

IGUALDAD, DIFERENCIA, INDIFERENCIACIÓN, DISCRIMINACIÓN

Por la Académica de Número

Excma. Sra. doña María Emilia Casas Baamonde*

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

«El universo del Derecho no está poblado precisamente por evidencias (“certeza clara, manifiesta y tan perceptible de una cosa, que nadie puede racionalmente dudar de ella”, según el Diccionario de la Academia), sino más bien por “cuestiones disputadas”, acerca de las cuales se debate» (STC 24/1984, FJ 1).

¿Hay en la Constitución un derecho a la diferencia?

El de igualdad es un principio estructural básico del orden constitucional (arts. 1.1 y 14 CE); lo fue en el Estado liberal de Derecho, la forma de Estado moderno en Europa desde la revolución francesa hasta el siglo xx, en que la igualdad era condición natural de la ley por razones históricas tan conocidas que no precisan explicarse, una cualidad propia de una ley general, universal y abstracta, inherente al propio concepto de ley –expresión de la voluntad general– y del Estado de Derecho, del Estado limitado por el Derecho (*rule of law*). También lo es en el Estado de Derecho liberal constitucional, en el que, sin embargo, es consustancial al Derecho, a la ley, «diferenciar, crear distinciones» ante situaciones distintas y, al diferenciar –legislar es «diferenciar»¹–, equiparar «a quienes previamente ha diferenciado de otros», tarea previa, «a la que ningún legislador podría

* Sesión del día 8 de abril de 2025.

¹ JIMÉNEZ CAMPO, J., «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 9, 1983, p. 76.

sustraerse...»². La función del principio de igualdad radica en someter las diferencias normativas a una justificación razonable y proporcionada.

El primer constitucionalismo liberal nació atento a evitar privilegios, tratos desiguales injustificados. Formalizó la función de la ley de someter por igual a los ciudadanos al Derecho, igualdad identificada con el principio de legalidad, con el concepto y función de la ley. Los cambios en las relaciones entre el Estado y la sociedad (la «venganza de la sociedad», superada la concepción hobbesiana del poder)³, y la necesidad de intervención de la ley en las relaciones sociales, en la denominada cuestión social u obrera y en la economía obligó a la ley a abandonar su anterior generalidad, a diversificarse, adquiriendo otro sentido el principio de igualdad normativa, asegurado añadidamente a través de la prohibición de las discriminaciones, desconocida por las Constituciones de los siglos XVIII y XIX, que se bastaban con el mandato de igualdad jurídica o formal de todos, sin distinción de categorías ni colectivos o grupos personales. Las Constituciones del siglo XX en Europa (la Constitución de Estados Unidos no consagró expresamente la igualdad ante la ley hasta 1868, aunque ya desde el siglo XVIII asentó un principio de supremacía constitucional plenamente operativo) afirmaron el principio de constitucionalidad, que coronó el de legalidad, y reforzaron el principio de igualdad de la ley con la interdicción de privilegios y de distinciones con un grado creciente de precisión y amplitud en los textos posteriores a la segunda guerra mundial (art. 109 C. de Weimar; arts. 2 y 25 C. española de 1931; art. 7 C. austríaca, reestablecida en 1945; art. 3 C. italiana; art. 3 C. alemana; art. 1 C. francesa, que tiene la igualdad en el lema de la República). La igualdad ante la ley, acompañada de la prohibición de trato discriminatorio, exige que toda diferencia establecida por el legislador cuente con una justificación constitucionalmente válida. Desde su reconocimiento, el principio de igualdad somete la diferenciación normativa al principio de constitucionalidad, superando así las tesis –vigentes largo tiempo– que negaban la sujeción del legislador a dicho principio, consolidando el poder de las jurisdicciones constitucionales sobre el del parlamento.

La igualdad es tratada en nuestra Constitución como valor superior del ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de derecho, de la entera Constitución (art. 1.1), al que se adicionan otras formalizaciones: como derecho subjetivo fundamental de las personas frente al legislador y a sus aplicadores o derecho a la igualdad jurídica (en cuanto se trata de la igualdad «ante la ley» y en su aplicación judicial y administrativa: art. 14, primer inciso); como mandato a los poderes públicos, principalmente al legislador, de sustantivación de esa igualdad

² JIMÉNEZ CAMPO, J., «Acotaciones sumarias sobre el “derecho a la diferencia” de trato», *Democracia constitucional y diversidad cultural*, XXI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, TC-CEPC, Madrid, 2017, pp. 15-16.

³ FIORAVANTI, M., «Per una storia dello Stato moderno in Europa», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 39, núm. 1, 2010, p. 74.

formal (art. 9.2); como condición de ejercicio del derecho subjetivo fundamental de los ciudadanos/as a acceder a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2); como principio inspirador del sistema tributario justo al que todos hemos de contribuir conforme a nuestra capacidad económica (art. 31.1); como regla de igualdad jurídica plena del hombre y la mujer en el matrimonio, en su derecho a celebrarlo y en el régimen matrimonial, cuya regulación la Constitución difiere al legislador (art. 32); como igualdad ante la ley de los hijos con independencia de su filiación (art. 39.2); como condición de ejercicio por las personas con discapacidad de sus derechos constitucionales, aquí como igualdad real y efectiva, a la que el legislador destinará la proyección especial que sea necesaria (art. 49.1, reformado en 2024); como condición del sufragio universal en la elección de diputados, senadores y concejales (arts. 68.1, 69.2, 140); la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales ha de ser garantizada por la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas de ese ejercicio (art. 149.1.1.^a); la proclamación por el artículo 139.1 de que «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier part. del territorio del Estado» es otra variante de la igualdad.

Al *pluralismo* de la sociedad y a la diversidad de lenguas de España se refiere el artículo 20.3; a la diversidad de partes del territorio español, el artículo 138.1; a la diversidad de zonas del territorio de las comunidades autónomas, el artículo 152.1. En fin, la inclusión social solo esta expresamente contemplada en el artículo 49.2 de la Constitución, versión de 2024, en relación a las personas con discapacidad, como principio rector de las políticas públicas que han de garantizarla y atender «particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad».

La desigualdad prohibida, en su categoría máxima de discriminación, se recoge en el artículo 14, 2.º inciso, «por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», en listado no cerrado; ha sido ampliado por la jurisprudencia constitucional y por el legislador, que ha añadido la edad (a partir de la STC 75/1983, FJ 3), la discapacidad (a partir de la STC 269/1994, FJ 4), la orientación sexual (STC 41/2006, FJ 3), la transexualidad tratada como orientación sexual (STC 176/2008, FJ 7), la identidad sexual de género y la expresión de la identidad sexual de género (STC 67/2022, 81/2024), y las circunstancias familiares en su manifestación de responsabilidades familiares de trabajador varón que vio denegada su pretensión de conciliación de su vida familiar y laboral mediante la realización de su trabajo en horario nocturno para atender al cuidado de sus hijos de corta edad (únicamente en el caso de la STC 26/2011, FJ 5, con voto particular sobre esta causa de discriminación). La interdicción de discriminación por sexo, específicamente en el acceso al trabajo y en el trabajo y en sus condiciones, se sanciona en el artículo 35.1; y la proscripción de privilegios económicos y sociales entre estatutos de autonomía en el artículo 138.2.

Esas diferentes dimensiones del valor de igualdad y del desvalor de la discriminación, y su prohibición terminante –no puede prevalecer discriminación alguna– obligan a una indagación del valor normativo propio de cada precepto constitucional que las recoge. No se ocupan estas reflexiones sobre las categorías de igualdad, diferencia y discriminación en la jurisprudencia constitucional de la forma de Estado compuesto del artículo 2 CE.

La igualdad que el artículo 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico caracteriza, con el valor justicia, a la forma de Estado social que ese ordenamiento reviste, y también a la forma de Estado de derecho, y se traduce en los distintos derechos fundamentales a la igualdad en o ante la ley –y en su interpretación y aplicación– y de prohibición de discriminaciones en el artículo 14. La igualdad de índole sustancial es objetivo cuya consecución el constituyente impone a los poderes públicos, principalmente al legislador (art. 9.2).

La Constitución es hija de su tiempo y refleja con fidelidad los principios propios de la democracia y del Estado de derecho liberal. Sin embargo, el principio de igualdad jurídica, sobre el que se articula el conjunto del ordenamiento, muestra sus límites ante la complejidad social de los Estados sociales contemporáneos. La diversidad real de las posiciones que las personas y los grupos ocupan en la vida económica y social, y la discriminación de colectivos sociales por normas y prácticas sociales impositivas de valores culturales hegemónicos, evidencia que una igualdad concebida exclusivamente en términos formales resulta insuficiente, lo que exige repensar el alcance, el contenido esencial del derecho a la no discriminación, para hacer efectivo el mandato antidiscriminatorio –«sin que pueda prevalecer»– del artículo 14, segundo inciso, CE, también dirigido a los poderes públicos.

A diferencia de la jurisprudencia constitucional alemana, cómoda en la tarea de inferir «exigencias de optimización» mediante la ponderación a partir de principios como la dignidad humana, el Estado de Derecho y la democracia⁴, no exenta de relevantes y conocidas críticas por debilitar la responsabilidad democrática del legislador⁵, nuestra jurisprudencia constitucional ha mostrado un desarrollo limitado de los cánones de enjuiciamiento de los derechos a la igualdad jurídica y a la no discriminación sentados en los años 80 del pasado siglo, esto es, en su punto de partida, bajo la concepción liberal individualista de la democracia y del Estado de derecho, limitado en su función social esencial de corrección de las desigualdades (art. 1.1 CE).

⁴ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés de la ed. de 1986, CEPC, Madrid, 1993.

⁵ GRIMM, D., *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Traducción de R. Sanz Burgos y J. L. Muñoz de Baena Simón, Trotta, Madrid, 2006.

La doctrina jurídica crítica ha cumplido su función de señalar el encajonamiento de esta importante cuestión en un canon interpretativo excesivamente estrecho, pensado para un pluralismo abstracto e inadecuado en su aplicación a sociedades realmente diversas y plurales, pues su resultado es el mantenimiento de las desigualdades reales existentes. Para combatir las discriminaciones estructurales y sistémicas, no toda la doctrina acepta acríticamente el paradigma de la jurisprudencia constitucional sobre la igualdad «ante la ley» o igualdad de trato formal e individual (art. 14, primer inciso, CE), ni el de la prohibición de discriminaciones formales y normativas (art. 14, segundo inciso, CE), ni tampoco el de la igualdad de oportunidades (art. 9.2 CE); en cambio, se propone un enfoque basado en la interdicción efectiva por los poderes constituidos de las discriminaciones por los factores prohibidos, siempre grupales aunque se manifiesten individualmente (art. 14, segundo inciso, CE), así como en la igualdad plena y efectiva que el constituyente ha impuesto a los poderes públicos (art. 9.2 CE), correctiva o preventiva de la discriminación, según distintas posiciones doctrinales. En todo caso, se observa un giro doctrinal crítico hacia la construcción de un derecho antidiscriminatorio efectivo, orientado a corregir y evitar las situaciones de discriminación y a garantizar la igualdad efectiva de personas y grupos⁶, que no ha sido seguido por la jurisprudencia constitucional.

El Tribunal Constitucional reconoce la discriminación indirecta para proteger a las personas discriminadas frente normas y a prácticas que son aparentemente neutras en su igualdad formal o desigualdad «razonable», y que, sin embargo, tienen un impacto negativo en un grupo de personas en situación de desigualdad real, con la virtualidad jurídica inmediata de diferenciar a los desiguales, en el ámbito de un control jurisdiccional negativo, sancionador de la nulidad de la norma neutra de efecto discriminatorio, y, en su caso, positivo de sustitución de la norma discriminatoria por otra correctora de la discriminación. Esta, el impacto desfavorable, resulta de la indistinción, de la falta de diferenciación ante la desigualdad, la discriminación real. La jurisprudencia constitucional se ha mostrado reacia a sancionar la indiferenciación –es decir, la omisión de un trato diferente necesario ante situaciones desiguales fácticas objetivas–, aunque en ocasiones lo haya hecho. Esta restricción limita el alcance proactivo del mandato antidiscriminatorio, permitiendo que el legislador mantenga un amplio margen de discrecionalidad para no diferenciar pese a que la actuación contra la discriminación y el mandato constitucional de igualdad real y efectiva lo exijan (arts. 14, segundo inciso, y 9.2 CE).

⁶ BARRÈRE UNZUETA, B., «Filosofías del Derecho antidiscriminatorio. ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2018, vol. XXXIV, pp. 11-42; REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019. En la doctrina laboralista, LOUSADA AROCHENA, J. F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *El concepto de discriminación grupal y su eficacia real en el ámbito de las relaciones laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

No es posible abordar aquí en todas sus implicaciones esta problemática, que nada tiene que ver con una presunta vinculación positiva general del legislador a la Constitución, aunque sí conviene dejar dicho, muy sencillamente, que sobre el legislador, y demás poderes públicos, pesa la obligación positiva de corregir la discriminación (art. 14, segundo inciso, CE) y lograr la igualdad sustantiva (art. 9.2 CE); y que, como veremos, en ciertas ocasiones de discriminación por filiación y por sexo –por embarazo y maternidad– el Tribunal Constitucional ha operado, sin reconocerla expresamente, con la formalmente anatematizada categoría de discriminación por indiferenciación frente a los poderes ejecutivo y judicial. Ha anulado el perjuicio causado por normas neutras por su efecto discriminatorio y ha sustituido la falta de diferenciación de la norma por otra nueva que depara el trato diferenciado necesario para remover la discriminación.

