abierta del artículo 14 CE, aunque en ese caso concreto (un recurso de amparo de un albañil con enfermedad grave de espalda que fue despedido por su empresa), no encontró vulneración alguna de derechos.

¿Qué contenido tiene la prohibición de discriminación en sentido específico? En gran medida, viene determinado por el Derecho internacional de los derechos

humanos aplicable (sobre todo, los organismos especializados de Naciones Unidas) y del Derecho de la Unión Europea, en particular tres Directivas: la 2000/43, de 29 de junio de 2000, sobre igualdad de trato por origen racial o étnico, la 2000/78, de 27 de noviembre, en relación con la igualdad de trato en el empleo y la 2006/54, de 5 de julio, sobre igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación. A partir de este marco normativo, el derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de algunas causas sospechosas (en el Derecho de la Unión se protegen, sobre todo, seis rasgos: género, etnia/raza, orientación/identidad sexual, edad, discapacidad y religión/convicciones) comprendería, en primer lugar, la igualdad de trato y, en segundo término, la igualdad de oportunidades o mandato o principio de acciones positivas.

2.1 *La igualdad de trato.*

La igualdad de trato abarca la prohibición de los siguientes tipos de discriminación¹⁰:

2.1.1 Discriminación directa o de trato

Una discriminación *directa* se produce cuando una persona es tratada de modo menos favorable que otra en una situación análoga a causa de su género, raza, etc. Una variedad de discriminación directa es el *acoso*, que es toda conducta no deseada en relación con el género, el origen étnico/racial, la discapacidad, etc. que se produce con el propósito o el resultado de violar la dignidad de una persona creando un ambiente intimidante, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Para definir el acoso no basta sólo, por supuesto, la percepción de la víctima; es preciso añadir algún estándar objetivo. Algunas legislaciones europeas no solo prohíben el acoso de los superiores en la empresa, sino que establecen el deber para los empleadores de proteger a sus empleados de la discriminación producida por sus iguales o por terceros.

Las instrucciones para discriminar también deben ser consideradas como conductas discriminatorias directas. Un ejemplo lo proporciona una sentencia de la *Court of Cassation* francesa de 7 de junio de 2005, que estimó como discriminación prohibida la orden dada por un propietario de una vivienda a su gestor inmobiliario para que no arrendara la vivienda a personas con apellidos de «origen extranjero».

¹⁰ Ver: BAMFORTH, N., MALIK, M., O'CONNOR, C. (2008): *Discrimination Law: Theory and Context*, Thomson, London.

2.1.2 Discriminación indirecta o de impacto

Una discriminación *indirecta* se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutrales produce una específica desventaja a las personas según su origen étnico/racial, género, etc. en comparación con otras, salvo que tal disposición, criterio o práctica pueda justificarse por una finalidad legítima y los medios para conseguirla sean apropiados y necesarios. A las discriminaciones indirectas también se las denomina de «impacto» (frente a las discriminaciones directas que lo serían «de trato»), porque, en definitiva, suponen una comparación del distinto impacto que una diferencia jurídica de trato (en principio neutral, es decir no por los rasgos sospechosos especialmente protegidos) produce sobre los miembros del grupo a proteger —minorías étnicas, mujeres, etc.— respecto de los de la mayoría. El concepto de discriminación indirecta es una creación del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos en la Sentencia *Griggs v. Duke Power Company*, de 8 de marzo de 1971.

Se debatía en este caso si era conforme a la Constitución y a la *US Civil Rights Act* (1964) la práctica empresarial de una compañía de electricidad de Carolina del Norte de exigir para la contratación y/o la promoción haber completado los estudios secundarios y/o realizar dos test de inteligencia general, lo cual en la práctica perjudicaba a la comunidad negra. La empresa estaba dividida en cinco departamentos (*labour, coal handling, operations, maintenance* y *laboratory and test*); el de *labour* era el de trabajo más duro y peor pagado. Para ser contratado en los otros departamentos o para promocionar desde el departamento de *labour* se requería el diploma de estudios secundarios o superar un test de inteligencia. Duke Power tenía 95 trabajadores en esa sede de Carolina del Norte, 14 de ellos negros, que trabajaban todos en el área de *labour*. Ellos demandaron a la empresa amparándose en el título VII de la *Civil Rights Act* (1964), que prohibía, entre otras cosas, clasificar a los empleados de cualquier manera, en atención a su raza, color de piel, religión, sexo u origen nacional, que les afectara adversamente en su estatuto como empleado. Las estadísticas revelaban que el 34% de los blancos completaban sus estudios secundarios, por tan solo el 12% de los negros, y que el 58% de los blancos superaban el test de inteligencia utilizados por la empresa frente al 6% de los negros. El Tribunal observó, unánimemente, que estas medidas no tenían que ver con un mejor desempeño del trabajo y, con carácter general, sostuvo que prácticas como esas, «incluso aunque fueran neutrales en su intención» (y no racistas), no pueden mantenerse «si sirven para «congelar» el *statu quo* de anteriores prácticas discriminatorias en el empleo». Hay que mirar «a las consecuencias» de la política empresarial y «no solo a su intención». La empresa alegaba que no pretendía discriminar a los trabajadores negros, pero

falló en demostrar que los requisitos que exigía para contratar al personal fueran necesarios para el trabajo a desempeñar. De modo que si una medida sirve en la práctica para excluir a los negros y no puede demostrarse su utilidad, debe prohibirse.

El propósito inicial del concepto de discriminación indirecta era evitar que empresarios sin escrúpulos evadieran fraudulentamente la prohibición de discriminación por el simple expediente de introducir una prácticamente aparentemente neutral y, por tanto, válida, como pretexto. Las discriminaciones indirectas se producen también incluso aunque el empleador no tenga la intención de discriminar. Es el resultado lo que importa.

Las condiciones de aplicación del concepto de discriminación indirecta son: (a) una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, (b) que afecta de modo sustancialmente más perjudicial o adverso a las mujeres, discapacitados, minorías étnicas, etc. (c) en comparación con otras personas en situación similar (lo cual requiere utilizar datos estadísticos) y (d) que no pueda justificarse objetivamente (por ejemplo, requerir que los pilotos de avión tengan una buena visión podría perjudicar a las personas de mayor edad, pero es una exigencia derivada de la seguridad de los pasajeros).

2.1.3 Discriminaciones erróneas, ocultas y por asociación

A las formas de discriminación mencionadas hay que añadir las discriminaciones «supuestas», «presuntas» o «erróneas», que se basan en una presunción acerca de otra persona que no es fácticamente correcta (por ejemplo, discriminar a una persona por pensar que es lesbiana sin serlo), las «ocultas» (las que disimulan la auténtica voluntad de discriminar, por ejemplo, la negativa a alquilar una vivienda a un gitano que se intenta justificar en que ya ha sido previamente alquilada —sin ser verdad—) y las «discriminaciones por asociación», esto es, las discriminaciones que pueden sufrir algunas personas por su relación con otras de especiales características (por ejemplo, a una mujer se la podría denegar un trabajo porque es la madre de una persona con discapacidad, pensando que, por los cuidados que éste requerirá, faltará mucho al trabajo) No hay que olvidar que la Sentencia del caso *Coleman*, resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 17 de julio de 2008, ha considerado que la discriminación por discapacidad protege también a aquellas personas que, sin estar ellas mismas discapacitadas, sufran discriminación directa o acoso en el empleo por estar vinculadas a una persona discapacitada. En ese supuesto, el Tribunal de Luxemburgo estimó que había habido discriminación laboral en el caso de un despido de una madre que cuidaba a su hijo discapacitado.

2.1.4 Discriminación múltiple

Otra forma de discriminación que puede ser directa o indirecta pero que, en todo caso, supone una violación de la igualdad de es la de discriminación múltiple o interseccional¹¹. El concepto de discriminación múltiple dista de ser claro, pero parece evocar todas aquellas situaciones en las que dos o más factores o rasgos de discriminación interactúan simultáneamente produciendo una forma específica de discriminación. Un ejemplo puede ser el de las mujeres de minorías étnicas, doblemente discriminadas por su género y su etnia, de una manera específica, diferente y más grave, que la que sufren los varones de su mismo grupo étnico. Es decir, se trata de supuestos en los que concurren dos o más rasgos sospechosos configurando una discriminación específica que no sufren ni los miembros del grupo mayoritario, ni (y esto sería realmente lo peculiar del concepto) los miembros de la mayoría del grupo minoritario. En otras palabras, la discriminación múltiple solo debería utilizarse para identificar los casos en los que exista «una minoría (invisible y peor tratada) dentro de la minoría». No es casual, en este sentido, que el concepto haya sido acuñado en la literatura feminista afro-americana de los Estados Unidos en relación precisamente con las mujeres afroamericanas, que sufrirían una discriminación común a la de los varones de la minoría pero también una discriminación por parte de estos.

