

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD JURÍDICA Y LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Francisco Fernández Segado*
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO (**)

- 1.- Evolución del principio de igualdad jurídica.
- 2.- La caracterización constitucional en España del principio de igualdad.
- 3.- El principio de igualdad de trato: sus exigencias.
- 4.- El principio de no discriminación.
- 5.- El principio de igualdad de trato y no discriminación en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:
 - A) La igualdad de trato en materia de retribuciones.
 - B) La igualdad de trato en materia de Seguridad Social.
 - C) La igualdad de trato en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo.
- 6.- La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la discriminación por razón de sexo.
- 7.- La discriminación positiva o favorable.
- 8.- El ámbito de aplicación del principio de igualdad
- 9.- La igualdad en la Ley.
- 10.- La igualdad en la aplicación de la Ley.

1. Evolución del principio de igualdad jurídica

El principio de igualdad constituyó una de las más insistentes reivindicaciones del pensamiento revolucionario liberal. De ahí que fuera enfáticamente proclamado por la Declaración de Derechos de Virginia, de 12 de junio de 1776, en cuyo pórtico ya podía leerse “que todos los hombres son,

* Catedrático de Derecho Constitucional

(**) Ponencia presentada al Seminario Internacional sobre “Nuevas tendencias de los derechos humanos”, organizado por el Movimiento Manuela Ramos de Lima (Perú) y por el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer. Lima, noviembre de 1995.

por naturaleza, igualmente libres e independientes”, para afirmarse a continuación, en el punto IV de la Declaración, “que ningún hombre o grupo de hombres tiene derecho a privilegio o ventajas exclusivas o separadas de la comunidad”.

El principio sería acogido desde el primer momento por los revolucionarios franceses, que lo elevarían al frontispicio mismo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo artº 1º determinaba:

“Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune”.

Esta igualdad de origen, de nacimiento, quedaría, sin embargo, subsumida formalmente en la igualdad ante la Ley, que, en cuanto expresión de la voluntad general, debía tratar a todos por igual. Algunas de las afirmaciones contenidas en el conocido artº 6º de la referida Declaración de 1789 son enormemente significativas:

“La loi est l'expression de la volonté générale (...). Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux...”.

De esta forma, como recuerda *Rubio Llorente*, el principio de igualdad quedaba subsumido en el principio de legalidad, de modo tal que habían de considerarse iguales aquellos a quienes la Ley considerara como tales y diferentes aquellos otros a quienes la Ley diferenciara.

Esta concepción del principio de igualdad como “*igualdad ante la Ley*” no podía dejar de tener consecuencias sobre la misma “*caracterización de la Ley*”, que había de configurarse como: *universal*, esto es, con validez frente a todos los ciudadanos; *general*, con exclusión por tanto de las leyes singulares, que tienen como únicos destinatarios a un grupo de personas determinadas, o incluso a una sola persona, y de *duración indefinida*, esto es, con vocación de permanencia.

La igualdad ante la Ley se manifiesta no sólo en la Ley, sino también en su aplicación. *Agustín de Argüelles*, en su conocido “Discurso Preliminar” a la Constitución de Cádiz de 1812, dejaría nítidamente expuesta esta idea

al afirmar: “La Ley ha de ser una para todos; y en su aplicación no ha de haber acepción de personas”.

En definitiva, en el pensamiento liberal del pasado siglo, el principio de igualdad se manifiesta básicamente como “igualdad ante la Ley”. Esta es igual para todos porque reúne los caracteres de universalidad y generalidad. Es cierto que debe aplicarse asimismo sin acepción de personas, esto es, que puede hablarse de una igualdad en su aplicación, pero para quienes aplican el ordenamiento jurídico no hay más elemento de comparación —a efectos de detectar una presunta desigualdad— que la propia Ley, con lo que, en último término, la igualdad se supedita a la voluntad del legislador. Para éste, el principio de igualdad tiene un mayor contenido, por cuanto le veda establecer entre los ciudadanos diferencias que no resulten del libre juego de las fuerzas sociales, pero como bien advierte *Rubio Llorente*, entendida la sociedad civil como un hecho natural, ajeno al Estado, no hay obstáculo alguno para considerar naturales y, en consecuencia, jurídicamente relevantes, las diferencias que la sociedad establece.

Esta construcción teórica se mantendrá incólume durante largo tiempo, no viéndose afectada ni tan siquiera por las profundas reformas que sacudirán los sistemas constitucionales de fines del siglo XIX, como será el caso de la progresiva universalización del sufragio.

El cambio de orientación comenzará a gestarse, por lo menos a nivel intelectual, cuando, finalizando el pasado siglo, los partidos de clase, algunas otras fuerzas progresistas y la propia doctrina social de la Iglesia, comiencen a reivindicar la necesidad de que la igualdad no se conciba como un principio exclusivamente formal, sino que adquiera asimismo un contenido material, esto es, que la igualdad social se convierta en un logro, una meta a alcanzar mediante la actuación de los poderes públicos.