2. LA CLÁUSULA GENERAL DE IGUALDAD Y LAS DIFERENCIAS RAZONABLES; LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DEL LEGISLADOR DE DIFERENCIAR; LA DESIGUALDAD Y LA DISCRIMINACIÓN COMO DIFERENCIACIÓN ARBITRARIA

El derecho fundamental a la igualdad jurídica, en la cláusula general de igualdad, del artículo 14, primer inciso, de la Constitución, dice así: «Los españoles son iguales ante la ley...», lo que no significa que la desigualdad ante la ley entre españoles y extranjeros o entre estos según su estatuto jurídico administrativo de extranjería sea en todo caso constitucionalmente legítima; ni tampoco que sea constitucionalmente ilegítima la desigualdad entre españoles en la ley y en su aplicación (judicial y administrativa).

En el precepto constitucional, la igualdad en o ante la ley –superadas las diferencias entre ambas preposiciones una vez afirmada la vinculación del legislador por el principio de igualdad⁷– no es ya solo la universalidad, la generalidad y abstracción de la ley como notas definitorias del concepto mismo de ley, y no se ordena únicamente a garantizar su imparcialidad, esto es, la supeditación de todos a la misma ley sin espacios para la excepción en la delimitación de su ámbito personal de aplicación y de su contenido de acuerdo a su fin propio. Careciendo de sentido «hablar de “igualdad absoluta” (identidad, en rigor) entre los potenciales destinatarios de una norma»⁸, la igualdad de la ley se embebió, en la doctrina comparada y en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, en un estricto escrutinio de *racionalidad* o *razonabilidad*

⁷ La «igualdad jurídica reconocida en el artículo 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislativo, como se deduce de los artículos 9 y 53 de la misma» (STC 22/1981, FJ 3).

⁸ JIMÉNEZ CAMPO, J., «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», cit., p. 72.

de las diferencias y de *proporcionalidad* de sus consecuencias para alcanzar la finalidad diferenciadora del legislador⁹. La igualdad se acompañó así de la desigualdad objetiva y razonable, no arbitraria (art. 9.3 CE), ni discriminatoria (art. 14, 2.º inciso), como criterio de legitimidad de la ley que introduce diferencias entre grupos y categorías de personas.

Es tratamiento arraigadísimo en nuestra jurisprudencia constitucional que el principio de igualdad somete a la función legislativa a un canon de razonabilidad de las diferencias: el principio de igualdad del artículo 14 CE no implica «en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica». Trayendo a su jurisprudencia la interpretación del artículo 14 CEDH hecha por el TEDH (art. 10.2 CE), el Tribunal Constitucional precisó, desde sus primeras sentencias, que «la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (STC 22/1981, FJ 3). La sentencia inmediatamente posterior dejará sentada la interpretación del principio de igualdad por la jurisdicción constitucional española con lo que es común en otras jurisprudencias constitucionales: la igualdad exige que situaciones iguales sean objeto de tratamientos normativos iguales, pero esa igualdad de tratamiento comprende el tratamiento diferente justificado y proporcional, de modo que sólo podrá «aducirse la quiebra del principio de igualdad cuando dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los sujetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos» (STC 23/1981, FJ 4). El principio de igualdad veda las desigualdades de tratamiento en las normas artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, «de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados» (STC 18/1987, FJ 6), debiendo esas desigualdades ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de modo que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. El punto de vista de la igualdad de la ley es el de la razonabilidad y proporcionalidad de las diferencias normativas.

Añadiendo el Tribunal Constitucional que, aunque el artículo 14 CE «hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley, [...] no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los

⁹ ALONSO GARCÍA, E., «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española», RAP, núm. 100-102, 1983, pp. 42 y ss.

poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.3)» [STC 34/1981, FJ 3. B)].

En esa jurisprudencia, a la igualdad se une la generalidad de la ley que establece diferencias. El juicio de igualdad ha de hacerse con los criterios legales establecidos para efectuar distinciones cuya razonabilidad y proporcionalidad ha de apreciarse en relación con los casos ordinarios y más frecuentes, no en relación a casos individualizados. Es constatación la afirmación jurisprudencial de que la «generalidad de la norma [diferenciadora], y por ello su distinción en relación a casos particulares concretos, es una garantía de la seguridad jurídica y de la igualdad» (SSTC 70/1991, FJ 7). La generalidad de la ley es objeto de tratamiento especial en la doctrina constitucional sobre las leyes singulares en sus distintas modalidades y su sujeción al principio de igualdad (STC 166/1986, FFJJ 10-11). En efecto, la generalidad de la ley no es garantía de su igualdad. Siendo la igualdad un mandato de prohibición de desigualdades injustificadas y discriminatorias, alcanza a las leyes generales y a las singulares. Y siendo así, «el principio de igualdad pierde toda posibilidad de erigirse en elemento integrante del *concepto de ley* y no puede operar mas que como mandato constitucional autónomo, igual que cualquier otro límite impuesto por la Constitución al legislador»¹⁰.

Hay en la norma constitucional declarativa de la igualdad en la ley, según la jurisprudencia constitucional, un derecho subjetivo de las personas a obtener un trato igual del legislador –estatal y autonómico–, que exige de aquel que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de modo que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de la diferencia, que aparezca como fundada y razonable, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. Hubo de decir tempranamente el Tribunal Constitucional, ante las dudas y discusiones doctrinales acerca de si el artículo 14 CE reconoce un derecho subjetivo a la igualdad, que el «principio de igualdad de trato, sancionado en el artículo 14 de la Constitución, está asimilado en cuanto a su reconocimiento y tutela a los derechos fundamentales y libertades públicas propiamente dichos, por lo que puede considerársele incluido entre ellos» (STC 10/1981, FJ 7).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional pone de manifiesto un punto de partida asentado en la razonabilidad y proporcionalidad de las distinciones normativas –en su triple exigencia de un fin legítimo, de adecuación de las diferencias a ese fin y de proporcionalidad de las situaciones diferenciadas¹¹–, mantenido en su evolución hasta nuestros días con las precisiones que haré de inmediato. El reconocimiento de la heterogeneidad y diversidad de las

¹⁰ DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona 1987, p. 181.

¹¹ En la elaboración madura de la STC 222/1992, FJ 6.

sociedades apenas aparecerá, y lo hará tardíamente, ligado a la crisis del dogma de la generalidad de la ley, de su estabilidad y permanencia, «que antaño encontraban un intenso anclaje en la ley» y «ahora se residen en fundamentalmente en la Constitución». En todo caso, la jurisprudencia constitucional ha afirmado, con precisión, que lejos de contravenir los principios constitucionales, esta transformación de la ley encuentra pleno respaldo en la configuración constitucional del Estado como social (art. 1.1), que impone a los poderes públicos la misión de eliminar o corregir las desigualdades sociales existentes. En este marco, la ley cumple una función social orientada a hacer efectiva la igualdad real (art. 9.2) (STC 159/2021, FJ 3).

El pluralismo de la sociedad, que la ley ha de respetar, asoma, como en el artículo 20.3 CE, en el acceso a los medios de comunicación de titularidad pública de los grupos sociales y políticos y en el pluralismo de los medios de comunicación social (SSTC 63/1987, FJ 6; 78/2017, FJ 15; 20/2018, FFJJ 3 y 5; 134/2021, FJ 4), mezclado con el pluralismo político, este valor superior del ordenamiento constitucional (art. 1.1).

El principio de igualdad jurídica configura un derecho subjetivo a no sufrir diferenciaciones normativas injustificadas y desproporcionadas, y por ello arbitrarias, ni discriminatorias por las causas constitucionalmente señaladas o por «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», jurisdiccionalmente garantizado.

En su evolución jurisprudencial, la «cláusula general de igualdad» del primer inciso del artículo 14 no agota su virtualidad, sino que esta prosigue, en su segundo inciso, en la interdicción de la discriminación, expresión de la quiebra de la igualdad de las personas y grupos por criterios de diferenciación afectantes a su dignidad, que adquiere consistencia propia e integra un derecho fundamental específico con un comportamiento funcional –innecesariedad del juicio de igualdad– y un alcance material distinto al del derecho a la igualdad legal (mientras que el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad, y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato, la reparación de la discriminación comporta, generalmente, la parificación de trato legal).

Esta interpretación, que ha distinguido dos derechos fundamentales en el artículo 14 CE frente a la indiferenciación inicial, en que la prohibición de discriminación resultaba de la lesión del derecho a la igualdad normativa, arrancó de la STC 128/1987 (FJ 5), que, rompiendo con la jurisprudencia anterior, tuvo la virtud de identificar el criterio discriminatorio del sexo de las personas con la población femenina –y su histórica situación de inferioridad en la vida social, y singularmente en el empleo y en las condiciones de trabajo, una inferioridad normativa, cultural y estructural–, de hacer, por primera vez, una construcción de género –esa situación de discriminación venía definida por el some-

timiento del sexo femenino «y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina» (FJ 7)– y de declarar la constitucionalidad de la acción positiva –sin llamarla por su nombre–, de un tratamiento mas favorable de las mujeres trabajadoras con hijos menores en el acceso al trabajo y en su mantenimiento en situación de clara desigualdad social. La doctrina se reiteró en las SSTC 166/1988 (FJ 2), 19/1989 (FJ 4), 145/1991 (FJ 2), y quedó plenamente expuesta en la STC 200/2001 (FJ 4), sin modificación posterior alguna.

La jurisprudencia constitucional reconoce la titularidad del derecho a la igualdad en el ejercicio de determinados derechos fundamentales a los extranjeros (art. 13.1 CE), aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, fundamento del orden político español (art. 10.1 CE), entre ellos el derecho a la no discriminación, desvinculándolos del estatuto de ciudadanía definido por la nacionalidad¹². La «ley crea ciudadanía al distinguir ... entre sujetos iguales ante ella»¹³, y la STC 12/2008 afirmó que la igualdad sustantiva «es un elemento definidor de la noción de ciudadanía» (FJ 4), lo que se reiterará en la jurisprudencia posterior, sin que, obviamente, sea posible limitar la noción de ciudadanía a un estatuto jurídico-formal de nacionalidad, siendo obligado entenderla referida a una posición de pertenencia efectiva a la comunidad política que construye una ciudadanía constitucional o democrática en un Estado moderno, una ciudadanía «interior», postnacional o transnacional, que ha de tener en cuenta la realidad incontestable de los ordenamientos estatales¹⁴. Las personas extranjeras titulares de derechos constitucionales participan como sujetos de ciudadanía democrática en el ámbito de esos derechos. Su pertenencia a la comunidad política –en el sentido constitucional– no se agota en la nacionalidad, sino en la titularidad y ejercicio de sus derechos constitucionales en condiciones reales de igualdad, que hace posible la ciudadanía democrática inclusiva.

Esa doctrina constitucional ha evolucionado también como consecuencia del incremento del fenómeno migratorio en España. Sobre los derechos constitucionales de los extranjeros «con independencia de su situación administrativa» en España, y sobre las competencias autonómicas para el desarrollo de políticas sectoriales con incidencia en la población extranjera, son relevantes las SSTC 236/2017 y 259/2007.

La inobservancia por el legislador de las exigencias del principio de igualdad jurídica o formal y de la prohibición de discriminaciones da lugar a la

¹² SSTC 107/1984; 93/1985; 115/1987; 137/2000, 236/2007; 259/2007; 260/2007; 17/2013; 155/2015; 139/2016; 33/2017; 87/2017; 134/2017; 172/2020; 43/2025.

¹³ JIMÉNEZ CAMPO, J., «Acotaciones sumarias sobre el “derecho a la diferencia” de trato», cit., p. 15.

¹⁴ BAUBÖCK, R., *Transnational citizenship*, Edward Elgar, Aldershot, 1994, pp. 16 y ss.; *Democratic inclusion. Rainer Bauböck in dialogue*, Manchester UP, 2017, pp. 3 y ss.; ALÁEZ CORRAL, B., *Nacionalidad, ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, CEPC, Madrid, 2006, pp. 22 y ss.; «Ciudadanía democrática e la Constitución Española de 1978: entre la potenciación y la limitación del ejercicio multicultural de los derechos fundamentales», *Democracia constitucional y diversidad cultural*, cit., pp. 48 y ss.

inconstitucionalidad de la ley; la igualdad es en la ley, o, mas ampliamente, en el sistema normativo, comprensiva de los convenios colectivos con valor normativo, y no, en principio, frente a la autonomía de la voluntad, que rige las relaciones entre particulares, en las empresas. El legislador dentro de su amplia libertad de configuración puede imponer la igualdad de trato, en el ámbito de determinadas relaciones privadas, y en todo caso ha de abstenerse de introducir diferencias arbitrarias. El derecho a la no discriminación tiene eficacia *erga omnes*, en relaciones públicas y privadas, frente a poderes públicos y privados, no es un derecho exclusivamente frente al legislador, ni frente a los poderes públicos. El principio de igualdad jurídica rige las operaciones de aplicación del Derecho, que no son objeto de esta reflexión.

Los derechos fundamentales a la igualdad normativa y a la no discriminación son derechos subjetivos provistos de los mecanismos jurídicos necesarios para restablecer la igualdad en la ley y frente a la discriminación en los casos en que hubiese sido quebrantada en el seno de una Constitución jurisdiccionalmente garantizada.