2.2 La igualdad de oportunidades: acciones positivas y discriminaciones positivas

La igualdad de oportunidades es el mandato a los poderes públicos de que promuevan acciones positivas o tratos jurídicos diferentes y favorables a los ciudadanos en situación de desventaja fáctica¹². Con carácter general, se establece por el artículo 9.2 CE. Definitivamente, habría que poner bajo sospecha la cautelosa definición de «acción positiva» que procede del Derecho de la Unión, como una excepción de la igualdad de trato (entendiendo, erróneamente, que

¹¹ El concepto procede de CRENSHAW, K. (1989): «Demargenalizing the intersection of Race and Sex: a black feminist critique of Antidiscrimination Doctrine», *Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum, pp. 67-139.

¹² Ver: RUIZ MIGUEL, A. (1994): «Discriminación inversa e igualdad», en VALCÁRCEL, A. (comp.): *El concepto de igualdad*, Pablo Iglesias, Madrid, pp. 77-94. GIMÉNEZ GLUCK, D. (1998): *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia. BARRERE UNZUETA, M. (1997): *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid. ELÓSEGUI, M. (2004): «La igualdad de oportunidades», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 3, pp. 411-448.

igualdad de trato significa «identidad de trato»). El artículo 5 de la Directiva de igualdad racial señala que, para asegurar la igualdad real, el principio de igualdad de trato «no impedirá» a los Estados adoptar medidas específicas (a las que denomina en el encabezamiento de ese artículo «acciones positivas») para prevenir o compensar las desventajas fácticas que padezcan las minorías. Esto es evidente: por supuesto que la igualdad no podrá impedir las acciones positivas que precisamente buscan asegurar esa igualdad. Al revés. La igualdad de trato reclama, como complemento, la igualdad de oportunidades. Igualdad de trato y de oportunidades son dos caras de una misma moneda y no una regla y su excepción. Por eso, el concepto de acción positiva se identifica con la adopción de medidas específicas a favor de los colectivos que comparten un rasgo sospechoso, como las mujeres, las personas con discapacidad o las minorías étnicas, con el objetivo de luchar contra la desigualdad material que dicho colectivo padece en la sociedad, sin que ello suponga excepción alguna al principio de igualdad de trato, sino su refuerzo.

Un concepto diferente al de «acción positiva» es el de «discriminación positiva o inversa», que se refiere a un trato jurídico diferente y favorable a los miembros de un grupo fácticamente desaventajado que (a diferencia de las acciones positivas) simétricamente produce un trato jurídico *concreto* diferente y peor a uno o varios miembros del grupo mayoritario. Las discriminaciones positivas suelen adoptar las formas de reglas de preferencia (por discapacidad, género, étnica, etc.) o cuotas. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, algunas cuotas o reglas de preferencia sí son admisibles y otras no. En la medida en que las discriminaciones positivas pueden limitar derechos fundamentales de personas del grupo mayoritario, su adopción ha de ser cautelosa y respetar garantías como su reconocimiento mediante la ley, su transitoriedad, su carácter excepcional, y, sobre todo, su proporcionalidad. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión debutó en este punto de forma polémica con la Sentencia Kalanke, de 17 de octubre de 1995, que consideró contraria al Derecho Comunitario la adopción de reglas automáticas de preferencia de género.

El conflicto derivaba de la provisión del puesto de jefe de sección del servicio de parques y jardines de la ciudad alemana de Bremen. Se presentaron los ingenieros Kalanke (varón) y Glissman (mujer). El artículo 4 de la ley del land de Bremen relativa a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en la función pública establecía que al efectuar una selección de funcionarios (acceso y promoción) tendrían preferencia las mujeres frente a los varones con la misma capacitación en aquellos sectores en las que estén infrarrepresentadas (esto es, cuando en la categoría de personal de un determinado servicio las mujeres no cubren, al

menos, la mitad de los puestos). El órgano alemán de selección aplicó esta norma y dio la plaza a la Sra. Glissman y el Sr. Kalanke recurrió ante el tribunal de trabajo alegando que tenía una capacitación superior y que el sistema de cuotas era contrario a la Constitución alemana. Esta reclamación no prospera en la instancia y llega al Tribunal Federal Superior de Trabajo, que plantea al TJ de la Unión cuestión prejudicial, esto es, la duda de la compatibilidad de la ley alemana con la Directiva 76/207 (antecedente de la actual Directiva 2006/54). El TJ, sin demasiada argumentación, concluye que una regulación como la alemana según la cual en una promoción las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo. Sólo apunta, finalmente, un argumento: la norma alemana no es una medida de igualdad de oportunidades, sino de resultado.

El Tribunal de Justicia ha matizado la doctrina Kalanke en diversas sentencias posteriores, empezando por la que resuelve el caso Marschall, de 11 de noviembre de 1997. En esa decisión, consideró que las reglas de preferencia de género no automáticas sí son conformes con el Derecho europeo.

En este supuesto (también suscitado en Alemania, aunque en otro Land, Nordrhein-Westfalia y también planteado por un varón que se siente agraviado), el recurrente, profesor, no logra un ascenso porque, en aplicación del artículo 25.5 de la Ley de Función Pública del Land («cuando en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor»), ascienden a una compañera mujer que tenía igual capacidad que él. Es un caso semejante a Kalanke, pero no idéntico porque la cuota no es automática en el caso de infrarrepresentación, sino que existe una «cláusula de apertura»: se establece una regla de preferencia a favor de las mujeres, pero pueden concurrir motivos en la persona de un candidato que inclinen finalmente la balanza a su favor. El Tribunal entiende por ello que no viola el principio de igualdad de trato de la Directiva 76/207. Constata que, incluso en el caso de igual capacitación entre candidatos de diversos sexos, existe la tendencia a promover con preferencia a los hombres debido a determinados prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y la capacidad de las mujeres en la vida activa, del tipo, por ejemplo, de temor a que las mujeres interrumpen más frecuentemente su carrera, o a que, debido a las tareas del hogar y familiares organicen su jornada laboral de forma menos flexible o que se ausenten por embarazos, partos y lactancia. Por esta razón, el hecho de que dos candidatos de

distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades. De ahí que una norma como la alemana sea una medida legítima de igualdad de oportunidades (art. 2.4 Directiva) porque puede contribuir a servir de contrapeso a los efectos perjudiciales para las mujeres derivados de las actitudes y comportamientos descritos y a reducir de esa forma las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social. El artículo 2.4 (igualdad de oportunidades) tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social; entre otras, autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres.

3. DISCRIMINACIÓN POR SEXO/GÉNERO

3.1 *Situación del problema y marco normativo*

La discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido (desde la simple y brutal violencia hasta los más sutiles comportamientos falsamente protectores —se trata mejor a las mujeres porque se las considera más débiles—), la que afecta al mayor número de personas (las mujeres no son una minoría, sino la mayoría) y la más primaria, porque siempre se añade a las demás discriminaciones¹³.

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

¹³ La literatura española sobre discriminación por género es abundantísima. Me cupo el honor de inaugurarla con una monografía que resultó de la lección con la que obtuve la plaza de profesor titular de la Universidad de Valladolid en 1995: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Ed. McGraw-Hill, Madrid. Es casi imposible seleccionar por completo los autores de Derecho Constitucional que se han venido ocupando con gran finura de este tema. Entre ellos, sin duda, cabe citar a P. BIGLINO, E. CARMONA, M.^a L. BALAGUER, J. SEVILLA, M. MACÍAS, E. ARANDA, A. ELVIRA, O. SALAZAR, M. L. MARTÍNEZ ALARCÓN, etc.

del individuo, mientras que la idea de «género» remite a la construcción cultural que asignaría diferentes funciones naturales y sociales a hombres y mujeres. El tradicional modelo machista o de patriarcado reserva a los varones los espacios públicos de la existencia: la política, la toma de decisiones, el trabajo extradoméstico, etc. y a las mujeres, los espacios privados, los domésticos, los de cuidado de las personas. A los varones les correspondería la *producción* y a las mujeres la *reproducción*. De ahí que la discriminación se produzca no por el sexo, sino por esta particular ideología de género. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, las nociones de «sexo» y de «género» son empleadas de modo intercambiable; esto es, en mi opinión, correcto, siempre que se tenga en cuenta la acotación conceptual mencionada.

El derecho a no sufrir discriminación por razón de género se reconoce ampliamente en el derecho internacional de los derechos humanos vigente en el ordenamiento español. Empezando por el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 (ratificada por España el 5 de enero de 1984), prevé, incluso, un Comité de seguimiento del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Convención. Hay que recordar también la IV Conferencia Mundial de Mujeres, celebrada en Pekín en 1995.

En el marco de la Unión Europea, el Tratado de Roma de 1957 incluía el principio de igual remuneración entre mujeres y hombres por el mismo trabajo, y, a partir de él se fueron aprobando diversas directivas, la más importante de las cuales es la Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. La igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres también constituye un valor fundamental de la Unión Europea (UE), recogido en los artículos 8, 153 y 157 del Tratado de Funcionamiento de la UE y en los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales. El artículo 19 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea establece que, «sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». En desarrollo de este artículo se ha extendido la protección frente a la discriminación por razón de género más allá del empleo y la ocupación. Toda esta legislación

europea ha venido acompañada de distintos planes o documentos estratégicos, entre los que cabe destacar la Carta Europea de la Mujer o el Pacto Europeo de la Igualdad de Género (2011-2020).