Como en tantos otros aspectos, la Constitución de Weimar y la iuspublicística alemana de la época serán determinantes, si no para culminar el cambio de perspectiva, sí, al menos, para propiciar el inicio de la reflexión intelectual que habría de conducir finalmente a un giro radical tras la Segunda Guerra Mundial.

El párrafo primero del artº 109 del referido código constitucional, en la más pura tradición constitucional novecentista, declaraba a todos los ciudadanos iguales ante la Ley. Sin embargo, el precepto, como recuerda *Gerhard Leibholz*, desencadenaría la discusión acerca de si existen principios de Derecho más altos que la Ley y a los que ha de someterse el mismo legislador. En realidad, tras este debate lo que se discutía era la tradicional concepción del positivismo jurídico, que en el punto que nos ocupa entendía que la aplicación de la Ley sin acepción de personas se fundaba en la consideración de que la Ley contenía siempre un derecho materialmente obligatorio. Sin embargo, el propio *Leibholz* se haría eco del más que notable giro dado por la doctrina, que iba a pasar a entender que el principio de igualdad debía extenderse también al legislador, lo que era tanto como decir que el libre albedrío del legislador estaba condicionado al Derecho, no pudiendo obrar arbitrariamente.

En análoga dirección, *Heinrich Triepel* defendería en distintas ocasiones una concepción material de los derechos fundamentales, como valoraciones legales orientadoras y a la par limitadoras de la actividad del legislador. En 1926, en Münster, *Triepel* se pronunciaría públicamente a favor de la necesaria vinculación del legislador al principio de igualdad, propugnando el reconocimiento de un control judicial de las normas bajo el prisma de los derechos fundamentales, lo cual, como bien dice *Carro*, no era sino la consecuencia lógica de su caracterización de la Ley como un acto estatal vinculado constitucionalmente y no como un acto absolutamente soberano. La Constitución debía tener una primacía que se justificaba en la idea misma de Derecho, identificada con la de justicia material, en definitiva, con un orden valorativo.

A partir de estos postulados, radicalmente novedosos frente al positivismo jurídico hasta aquel momento dominante, no debe extrañarnos que en la Alemania de Bonn el Tribunal Constitucional Federal, bajo la presidencia de *Leibholz*, acogiera bien pronto la doctrina del “cambio de significado” del principio de igualdad, poco después asumida por la “Corte Costituzionale” italiana, pese a la opinión contraria de algún sector doctrinal, como sería el caso de *Carlo Esposito*, y, desde el primer momento, plenamente acogida en España por el Tribunal Constitucional.

El punto final de este proceso lo encontramos en el reconocimiento de la igualdad como un principio normativo que a todos vincula. Como sostiene *Rubio Llorente*, en cuanto principio normativo, el principio de igualdad no es una consecuencia derivada de un previo juicio de igualdad, sino que, por el contrario, excluye la existencia de tal juicio, en cuanto que afirma “a priori” la existencia de una igualdad que el Derecho ha de respetar por principio. Ello no debe entenderse en el sentido extremo de que no sea posible establecer determinadas diferenciaciones. Es evidente que el principio de igualdad no impone que todos los destinatarios de las normas hayan de tener inexcusablemente idénticos derechos y obligaciones. Por el contrario, a situaciones distintas pueden anudarse consecuencias jurídicas diferentes.

2. La caracterización constitucional en España del principio de igualdad

I. La Constitución Española de 1978 ha sido plenamente coherente con esa doctrina a la que con anterioridad nos referíamos del “cambio de significado” del principio de igualdad.

La norma de apertura de nuestra “Lex superior” (artº 1º.1), tras determinar que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”, añade “que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Quiere ello decirnos que la igualdad se configura como un valor superior que, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional (en su Sentencia —en adelante STC— 8/1983, de 18 de febrero), se proyecta con una eficacia trascendente, lo que, entre otras consecuencias, ha implicado el que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la Norma fundamental devenga incompatible con el orden de valores constitucionalmente proclamado.

El valor “igualdad”, junto al valor “justicia”, se nos revela por otra parte como inherente a la propia forma del Estado social que nuestro ordenamiento jurídico reviste, y a la que se ha de acomodar el conjunto de nuestra organización socio-política.

El valor "igualdad" no sólo presenta una vertiente formal, contemplada por el artº 14 de la Constitución, que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo otra vertiente sustancial o material, recogida por el artº 9º.2 de la Ley fundamental, a cuyo tenor: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...". El precepto es fiel trasunto de la conocida cláusula *Lelio Basso*, del párrafo segundo del artº 3º de la Constitución Italiana de 1947, que desempeñó un papel capital en la transformación del sistema político italiano de una democracia formal a una democracia real.