Esta jurisprudencia se ha extendido a lo largo de cinco décadas para asegurar el principio de igualdad y la prohibición de discriminación. No ha sido ajena a una crítica doctrinal extendida, propia y comparada, emergente con el propio texto constitucional y su interpretación jurisdiccional, que destaca que el juicio de razonabilidad de la igualdad formal –la igualdad como equiparación y límite a la diferenciación del legislador– es una herramienta de un modelo liberal insuficiente para captar las desigualdades estructurales, defendiendo que la igualdad ante la ley contiene también una exigencia de diferenciación y abogando por un canon más *estricto* que se acerque a la lógica de la discriminación por omisión y se atenga a una realidad de desigualdad para configurar un entendimiento de igualdad justa o equitativa de oportunidades, y, mas allá, de resultados, de igualdad compleja, de igualdad como diferencia, de igualdad en la diversidad.

3. LA NEGACIÓN DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL A LA DIFERENCIA. EL ESTABLECIMIENTO DE DIFERENCIAS, FACULTAD DEL LEGISLADOR

Parte de la doctrina científica es categórica: el artículo 14 CE no enuncia un derecho al trato diferente «de los desiguales», simétrico al derecho al trato igual de «los iguales». Nuestro Tribunal Constitucional ha sido muy poco aristotélico y así sigue siendo, salvo excepciones, en su amplísima jurisprudencia¹⁵, al haber construido el principio de igualdad desde una perspectiva predominantemente

¹⁵ JIMÉNEZ CAMPO, J., «Acotaciones sumarias sobre el “derecho a la diferencia” de trato», cit., pp. 13-14.

formal, prescindiendo del juicio de proporcionalidad material y de la identificación de las desigualdades relevantes que, en la concepción aristotélica de la justicia distributiva, constituyen el criterio decisivo para evitar la injusticia.

En esa jurisprudencia, la falta de trato desigual de situaciones desiguales no infringe la cláusula general de igualdad del artículo 14 CE, que no comprende un derecho a la diferencia. Únicamente la STC 101/1983 (diputados electos de HB en las elecciones generales de 1982, que no juraron ni prometieron la Constitución, a los que el Congreso de los Diputados no reconoció la condición plena de diputados) deslizó en su lenguaje que la «no existencia de un trato desigual en supuestos iguales, o incluso de un trato igual en supuestos desiguales», se comprendía en el principio de igualdad jurídica (FJ 4)¹⁶. La negación de ese deslizamiento se ha manifestado después en términos incuestionables: «El artículo 14 no consagra la desigualdad para los desiguales, de modo que pueda ser eficaz su invocación ante trato igual a situaciones no iguales» (STC 164/1995, FFJJ 5 y 7, y las allí citadas).

La jurisprudencia constitucional reitera que nuestra Constitución no acoge en el derecho a la igualdad del artículo 14 un derecho de las personas o grupos frente a equiparaciones normativas infundadas y arbitrarias, pues no hay un derecho fundamental a la diferencia normativa. La jurisprudencia constitucional reitera que «el artículo 14 de la Constitución reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato» (SSTC 52/1987, FJ 3; 136/1987, FJ 6; 48/1989, FJ 5; 308/1994, FJ 5; 114/1995, FJ 4; 164/1995, FFJJ 5 y 7; 166/1996, FJ 5; 211/1996, FJ 4; 36/1999, FJ 4): «no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual» (SSTC 181/2000, FJ 3 y las allí citadas; 21/2001, FJ 2; ... 198/2012, FJ 3).

La tutela jurisdiccional del derecho fundamental a la igualdad jurídica es clave en la construcción de Jiménez Campo. No podría existir un derecho fundamental a la diferencia normativa en razón de la imposibilidad tutelar judicialmente ese presunto derecho, trasunto de la separación de las funciones de legislar y de juzgar. El derecho fundamental a la igualdad «*permite y exige...* un control jurídico, esto es, jurisdiccional» de las diferencias creadas por las normas o por su aplicación, de su justificación y proporcionalidad, de su legitimidad constitucional¹⁷. La decisión legal de diferenciar se basa «en unos *finés y criterios*» susceptibles de enjuiciamiento y convalidación o inva-

¹⁶ Ese lenguaje no volvió a aparecer, tampoco en decisiones sobre la misma cuestión de las fórmulas de acatamiento de la Constitución por representantes electos: SSTC 122/1983, 119/1990, 65/2023. En la doctrina de los años 80 se añadió a «la fórmula del “trato igual de los iguales”» «su correlato “obligado” en la diferenciación necesaria entre situaciones diversas», si bien calificando de derivación improcedente la «presunta exigencia de un trato “diferente para las situaciones distintas”» y de «aparente» esta «segunda dimensión de la regla de la igualdad»: JIMÉNEZ CAMPO, J., «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», cit., pp. 90 y 93.

¹⁷ JIMÉNEZ CAMPO, J., «Acotaciones sumarias sobre el “derecho a la diferencia” de trato», cit., pp. 15-16.

lidación, frente a los que es posible reclamar judicialmente la vulneración del derecho a la igualdad, sujeto al parámetro objetivo de la razonabilidad de la diferencia y de su proporcionalidad al fin que el legislador pretende alcanzar en cada caso, no siendo «un canon suficientemente objetivo para ello la conciencia jurídica del juzgador»¹⁸. En cambio, la decisión legal de equiparar, y frente a ella, un pretendido derecho subjetivo a la diferencia, coloca al juez, desprovisto de «fines y criterios legales preestablecidos y susceptibles de valoración en Derecho», ante el «abismo de diversidades existenciales que separan y distinguen a unos individuos de otros ...» y a una clase o grupo de otros: al juez «no se le pediría que controlara si una clase acotada por la norma es o no, en la medida en que lleva a la exclusión de otra u otras, conforme a la igualdad. Se le demandaría, por el contrario, que reconociera (que creara, mas bien) otra clase que ha sido, sin embargo, subsumida por la ley en la mas amplia. Accederá o no a hacerlo, pero no cabe duda de que, de llevarlo a cabo, su función mereciera llamarse de control»¹⁹.

La doctrina crítica del entendimiento tradicional del principio de igualdad jurídica formal, que extiende su ámbito material al tratamiento legal diferenciado de quienes se encuentran en una situación social efectivamente distinta, ha compartido este entendimiento del efecto decisivo de la tutela de los derechos: no cabría derivar del artículo 14, primer inciso, CE «un derecho subjetivo jurisdiccionalmente protegido a recibir un trato diferente y favorable en determinadas circunstancias, del mismo modo que existe un derecho subjetivo a no ser discriminado fundado en el artículo 14 CE. La determinación del tratamiento jurídico diferente y favorable a determinados colectivos corresponde al legislador, «actuando el principio constitucional de igualdad solamente como justificador de estas políticas sociales»²⁰. Conteniendo el artículo 9.2 CE una «directriz» al legislador, y a la Administración que lo ejecuta, «los órganos jurisdiccionales no deben sustituir al legislador democráticamente elegido», aunque el «rango constitucional» de la directriz del artículo 9.2 exige «algún tipo de control jurídico de su cumplimiento», de forma que «el juez podría poner de manifiesto por debajo de qué nivel de cumplimiento o satisfacción una determinada norma o política se hace intolerable». En su síntesis, el principio de igualdad material «constituye un criterio interpretativo del resto del ordenamiento, puede fundamentar un recurso o cuestión de inconstitucionalidad y configura un auténtico deber de los poderes públicos, si bien se trata de un deber genérico de hacerlo realidad que sólo se convertirá en una obligación exigible por los ciudadanos una vez que se haya concretado mediante ley»²¹.

¹⁸ JIMÉNEZ CAMPO, J., «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», cit., p. 92.

¹⁹ JIMÉNEZ CAMPO, J., «Acotaciones sumarias sobre el “derecho a la diferencia” de trato», cit., p. 16.

²⁰ CARMONA CUENCA, E., «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *REP*, núm. 84, 1994, p. 280.

²¹ CARMONA CUENCA, E., *op. cit.*, p. 282.

La democracia constitucional, el Estado de Derecho y la división de poderes resultarían comprometidos si el poder judicial y los jueces de la Constitución fuesen llamados, no a controlar las diferencias establecidas por la ley, sino a crear otras para satisfacer pretensiones a la diferencia de trato de las personas o grupos.

Sí pueden y deben los órganos judiciales sancionar la discriminación (art. 14 CE); en los términos que el legislador les ha ordenado en la proscripción de la discriminación por sexo-género, el poder judicial ha de garantizar «la ausencia de toda discriminación» (arts. 3 y 4 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), también la producida por falta de diferenciación en las discriminaciones neutras o no diferenciadoras –pese a que la jurisprudencia constitucional niegue esta categoría de discriminación, que en casos concretos, sin embargo, ha reconocido–. Por su parte, la posterior ley general de igualdad –Ley 15/2022–, con una redacción imprecisa y no afortunada, califica el «derecho a la igualdad de trato y la no discriminación» de «principio informador del ordenamiento jurídico», que «se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas» (art. 4.3). La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, es esencialmente una ley administrativa, dirigida a las administraciones públicas, sin perjuicio del deber de protección de los derechos a la igualdad de trato y a la no discriminación de las personas LGTBI y sus familias, que pesa sobre todos los poderes públicos «en el ámbito de sus competencias» (art. 4). y de la aplicación a estas personas de la Ley integral de igualdad de trato y no discriminación 15/2022.

Legítimamente el legislador puede y debe destinar tratamientos jurídicos diferentes a situaciones distintas para la consecución de los fines constitucionales de libertad e igualdad sustantiva o material de las personas y grupos y de facilitación de su participación en la vida económica, cultural y social (art. 9.2 CE). ¿Una especie de confusión con la acción positiva? Pero la facultad del legislador de diferenciar esta sometida, en la jurisprudencia constitucional mayoritaria, al respeto a la cláusula general de igualdad jurídica, que prohíbe las diferencias injustificadas y desproporcionadas, arbitrarias, y a la interdicción de las discriminaciones del artículo 14 CE. El derecho a la igualdad es un límite al poder de la libre configuración del legislador, de modo que las diferencias normativas se resuelven en la igualdad razonable y proporcionada. La libertad del legislador no puede soslayar la prohibición de discriminación por las categorías expresadas u otras de similar carga denigratoria de la dignidad personal, que sanciona una intrínseca inadmisibilidad constitucional para establecer diferencias producidas por sistemas jurídicos y sociales de poder opresivo²².

²² BARRÈRE UNZUETA, M. A., y MORONDO TARAMUNDI, D., «Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco*

El legislador puede hacer uso de los criterios discriminatorios para diferenciar. Los criterios de discriminación no suponen prohibiciones absolutas para la diferenciación legislativa; eso sí, requieren acreditar una justificación más estricta y llaman a un canon de su legitimidad constitucional «más cuidadoso [...] de las causas subyacentes en la diferenciación» (STC 128/1987, FJ 7) y a un «mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad» (*strict scrutiny test*) (STC 75/1983, FJ 4). Esta doctrina constitucional, tan arraigada que excusa la cita de sentencias concretas, tiene una proyección inmediatamente restrictiva de las acciones positivas, consideradas excepcionadoras del principio de igualdad jurídica o formal y de la prohibición de discriminación por diferenciación.

La igualdad como cláusula general constituyó la norma constitucional con la que la STC 59/2008 analizó y convalidó la legitimidad constitucional de la distinta delimitación de los sujetos activos y pasivos del delito de maltrato ocasional, y de su distinto tratamiento penológico, del artículo 153.1 CP, modificado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. No es el sexo de dichos sujetos –masculino del sujeto activo y femenino de la víctima– el criterio acogido por la ley para agravar la pena, sino el carácter especialmente lesivo, el desvalor mayor, de los hechos tipificados, de la violencia ejercida por los hombres sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja, manifestación de una intolerable desigualdad. Respecto de los delitos de amenazas leves, coacciones leves y lesiones de los artículos 171.4, 172.2, y 148.4 CP, modificados por la ley citada, las SSTC 45/2009, 127/2009, 41/2020, dieron igual respuesta con el canon del derecho a la igualdad jurídica y la razonabilidad y proporcionalidad de las diferencias normativas.

4. LA NEGACIÓN DE LA «DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN». NO EXISTE DISCRIMINACIÓN, NI DESIGUALDAD ARBITRARIA, SI SE PRODUCE POR INDIFERENCIACIÓN

La «discriminación por indiferenciación», como su nombre indica, se refiere al trato igual de personas y grupos que se encuentran en situaciones sustancialmente diferentes, sin una justificación objetiva y razonable, al trato desigual de los desiguales. La jurisprudencia constitucional utiliza el concepto de *discriminación*, para negar que se produzca por la falta de diferenciación del

Suárez, 45, 2011, pp. 18 y ss.; BARRÈRE UNZUETA, M. A., «Filosofías del Derecho antidiscriminatorio ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio», *AFD*, 2018, XXXIV, pp. 12 y ss.

legislador, o de sus intérpretes y aplicadores, y en alguna ocasión el mas amplio de *desigualdad*, con igual resultado negativo (STC 59/2008, FJ 9).

Admite –no podía ser de otra manera, atendiendo al valor interpretativo de las normas europeas y de las decisiones de sus órganos de garantía *ex* artículo 10.2 CE– la categoría de discriminación indirecta (desde la STC 145/1991), que, a diferencia de la discriminación directa –trato desigual de los iguales– ocurre cuando la ley, o una práctica interpretativa o aplicativa de la ley, aparentemente neutra, trata a personas o grupos en situaciones fácticas distintas de la misma manera –trato igual de los desiguales–, causando un perjuicio sin justificación objetiva, que entraña un juicio de ilegitimidad constitucional de la igualdad normativa, judicial o administrativa, de la indiferenciación. La inconstitucionalidad por omisión del legislador, si la omisión fuese de tratamientos diferenciadores, presenta, no solo el problema de la falta de canon del juez constitucional sobre la insuficiente acción del legislador, sino el de su encaje en la jurisprudencia constitucional, que, de un lado, exige que la Constitución imponga al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo haga (STC 24/1982, FJ 3)²³, esto es, que exista un deber constitucional de regulación (STC 164/2001, FJ 49), y no existe ese deber constitucional de regulación para diferenciar y lograr la igualdad efectiva, y, de otro, no reconoce la discriminación por indiferenciación –por omisión de diferenciar (STC 183/2014, FJ 3)–, a la que se reconduciría el objeto de los procesos de inconstitucionalidad por omisión de la diferenciación.