Por su parte, el derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) cuenta con un importante desarrollo normativo en nuestro país, desde la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, hasta la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. También se han sucedido diversos planes de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres estatales, por no hablar de los autonómicos e incluso locales; así como de los planes contra la violencia de género y sobre trata de seres humanos con fines de explotación sexual.

Sin embargo, la realidad de la discriminación de género sigue siendo muy tozuda en España. En el ámbito del empleo, los datos estadísticos muestran que, pese a los innegables avances, las mujeres participan menos en el mercado de trabajo que los hombres; sufren mayor tasa de desempleo, cobran menos que los varones por trabajos de igual valor; están expuestas a la segregación horizontal (el trabajo femenino se concentra en ocupaciones tradicionalmente atribuidas a ellas) y vertical (las mujeres apenas ocupan los puestos directivos, ni en la empresa privada ni en el sector público); sus trabajos son los más precarios y temporales (lo que, de paso, las dificulta el acceso a una pensión en el futuro); están expuestas al acoso por razón de sexo y al acoso sexual en el ámbito laboral (por jefes, compañeros y clientes); y son ellas las únicas que concilian porque son casi las únicas que solicitan medidas como los permisos de maternidad, excedencia para el cuidado de personas, etc. En relación con la educación, aunque hay en España más tituladas superiores que titulados, la presencia de mujeres en carreras técnicas es sensiblemente inferior, frente a estudios feminizados (educación, enfermería, etc. —de nuevo, las mujeres como cuidadoras—); los niveles más altos del escalafón docente y los puestos directivos son ocupados abrumadoramente por varones, etc. Tampoco la presencia de las mujeres en los puestos de decisión políticos está equilibrada —a pesar de las normas— respecto de los varones. Un ámbito particularmente relevante de la lucha contra la discriminación de género es el de la violencia que sufren las mujeres. Se trata de un fenómeno muy extendido, que adopta diversas formas (violencia doméstica, laboral, sexual, etc.). El ordenamiento español, sobre todo tras la LO 1/2004, ofrece una respuesta potente e innovadora del problema, pero las cifras de violencia siguen siendo altas e inadmisibles.

3.2 *Jurisprudencia relevante*

El Tribunal Constitucional español ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la prohibición de discriminación por razón de género en numerosas ocasiones; claramente, el «sexo» es el rasgo que más sentencias ha originado con mucha diferencia. El Tribunal ha considerado como discriminaciones directas, prohibidas por la Constitución, por ejemplo, medidas como las denominadas «cláusulas de celibato», es decir, las normas que suspendían el contrato de trabajo para el personal femenino al contraer matrimonio (se referían a Telefónica: STC 7/1983 y posteriores), o las numerosas discriminaciones por razón de embarazo [el Tribunal mantiene en este punto una tendencia inequívocamente garantista, pues ha extendido la protección de la trabajadora embarazada no solo a los despidos (por todas: STC 136/1996), sino incluso, al periodo de prueba —STC 166/1988—, a la no renovación del contrato de trabajo —STC 173/1994—, a las funcionarias interinas —STC 20/2001—, a las discriminaciones ocultas —por ejemplo, en la Sentencia 98/2003 el Tribunal estimó el amparo presentado por una trabajadora que ocupaba la jefatura de la secretaría de un consejero regional pues fue cesada formalmente por «errores e incumplimientos en el desempeño de sus funciones» pero, en realidad, por haberse quedado embarazada—] Las últimas Sentencias relativas a la protección de la trabajadora embarazada son la STC 162/2016, en la que el Tribunal otorga el amparo a una magistrada a quien se niega los derechos económicos y profesionales inherentes al cargo por no haber podido tomar posesión de la plaza al disponer de licencia por embarazo; y la STC 2/2017, donde también se dispensa el amparo a una trabajadora a la que, con posterioridad a su embarazo y maternidad, se le impide ejercer su derecho preferente de modificación de las condiciones laborales reconocido por convenio.

En casos de discriminación, se invierte la carga de la prueba, esto es, corresponde a la trabajadora acreditar la existencia de indicios de que ha sufrido la discriminación, pero es el empleador quien debe probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable su decisión y destruir así la sospecha de lesión constitucional generada por los indicios.

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

En esta última Sentencia el Tribunal concede el amparo a la recurrente, estimando su pretensión de ocupar en igualdad con los trabajadores varones una plaza de ayudante minero en HUNOSA, que le había sido denegada por la empresa (en aplicación del artículo 1 del Decreto citado), a pesar de haber superado la prueba de admisión. Tanto la Sentencia laboral de instancia como la de suplicación habían considerado que la prohibición del trabajo de las mujeres en las minas era conforme con el artículo 14 CE en la medida en que se trataba de una norma protectora de las mujeres. Pero el Tribunal no lo entiende así; dicha prohibición, aunque responde históricamente a una finalidad tuitiva, evitar la sobreexplotación del trabajo femenino, no es una medida de acción positiva o de apoyo para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que no favorece el trabajo de las mujeres, sino que le restringe. En efecto, «hay que vigilar con particular reserva (y periódicamente)» las medidas protectoras pues pueden basarse, realmente, en prejuicios infundados que responden a una «división sexista del trabajo» o bien que por las mejoras en las condiciones de trabajo, como ha ocurrido en las minas, han perdido su razón de ser. En el caso, la Sentencia señala como prejuicio sexista en presencia el de la menor fortaleza física de la mujer respecto del hombre; un estereotipo que más que reforzar una diferencia «real, natural o biológica», limita o perjudica a la mujer en el mercado de trabajo.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 224/1999 tiene el mérito de haber configurado por primera vez el acoso sexual como una forma de discriminación sexual (así como una violación del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE). Para que pueda apreciarse un acoso sexual el Tribunal exige «una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado en actos, gestos o palabras», comportamiento «que se perciba como indeseado e indeseable por su víctima» y que «sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato».

Un caso de discriminación directa resuelto de manera discutible es el de la Sentencia 126/1997, que va a declarar no contraria al artículo 14 CE una no negada discriminación directa, la regla de la preferencia del varón sobre la mujer en el orden regular de las transmisiones hereditarias de los títulos nobiliarios (contenida en la Partida 2.15.2, en vigor). Más exactamente, el TC estima que no es de aplicación en este caso el típico examen judicial estricto sobre cualquier posible discriminación sexual, pues «admitida la constitucionalidad de los títulos nobiliarios por su naturaleza meramente honorífica y la finalidad de mantener vivo el recuerdo histórico al que deben su otorgamiento, no cabe entender que un determinado elemento de dicha institución —el régimen de su transmisión *mortis causa*— haya de apartarse de las determinaciones establecidas en la Real

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

El Tribunal Constitucional incorporó en nuestro ordenamiento el concepto de discriminación indirecta en la STC 145/1991. Las recurrentes en amparo eran limpiadoras de un hospital público que pedían el mismo salario que los peones, pues venían realizando igual trabajo y, sin embargo, percibían, según convenio colectivo, inferior sueldo. El Tribunal les otorga el amparo porque no le satisface la justificación de la razonabilidad de la diferencia entre las categorías de «peones» y de «limpiadoras» que había estimado el órgano judicial ordinario (la mayor penosidad y esfuerzo físico que caracteriza a la figura de peón). Este criterio, afirma la Sentencia, es «una premisa no demostrada... que otorga mayor valor injustificadamente a una cualidad predominantemente masculina, desconociendo otras características del trabajo (atención, cuidado, responsabilidad, etc.) más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos». La misma denominación de «limpiadoras» es calificada por el Tribunal de discriminatoria.

El Tribunal ha empleado la noción de discriminación indirecta en varias ocasiones, con motivo de si han de considerarse de igual valor los trabajos desempeñados preferentemente por mujeres respecto de los trabajos, mejor retribuidos, realizados preferentemente por hombres. Por ejemplo, en la STC 58/1994, consideró que era discriminatorio que las empleadas de las secciones de envasado y expedición de una empresa, a pesar de ostentar categorías profesionales superiores o equivalentes a las de sus compañeros de las mismas secciones, percibieran una retribución mensual sensiblemente inferior. El Tribunal

apreció una discriminación prohibida pues el empleador no justificó suficientemente la diferencia de trabajos entre hombres y mujeres en orden a concederles una retribución distinta y, además, el único criterio de diferencia que mencionó fue el del «mayor esfuerzo físico» de los varones, criterio que, formulado aisladamente, es sexista.