El artº 9º.2 tiene un sentido de totalidad. Hay en él, como entre nosotros señalara *Hernández Gil*, como una tensión acumulativa. Destinatarios del precepto son, por una parte, los poderes públicos sobre los que recae el deber ser, y, por otra parte, los individuos, los grupos y todos los ciudadanos, sus auténticos beneficiarios. La norma versa, pues, sobre el conjunto social y sobre él se proyecta, imprimiéndole impulso y propugnando su transformación. Por ello mismo, nos pone de relieve o, al menos, da sobreentendida, la disconformidad con lo socialmente vigente y traza las líneas esenciales de un paradigma hacia el que conducir, desde y por el Derecho, a la sociedad.

En un plano más particularizado, resulta evidente que el principio de igualdad jurídica, de igualdad formal, proclamado por el artº 14, debe ser integrado, en todos aquellos supuestos en que sea pertinente, con los criterios propios del principio de igualdad sustancial. Sin embargo, como parece claro después de las reflexiones precedentes, el alcance de este último principio desborda con creces el de un mero complemento del artº 14, para convertirse en el eje sobre el que debe vertebrarse la transformación de nuestra sociedad postulada por la Constitución.

El progreso de la civilización humana, ha dicho *Frosini*, se mide sobre todo en la ayuda dada por el más fuerte al más débil, en la limitación de los poderes naturales de aquél como reconocimiento de las exigencias morales de éste, en el aumento del sentido de una fraternidad humana sin la cual los derechos a la libertad se convierten en privilegios egoístas y el principio

de igualdad jurídica, en una nivelación basada en el sometimiento al poder del más fuerte.

Es por todo lo expuesto por lo que bien puede afirmarse que en el artº 9º.2 de la Constitución está expresado un verdadero mandato de hacer, de actuar, dirigido a los poderes públicos a fin de obtener unos determinados resultados sociales. El Tribunal Constitucional ha ratificado esta interpretación al entender que un acto del Poder Legislativo se revela arbitrario cuando engendre desigualdad. “Y no ya —precisa el “intérprete supremo de la Constitución” (en su STC 27/1981, de 20 de julio)— desigualdad referida a la discriminación (que ésta concierne al artº 14), sino a las exigencias que el artº 9º.2 conlleva, a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que en ocasiones exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la Ley”.

La conclusión de cuanto antecede es obvia: la igualdad ha perdido su tradicional sentido exclusivamente formal, y por ello unívoco, manifestándose ahora en diferentes direcciones que, en último término, se hallan sin embargo estrechamente entrelazadas.

Efectuadas las reflexiones que preceden sobre la igualdad material del artº 9º.2, hemos de centrarnos ahora en el que bien podemos llamar *principio de igualdad de trato* que proclama el artº 14 de nuestra “Lex superior”, norma que se sitúa en el pórtico mismo del Capítulo segundo del Título I de la Constitución, Capítulo dedicado a los derechos y libertades, antecediendo como artículo único a las dos Secciones en que se divide el citado Capítulo segundo, circunstancia enormemente significativa por cuanto nos quiere indicar que el principio de igualdad de trato se proyecta sobre todos y cada uno de los derechos que enuncia el mismo Capítulo, circunstancia que creemos se justifica por la peculiar naturaleza jurídica del principio de igualdad.

A tenor del artº 14 de la Constitución:

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Desde luego, lo primero que debe señalarse es que no nos hallamos ante un simple mandato al legislador. Como dijera el Tribunal Constitucional (STC 15/1983, de 4 de marzo), el hecho de que una ley posterior declare nulas las normas que violen el principio de igualdad no priva de fuerza a la Disposición Derogatoria de la Constitución, pues la finalidad de tal ley es la de explicitar y concretar el precepto del artº 14, y no la de dar fuerza de obligar a lo que se entendería como un simple mandato al legislador.

II. El artº 14, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, determina, como ha reconocido el Juez de los derechos fundamentales (STC 49/1982, de 14 de julio), un derecho subjetivo a obtener un trato igual. En consecuencia, el artº 14 enuncia un verdadero *derecho a la igualdad*. Ya en uno de sus primeros pronunciamientos (STC 10/1981, de 6 de abril), el Alto Tribunal consideraba el principio de igualdad de trato del artº 14 como asimilado en cuanto a su reconocimiento y tutela a los derechos fundamentales y libertades públicas propiamente dichos, o lo que es igual, a aquellos derechos que, de acuerdo con el artº 53.2 de la Norma suprema, gozan del mayor nivel constitucional de garantías, de lo que deducía que podía considerársele incluido entre ellos.