La jurisprudencia constitucional declaró, desde momentos aún tempranos, que «la “discriminación por indiferenciación” no se sitúa en el ámbito del artículo 14 de la Constitución a efectos del cauce procesal del recurso de amparo de derechos fundamentales. La igualdad declarada en este precepto [...] es la que impone que, ante situaciones no disímiles, “la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos” ... y por ello, lo que el artículo 14 de la CE impide es la distinción infundada o la discriminación ... el legislador puede, en el respeto al canon de razonabilidad que le impone el artículo 14, diferenciar entre supuestos y hasta debe hacerlo, en obediencia a otros preceptos constitucionales, cuando su acción se orienta a la adjudicación de prestaciones a particulares. Esta ... vinculación positiva, sin embargo, es sólo relevante en el examen abstracto de la constitucionalidad de la Ley, porque no existe, antes de ella, un derecho fundamental a la singularización normativa...»; por todo ello «carece de fundamento en un recurso de amparo» dirigido a restablecer o preservar los derechos fundamentales «amparables» (art. 53.2 CE) cuando se ha alegado una vulneración concreta y efectiva de los mismos, no siendo suficiente la infracción del artículo 14 CE (STC 86/1985, FJ 3). La llamada «discriminación por in-

²³ STC 74/1987, FJ 4; 87/1989, FJ 2; 159/2011, FJ 5.

diferenciación» es ajena al artículo 14 CE (SSTC 308/1994, FJ 5; 211/1996, FJ 4; 137/1998, FJ 2; 36/1999, FJ 4; 21/2001, FJ 2; 88/2001, FJ 2; 156/2003, FJ 3; 104/2005, FJ 3; 231/2005, FJ 5; 30/2008, FJ 7; 175/2012, FJ 5; 118/2014, FJ 3; 128/2014, FJ 3; 1/2021, FJ 5; 65/2023, FJ 4).

En el de la constitucionalidad de la ley, la norma recogida en el artículo 14 de la CE tampoco puede hacerse efectiva en el ámbito de la «discriminación por indiferenciación», que resulta «en principio» ajeno al ámbito del artículo 14, no el vertido sobre normas excepcionadoras de otras generales que sustraiga indebidamente de éstas a categorías personales que no debió sustraer –que sustrajo sin razón suficiente– [SSTC 19/1988, FJ 6; 109/1988, FJ 2.c); 132/2022, FJ 3. B).iii)]. En algún otro caso, no fue atendible (STC 135/1992, FJ 9); dicho en términos absolutos [SSTC 164/1995, FFJJ 4, 5 y 7; 181/2000, FJ 11; 257/2005, FJ 4; 117/2006, FJ 2.c); 69/2007, FJ 4; 198/2012, FJ 3; 38/2014, FJ 6; 119/2014, FJ 3. B); 183/2014, FJ 3; 140/2015, FJ 2.a); 56/2016, FJ 5; 15/2017, FJ 2.c).i); 62/2023, FJ 5.c).i)].

Tanto la jurisdicción constitucional de amparo como la de control de la ley coinciden en este modo de abordar el problema²⁴. Únicamente en relación al principio de igualdad del sistema tributario, unido a la capacidad económica y al principio de progresividad (art. 31.1 CE), se ha señalado que no puede ser reconducido sin más a los términos del artículo 14, pues «una cierta desigualdad cualitativa es indispensable para entender cumplido» el principio de progresividad global del sistema tributario «en que alienta la aspiración a la redistribución de la renta» (SSTC 27/1981, FJ 4; 7/2010, FJ 6).

La STC 241/2000 extendió aquella doctrina, formulada en relación con la desigualdad de trato en las normas jurídicas, a su aplicación judicial (FJ 5); doctrina mantenida hasta hoy. Lo que el artículo 14 CE prohíbe es la distinción infundada o discriminatoria, no su falta. Dicho «con una cierta vocación de paradoja», el artículo 14 CE no ampara «la desigualdad por un exceso de igualdad». El exceso de igualdad no es inconstitucional» (SSTC 86/1985, FJ 3; 135/1992, FJ 9; 198/2012, FFJJ 3 y 4).

El TEDH, Gran Sala, en la conocida sentencia de 6 de abril de 2000, *Thlimmenos c. Grecia*, afirmó lo contrario por unanimidad: el derecho de ejercer los derechos reconocidos por el CEDH –en el caso, la libertad de religión del artículo 9 del CEDH– sin sufrir discriminación (art. 14 CEDH) también se viola cuando los Estados no tratan de modo distinto, sin justificación objetiva y razonable, a personas en situaciones «significativamente diferentes» (34369/97, § 44). Lo hizo en un caso de *discriminación indirecta*. La ley griega era neutra,

²⁴ Su crítica en COBREROS MENDAZONA, E., «Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta», *REDC*, núm. 81, 2007, pp. 71 y ss.

pero se traducía, en su aplicación, en un resultado discriminatorio para el demandante, testigo de jehová, al no excepcionar su situación, al no diferenciar (§ 48). Se trató, «de manera nítida, de un supuesto de discriminación por indiferenciación en la ley»²⁵.

Numerosas sentencias posteriores del TEDH han reiterado esta vertiente de vulneración del derecho a la no discriminación por el igual trato de los desiguales sin justificación objetiva y razonable; dentro del margen de apreciación de los Estados, la inacción estatal ante diferencias relevantes puede constituir discriminación, doctrina expuesta como principio general sin perjuicio de su aplicación o no y del sentido de sus fallos (SSTEDH, Gran Sala, 13 noviembre 2007, *D. H. y otros c. República Checa*, 57325/00, § 175, 183; Gran Sala, 22 diciembre 2009, *Sejdić y Finci c. Bosnia-Herzégovina*, 279096/06 y 34836/06, § 44; Gran Sala, 7 julio 2011, *Stummer c. Austria*, 37452/02, § 88; Gran Sala, 26 junio 2012, *Kurić y otros c. Eslovenia*, 26828/06, § 388; § 91; 15 enero 2013, *Eweida y otros c. Reino Unido*, 48420/10, 59842/10, 51671/10, y 36/516/10, § 85-87; 24 octubre 2019, *J. D. y A c. Reino Unido*, 32949/17 y 34614/17, § 84-86; 13 octubre 2020, *Ádám y otros c. Rumanía*, § 87-88, y las allí citadas).

Aun sin citar *Tblimmenos c. Grecia*, la STEDH de 30 abril 2009, *Glor c. Suiza*, 13444/04, es, entre otras, un ejemplo paradigmático de discriminación por omisión de diferenciación por la ley, ante una discriminación normativa *indirecta*. El demandante fue declarado «no apto para el servicio militar» y, al mismo tiempo, obligado a pagar un impuesto de sustitución, que se eximía solo a personas con discapacidades graves (más severas que la suya). La violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 CEDH se basó en que el Estado suizo no había establecido un trato diferenciado razonable para una situación diferente.

El TEDH ha precisado que esa falta de diferenciación, causante de discriminación, ha de producir consecuencias particularmente perjudiciales sobre ciertas personas relacionadas con su situación, a la luz del motivo de discriminación invocado, lo que es determinante de la falta de justificación objetiva y razonable de la norma o medida (*D. H. y otros c. República Checa*, cit., §§ 175 y 184-185; *J. D. y A c. Reino Unido*, cit., § 85).

Esta jurisprudencia del TEDH ha sido considerada un hito en el avance de la prohibición de discriminaciones indirectas y de la igualdad material. La doctrina científica ha reconocido que la doctrina *Tblimmenos* es un ejemplo canónico de la evolución jurisprudencial del principio de igualdad al actuar contra las discriminaciones indirectas, si bien no ha dejado de ser crítica con esta construcción jurisprudencial que impone a los Estados una «obligación positiva» de difícil delimitación, por su ambigüedad y vaguedad conceptual,

²⁵ COBREROS MENDAZONA, E., *op. cit.*, p. 83.

causante de inseguridad jurídica –el TEDH no habría definido claramente los criterios objetivos para determinar cuándo una situación es «significativamente diferente» y, en consecuencia, cuándo el Estado está obligado a diferenciar²⁶–. Se ha advertido asimismo del riesgo de expansión de las obligaciones estatales que conlleva esta doctrina, al transformar un principio antidiscriminatorio en un mandato positivo amplio²⁷. A ello se suma su utilización inconsistente por el propio TEDH y, en ocasiones, meramente ritual, sin ambición ni consecuencias prácticas reales: el TEDH ha aplicado la lógica de *Thlimmenos* sin citarla expresamente en varios casos relevantes, pero también ha omitido aplicarla allí donde cabría esperarla, en ámbitos como el sexo, la discapacidad o la pobreza estructural²⁸. La doctrina *Thlimmenos* ha sido vista, en definitiva, como un mandato de política social, que se inmiscuye en el ámbito de apreciación de los Estados, y desborda el control judicial tradicional²⁹. También ha sido criticada por la insuficiencia de su análisis de la prohibición de discriminación, de las obligaciones *de facto* precisas para combatirla, y de la exigencia de ajustes o acomodos razonables ante este tipo de discriminaciones en las relaciones educativas y laborales³⁰.

Favorable a esta doctrina, Cobreros Mendazona tampoco ha dejado de reconocer su inaplicación posterior por el TEDH³¹. Otros autores se hicieron eco de la sentencia, señalando el incierto porvenir de su doctrina³².

El Tribunal Constitucional no ha acogido esta jurisprudencia del TEDH, pese al mandato de interpretación *conforme* ordenado por el artículo 10.2 CE, al estar aquella referida a los derechos reconocidos en el CEDH y en sus protocolos y considerar el Tribunal Constitucional compatible su jurisprudencia en el diálogo con la del TEDH³³. Ciertamente, la sentencia *Thlimmenos* únicamente ha sido citada, veinticuatro años después, por la STC 140/2024, que declaró la

²⁶ ARNARDÓTTIR, O. M., *Equality and Non-discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2003, pp. 85-88; FREDMAN, S., «Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 16, 2, 2016, pp. 279 y ss.

²⁷ FREDMAN, S., *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford, UP, 2008, pp. 49 y ss.; GRABENWARTER, C., *European Convention on Human Rights: Commentary*, Beck/Hart/Nomos/Helbing Lichtenhahn, Munich, Oxford, Baden-Baden, Basel, 2014, pp. 39 y ss.

²⁸ NIKOLAIDIS, C., *The Right to Equality in European Human Rights Law: The Quest for Substance in the Jurisprudence of the European Courts*, Routledge, Londres, 2014, pp. 112 y ss.

²⁹ FREDMAN, S., «Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights», cit., pp. 299-301; HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford UP, 4.ª ed., 2018, pp. 778-780.

³⁰ HENRAD, K., y NOTES, A., «Duties of reasonable accommodation on grounds of religion in the jurisprudence of the European Court of Human Rights: A tale of (baby) steps forward and missed opportunities», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, 4, 2016, pp. 961 y ss.

³¹ *Op. cit.*, pp. 84-86.

³² REY MARTÍNEZ, F., «La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», REDC, núm. 79, 2007, p. 281.

³³ SAÍZ ARNAÍZ, A., «Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos», *Comentarios a la Constitución Española*, XL Aniversario, M. Rodrí-

inconstitucionalidad de la regulación legal de los permisos por nacimiento y cuidado de menor por omitir la posibilidad de que las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, pudieran ampliar su permiso por nacimiento disfrutando del permiso que correspondería al otro progenitor, caso de existir. Lo hizo para definir el concepto de discriminación por indiferenciación como trato desigual de personas desiguales sin justificación objetiva y razonable («en situaciones sustancialmente distintas o que presentan diferencias relevantes»), extraído de la sentencia *Thlimmenos* y de la sentencia *Ádám y otros c. Rumanía*, y para marcar la separación de ese tipo de discriminación con el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad que resuelve (FJ 5). En un voto particular reciente de la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la STC 44/2023, sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se propone la revisión de esta doctrina constitucional para reconocer como discriminatorio por indiferenciación la falta de reconocimiento del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo de las mujeres (produciéndose la discriminación «al no reconocerse la particular posición de las mujeres en el contexto de la reproducción humana y al imponerse solo a estas la continuación de un proceso biológico que no desean vivir y, en muchos casos, la asunción de un hecho personal y social, la maternidad, que no planificaron, con la que no se identifican o que no están en condiciones de desarrollar por la razón que sea»).

5. EQUIPARACIÓN Y DIFERENCIACIÓN NORMATIVA (INTERPRETATIVA Y APLICATIVA)

En el cuidadoso análisis de las diversas pretensiones de diferenciación de trato frente a normas «en exceso generales» o equiparadoras –o frente su aplicación– que Jiménez Campo efectúa (de individualización del caso concreto y de exclusión de la norma; de especificación de una «nueva clase excepcional» desconocida por la norma), de la mano de la jurisprudencia constitucional³⁴, concluye que en ellas no hay tanto una invocación de un hipotético derecho a la diferencia, como una demanda de inclusión en una norma jurídica que no ha definido su ámbito subjetivo de aplicación en términos igualitarios.