Es interesante también la STC de 22 de marzo de 1999, que concedió el amparo a un sindicato porque el Tribunal Superior de Justicia que conocía de un proceso en el que se discutía la política de contratación casi exclusivamente en favor de varones de una empresa (Fasa-Renault), se negó a incorporar al proceso ciertos documentos que hubieran acreditado indicios suficientes de discriminación (por ejemplo, en un año Fasa contrató 120 varones y ninguna mujer) y hubieran permitido, en ese caso invertir la carga de la prueba, correspondiendo a la empresa probar que su política de contratación era objetiva y ajena a toda intención discriminatoria. A partir de esta decisión, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 4 de mayo de 2000, estimó la pretensión del sindicato declarando que la empresa habría incurrido en una conducta discriminatoria indirecta en su política de contratación ya que la empresa no aportó una justificación objetiva y razonable de por qué exigía el título de Formación Profesional-2 para realizar unas funciones que no requerían tan formación, siendo «desproporcionado y perjudicial para el colectivo femenino que por razones socio-económicas no suele poseer tan título». Por su similitud, esta Sentencia bien podría calificarse como la Sentencia «Griggs» española. Otra línea jurisprudencial interesante es la abierta por la STC 61/2013 (y concordantes) en la que el Tribunal, utilizando el concepto de discriminación indirecta, declara inconstitucional la disposición adicional séptima de la Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994) porque para determinar los periodos de cotización de las prestaciones de la seguridad social se computaban únicamente las horas trabajadas, de modo que se perjudicaba a las trabajadoras a tiempo parcial.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido abundante también por lo que se refiere a la igualdad de oportunidades. De hecho, incorpora el concepto de «acción positiva» en la STC 128/1987. El actor, un varón que no obtendrá éxito finalmente en su pretensión, recurre en amparo por entender que era discriminatorio el distinto régimen de prestaciones en concepto de guardería otorgado por su empleador, el INSALUD: mientras que todas las trabajadoras con hijos menores de seis años, e independientemente de su estado civil, tenían derecho a percibir una prestación por guardería, este derecho se atribuía únicamente a los trabajadores varones con hijos menores de seis años que fueran viudos.

El Tribunal comienza constatando estadísticamente las dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo. Esta situación de discriminación se ha intentado paliar en el orden laboral con numerosas medidas de finalidad protectora. Pero, según el Tribunal, habría que distinguir dichas medidas según sean (a) falsamente protectoras porque perpetúan y reproducen en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina, o (b) verdaderamente remediadoras o compensadoras, auténticas «medidas de acción positiva» en favor de la igualdad de las mujeres, que sí son legítimas en el Estado social y democrático de derecho para lograr la efectividad de valores constitucionales como la justicia y la igualdad: «La actuación de los poderes públicos para remediar la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y cabe afirmar ahora, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellas un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas».

El test de la medida paternalista/compensadora, aplicado al caso, lleva al Tribunal a considerar conforme a Constitución el plus de guardería concedido solo a las trabajadoras (y a los trabajadores viudos). Otra medida de acción positiva reconocida por el Tribunal ha sido el permiso de lactancia concedido solo a las trabajadoras (STC 109/1993 –aunque en la actualidad se concede a los dos padres). Y, entre las medidas que el Tribunal declara paternalistas o falsamente protectoras, se hallan la norma de un convenio colectivo que otorgaba a las auxiliares de vuelo mayores de treinta y cinco años y menores de cuarenta (pero no a sus compañeros varones) el derecho de retiro anticipado (STC 207/1987); el convenio colectivo de Telefónica que concedía un plus de transporte nocturno solo a sus trabajadoras (STC 28/1992); la norma pre-constitucional que otorgaba a ciertas trabajadoras el derecho a una indemnización por ruptura del contrato de trabajo a consecuencia de su matrimonio (STC 317/1994).

Dentro de la jurisprudencia, resultan de interés, por último, dos tipos de decisiones, una relativa a las listas electorales equilibradas en cuanto al género, y la otra atinente a la violencia de género doméstica. La STC 12/2008 versa sobre la composición equilibrada de mujeres y hombres en listas electorales. El Tribunal se enfrenta a un caso claro de igualdad de oportunidades (aunque formalmente, como veremos, la medida controvertida era exquisitamente neutral en cuanto al sexo), pero ya no se apoyará en la doctrina compensatoria de la

Sentencia 128/1987, sino directamente en el artículo 9.2 CE (que ordena a los poderes públicos promover la igualdad real y efectiva).

La Sentencia resuelve la impugnación de la disposición adicional segunda de la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que introdujo un nuevo artículo en la LOREG, el artículo 44 bis, según el cual las candidaturas de las elecciones al Congreso, las Asambleas territoriales, el Parlamento europeo y los entes locales deberán tener una «composición equilibrada» de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el 40%. Esta proporción (que podrá ser mayor en las listas autonómicas) deberá mantenerse en cada tramo de 5 puestos y en las listas de suplentes. La regla no será exigible en los municipios con 3000 habitantes o menos (art. 187.2 LOREG). El Tribunal sostiene que la medida impugnada no establece una medida de discriminación inversa o compensatoria (favoreciendo a un sexo sobre otro), sino una fórmula de equilibrio entre sexos, que tampoco es estrictamente paritaria, en cuanto no impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino una proporción máxima de 60 a 40%. Su efecto es, pues, bidireccional en cuanto que esa proporción se asegura igualmente a uno y otro sexo. Por otro lado, el nuevo requisito tiene como destinatarios directos a los partidos, coaliciones y agrupaciones de electores (se plantea, sobre todo, en el ámbito del artículo 6 CE y 9.2 CE) y no a los ciudadanos: no es una condición de elegibilidad, por lo que no afecta al derecho de sufragio pasivo individual (no afecta directamente al artículo 23 CE) Evidentemente, aquí está el punto clave de la Sentencia, ya que se muestra el campo interpretativo en el que va a operar (no en el de los derechos fundamentales, sino en el campo de los principios de organización electoral). El Tribunal considera que la medida es adecuada al mandato de igualdad real y efectiva del artículo 9.2 CE, «toda vez que los partidos políticos, como asociaciones cualificadas por sus funciones constitucionales (sujetos que concurren a la manifestación y formación de la voluntad popular) son cauce válido para el logro de la sustantivación de la igualdad propugnada por el artículo 9.2 CE».

Declarada la conformidad de la norma impugnada con el derecho de igualdad, el Tribunal pasa a examinar otros aspectos problemáticos, empezando por la libertad de presentación de candidaturas por los partidos. La Sentencia observa que no es, ni puede ser, absoluta. Ya el legislador, en atención a otros valores y bienes constitucionales, ha limitado esta libertad imponiendo a los partidos determinadas condiciones para la confección de las candidaturas: elegibilidad de los candidatos, residencia, listas cerradas y bloqueadas. Esta nueva limitación por razón del sexo no es la única ni carece, por lo que acaba de verse, de fundamento constitucional. Esta constricción es perfectamente constitucional porque

(1) Ni siquiera esa libertad es un derecho fundamental, sino una atribución, implícita en la Constitución (art. 6 CE). (2) Es legítima (por el fin de conseguir la igualdad efectiva en el terreno de la participación política: artículos 9.2, 14 y 23 CE). (3) Es razonable el régimen instrumentado por el legislador que se limita a exigir una composición equilibrada con un mínimo del 40%, con excepciones para poblaciones de menos de 3.000 habitantes y de 5.000 para las elecciones municipales anteriores a 2011 (4) Es inocua para los derechos fundamentales de quienes siendo sus destinatarios, los partidos políticos, no son, por definición, titulares de los derechos fundamentales de sufragio activo y pasivo.

Respecto de la compatibilidad de esta medida con el derecho fundamental de asociación, el Tribunal afirma que normativa cuestionada no atañe a la vertiente individual del derecho fundamental, por lo que se debe descartar que produzca intromisión en la libertad positiva (libertad de creación de asociaciones o de adscripción a una ya creada) o en la negativa (libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a alguna), o en la dimensión «inter privados» (garantía de un haz de facultades a los asociados frente a las asociaciones a las que pertenezcan o pretendan incorporarse). Tampoco afecta a la libertad relativa a la organización y funcionamiento internos, dado que «no versa sobre ninguna faceta de la vida interna ordinaria de los partidos políticos». De modo que, a juicio del Tribunal, ninguna de las cuatro dimensiones de la libertad de asociación se ve afectada

La Sentencia completa su razonamiento sosteniendo que tampoco se ve afectada la libertad ideológica y de expresión de los partidos [arts. 16.1 y 20.1.a)] porque no lesiona la ideología feminista, que puede seguir existiendo, solo que no podrá hacer «testimonio feminista» con la presentación de listas integradas solo por mujeres. En el nuevo contexto normativo, afirma el Tribunal, es ya innecesario compensar la mayor presencia masculina con candidaturas exclusivamente femeninas por la sencilla razón de que aquel desequilibrio histórico deviene un imposible. La norma no impide la existencia de partidos con una ideología contraria (machista o feminista) a la igualdad efectiva entre los ciudadanos. De ser así la medida sería inconstitucional, ya que en nuestro sistema no tiene cabida un modelo de «democracia militante» que imponga la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. La medida no implica la exigencia de que los partidos participen de los valores sobre los que se sustenta la llamada democracia paritaria. Además, los partidos que no compartan esta medida, podrán modificarla en el futuro. 3.

Por último, considera el Tribunal que tampoco se fragmenta el cuerpo electoral, ni se quiebra la unidad de la categoría de ciudadano ni se disuelve el interés general en un conjunto de intereses parciales o por categorías. El principio de composición equilibrada se asienta sobre un criterio natural y universal,

como es el sexo. Esto no supone la creación de vínculos especiales entre electores y elegibles, ni la compartimentación del cuerpo electoral en función del sexo. No cabe atender el argumento de los recurrentes de que el requisito de la paridad perjudica a la unidad del pueblo soberano: el cuerpo electoral no se confunde con el titular de la soberanía (el pueblo español), aunque su voluntad se exprese a través de él.