En el caso de las familias monoparentales y del permiso por nacimiento y cuidado de hijos e hijas menores, la cuestión de inconstitucionalidad formalizada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña y las demandas de ampa-

guez-Piñero, y M. E. Casas Baamonde (dirs.), BOE, Fundación Wolters Kluwer, TC, Ministerio de Justicia T. I, Madrid, 2018, pp. 243 y ss.

³⁴ *Op. cit.*, pp. 17-22.

ro denunciaron la falta de singularización, la indistinción de su situación por la ley al actuar la ley sobre la realidad de las familias biparentales y referirse al permiso del «otro progenitor», inexistente en familias monoparentales, y por sus aplicadores administrativos y judiciales –a excepción de la Sentencia 1612/2024, de 15 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo³⁵–, con el resultado de disponer de un permiso de inferior duración al no serles de aplicación el previsto por el legislador para el otro progenitor, que provocaba una discriminación directa por nacimiento de sus hijos. Realmente las madres de familias monomarentales demandaban, no un derecho a la diferencia, sino a la igualdad de trato a partir de su singularidad: la inexistencia de otro progenitor titular del derecho al permiso; a la subsunción de su desigual situación en el precepto legal, que al no tener en cuenta su diferencia las excluía *ex silentio* de su ámbito, no solo sin fundamento atendible a la vista de su finalidad de cuidado de los hijos, sino provocando una discriminación directa de sus hijos e hijas por nacimiento y, en mi criterio, una discriminación indirecta por sexo como atestiguaba la prueba estadística.

La STC 140/2024 levantó la objeción de que se estuviese reconociendo cualquier derecho a la diferencia normativa de clases de personas y familias desiguales, y casi cerrando el primer cuarto del siglo XXI reiteró su rechazo de la denominada discriminación por indiferenciación, que, sin embargo, aplicaba en casos de discriminación indirecta desde hacía años sin expresarlo: «Tampoco cabe afirmar que nos encontramos ante un supuesto de discriminación por indiferenciación... Es cierto que, en el caso presente, analizamos una diferencia de trato que no trae causa de las reglas expresamente contenidas [en la ley], sino de una omisión del legislador. Sin embargo, nuestra jurisprudencia constante entiende que lo propio de la discriminación por indiferenciación es la exigencia de un trato normativo desigual «entre supuestos desiguales» y «no nos encontramos aquí ante supuestos desiguales, sino ante una misma necesidad de atención y cuidado de los menores nacidos en familias monoparentales respecto de los nacidos en familias biparentales; igual necesidad a la que responde de forma diferenciada por la norma cuya constitucionalidad ... se cuestiona» (FJ 5).

Próximas a este tipo de supuestos fueron las demandas de inclusión en la norma legal que reservaba a los funcionarios de carrera el derecho a la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos. La STC 240/1999 declaró la vulneración de los derechos a la igualdad *in genere* y a no ser discriminada indirectamente por razón de sexo de la funcionaria interina recurrente –que desempeñaba un puesto de médico durante más de cinco años y ofreció

³⁵ Que apreció que la interpretación administrativa y judicial del artículo 49 del TRLEBEP incurría en la discriminación prohibida por nacimiento si «el nacido en una familia monoparental» disfrutase del cuidado, atención y protección familiar, «por un tiempo muy inferior, 16 semanas, que tendría si hubiera nacido en una familia biparental, 26 semanas», sin justificación alguna (FD 6.º). Aplicó un canon de desigualdad de iguales, que condujo a la discriminación.

pruebas estadísticas de la discriminación indirecta de las mujeres causada por la interpretación normativa aplicada– por la denegación administrativa y judicial de su derecho a la excedencia para el cuidado de hijos, que la norma legal desconocía a los funcionarios interinos, denegación injustificada y desproporcionada atendiendo a la «transcendencia constitucional» del derecho legal vinculado al cuidado de los hijos (art. 39 CE) y al impacto adverso de la norma neutra en su aplicación sobre las mujeres, mayoritariamente responsables de ese cuidado.

La demanda de amparo había argumentado que la discriminación por sexo indirecta puede derivarse «no sólo de un tratamiento legal diferenciado de situaciones sustancialmente iguales, sino también indirectamente de *una realidad social discriminatoria contraria al artículo 14 CE que un tratamiento formalmente igualitario no repara*» (FJ 1). El esquema de enjuiciamiento y la solución se reiteró en la STC 203/2000, sobre funcionaria interina de larga duración, que dejaba desprovista de fundamentación razonable y proporcionada la negación del derecho de conciliación y la aplicación de la norma legal neutra sin diferenciar, sin atender a «las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo» (FJ 6). La STC 149/2017 se sitúa en la onda debilitada de estas sentencias, al no pronunciarse sobre la denunciada discriminación indirecta por sexo que la negativa judicial de la permuta pretendida de sus puestos de trabajo –la norma convencional colectiva de aplicación exigía la condición de personal laboral fijo– habría causado a las demandantes, trabajadoras contratadas temporales en régimen de interinidad por vacante, por falta de denuncia temprana. En consecuencia, su fallo se limitó a declarar la vulneración del derecho a la igualdad de las recurrentes, pese a reprochar a la sentencia impugnada que no se hubiese planteado «la cuestión de si denegar a las trabajadoras demandantes la pretendida permuta de sus puestos de trabajo constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes», con la consecuencia de «no valorar adecuadamente la dimensión constitucional *ex* artículo 14 CE, en relación con el artículo 39.3 CE, del asunto planteado, teniendo en cuenta la efectividad del contenido constitucional del artículo 14 CE» (FJ 6).

La doble perspectiva vulneradora del derecho a la igualdad en la ley y de la interdicción de discriminación indirecta por razón de sexo se contiene también en la jurisprudencia constitucional sobre la regulación legal de seguridad social del trabajo a tiempo parcial (SSTC 253/2004, 61/2013, 91/2019, 155/2021). Las cuestiones y la autocuestión de inconstitucionalidad se dirigieron frente a las sucesivas regulaciones legales de la determinación de los períodos de cotización de las prestaciones de seguridad social computando exclusivamente las horas trabajadas, y de su incidencia en la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, injustificadas y desproporcionadamente desiguales respecto de los trabajadores a tiempo completo, sin dejar de constatar la afectación perjudicial mayoritaria

de mujeres, al ser estadísticamente mayoritarias en el trabajo a tiempo parcial, por esas regulaciones legales neutras, que producían una discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por el artículo 14 CE.

Las pretensiones de inclusión en una excepción normativa y de exclusión de una norma general, esto es, de equiparación en la diferenciación normativa, y las puras de diferenciación normativa sostenidas frente a normas generales neutras de las que resultan discriminaciones indirectas plantean un problema de igualdad, propio de la negada discriminación por indiferenciación. Reconoce Jiménez Campo que esas pretensiones frente a la equiparación, incluso las pretensiones de diferenciación normativa, se resolverían con «las normas compartidas» del ordenamiento jurídico. A la postre, lo que el autor citado rechaza son las demandas diferenciación normativa identitarias «en defensa de la integridad o identidad de un grupo social homogéneo dotado de reglas propias, que reclama para si no ya una *juridicidad* singular *ad intra*, sino el efectivo reconocimiento de la misma –con invocación del derecho a la igualdad– por el ordenamiento» del Estado; un reconocimiento, en su opinión, de «un imposible «derecho a crear Derecho» de los grupos, que significaría la negación del ordenamiento por ese mismo ordenamiento, resultado de la mayoría de todos en democracia³⁶. En su criterio, ni la Constitución lo permitiría en sus artículos 14 y 9.2, ni podría, en consecuencia, el legislador llevarlo a término para «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

La unidad del ordenamiento jurídico es un presupuesto esencial del constitucionalismo democrático: garantiza la supremacía de la Constitución, la soberanía popular, la igualdad formal ante la ley, la universalidad de los derechos fundamentales, y la vigencia general de las normas comunes. No es necesario recordar que esta unidad constituye, en las principales teorías contemporáneas del derecho y la democracia –de Kelsen a Ferrajoli y Habermas–, la condición misma de validez y legitimidad del ordenamiento. Pero esa unidad no es uniformidad y no se opone a la realización de la igualdad sustantiva a través de normas diferenciadoras y antidiscriminatorias. Los Estados constitucionales deben reconocer tratamientos diferenciados cuando sean necesarios para compensar posiciones estructurales de desventaja y garantizar que los derechos puedan ejercerse en condiciones reales de libertad e igualdad. Ello no implica admitir que los grupos –se trate de las mujeres, que somos la mitad de la población, o de grupos minoritarios– puedan reclamar para sí una «juridicidad paralela» o un supuesto «derecho a crear Derecho» al margen del ordenamiento común, pero tampoco desconocer que los grupos –la discriminación es siempre grupal– no se disuelven en individualidades perdiendo su *identidad* política. La cuestión no es sustituir al Estado como fuente de validez normativa, sino com-

³⁶ «Acotaciones sumarias sobre el “derecho a la diferencia” de trato», cit., pp. 22, 25-27.

prender que la igualdad efectiva, incluida la prohibición de discriminación, exige que los poderes públicos adopten tratamientos y valores diferentes para no discriminar e igualar dentro del marco constitucional.

En la jurisprudencia constitucional hasta ahora examinada, el artículo 14 CE reconoce los derechos a la igualdad y a la no discriminación de las personas y grupos en posiciones jurídicas distintas que demandan igualdad frente a tratamientos desiguales infundados y arbitrarios y frente a tratamientos formalmente igualitarios que causan resultados discriminatorios. La consecuencia de ese reconocimiento es el de un derecho a la igualdad frente al tratamiento normativo desigual infundado y desproporcionado de quienes son jurídicamente desiguales (funcionarias de empleo o interinas v. de carrera, trabajadores temporales v. fijas, personas trabajadoras a tiempo parcial v. tiempo completo), aunque pudiera decirse, con la STC 140/2024, que no hay desigualdad, ni demanda de un derecho a la diferencia, sino a la equiparación normativa, cuando existe una misma o proporcional necesidad de protección; y de un derecho a la diferencia de personas desiguales frente a la norma equiparadora y a su interpretación y aplicación causante, por falta de diferenciación, de la discriminación constitucionalmente proscrita.

El artículo 14 CE presta fundamento a demandas de diferenciación normativa –y de diferenciación de la interpretación y aplicación de la norma–, y en él encontraron apoyo, no en su cláusula general de igualdad, ni en el mandato de igualdad real del artículo 9.2 CE, sino en su específica prohibición de discriminación por razón de nacimiento (filiación) y de sexo (embarazo y maternidad), las SSTC 154/2006, 66/2014, 162/2016, 2/2017, 108/2019, 71/2020 y 22/2024. Como dijera la STC 154/2006, «la prohibición de discriminación es más que un precepto de igualdad» [FJ 6.a)].

6. DERECHO A LA DIFERENCIA Y DISCRIMINACIÓN (DISCRIMINACIONES INDIRECTAS Y DIRECTAS); LA RECTIFICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN Y EL ACOMODO RAZONABLE. LA MATERNIDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN POR SEXO POR INDIFERENCIACIÓN

Demandas de derecho a la diferencia son las que se dirigen frente a las discriminaciones directas e indirectas producidas por normas neutras, que no diferencian causando efectos perjudiciales para los colectivos especialmente protegidos al venir definidos por las causas de discriminación constitucional y legalmente proscritas.

La jurisprudencia constitucional ha elaborado la noción de discriminación indirecta con apoyo en la jurisprudencia comunitaria, apoyo que ha reco-

nocido expresamente: «respecto a la discriminación indirecta por razón de sexo, la doctrina constitucional ha asumido el concepto elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para referirse a aquellas medidas que, aunque formuladas de manera neutra, perjudican a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres: tales medidas están prohibidas salvo que estén justificadas por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo» [STC 71/2000, FJ 3.b)]. La prohibición discriminatoria exige la anulación del impacto adverso o perjudicial de la discriminación indirecta, e impone como fin y medio la parificación.

Aplicando el canon del derecho a la igualdad, o de la discriminación directa entre huérfanos matrimoniales y extramatrimoniales en situación de orfandad relativa, ninguno tenía derecho al incremento de la indemnización especial por muerte en accidente de trabajo del causante. Sin embargo, la norma legal neutra, que no diferenciaba entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, perjudicaba, en su interpretación unificada que partía de aquella igualdad formal, la situación económica familiar de los hijos extramatrimoniales, causando desigualdad sustancial, una discriminación indirecta por filiación, por indiferenciación. La STC 154/2006 fijó la interpretación no discriminatoria de los hijos extramatrimoniales: puesto que el progenitor sobreviviente de estos hijos no tenía derecho a la indemnización especial por falta de matrimonio, que se reconocía al cónyuge superviviente, se cumplía la condición legal de «inexistencia de *cónyuge* sobreviviente con derecho a esta indemnización especial» en el caso de los hijos extramatrimoniales, lo que obligaba a conceder el incremento de la prestación a estos huérfanos, asegurando su cobertura y evitando el impacto negativo en la realidad familiar y la satisfacción de las necesidades de los hijos extramatrimoniales, parificando su tratamiento prestacional con el de los hijos matrimoniales (art. 14 en relación con los arts. 39 y 41 CE).

Las SSTC 66/2014, 162/2016, 2/2017, 108/2019, 71/2020, y 22/2024, han reconocido un derecho a la diferencia normativa en casos de discriminación indirecta por sexo combinada con discriminaciones directas por maternidad, que en la jurisprudencia constitucional han recibido un cierto tratamiento de discriminación por indiferenciación.

Según alguna opinión doctrinal³⁷, esas decisiones habrían integrado las exigencias del artículo 9.2 en la prohibición de discriminación por sexo del artículo 14 CE, aunque, en mi opinión, esa prohibición, que conlleva un derecho y un mandato antidiscriminatorio, se basta por si solo. Y no, no lo hizo la STC 154/2006. Ni ninguna de las sentencias ahora citadas trae en apoyo de sus fundamentos jurídicos el artículo 9.2 –apoyo, por lo demás, meramente referencial

³⁷ Respecto de las dos primeras, JIMÉNEZ CAMPO, J., «Acotaciones sumarias sobre el “derecho a la diferencia” de trato», cit., p. 22.

en un recurso de amparo³⁸, y cuestionado por parte de la doctrina, como se vio, para ser utilizado por el poder judicial en ausencia del legislador³⁹–, sino únicamente la citada prohibición de discriminación por sexo del artículo 14, aunque la STC 162/2016 impute a la Administración y al órgano judicial el incumplimiento de los mandatos de igualdad real y efectiva de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (arts. 3, 8 y 51)⁴⁰. Por su parte, la STC 108/2019 atribuyó al artículo 14, a su mandato de interdicción de las discriminaciones, además de deparar tutela subjetiva, la vocación de «modificar el estado de cosas, el modelo y la conciencia sobre la igualdad sustancial entre los seres humanos, entre los colectivos y ciudadanos, actuando contra el mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social (estereotipos, roles), a sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE», en una desigualdad estructural, sistémica, frente a la que la paridad social y jurídica, a partir del derecho a la diferencia, es la respuesta, pues la igualdad sustantiva es elemento de nuestro orden constitucional (FJ 3). El artículo 14, segundo inciso, CE reconoce, también, el derecho a su tutela antidiscriminatoria [FJ 4.a)].

Denunciada la vulneración de la prohibición de discriminación por sexo, las sentencias citadas han reconocido el derecho a un trato diferente en las normas que, enunciadas en términos neutros, ocasionan a las mujeres un perjuicio en sus carreras profesionales (discriminación indirecta) por causa de su embarazo y maternidad, lo que constituye una discriminación directa por sexo femenino.

La STC 66/2014 apreció la lesión del derecho fundamental de la demandante a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) como consecuencia de su maternidad, y anuló la resolución de la Dirección General de Justicia de la Comunidad de Madrid y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que habían desestimado su solicitud de retroacción de todos los derechos económicos, de antigüedad y de cualquier otra clase, desde la fecha en que sus compañeros de promoción habían tomado posesión de sus

³⁸ En la STC 108/2019, el Ministerio Fiscal recurrió a dicho precepto en sus alegaciones.

³⁹ Lo que se relaciona con la cuestión, ya advertida, de si el artículo 9.2 CE se limita a contener un mandato de normación dirigido a los poderes públicos titulares de potestades normativas, o si también se dirige a todos los poderes públicos y, en concreto, al poder judicial en la aplicación e interpretación de las normas, con un valor informador, similar al constitucionalmente reconocido a los principios rectores de la política social y económica, cuyo reconocimiento, respeto y protección, «informarán [...] la práctica judicial», pero sólo «podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (art. 53.3 CE). Ya me he referido a las decisiones del legislador de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

⁴⁰ Esas referencias normativas de la LOI están también presentes en la STC 66/2014 y continúan en la STC 108/2019.

plazas en el Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, tras la realización del correspondiente curso de prácticas, que iniciaron el mismo día en que la recurrente tenía programado su parto. Consta en los antecedentes de la sentencia que la «recurrente dice que tomó posesión de su plaza un año y medio después de los aprobados de la misma promoción» ante la negativa de la Administración madrileña a ofrecerle otras posibilidades alternativas a la realización del reglamentario curso teórico-práctico (3), con los consiguientes efectos desfavorables, administrativos y económicos.

La sentencia recuerda las diferencias jurídicas entre la cláusula general de igualdad y la prohibición de discriminación y reitera que la minusvaloración o el perjuicio causado a la mujer trabajadora en sus derechos profesionales por causa de su embarazo o sucesiva maternidad es una discriminación directa por razón de sexo.

La solución venía dada por la STJUE, de 16 de febrero de 2006, C-294/04, *Carmen Sarkatzis Herrero c. Instituto Madrileño de Salud*, que declaró que el Derecho de la Unión –la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo⁴¹– se opone a una normativa nacional que impida que una trabajadora en permiso de maternidad disfrute de los mismos derechos que los demás candidatos que superaron el mismo proceso selectivo. En particular, se opone a que se retrase su toma de posesión hasta el fin del permiso de maternidad sin computar dicho periodo a efectos de antigüedad en el empleo público.

La resolución administrativa y la judicial de apelación, que denegaron la pretensión de la recurrente, se fundamentaron en el Real Decreto 1451/2005, de 7 de diciembre, sobre ingreso y promoción profesional del personal al servicio de las administraciones públicas. Conforme a su artículo 24.6, quienes no puedan realizar o finalizar el curso selectivo o el período de prácticas por causa de fuerza mayor cesan como funcionarios en prácticas, pudiendo reincorporarse en el curso siguiente con conservación de la puntuación obtenida. El artículo 29.1 de dicha norma reglamentaria dispone que la condición de funcionario de carrera se adquiere al tomar posesión del primer destino. Aquellas decisiones asimilaron la maternidad a causa de fuerza mayor.

Disconforme con esa igualación –«el hecho de que no exista regulación expresa para los casos de maternidad, no puede justificar que se efectúe una

⁴¹ Refundida en la vigente 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.

interpretación analógica desfavorable y discriminatoria» (AH.3)–, la demandante pidió el reconocimiento de su derecho a la diferencia ante la falta de previsión normativa de los supuestos de aplazamiento del curso de prácticas por causa de parto y/o maternidad en el precepto reglamentario de aplicación.

El Tribunal Constitucional reprocha a las decisiones impugnadas haber tratado la cuestión como si fuese «de mera legalidad ordinaria, sin tener en cuenta el problema constitucional inherente a la reclamación presentada», relativo a la discriminación por maternidad de la demandante (FJ 4). No podía tener «valor legitimador de la respuesta administrativa y judicial la falta de previsión normativa de los supuestos de aplazamiento del curso de prácticas por causa de parto y/o maternidad en el Real Decreto 1451/2005, de 7 de diciembre» (FJ 5). La demandante solicitó reiteradamente la celebración de un curso *ad hoc* u otras medidas administrativas, que la Administración madrileña denegó.

La solución del Tribunal Constitucional fue que corresponde a la Administración, en primer término, adoptar medidas alternativas razonables que eviten la discriminación derivada de la maternidad. Sin embargo, la actuación de la Administración fue discriminatoria al no garantizar que la maternidad fuera compatible con la conservación de los derechos profesionales de la trabajadora, causándole una desventaja prohibida por razón de sexo.

La sentencia del juzgado de lo contencioso-administrativo había reconocido a la demandante su derecho a la plena efectividad de sus derechos administrativos y económicos en igualdad con el resto de su promoción, restituyendo el derecho fundamental vulnerado dentro del ámbito de la legalidad ordinaria, cuya concreción corresponde exclusivamente a los órganos judiciales. Por lo que el Tribunal Constitucional anula la sentencia de apelación y deja firme la sentencia del juzgado. Dicha sentencia había reconocido «el derecho de la demandante a ser equiparada, en cuanto a los efectos económicos y administrativos derivados de la toma de posesión como funcionaria de carrera del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, a la del resto de los aspirantes de su misma promoción».

La STC 162/2016 aclaró y confirmó la doctrina anterior, aplicándola al colectivo de juezas y magistradas. A la demandante, magistrada con dos nuevos destinos en Bilbao, pero en situación de baja «por encontrarse disfrutando de diversas licencias en relación a la maternidad» (FJ 5), se le denegó el complemento de destino por no haber tomado posesión. El precepto de aplicación fue el artículo 245 del Reglamento 2/2011 de la carrera judicial, aprobado por acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, conforme al cual «las licencias y permisos, incluido el de vacaciones, no se verán afectados por los traslados o promoción de los jueces y magistrados. Producido el traslado, el plazo posesorio empezará a contarse a partir del día siguiente al de finalización del permiso o licencia. El cese en el destino, a efec-

tos administrativos, tendrá efectos al día siguiente de la publicación en el “Boletín Oficial del Estado” de la resolución por la que se disponga el traslado o promoción, salvo que en la resolución que lo motive se establezca otra cosa». El Tribunal Constitucional desautoriza la interpretación del precepto, efectuada por el Ministerio de Justicia y la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, equiparadora de la licencia por maternidad con las licencias y permisos cuyo disfrute impide la toma de posesión en un nuevo destino. El principio de no discriminación por razón de sexo obliga a compensar las desventajas que el embarazo puede provocar en los derechos económicos y profesionales de las mujeres. El perjuicio económico ocasionado a la demandante tuvo «conexión directa e inequívoca» con su embarazo de riesgo, con su maternidad. La aplicación del *but for test* –fundamental en el derecho de daños y en el penal, o test de la sustitución, o de la causalidad hipotética (*conditio sine qua non*), desautorizaba la interpretación general de la norma reglamentaria, comprensiva de todas las situaciones de licencia, independientemente del sexo de la persona, que conducía al resultado discriminatorio. Era necesario atender a la diferencia que ese factor protegido produce en la aplicación de la norma. «Es la maternidad la que, como circunstancia unida a las mujeres y solo a ellas, provoca una situación de discriminación profesional» (FJ 7).

La Administración, con su decisión de no reconocer los derechos económicos solicitados por la recurrente, vulneró su derecho de no discriminación por razón de sexo reconocido en el artículo 14 de la Constitución, lo que confirmó el órgano judicial.

Si la STC 66/2014 pudo remitir la solución de la discriminación, esto es, la fijación de los términos del trato diferente antidiscriminatorio, cuestión de legalidad ordinaria, al poder judicial, no pudo hacerlo la STC 162/2016 –la única decisión judicial de la vía previa había confirmado la interpretación de la Administración– y formuló directamente el entendimiento constitucional, diferente, de la norma reglamentaria. En estos términos: «en casos en los que la mujer que tiene condición de empleada pública obtiene un determinado destino durante las licencias ligadas a su maternidad o a un eventual embarazo de riesgo, para que no quede vulnerado su derecho a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 CE), debe entenderse que el momento en el que deben considerarse adquiridos los derechos económicos y profesionales inherentes al nombramiento, debe ser desde la fecha en la que la mujer hubiera podido tomar posesión de no haber mediado dicho tipo de permiso o licencia» (FJ 7)⁴². No es llevado al fallo, lo que es propio de los recursos de amparo.

⁴² Alcanzando la nueva «norma reglamentaria» a los derechos económicos y profesionales de las mujeres en licencia por embarazo y maternidad, carece de sentido el FJ 8 de la sentencia, pese a su corrección técnica atendiendo a la subsidiariedad del amparo. Pero realmente la sentencia ya ha resuelto lo que dice no poder resolver.

La STC 2/2017 trasladó la doctrina expuesta a trabajadora con contrato laboral a tiempo parcial en situación de baja por embarazo de riesgo y posterior maternidad, que le impidió ejercer el derecho de preferencia frente a terceros en aquellos casos en que la empresa tuviera necesidad de realizar nuevas contrataciones que incrementasen el número de horas de prestación de servicios, según reconocía el convenio colectivo de aplicación, después de que se hubiera reincorporado a su actividad laboral y hubiera solicitado el ejercicio de ese derecho. La empresa había contratado a otra trabajadora ante su necesidad de cubrir nuevos servicios y ampliar la jornada semanal de trabajo durante la situación de baja de la demandante, sin comunicárselo, por lo que no pudo ejercer su derecho preferencial de incrementar su jornada laboral semanal y su traslado a otro centro, tampoco tras su reincorporación, siendo de peor condición que el resto de sus compañeros de trabajo a tiempo parcial que se hallaban en activo.

El Tribunal Constitucional declaró la vulneración por la empresa del derecho de la trabajadora a no sufrir discriminación por sexo. El caso no es idéntico al de las sentencias anteriores, pues aquí la norma del convenio colectivo no precisa ser interpretada y aplicada mediante un trato diferente no comprendido en sus términos, sino que puede entenderse incumplida por su inaplicación a la demandante en razón de su baja por su condición de mujer, su embarazo y maternidad. La STC 2/2017 declara la firmeza de la del juzgado de instancia, que había estimado la pretensión de la demandante, apreciado la vulneración de su derecho fundamental a no sufrir trato discriminatorio por razón de sexo, y condenado a la empresa a reconocer a la trabajadora su derecho de preferencia y a reparar los daños y perjuicios causados.

La STC 108/2019 dará cuerpo a un «deber de la administración de garantizar la no discriminación a la mujer con fórmulas tuitivas y flexibles» [FJ 4.b)]. Con base en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y en la ante citada STJUE, residenció en los órganos administrativos una obligación de adopción de «medidas *alternativas* razonables» –un acomodo o ajuste razonable– impeditivas de la conversión de la maternidad en un obstáculo para el acceso al empleo público de la mujer. En el caso, la trabajadora había comunicado al INE que no podía incorporarse al trabajo por haber dado a luz, indicando expresamente que no renunciaba a la plaza y solicitando su reserva hasta poder reincorporarse, sin que se adjudicara a la siguiente candidata. El INE comunicó a la trabajadora que se formalizaría el contrato con la persona disponible de forma inmediata, al ser la urgencia de servicios la que había determinado la convocatoria excepcional del proceso selectivo, sin ofrecerle ninguna alternativa flexible a su situación de maternidad, y adjudicando finalmente el puesto a la siguiente candidata. El perjuicio causado a la demandante por el INE lo fue por causa de su maternidad, que la colocó en una indiscutible posición de desventaja real.