La doctrina de la Sentencia 12/2008 se viene a reproducir más tarde en la Sentencia 13/2009, de 19 de enero, aunque en este último caso hay interesantes matices diferenciales. El primero es que no solo se refiere al sistema electoral, sino también a la función pública y el segundo es que, en materia electoral, la disposición impugnada fijaba una representación mínima en las listas de candidatos electorales de mujeres del 50% y de hombres del 40%.

Veamos ambos aspectos. En cuanto al primero, el Tribunal examina tres asuntos. La Ley vasca impugnada ordenaba, en primer lugar, a la Administración seguir la valoración del cumplimiento del mandato de una representación equilibrada (entendiendo por tal un porcentaje por género indistinto del 60/40%) en la composición de todos los órganos de la Administración (el Tribunal no lo considera inconstitucional porque se trata tan solo de un mandato, no de una regla); en segundo lugar, establecía que los miembros de los órganos encargados de los procesos de acceso, provisión y promoción en el empleo público de la Comunidad Autónoma vasca también respetaran esa composición equilibrada (la Sentencia tampoco lo considera inconstitucional porque los miembros de tales órganos deben reunir los requisitos de mérito y capacidad y porque esta regla se puede excepcionar si se justifica debidamente su no pertinencia); y, por último, se estipulaba que los jurados de premios y de adquisición de fondos culturales y/o artísticos también fueran equilibrados (lo cual, como es obvio, tampoco ha sido estimado inconstitucional).

En relación con el sistema electoral del Parlamento vasco y de las instituciones forales, la Ley impugnada establecía que las listas de candidatos estuvieran integradas por, al menos, un 50% de mujeres (en el conjunto de cada lista y en cada tramo de seis nombres). El Tribunal considera, en primer término, que esta disposición no vulnera lo dispuesto en la normativa básica estatal, que exige la presencia de un 40% de mujeres o de hombres, pero que permite «incrementos autonómicos». Es más, la disposición vasca es razonable porque, leída conjuntamente con la estatal, se garantiza que como mínimo el 40% de los candidatos sean varones. Ciertamente, la disposición impugnada determina que la presencia mínima de hombres en las listas electorales sea del 40% y la de las mujeres del 50%, pero el Tribunal encuentra esta diferencia plenamente justificada por dos razones: (1.^a) con ella se pretende corregir una situación histórica de discri-

minación de las mujeres en la vida pública; y (2.^a) la medida es adecuada porque no comporta un sacrificio innecesario de derechos fundamentales: ni la diferencia de porcentaje es excesiva, ni está en cuestión alguna un derecho de los hombres o de los partidos políticos.

Por último, es interesante la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional respecto de la redacción que el artículo 37 de la Ley orgánica de violencia ha dado al artículo 153.1 del Código Penal, fallando, desde la STC 59/2008, que la norma penal que castiga más a los hombres cuando maltraten a sus mujeres o ex-mujeres que a las mujeres cuando maltraten a sus parejas varones es conforme con la Constitución. Concretamente, la pena para el varón que, de cualquier modo, cause menoscabo psíquico o lesión (que no fueran constitutivos de delitos) o golpear o maltratar (sin causar lesión) a la esposa o pareja con la que conviva será de seis meses a un año de prisión, mientras que si la víctima es el hombre y la ofensora la mujer, la pena será de tres meses a un año. La diferencia está, pues, en esos tres meses del límite mínimo de la prisión. La duda de adecuación a la Constitución de esta norma (art. 153.1 Código Penal) se centraba en si ese diferente trato penal lesionaba o no el principio de igualdad constitucional entre mujeres y hombres. ¿Cómo ha argumentado el Tribunal?: (1.º) Ha constatado que, en general, el legislador penal tiene una amplia libertad para determinar delitos y penas y que el Tribunal Constitucional debe contenerse a la hora de valorar la política criminal establecida por las Cortes, ciñéndose solo a los notorios excesos del marco constitucional. (2.º) Ha sostenido que la diferencia de trato establecida por la norma penal es razonable, por tres motivos: (a) Persigue una finalidad legítima, prevenir las agresiones que en el ámbito de las relaciones de pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer. Se trata de luchar contra la violencia de género: «no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad». (b) Es una norma adecuada a esa finalidad legítima, por dos motivos: primero, la frecuencia de los delitos de violencia en que la víctima es la mujer, lo que demuestra la mayor necesidad objetiva de protección de ésta; segundo, el mayor desvalor (o gravedad) de este tipo de conductas porque «manifiestan la discriminación y la relación de poder de los hombres sobre las mujeres». Hay aquí una violencia peculiar, que merece un mayor reproche, ya que atenta contra la dignidad, seguridad y libertad de las víctimas de un modo más intenso. (c) Es una norma proporcionada o medida porque la diferencia de trato es escasa (sólo esos tres meses del límite mínimo de la prisión a imponer).

A la Sentencia le acompañan cuatro votos discrepantes. Casi todos coinciden en dos ideas: (1.^a) La norma penal examinada se funda en la idea (que no comparten) del mayor desvalor de las agresiones de los hombres sobre las mujeres que las de las mujeres sobre los hombres. Esta idea revela una añeja y superada concepción de la mujer como sexo débil. (2.^a) La Sentencia es «interpretativa», es decir, acepta la constitucionalidad de la ley, pero solo si se entiende que en las agresiones se produce una situación de discriminación o de relación de poder del hombre sobre la mujer, lo cual, sin embargo, ni se hace constar expresamente en el fallo, ni siempre se producirá en la práctica, lo cual provoca inseguridad jurídica en la aplicación por los jueces de la norma (esto es especialmente peligroso en relación con las normas penales).

4. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ETNIA/RAZA

El artículo 14 CE prohíbe la discriminación por motivo de «raza¹⁴». Se impone un breve apunte terminológico. Existe acuerdo en que el concepto de raza ni es científico, ni es ideológicamente aséptico. Pero aunque sea dudoso que haya «razas», lo que sí existe son discriminaciones motivadas por la creencia errónea de que sí hay razas y (lo que es, obviamente, peor) de que unas son superiores a otras. En otras palabras, no hay razas dentro del género humano, pero sí hay discriminaciones raciales. Este tipo de discriminación sería una variedad de las discriminaciones étnicas, esto es, de los tratos diferentes y peores, basados en prejuicios, dispensados a miembros de una comunidad cultural determinada, minoritaria en el seno de una sociedad.

La discriminación étnico/racial es un fenómeno ampliamente arraigado en la sociedad española, aunque no existe percepción de ello (a este fenómeno lo he denominado «neo-racismo» o «racismo líquido¹⁵»). La comunidad gitana española es la minoría étnica de mayor arraigo histórico, de perfiles culturales más marcados, una de las más numerosas (no hay datos fiables, pero se estima superior a 600.000 miembros en España) y la más discriminada socialmente.

La prohibición de discriminación étnico/racial cuenta con un abundante marco normativo, internacional y nacional. Desde el punto de vista internacio-

¹⁴ También sobre este rasgo he tenido el honor de inaugurar línea de investigación en el seno de los constitucionalistas españoles. Pero, a diferencia de lo que ocurre con el género, aquí apenas se ha suscitado movimiento doctrinal. Los estudios sobre discriminación étnico/racial entre nuestros constitucionalistas son prácticamente inexistentes, con la excepción de los denominados «delitos de odio», que, obviamente, incluyen el odio racial.

¹⁵ «Racismo líquido», *Claves de la Razón práctica* (2014), n. 237, pp. 88-95.

nal, nuestro país ha ratificado diversos tratados de Naciones Unidas (entre el que destaca la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), del Consejo de Europa y, por supuesto, le son aplicables las disposiciones aplicables de la Unión Europea, en particular la cláusula antidiscriminatoria del artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales y la Directiva 2000/43 CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico, así como la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo, y la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal. En el ámbito estatal, la prohibición de discriminación racial se consagra expresamente en el artículo 14 de la Constitución española y se ha desarrollado la Directiva antes mencionada mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (en cuya virtud se ha creado el Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico —RD 1262/2007, de 21 de septiembre—. La disposición constitucional halla concreción en diversos escenarios, como el de las relaciones de trabajo [artículo 14.i) de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público y artículo 4.2.a) del Real Decreto Legislativo 1/1995, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores], el deporte (Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte) y, por supuesto, en el ámbito penal. El artículo 22.4 del Código Penal contempla la agravante genérica de la motivación racista, antisemita o con base en otra clase de discriminación referente a la etnia, raza o nación de origen de la víctima en la comisión de los delitos. Y se recogen como delitos específicos la discriminación en el empleo (art. 314), la provocación a la discriminación por motivos racistas (art. 510), denegación de prestación a la que se tenga derecho por pertenencia a una etnia, raza u origen nacional, tanto por parte de los encargados de servicios públicos como por asociaciones, fundaciones u otros (art. 511), denegación de prestaciones cometida en el ejercicio de actividades profesionales o empresariales (art. 512) y el artículo 515 permite declarar ilegales las asociaciones que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra las personas, grupos o asociaciones por razón de la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, o inciten a ello. La discriminación racial también se prohíbe explícitamente en la legislación relativa a la extranjería. El artículo 23 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros

en España y su integración social, califica como discriminatorio todo acto que «directa o indirectamente conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones o prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural». La prohibición de discriminación étnico/racial se garantiza en el ordenamiento español, a través de diversas instituciones, algunas de ellas incluso específicas, como el ya citado Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico, dependiente del Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad y el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (Oberaxe).

A pesar de la existencia de un marco normativo potente, son muy escasas las sentencias que recaen en España sobre esta materia porque las condiciones requeridas por el legislador para apreciar la comisión de los diversos delitos de discriminación étnico/racial hacen muy difícil la aplicación de los tipos penales. Son muy restrictivos, por ejemplo, los criterios jurisprudenciales para la aplicación de la agravante de discriminación racial del artículo 22.4 del Código Penal. Además, apenas hay denuncias por hechos racistas. Las causas probables son la situación de vulnerabilidad de las víctimas, la relativización que ellas mismas puedan hacer de los hechos, la desconfianza hacia los cuerpos de seguridad y el aparato judicial, el temor a posibles represalias, o el desconocimiento de los derechos que les amparan.

Resulta significativo que los dos únicos casos que han llegado ante el Tribunal Constitucional de discriminación étnica/racial hayan sido fallados de forma asaz discutible. De un lado, el caso Williams, resuelto por la STC 13/2001, que desestima el recurso de amparo contra una actuación policial de requerimiento de identificación a una mujer tan solo por ser negra, por considerar que dicho requerimiento no obedeció ni a una discriminación patente ni a una encubierta (a pesar de que solo a ella, de entre todos los pasajeros que descendieron del tren, se le exigió).

Esta decisión ha sido declarada por el Comité de Derechos Humanos (Comunicación núm. 1493/2006), de 27 de julio de 2009, contraria al artículo 26 leído conjuntamente con el artículo 2.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas. El Comité no impide efectuar controles de identidad genéricos con el fin de proteger la seguridad ciudadana o para controlar la inmigración ilegal, sino que tales controles se realicen con las características étnicas como el único indicio de su posible situación irregular en el país, que es precisamente lo que sucedió en el caso en examen. A juicio del Comité, «la responsabilidad

del Estado está claramente comprometida... El Comité no puede sino concluir que la autora fue individualizada para dicho control de identidad únicamente por razón de sus características raciales y que éstas constituyeron el elemento determinante para sospechar de ella una conducta ilegal». El Estado español está obligado a proporcionar a la Sra. Williams un recurso efectivo, incluidas las disculpas públicas, además de adoptar medidas para evitar que sus funcionarios incurran en el futuro en un caso como el presente¹⁶.

La otra Sentencia sobre discriminación racial es la STC 69/2007, que ha sido impugnada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y resuelta por éste, el 8 de diciembre de 2009, asunto María Luisa Muñoz v. España, en un sentido diametralmente contrario al del Tribunal español. La Sentencia de Estrasburgo falla a favor de una mujer española gitana a la que las autoridades nacionales, incluido el Tribunal Constitucional, denegaron una pensión de viudedad por no haber contraído matrimonio por el rito legalmente válido en su momento (el católico, en 1.971), sino por los usos y tradiciones gitanos. El Tribunal Constitucional español consideró que tal denegación no constituía discriminación étnica alguna ya que el requisito de contraer matrimonio válido según las normas del momento (1971) para tener acceso a la pensión afectaba por igual a payos y a gitanos. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo considera que se ha producido una violación de la prohibición de discriminación racial (art. 14 CEDH) en combinación con el derecho al respeto de los bienes del artículo 1 del Protocolo Adicional Primero.

El Tribunal europeo se niega a considerar que el no reconocimiento de la forma tradicional del matrimonio gitano como matrimonio con efectos civiles suponga una violación del derecho a contraer matrimonio del artículo 12 del Convenio de Roma, o una forma de discriminación racial prohibida por el artículo 14 de ese mismo Convenio. El matrimonio civil estaría abierto en España a los gitanos de idéntica forma que a los no gitanos. La Sentencia no puede leerse, por tanto, como un reconocimiento jurídico al matrimonio gitano, asunto que se remite a la legislación interna de cada país. El Tribunal estima que la denegación de la pensión de viudedad es una diferencia discriminatoria porque supone un trato distinto respecto de otras situaciones que deben ser tenidas como equivalentes en lo que concierne a los efectos de la buena fe matrimonial, como son la existencia de buena fe en los matrimonios nulos (art. 174 LGSS) o el precedente de la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2004, en la que el Tribunal sí entendió que existía el derecho a la

¹⁶ Vid. J. GARCÍA AÑÓN (2013): *Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, Valencia, Tirant lo Blanch.

pensión de viudedad en el caso de un matrimonio celebrado conforme a las disposiciones legales (por el rito matrimonial católico), pero no inscrito en el Registro Civil por motivos de conciencia. Afirma con vigor la Sentencia: «Resulta desproporcionado que el Estado español que ha conferido a la demandante y su familia ciertos documentos oficiales (las autoridades españolas fueron reconociendo en diversos documentos la validez o la apariencia de validez al menos de ese matrimonio: el libro de familia, el título de familia numerosa y la cartilla de la seguridad social), no reconozca ahora los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad».

Por otro lado, el Tribunal de Estrasburgo ha condenado a nuestro país en el caso B. S. contra España, de 24 de julio de 2012. La demandante, Beauty Solomon, era una mujer de origen guineano y residencia legal en España que ejercía la prostitución en una vía pública de Palma de Mallorca y durante dos actuaciones a lo largo de dos días de julio de 2005, una de ellas de identificación, dos agentes de la policía nacional la insultaron («puta negra, vete de aquí») y, según la denuncia que ella mismo presentó, aportando parte médico de lesiones, la causaron heridas en manos y rodillas.

El *iter* procesal penal por las dos denuncias fue semejante: el juez de instrucción, con la sola declaración del jefe de policía, negando por completo los hechos, no aprecia indicios de ilicitud penal y decreta el sobreseimiento del caso, pero la Audiencia Provincial de Baleares, en apelación, estima parcialmente el recurso y ordena al juzgado de instrucción tomar declaración de los agentes. La demandante solicitó una rueda de reconocimiento para poder confirmar la identificación de los policías, pero se le niega por su presunta ineficacia: los agentes llevaban casco en el momento de los hechos y había transcurrido dos años desde ese momento. Casi tres años después del suceso, el juez de instrucción, en audiencia pública, toma declaración a los policías imputados. Estos alegan que esa noche no había habido incidente alguno y que el informe médico no precisaba la fecha ni el origen de las lesiones de la demandante. Posteriormente, la Audiencia Provincial rechaza la apelación. Beauty Solomon interpone contra esta resolución judicial recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pero este lo inadmite *a limine* por carencia de contenido constitucional. El Gobierno español alegó ante el Tribunal de Estrasburgo que las lesiones eran leves y que su causa no se había probado, así como que las intervenciones policiales en la zona no se hicieron en atención a circunstancias personales de la demandante, sino en ejercicio de funciones preventivas de seguridad a fin de responder a la alarma social provocada por la prostitución y de luchar contra el tráfico y la trata de mujeres. El Tribunal europeo concluye, sin embargo, que se ha producido una lesión en la dimensión procedimental del derecho a no sufrir malos tratos (art. 3 CR) en

relación con la prohibición de discriminación racial (art. 14 CR), esto es, observa que no ha habido una investigación oficial *efectiva*. En efecto, la audiencia con los agentes implicados no fue suficiente porque no permitió la identificación de los miembros de la policía que supuestamente habrían causado el daño. Tampoco se permitió la rueda de identificación, ni se investigaron los hechos denunciados de un modo suficientemente profundo ni efectivo para cumplir las exigencias del Convenio de Roma. En cuanto al argumento de la escasa gravedad de las lesiones esgrimido por el Gobierno español, el Tribunal objeta que «la apreciación del mínimo de gravedad es relativo por esencia y depende del conjunto de hechos de la causa», como la duración, los efectos físicos y mentales, el sexo, la edad y la salud de la víctima. Al Tribunal le basta, en este sentido, el parte médico de lesiones (hematomas e inflamaciones) en manos y rodillas de B. Solomon.

5. DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD

El Tribunal Constitucional, en su STC 269/1994, ha hallado en la penumbra del artículo 14 CE la discapacidad como una causa de discriminación prohibida¹⁷. Hay que conectar este precepto con el artículo 49 CE, que, dentro de los principios rectores de la política social y económica del capítulo tercero del Título primero de la Constitución, incluye el mandato a los poderes públicos de llevar a cabo una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que deberán prestar la atención especializada que requieran, amparándolos especialmente para el disfrute de los derechos constitucionales.