La sentencia dejó firme la del juzgado de lo social que había declarado la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la demandante, reconocido la relación jurídica con efectos retroactivos al momento de la selección, y condenado al INE al abono de las retribuciones y de las cotizaciones a la seguridad social de la trabajadora, así como a una indemnización por daños morales.

En la STC 71/2020, el decreto por el que se había aprobado el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo en el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, contemplaba el derecho a dos días de licencia retribuida «en casos de hospitalización o enfermedad grave» de familiares dentro del segundo grado. La comisión paritaria del acuerdo había considerado que «existe hospitalización cuando ésta sea asimilada a la enfermedad grave», interpretación neutra con la que el Servicio Vasco de Salud denegó el derecho a la licencia en un caso de hospitalización por parto de la hermana de la trabajadora recurrente, que al desconocer el parto como causa de hospitalización discriminaba a las mujeres. Esa denegación, confirmada por la sentencia contencioso-administrativa impugnada, causó una discriminación directa por parto a la hermana de la recurrente, y lesionó de manera refleja o por asociación el derecho de la recurrente a la igualdad y a la no discriminación por sexo⁴³.

La STC 22/2024 imputó a la «interpretación rigorista, literal y formalista de la legalidad ordinaria» [arts. 53.4.b) ET y 116.2 LRJS], efectuada por las resoluciones impugnadas, la discriminación por sexo –embarazo– causada a la recurrente al negarle el derecho a obtener del Estado la parte de los salarios de tramitación que le correspondían, denegación fundada en la calificación de su despido como nulo al tener efecto hallándose embarazada, y no improcedente. El Tribunal Constitucional ordenó la reparación de la discriminación mediante la retroacción de las actuaciones al dictado de la resolución administrativa y la asunción de su propia interpretación, «dando por cumplimentada, en consecuencia, la exigencia legal de que el despido hubiera sido declarado improcedente» [FJ 4.c)]. La sentencia se encargó de precisar que la demandante no denunciaba una discriminación por indiferenciación (despido nulo v. improcedente), sino su discriminación por sexo –embarazo–, al entender que su desigual tratamiento con relación al resto de sus compañeras despedidas en idénticas circunstancias se había debido a su embarazo, «único motivo por el que se le cercenó la posibilidad de obtener del Estado los salarios de tramitación reclamados» [FD 2.c)].

La maternidad, los hechos biológicos asociados a la misma –embarazo, parto y lactancia natural– y las tareas asociadas al cuidado de los hijos, asumi-

⁴³ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021.

das por las mujeres de manera claramente mayoritaria hasta la fecha, se sitúan en el origen y la base de la histórica desigualdad entre sexos y de la discriminación estructural de las mujeres.

La jurisprudencia constitucional ha venido considerando que las disposiciones de tutela de las mujeres trabajadoras en relación con el embarazo o la maternidad, que encuentran apoyo en el artículo 9.2, no son contrarias a la Constitución.

7. EL TRATAMIENTO LEGISLATIVO FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN DE NUEVO, EL LEGISLADOR. ¿Y EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO?

Quedaría aquí por resolver la cuestión esencial de acerca de qué precepto o preceptos de la Constitución ofrecen apoyo al Derecho antidiscriminatorio.

El fundamento constitucional de las acciones positivas o afirmativas, como manifestación conceptual primera y por excelencia del Derecho antidiscriminatorio, no ha sido cuestión totalmente –o conscientemente– pacífica en la jurisprudencia constitucional. La inicial STC 128/1987 situó en el artículo 9.2 CE la legitimidad constitucional de una acción diferenciadora⁴⁴ –señalando que no era discriminatoria pese a dispensar un trato desigual a los hombres y no vulneraba el artículo 14 CE⁴⁵–, en razón de su finalidad de corrección de la discriminación material de las mujeres con hijos pequeños a cargo en el acceso y mantenimiento de su trabajo (FJ 11). La STC 19/1989 hizo el mismo planteamiento para declarar la conformidad constitucional de una medida favorecedora de la jubilación y de las pensiones de mujeres trabajadoras de la mutualidad laboral textil –su finalidad era «compensar de algún modo la situación de inferioridad que, laboral y socialmente, venía padeciendo el personal femenino»,–aunque advirtiendo que podía «resultar criticable que esa compensación se efectuase mediante medidas aparentemente protectoras o de mejor trato y no, como quiere la Constitución de 1978 (art. 9.2), mediante la remoción de los obstáculos que impidan la igualdad real entre los grupos» (FJ 5). La justificación de estas medidas de acción positiva en la corrección de la discriminación material de las mujeres, prohibida por el artículo 14, hizo que alguna sentencia ulterior adscribiese el fundamento de su doctrina también a este precepto constitucional (STC 16/1994, FJ 5).

La jurisprudencia de aquellos iniciales años hubo de librarse de la tarea primera que hubo de asumir de expulsar del ordenamiento constitucional las

⁴⁴ Un complemento retributivo por guardería para las trabajadoras.

⁴⁵ Ni el principio de igualdad, ni la prohibición de discriminación por sexo.

medidas proteccionistas del trabajo de la mujer, inscritas en un contexto normativo-ideológico «que se decía comprometido en “liberar” a la mujer casada “del taller y de la fábrica”», y de la que resultaron discriminaciones normativas de varones (STC 19/1989, FJ 5). De modo que la finalidad correctora de los tratos diferenciadores favorables a las mujeres había de insertarse en la axiología constitucional, siendo sus finalidades legítimas la reincorporación efectiva de las mujeres al trabajo, el acceso al empleo privado y público y el mantenimiento de sus carreras profesionales en igualdad con los hombres, la emancipación de las mujeres de las tareas domésticas..., y no la mera compensación de la situación tradicional de la mujer, que cristaliza la división sexista del trabajo y los roles femeninos.

Sentencias de los años finales del pasado siglo insistieron «en la perspectiva del artículo 9.2 CE», para legitimar medidas de acción positiva «en beneficio de la mujer», excepcionadoras de la prohibición de discriminación por sexo, en razón de su finalidad de «promoción de las condiciones de igualdad», de «una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre» (STC 3/1993, FJ 3; 16/1995, FJ 3).

En cambio, la STC calificó el mandato de no discriminación por sexo del artículo 14 CE de «consecuente al principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres» (STC 229/1992, FJ 4).

El entrelazamiento entre ambos preceptos constitucionales, en los términos expuestos, ha sido continuo y deudor de la construcción de la jurisprudencia constitucional sobre los derechos constitucionales a la igualdad jurídica y a la no discriminación, que no comprenden el derecho a la desigualdad de trato de los desiguales: las «medidas normativas de acción directa o ventajosas para colectivos tradicionalmente discriminados pueden resultar exigidas por el artículo 9.2 CE e incluso encontrar justificación en el artículo 14 (SSTC 128/1987 y 19/1989), pero no puede derivarse de este último precepto ningún derecho subjetivo genérico al trato normativo desigual» (STC 16/1994, FJ 5, recién citada). La acción positiva (art. 9.2 CE), aunque justificada frente a la discriminación (art. 14 CE), ha de superar el canon de enjuiciamiento de la prohibición de discriminación por causas odiosas, a la que excepciona sin encontrar sitio en el artículo 14 CE.

El cambio de concepción vino de la STC 12/2008, en cuestión y recurso de inconstitucionalidad. Aunque, en su interpretación, la disposición legal impugnada de la Ley Orgánica 3/2007 sobre composición equilibrada por sexo de las listas electorales en elecciones legislativas –en la horquilla del 40-60% por cada sexo– no incorporaba la acción positiva [al menos, la diferenciadora o acción positiva en sentido estricto, subrayando su efecto bilateral sobre ambos sexos, su falta de tratamiento peyorativo de ninguno de los sexos, reconociendo, no obstante, su efecto favorable de las mujeres en su calidad de grupo histórica-

mente desfavorecido, discriminado materialmente]⁴⁶, justificó su constitucionalidad en los artículos 14 y 9.2, preceptos que situó en una relación de complementación normativa, no ya de excepción por la igualdad sustantiva de la igualdad jurídica y de la prohibición de discriminación: «el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material», persiguiendo la medida legislativa «la efectividad del artículo 14 CE en el ámbito de la representación política» ante la preterición material de las mujeres (FFJJ 4 y 5). Resaltó la amplitud de contenido del artículo 9.2 –promoción y remoción de obstáculos– y su proyección expresa a favorecer la participación política de todos, destacó la incidencia interpretativa del artículo 2 TUE, tras el Tratado de Lisboa, insistió en la contribución de los artículos 9.2 y 14 CE al logro de la igualdad efectiva en el ámbito de la representación política, aunque aquel precepto, y su «mandato de sustantivación de la igualdad formal» (FJ 4), fue el protagonista del juicio de conformidad constitucional de la reforma legislativa con los artículos 23 y 68.5 CE. El mandato constitucional de igualdad jurídica del artículo 14, si bien conjuntamente con el artículo 9.2, recobró en algún pasaje su condición restrictiva del «predominio femenino» de la candidatura electoral origen de la cuestión de inconstitucionalidad y del recurso de inconstitucionalidad de los diputados populares⁴⁷. Afirmó la sentencia la igualdad «radical» del hombre y la mujer como «substrato sobre el que ha de elevarse cualquier decisión política» (FJ 7).

Esa igualdad es de oportunidades en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo (art. 23.2 CE)⁴⁸, aunque también lo es de resultado –o igualdad efec-

⁴⁶ En su construcción argumental no se refirió a tal categoría, recogida en los antecedentes de la sentencia, en las exposiciones de las alegaciones de la Abogacía del Estado y de los parlamentarios populares recurrentes, y en el voto particular del Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. La sentencia se refirió, separadamente, a las distintas técnicas introducidas por la ley para alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres: «entre otras el recurso a acciones positivas y medidas de discriminación positiva a favor de la mujer, la obligación de un equilibrio entre sexos a la hora de la presentación de candidaturas electorales, o la implantación de otras medidas formales de igualdad, predicables de ambos sexos» (FJ 2). Y negó que la medida impugnada fuera de «discriminación inversa o compensatoria», favoreciendo a un sexo sobre el otro (FJ 4). Pesó en esa separación conceptual: 1) el criterio del sexo, que «de manera universal divide a toda sociedad en dos grupos porcentualmente equilibrados», «un criterio natural y universal», a diferencia de otros criterios de mayoría/minoría (FFJJ 5, 7, 10); 2) la coherencia con el principio democrático, que define la configuración constitucional del Estado, y «reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados» (FJ 5); 3) la idea subyacente de evitar la temporalidad de las medidas de acción positiva, porque con la nueva regulación legal el «desequilibrio histórico deviene un imposible» y se hace posible la democracia paritaria como realización del Estado democrático, de la democracia constitucional, «reflejo de la propia integración de la comunidad social, esto es, sexualmente equilibrada»; «una representación integradora de ambos sexos [...] es irrenunciable para el gobierno de una sociedad que así, necesariamente, está compuesta» (FFJJ 6 y 7). Hasta el punto de que la sentencia hubo de precisar que el artículo 9.2 CE «no impone una regulación como la cuestionada, aunque sí le presta el apoyo señalado para la sustanciación de la igualdad y la participación efectivas de hombres y mujeres a que la norma se dirige y que la Constitución expresamente demanda» (FJ 8).

⁴⁷ La decisión del TEDH de 4 de octubre de 2011, *Méndez Pérez y otras c. España*, demanda núm. 35473/08, inadmitió la demanda de las mujeres integrantes en exclusividad de la candidatura electoral por carencia manifiesta de fundamento

⁴⁸ Que no comprende un derecho a ser propuesto candidato o candidata en las candidaturas electorales de las formaciones políticas (FJ 9).

tiva de oportunidades– en la conformación de la oferta electoral al asegurarse normativamente la presencia de ambos sexos en las candidaturas electorales por tramos –en la regulación vigente, tras la reforma de la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, las listas electorales se integran por personas de uno y otro sexo ordenadas de forma alternativa (art. 44 bis.1 LOREG)–, previsión cuya eficacia se ve reforzada por su inserción en un sistema de listas cerradas y bloqueadas. La sentencia dejó dicho que «sólo cabría plantearse una eventual vulneración del contenido esencial del derecho fundamental proclamado en el artículo 23.2 CE si su aplicación se efectuara en la fase de proclamación de candidatos electos, operando a partir de los resultados electorales», interponiéndose entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos y de las candidatas (FJ 9).

Esta doctrina fue reiterada «en buena medida» por la STC 13/2009, que desestimó el recurso de inconstitucionalidad de diputados del grupo parlamentario popular contra determinadas disposiciones de la hoy derogada Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres. Recurrió la ley vasca a fórmulas de representación equilibrada de ambos sexos –un mínimo del 40% para cada sexo– en los tribunales de selección de personal en los procesos de acceso, provisión y promoción en el empleo público y de concesión de premios promovidos o subvencionados por la Administración pública vasca, y de representación paritaria en las candidaturas presentadas a las elecciones al Parlamento Vasco y a las Juntas Generales, asegurando la presencia de, al menos, un 50% de mujeres –y la LOREG, un 40% de hombres–, debiendo mantenerse «esa proporción en el conjunto de la lista de candidatos y candidatas y en cada tramo de seis nombres». Esa concreta medida, calificada de «discriminación positiva en beneficio de la mujer»⁴⁹, manifestación del llamado «Derecho desigual igualatorio», superó las exigencias de justificación suficiente y proporcional –de la limitación legislativa de la libertad de los partidos políticos y de las agrupaciones de electores en la confección de las candidaturas electorales– a los fines de reequilibrar la «situación histórica de discriminación de la mujer en la vida pública» y «lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer». Añadió la sentencia, respecto de la acción positiva diferenciadora, su temporalidad; la eficacia de la medida habría de provocar la «desaparición» de su fundamento constitucional, siendo «sólo constitucionalmente aceptable en tanto que coyuntural, en cuanto responde a la apreciación por el legislador de una situación determinada» (FJ 11); temporalidad que la STC 12/2008 evitó respecto de las

⁴⁹ Sobre esta calificación, críticamente, BARRÈRE UNZUETA, M. A., «La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Valencia, núm. 9, 2003, pp. 21-24.

fórmulas de composición equilibrada por sexo de las candidaturas electorales, reflejo de la social universalmente dividida por sexo en dos grupos porcentualmente equilibrados.