Se trata de un problema constitucional relevante porque se estima que afecta en España a cuatro millones de personas (uno de cada cuatro hogares cuenta con alguna persona con discapacidad). Desde el punto de vista conceptual, se ha transitado de un modelo constitucional inicial de corte asistencialista, al que se suele denominar «modelo médico» porque comprendía al discapacitado, básicamente, como un enfermo al que proteger (de hecho, el artículo 49 CE habla de «disminuidos», una palabra que suena ofensiva en la actualidad), a otro modelo que hace gravitar el régimen jurídico en torno a la idea de la autonomía de la persona con discapacidad. En el modelo médico, la tutela constitucional de las personas con discapacidad era, desde el punto de vista de la técnica jurídica, la de un principio (art. 49 CE), en el vigente modelo de autonomía, estamos en

¹⁷ En relación con la discriminación por discapacidad, ver: DE ASÍS, R. (2013), *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid.

presencia de un auténtico derecho fundamental (art. 14 CE), con un contenido que en gran parte es exigible judicialmente.

Un primer problema consiste en definir qué es discapacidad. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto Chacón Navas, de 11 de julio de 2006, ha distinguido entre discapacidad y enfermedad, reservando el primer concepto para los casos en que la persona se enfrenta a una disfunción de larga duración que le impide llevar un vida ordinaria profesional normal (en el caso concreto no apreció que la señora Chacón Navas fuera discapacitada porque había sido despedida tras un periodo de baja laboral por enfermedad de 8 meses de duración). El Tribunal de Estrasburgo, en *Glor contra Suiza*, de 30 de abril de 2009, sostuvo que el demandante, que era diabético, sí podía ser considerado como una persona con discapacidad.

Desde el punto de vista constitucional competencial, la regulación de los derechos de las personas con discapacidad es una materia compartida entre el Estado central y las Comunidades Autónomas: en efecto, de un lado, el artículo 148.1.20 de la Constitución, atribuye a las Comunidades la competencia exclusiva en materia de «asistencia social», pero, de otro lado, el Estado ha invocado el artículo 149.1.1 de la Constitución, esto es, la garantía de la igualdad básica de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, para desarrollar esta materia a través de diversas leyes, desde la Ley 13/1982 inicial, de integración social de los minusválidos, hasta la vigente LIONDAU, la Ley 51/2003 de integración de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, pasando por la Ley 26/2011, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Una peculiaridad del Derecho antidiscriminatorio por discapacidad respecto de otros tipos (sexual, racial, etc.) es que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 269/1994, ha validado las medidas de discriminación positiva, concretamente, las reservas de plazas de trabajo en ofertas públicas de empleo.

Los hechos que dan origen a esta Sentencia son los siguientes: se convocan plazas de administradores generales de Canarias, reservando seis plazas a las personas afectadas por un 33% de minusvalía física, psíquica o sensorial, siempre que superaran las pruebas selectivas en igualdad de condiciones con los demás aspirantes. La recurrente en amparo obtuvo 6.34 puntos en el concurso-oposición y llegó a tomar posesión de su plaza. Pero un discapacitado sensorial, afectado de sordera en más del 33% exigido, que había conseguido 6.07 puntos, recurre ante el órgano administrativo correspondiente, exigiendo una de las seis plazas reservadas. La Administración estima su pretensión y deja sin la plaza a la recurrente. Los órganos judiciales ordinarios (el Tribunal Supremo de Justicia de Canarias y el Supremo) confirman esta decisión. La demanda de

amparo ante el Tribunal Constitucional alegaba discriminación y violación del principio de mérito y capacidad en el acceso a la función pública. La sentencia desestima el amparo. Respecto de la discriminación, el Tribunal afirma que, pudiendo incluirse las minusvalías dentro de las causas no típicas del artículo 14 CE, la cuota establecida en una oferta de empleo público para un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo no solo no vulnera el artículo 14 CE, sino que es legítima y constituye un cumplimiento del mandato contenido en el artículo 9.2 CE en relación con el Estado social y democrático de derecho al que se refiere el artículo 1.1 de la Constitución y con el artículo 49. La cuota establecida sería una medida equiparadora de situaciones sociales de desventaja. Tampoco estima la sentencia la violación del principio de mérito y capacidad (art. 23.2 CE) ya que la minusvalía sensorial no se ha valorado como mérito del sujeto. Simplemente, se ha intentado promocionar la inserción profesional de personas con dificultades de acceso en el empleo a través de un mecanismo que no restringe el derecho de los que opositan por el turno libre, ni exceptúa a los sujetos desfavorecidos por la cuota, que también están obligados a demostrar su aptitud e idoneidad para el desempeño de las funciones administrativas correspondientes.

Una Sentencia de extraordinario interés es la STC 10/2014, en la que el Tribunal no concede el amparo a los padres de un menor que había sido escolarizado, contra la voluntad de estos, en el centro de educación especial de Palencia. El Tribunal considera que las decisiones administrativas y judiciales estaban suficientemente motivadas. Sin embargo, el voto particular de Luis Ortega me parece enjundioso porque considera que, a partir del paradigma de la educación inclusiva, se tendría que haber optado por mantener al escolar, que padecía un fuerte grado de autismo, en el colegio ordinario, eso sí, con los apoyos específicos necesarios.

Otra peculiaridad del derecho antidiscriminatorio por discapacidad es el concepto o categoría de la acomodación o ajuste razonable, que consiste en el deber de adoptar todo el conjunto de medidas apropiadas para posibilitar a una persona con discapacidad tener acceso o participar en el progreso en el empleo o en la formación, a menos que tales medidas impongan una carga desproporcionada al empleador. Tratar de modo idéntico a personas con discapacidad y sin discapacidad (es decir, no atender a este deber a favor de las personas con discapacidad) sería una conducta que impactaría negativamente sobre estas últimas. En definitiva, se incurriría en una discriminación indirecta o de impacto. El deber de acomodación razonable juega en el Derecho de la Unión Europea en relación con la discapacidad, pero también podría hacerlo respecto de las convicciones/religiones, como demuestra la interesante experiencia de los ordenamien-

tos anglosajones en este sentido (un ejemplo podría ser tener en cuenta las normas rituales de alimentación musulmana en los colegios donde haya un número significativo de alumnos de esta religión).

¿Qué significan los «ajustes razonables» en relación con la discriminación¹⁸? El concepto, tal y como se deduce del artículo 5 de la Directiva 2000/78 (y de otras normas comparables, como el artículo 2 de la Convención de Naciones Unidas —que no se refiere solo al ámbito laboral, como la directiva europea, sino a todos los aspectos de la vida social—, la recomendación 168 de la OIT, y, en el orden interno, en el artículo 7c) de la LIONDAU), significa que los empresarios deberán adoptar las medidas adecuadas, en función del caso concreto, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Ejemplos: llevar a cabo ajustes en las instalaciones del puesto de trabajo, facilitar el proceso de selección realizando las modificaciones apropiadas en los exámenes, materiales de formación o políticas, la provisión de intérpretes, en su caso, etc. Por supuesto, la cuestión clave aquí es qué cabe entender por «razonable», es decir, por carga empresarial «no excesiva o indebida». El ordenamiento británico es, quizá, el que mejor ha precisado este concepto, explicitando una serie de factores para valorarlo, factores como la efectividad del ajuste, es decir, el beneficio para el trabajador, el carácter practicable del ajuste (uno sencillo de introducir es más razonable que otro más difícil, en principio), el coste económico en relación con los recursos, actividad y tamaño de la empresa, o la disponibilidad para el empresario de acceder a ayudas externas para realizar el ajuste. El incumplimiento de la obligación de efectuar ajustes razonables, ausente una carga excesiva, constituye una discriminación por razón de discapacidad.

6. DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN E IDENTIDAD SEXUALES

La orientación sexual alude a la atracción afectivo/erótica hacia personas del mismo sexo, mientras que la identidad sexual o transexualidad remite a una discordancia entre el sexo físico de una persona y el sexo psicológico (un hombre encerrado en el cuerpo de una mujer y viceversa)¹⁹. Pues bien, la STC 41/2006 ha hallado la discriminación por orientación sexual en las otras condiciones o

¹⁸ Ver. ELOSEGUI, M. (2014): «El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 30, pp. 69-96.

¹⁹ Conviene la lectura del número monográfico dedicado a los derechos de las personas LGTBI de la *Revista General de Derecho Constitucional*, (2013), número 17. Asimismo: ALVENTOSA DEL

circunstancias personales a las que se refiere el artículo 14 CE. En este caso, otorgó el amparo a un trabajador de Alitalia que había sido despedido por su homosexual (aunque la empresa había ocultado el verdadero móvil discriminador en incumplimientos contractuales no probados). Igualmente, en el ámbito de la Unión Europea, el artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales (2000) menciona la orientación sexual en la lista no cerrada de motivos de discriminación prohibidos.

Por su parte, la STC 176/2008 ha sostenido, igualmente, que la transexualidad es un rasgo que se halla de modo implícito en el artículo 14 CE (aunque, en este caso, el Tribunal no otorga el amparo al padre transexual divorciado por la restricción del régimen de visitas a sus hijos, ya que la causa —razonable— sería su inestabilidad emocional y no su transexualidad).

Dos normas específicas sitúan a España entre los países más avanzados del mundo en el disfrute efectivo de los derechos humanos por parte de las personas independientemente de su orientación e identidad sexual: la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Esta norma establece que los efectos del matrimonio serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes, incluyendo la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción. Y la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Esta ley regula los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, así como el cambio del nombre propio para que no resulte discordante con el sexo reclamado. Además, el Código Penal contempla como circunstancia agravante de los delitos la comisión motivada por la orientación o identidad sexual de las personas (art. 22.4).

La modificación del Código Civil para equiparar la unión homosexual estable con el matrimonio fue impugnada ante el Tribunal Constitucional. La STC 198/2012 ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 72 diputados del Partido Popular contra la reforma del Código Civil, mediante la Ley 13/2005, en materia de derecho a contraer matrimonio. Concretamente, se impugnaba la adición de este segundo párrafo del artículo 44 CC: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Con esta sencilla y escueta redacción se venía a suprimir el requisito milenar de la heterosexualidad como requisito del matrimonio. Pues bien, el Tribunal Constitucional fallará que esta modificación legal

Río, J. (2008), *Discriminación y orientación sexual o identidad de género en el derecho español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.

es plenamente constitucional, aunque a la decisión le acompaña el voto discrepante de tres magistrados y el concurrente de otro.

La argumentación del Tribunal se refiere a dos puntos, de un lado, el derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32 CE), de otro, la compatibilidad de la adopción conjunta por dos personas homosexuales con la protección constitucional de la familia (art. 39 CE). El primero se divide, a su vez, en dos aspectos, el subjetivo-individual de la libertad de contraer matrimonio y el objetivo-institucional del ataque o no a la institución matrimonial garantizada por la Constitución. En relación con el derecho a contraer matrimonio desde el punto de vista individual, el Tribunal examina si la nueva regulación del matrimonio viola o no su contenido esencial, concluyendo que no porque los heterosexuales podrán seguir contrayendo matrimonio en las mismas condiciones que antes de la regulación y los homosexuales podrán hacerlo a partir de ella (es decir, no solo no se viola el contenido esencial del artículo 32 CE, sino que se amplían sus titulares).

El enfoque objetivo/institucional es el centro de gravedad de la Sentencia. El matrimonio es un instituto reconocido por la Constitución y, por tanto, goza de su protección; es decir, se trata de una garantía de instituto, que se halla protegida constitucionalmente frente a las leyes que puedan suprimirla o desnaturalizarla. El punto crítico es si la nueva regulación del matrimonio desnaturaliza el matrimonio. El Tribunal considera que la regulación constitucional del matrimonio, que procede de 1978, se refiere al matrimonio heterosexual. Pero observa que, aunque el artículo 32 CE se refiere a «hombre y mujer» como titulares del derecho (porque perseguía, sobre todo, la plena igualdad jurídica entre el casado y la casada), no prohíbe tampoco expresamente la posibilidad del matrimonio homosexual. A partir de esta falta de prohibición expresa, la Sentencia acude a la interpretación evolutiva, a la doctrina de la Constitución como un «árbol vivo» (según la conocida expresión de la jurisprudencia constitucional canadiense), para concluir que la nueva regulación desarrolla la institución del matrimonio conforme a la cultura jurídica actual, «sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea» (FJ 9). ¿A qué elementos de la «cultura jurídica» acude el Tribunal para alcanzar esta conclusión? A cuatro: el derecho comparado (mostrando la tendencia creciente al reconocimiento del matrimonio homosexual en varios ordenamientos de la cultura jurídica occidental —se cita a México, por ejemplo—), el derecho internacional de los derechos humanos, a cuya luz se deben interpretar los derechos fundamentales españoles según el artículo 10.2 CE (la Sentencia cita el caso *Schalk y Kopk v Austria*, de 24 de junio de 2010, del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos; según dicho Tribunal, el artículo 12 del Convenio de Roma, referido al matrimonio, ni impone ni prohíbe a los Estados miembros que reconozcan el matrimonio homosexual; en el mismo sentido cabe entender el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), las estadísticas oficiales que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio homosexual (desde 2005 hasta finales de 2011 se han celebrado 22.124 matrimonios entre personas homosexuales) y la doctrina científica, en la que, aunque no exista una posición unánime, la tendencia creciente es favorable al reconocimiento de la validez jurídica del matrimonio homosexual.

Por lo que se refiere a la adopción conjunta por parejas homosexuales, que la nueva regulación del matrimonio hace posible, el Tribunal tampoco considera que ello suponga una lesión de la protección constitucional de la familia y de la infancia (art. 39 CE) El Tribunal recuerda que en materia de adopciones prima el interés superior del menor, que no existe un derecho a adoptar y que el ordenamiento prevé mecanismos suficientes como para garantizar la preservación del interés superior del menor en el proceso de adopción. «La idoneidad del adoptante nada tiene que ver con su orientación sexual» (FJ 12). No existe certeza de que las parejas homosexuales no puedan ofrecer las mismas condiciones de acogida del menor que las heterosexuales.

De esta Sentencia, aunque se comparta el fallo, llama la atención que apenas se empleara el enfoque del Derecho antidiscriminatorio. El razonamiento judicial pasa, más bien, por el sentido y alcance de la institución matrimonial, lo que, a mi juicio, le hace más débil. Derecho comparado, estadísticas y doctrina no me parecen asideros especialmente fuertes y seguros. Además, podrían volverse en contra del matrimonio de personas del mismo sexo en el futuro. En mi opinión, el Tribunal debería haber leído el artículo 32 CE a partir del artículo 14 CE, y haber partido de que las personas del mismo sexo no pueden ser tratadas de modo distinto y peor que las homosexuales, de modo que no tendrían que haberse valorado las razones para permitir el matrimonio homosexual, sino aquellas que pudieran alegarse para prohibirlo. Como no pueden encontrarse, a mi juicio, esto significa que no reconocer el matrimonio homosexual supone una vulneración del artículo 14 CE y, por consiguiente, de la Constitución se deduce una obligación de reconocimiento. De todos modos, en cualquier Estado democrático comparable al nuestro, hubieran reformado la Constitución para reconocer este derecho. La imposibilidad política de reformar nuestra Constitución produce este tipo de efectos indeseados.

Title:

Equality and prohibition of discrimination: from 1978 to 2018.

Summary:

1. Sense and scope of constitutional equality 1.1 Introduction: from the classical concept of equality to new anti-discrimination law. 1.2 The legal concept of equality. 1.3 Equality in (the content) of the law and equality before (or in application) the law. 1.4 «Formal» or «legal» equality and «real» or «opportunity» equality. 1.5 Discrimination by indifferenciation. 2. Equality and prohibition of discrimination in strict sense. 2.1 Equality of Treatment. 2.1.1 Direct discrimination or treatment. 2.1.2 Indirect or impact discrimination. 2.1.3 Discrimination wrong, hidden and by association. 2.1.4 Multiple Discrimination. 2.2 Equal Opportunities: positive actions and positive discrimination. 3. Discrimination by sex / gender 3.1 Situation of the problem and regulatory framework. 3.2 Relevant jurisprudence. 4. Discrimination by ethnicity / race. 5. Discrimination for disability. 6. Discrimination by sexual orientation and identity.

Resumen:

A lo largo de los cuarenta años de vigencia de la Constitución de 1978, el tradicional derecho de igualdad se ha visto enriquecido por la emergencia de una nueva rama del ordenamiento jurídico: el Derecho Antidiscriminatorio. En el texto se traza la gramática conceptual de las nuevas categorías y su desarrollo jurisprudencial. El estudio analiza qué significa hoy la igualdad en sentido jurídico preciso, qué comprende la prohibición constitucional de no sufrir discriminación en general y también respecto de la igualdad entre mujeres y hombres, la igualdad étnico/racial, la igualdad de las personas con cualquier tipo de discapacidad o por motivos de orientación e identidad sexuales.

Abstract:

Throughout the forty years of validity of the 1978 Constitution, the traditional right of equality has been enriched by the emergence of a new branch of the legal system: Anti-Discriminatory Law. The text draws the conceptual grammar of the new categories and their jurisprudential development. The study analyzes what equality means in a precise juridical sense, which includes the constitutional prohibition against discrimination in general and equality between women and

men, ethnic / racial equality, equality of persons with any type of disability or for reasons of sexual orientation and identity.

Palabras clave:

Derecho constitucional de igualdad. Derecho fundamental a no ser sufrir discriminación. Igualdad en la ley y ante la ley. Discriminación por indiferenciación. Discriminación múltiple. Igualdad de trato y de oportunidades. Discriminaciones directas e indirectas. Acciones positivas y discriminaciones positivas. Igualdad de género. Igualdad étnico/racial. Discriminación por discapacidad. Discriminación por orientación e identidad sexuales.

Key words:

Constitutional right of equality. Basic right not to suffer discrimination. Equality in the law and before the law. Discrimination by undifferentiation. Multiple Discrimination. Equality of treatment and opportunities. Direct and indirect discrimination. Positive actions and positive discrimination. Gender equality. Ethnic / racial equality. Discrimination by disability. Discrimination by sexual orientation and identity.