El fundamento de la legitimidad constitucional de la medida –y de las bilaterales de representación equilibrada de ambos sexos– lo proporcionó «inequívocamente» el artículo 9.2 CE, aunque la sentencia afirmó: «la interdicción de la discriminación implica *también, en conexión además con el artículo 9.2 CE*, la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres», dirigiéndose dichas medidas a asegurar la «efectividad del artículo 14 CE en el ámbito de la representación política» frente a la discriminación padecida por las mujeres (FFJJ 11, 12).

La STC 40/2011, también dictada en proceso de control de la constitucionalidad de la ley, hizo su propia lectura de las SSTC 12/2008 y 13/2009, volvió a la concepción tradicional del artículo 14 CE –mandato constitucional de igualdad jurídica y prohibición formal de discriminación por sexo– y fundamentó la legitimidad constitucional de la ley electoral andaluza, que impuso la paridad y alternancia estricta por sexo de las candidaturas –«listas cremallera»– en los comicios autonómicos, exclusivamente en el artículo 9.2 CE y su mandato de efectividad de la igualdad, aunque «sin la intensidad de las medidas de discriminación inversa propias del llamado «derecho desigual igualatorio». Solo en una ocasión vinculó la fórmula legal de paridad absoluta con la corrección de la situación histórica de discriminación de las mujeres en la vida pública, con cita de la STC 13/2009 (FJ 7).

El ATC 119/2018, del Pleno, en recurso de amparo, consolidó el retroceso interpretativo para enfrentar una acción positiva –y un plan de igualdad– en la carrera judicial actuante sobre el principio de mérito en procedimientos selectivos en régimen de concurrencia competitiva, dirigida a garantizar la *preferencia* en la selección de candidatas mujeres en «igualdad sustancial de méritos» con los hombres en la adjudicación de puestos de gobierno judiciales vacantes, en que las mujeres están preteridas⁵⁰. La candidata participante en el procedimiento de cobertura de la plaza, que se impuso en la valoración de los requisitos objetivos, alegó, en lo que aquí importa, su derecho a no padecer discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

El Tribunal inadmitió el recurso, en la queja de fondo, por «manifiesta inexistencia de las vulneraciones denunciadas», evidencia que, no obstante, ex-

⁵⁰ Se trataba del nombramiento de la persona que había de ostentar la presidencia del TSJ de Murcia y la aplicación de un acuerdo plenario del CGPJ sobre medidas de acción positiva en el Consejo y la carrera judicial, y del plan de igualdad de la carrera judicial del CGPJ, conforme a las cuales, a igualdad de méritos entre los candidatos participantes, debía ser preferida la candidata mujer, alegando la recurrente su vulneración, además de sus mayores méritos frente a la persona nombrada, varón.

plicó en larguísimos fundamentos. Sin embargo, y conforme a la doctrina del propio ATC, no es que no hubiera vulneración del derecho a la no discriminación de la demandante de amparo, es que no estaba en juego ese derecho fundamental (arts. 43.3. y 49.1 LOTC). Así lo reconoce el auto al final de la argumentación de fondo de su FJ 8, proseguida en sus FFJJ 9 y 10, en que se abordó incluso el problema de la prueba indiciaria de la discriminación.

Reiteró el Tribunal que las medidas que implican una selección preferente de las mujeres –con la consiguiente exclusión de los demás candidatos– por razón de su pertenencia a un colectivo desfavorecido son las medidas de acción positiva *en sentido estricto* o de «discriminación inversa», y advirtió que esas medidas «plantentan mayores dificultades desde la perspectiva de la posible vulneración, *no siempre*, del derecho a la igualdad» (FJ 6)⁵¹. Desplegando un esfuerzo interpretativo desenfocado de las SSTC 12/2008 y 13/2009, desbocado e innecesario en un auto de inadmisión, su enjuiciamiento fue negativo, recuperando el viejo tratamiento restrictivo de las acciones positivas, tildando las enjuiciadas de discriminatorias en lugar de antidiscriminatorias, remarcando la excepcionalidad de su adopción frente al derecho a la igualdad formal dentro de la libertad del legislador democrático, su necesaria temporalidad, y el rigor de su justificación y proporcionalidad para excepcional el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, así como la severidad de la ponderación de sus requisitos de validez constitucional por los órganos judiciales.

El Tribunal dirá, por vez primera –aquí estuvo la causa de la trascendencia constitucional del recurso de amparo–⁵², con grave retroceso conceptual que pone de manifiesto la fragilidad de los consensos sobre la acción positiva⁵³, que «*no forma parte del contenido esencial del artículo 14 CE [...] un teórico derecho fundamental a que se superen las situaciones de desigualdad histórica con la adopción de medidas específicas con este fin [...]*. El derecho a la no discriminación del artículo 14 CE no opera, pues, como *fundamento de las medidas correctoras de la desigualdad material*, aunque sí interviene activamente para la erradicación de las causas jurídicas que han determinado esta última. Se erige dicho artículo 14 CE, más bien, en el límite de dichas me-

⁵¹ Concluyendo ese FJ 6: «A modo de recapitulación, se extrae de la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la constitucionalidad de acciones positivas en favor de la mujer, las siguientes notas definitorias: (i) *su fundamento constitucional es el artículo 9.2 CE, y su límite el derecho a la no discriminación del artículo 14 CE*; (ii) para su exigibilidad es preciso una concreción normativa previa; (iii) la medida en todo caso debe resultar proporcionada; (iv) su vigencia se presupone temporal hasta que desaparezca la situación de desigualdad material que la propició; y (v) en el ámbito de procedimientos selectivos en la función pública, no puede suponer la conculcación de los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE)».

⁵² Inexplicablemente el ATC dijo apoyar su doctrina, «por todas», en la STC 117/2011, una sentencia de aplicación de la doctrina de la STC 63/2011, dictada en cuestión de inconstitucionalidad sobre discriminación por edad. Sin embargo, no se había efectuado delimitación tan determinante del contenido esencial del artículo 14 CE hasta este auto de inadmisión.

⁵³ CASAS BAAMONDE, M. E., «La igualdad de género en el Estado constitucional», *Revista de derecho social*, núm. 88, 2019, pp. 35 y ss.

didadas correctoras». El fundamento de estas medidas está, «distintamente», en el artículo 9.2 CE (FJ 6) ⁵⁴. Con este entendimiento, la demanda de amparo se quedaba desprovista de derecho fundamental amparable [arts. 53.2 y 161.1.b) CE y artículo 41 LOTC].

El derecho a no padecer discriminación no acoge, en esta desafortunada interpretación, las medidas antidiscriminatorias, y en concreto la acción positiva, y el derecho a la igualdad jurídica es límite a la igualdad material o sustantiva, de género. Se cegó así el foco interpretativo de la jurisprudencia constitucional que había puesto luz sobre la igualdad real de mujeres y hombres, enlazando el artículo 14, y el derecho a la no discriminación con su tutela jurisdiccional propia, y el art 9.2 CE, según relaciones de provisión de fundamentación y de complementariedad de aquél para la realización de éste, y no de limitación de la igualdad efectiva, impensable sin proscripción y corrección de la discriminación.

La interpretación constitucional, y la decisión de inadmisión, del ATC 119/2018 fueron reprochadas por el voto particular –entre otros dos mas– del magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, con la adhesión del magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré. Sobre la queja de discriminación por sexo de la recurrente, el voto disidente recordó que «el derecho antidiscriminatorio no es una medida de la calidad democrática; es una condición esencial de la democracia misma». La discrepancia residió en cuestión tan esencial como la relativa a la incidencia del incumplimiento de las medidas de acción positiva en el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo del artículo 14, 2.º inciso, CE. Expuso el voto lo que, en su concepción, hubiera debido ser el avance natural de la doctrina constitucional sobre la acción positiva, en relación con la configuración constitucional del derecho a la no discriminación por sexo, más de veinte años después de la STC 128/1987: una vez prevista por el legislador, la acción antidiscriminatoria no solo no sería lesiva del principio de igualdad jurídica, sino que pasaría a integrar el contenido del derecho a la no discriminación del artículo 14, segundo inciso, de la Constitución, con la consecuencia de que su incumplimiento, además de una infracción legal, sería «*un acto discriminatorio prohibido por el artículo 14 CE*», pues «la persistente brecha de género que sigue existiendo en casi todos los ámbitos de la sociedad justifica una protección jurídica reforzada de las medidas de acción positiva, que, en garantía de la igualdad real y efectiva [de las mujeres], establezca el legislador» [2. B)]. Una construcción de sexo-género, cuya falta reprochó la STC 67/2022, de 2 de junio (FJ 2) ⁵⁵, a la jurisprudencia constitucional, aunque, siendo cierta

⁵⁴ Sobre esta trasnochada y superada concepción de la acción positiva, BALLESTER PASTOR, A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Publicacions de la Universitat de València, 2017.

⁵⁵ En recurso de amparo por discriminación por identidad sexual y expresión de esa identidad sexual como identidad de género, con un incomprensible fallo desestimatorio.

la falta de «definición y construcción constitucional» específica «de sexo y género como categorías jurídicas diversas» sobre las que ha de proyectarse la interdicción de discriminación prevista en el artículo 14 CE, la construcción constitucional de género estuvo presente ya en la STC 126/1987, en otras muchas sentencias posteriores, y, necesariamente, en la serie jurisprudencial sobre la Ley Orgánica 1/2004, de Protección Integral frente a la violencia de género [«que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (art. 1.1)», desde la STC 59/2008, de 14 de mayo, y en las decisiones, mencionadas, que la siguieron.

Desafortunadamente, la tesis del voto particular no se ha convertido en doctrina, ni ha tenido continuidad en opiniones discrepantes. Sin embargo, me parece incuestionable la vinculación de las acciones positivas al mandato antidiscriminatorio del artículo 14 CE.

Casi un año después, la citada –en el epígrafe anterior– STC 108/2019, dictada en recurso de amparo por la sala segunda, integrada por los dos magistrados discrepantes, con ponencia del magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, hizo hincapié en el derecho subjetivo a la no discriminación por sexo –se recordará que, en el caso, lo era por maternidad– y le atribuyó la finalidad de, además de proporcionar tutela subjetiva como derecho fundamental, actuar efectivamente frente a la «relegación social o jurídica estructural» de la población femenina, dando una «respuesta histórica en favor de la parificación social y jurídica» de las mujeres «en orden a la afirmación del modelo de convivencia que la norma fundamental refleja»; un modelo de «convivencia que solo la paridad garantiza» (FFJJ 3 y 4).

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, vinculó las acciones positivas diferenciadoras –«a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres»– al «derecho *constitucional* de la igualdad» (art. 11.1), con olvido del derecho constitucional a la no discriminación, esto es, en su literalidad, al derecho a la igualdad jurídica del artículo 14, primer inciso CE, único *derecho constitucional de igualdad* existente –ejercitable directamente a partir de la Constitución–, que, como sabemos, en su interpretación jurisprudencial, no comprende, el derecho a la diferencia de trato. Quizás el legislador quiso referirse a la igualdad efectiva y plena o de oportunidades (art. 9.2 CE), que no es un derecho constitucional, sino legal.

Parecería que, posteriormente, el legislador habría seguido la tesis del voto particular discrepante del ATC 119/2018, al que acabo de referirme. La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discrimina-

ción califica expresamente como vulneraciones del derecho a la igualdad, que implica «la ausencia de toda discriminación» por razón de las causas previstas en su artículo 2.1, «la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o *el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales*, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes» (art. 4.1.2.º). La acción positiva, definida como diferencia de trato, se dirige a «prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social [...] aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y [...] razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan» (art. 6.7).

Corresponderá al Tribunal Constitucional decidir la integración de la configuración del legislador en el canon interpretativo del contenido del derecho a la no discriminación del artículo 14, segundo inciso, CE, como ha hecho eficazmente con el contenido «adicional» al esencial del derecho fundamental de libertad sindical, al que ha extendido las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales.

La necesidad de dispensar la máxima efectividad al derecho a la no discriminación por sexo y a su tutela jurisdiccional asienta la construcción teórica de acciones que la contrarrestan en el mismo precepto constitucional que establece su prohibición (art. 14, segundo inciso, CE). La doctrina ha propuesto que la prohibición de discriminación tenga «por contenido la igualdad de trato, esto es, la prohibición de las discriminaciones directas o de trato e indirectas o de impacto, y la igualdad de oportunidades, es decir, el mandato antidiscriminatorio. Es evidente la doble faz de este último derecho: la subjetiva/individual, en forma de las reglas de la igualdad de trato y la objetivo/institucional bajo la especie del principio de las acciones positivas»⁵⁶.

⁵⁶ REY MARTÍNEZ, F., «La igualdad jurídica: viejos problemas, nuevas soluciones», *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho=Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, núm. 32, 2024, p. 23.