El Alto Tribunal ha ido progresivamente perfilando el contenido de este *derecho a la igualdad jurídica* que prohíbe la discriminación, o lo que es lo mismo, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable (STC 7/1982, de 26 de febrero). El derecho subjetivo a obtener un trato igual, ha dicho en otro momento el Tribunal (STC 49/1982, de 14 de julio), impone a los poderes públicos la obligación de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas. La igualdad a que el artº 14 CE (Constitución Española) se refiere no comporta necesariamente una igualdad económica y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales han de serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca, al mismo tiempo, como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados. En definitiva, el *derecho subjetivo a obtener un trato igual* pretende evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias. No estamos, consecuentemente, ante el derecho a ser igual que los demás, sino

a ser tratado de la misma forma que los demás, lo que evidentemente es distinto.

El derecho que analizamos puede ser caracterizado como un *derecho relacional*, lo que es tanto como decir que carece de existencia independiente, pues viene referido a los restantes derechos y libertades constitucionalmente proclamados. Quiere ello decir que el derecho subjetivo a la igualdad de trato protege a los individuos frente a todo tipo de trato arbitrario o discriminatorio de que pudieran ser objeto en el ámbito de los restantes derechos y libertades.

El derecho a la igualdad de trato presenta un *carácter general* (STC 75/1983, de 3 de agosto) por cuanto se proyecta sobre cualesquiera relaciones jurídicas, y muy especialmente sobre las que se establecen entre los ciudadanos y los poderes públicos.

La generalidad del derecho exige, sin embargo, precisar que no siempre nuestro intérprete supremo de la Constitución lo ha admitido en las relaciones “*inter privados*” o, si se prefiere, entre particulares, lo que relativiza su carácter general. Más aún, en la primera jurisprudencia constitucional, la regla general ha sido la inexigibilidad de la igualdad en este tipo de relaciones, ámbito éste (el de las relaciones “*inter privados*”) en el que se ha considerado como valor prioritario a defender el de la autonomía personal en cuanto expresión inmediata de la propia libertad personal. Sin embargo, como al respecto advirtiera *Suay Rincón*, hubiera sido muy conveniente en este punto distinguir según los casos, admitiendo diversas escalas en la vinculación de las relaciones entre particulares al artº 14 de la Constitución.

De alguna manera, esa parece ser la dirección emprendida por la STC 177/1988, de 10 de octubre, a propósito de una reclamación formulada por un grupo de trabajadores que resultaban discriminados respecto de los demás en la percepción de unas cantidades salariales, como consecuencia de las disposiciones de un convenio colectivo. El Juez de la Constitución abordaría la problemática suscitada, razonando como sigue:

“Ciertamente, el artº 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como

señala la STC 18/1984, 'en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social'. De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados puedan acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. *Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato*".

Admitida la vinculación de los particulares por el artº 14, el Tribunal iba a precisar que tal principio no podía tener aquí el mismo alcance que en otros contextos. En el ámbito de las relaciones privadas, los derechos fundamentales, y entre ellos el derecho a la igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de compatibilizarse con otros valores o parámetros que tienen su origen último en la autonomía de la voluntad.

Proyectando las ideas inmediatamente anteriores sobre el supuesto a que precedentemente nos referíamos, el Tribunal Constitucional (STC 177/1988, de 10 de octubre) consideraría que el derecho a la negociación colectiva lleva consigo que las partes puedan establecer las diferencias de regulación o de trato que consideren convenientes en razón de los respectivos intereses, pues sólo así se hará efectiva la capacidad reconocida por la Ley a trabajadores y empresarios para regular 'las condiciones de trabajo y productividad'. Ello, sin embargo, no supondrá otorgar a las partes negociadoras un cheque en blanco, pudiendo obligar al Tribunal a examinar la cuestión de acuerdo con los mismos parámetros de juicio que se emplean respecto de otras relaciones jurídicas.

En cuanto el artº 14 establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone a los poderes públicos una obligación de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, como ya dijimos con anterioridad, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas. Es decir, que en cuanto derecho subjetivo vincula a todos los poderes públicos, lo que no puede entenderse sino como un mandato constitucional a la vista del artº 53.1 de nuestra "Lex superior". Los poderes públicos no pueden dispensar a los ciudadanos un trato desigual,

circunstancia que lógicamente se conecta con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, principio acogido por el artº 9º.3 de la Constitución.

Pero aún hay algo más. A los poderes públicos no sólo les veda el artº 14 un trato discriminatorio o arbitrario, sino que, precisamente por ello, este derecho a la igualdad de trato les marca un límite que no pueden traspasar, y ello tanto por lo que se refiere a la Ley como a su aplicación.

Por lo que al legislador atañe, ese límite consiste en que las normas legales no han de crear entre los ciudadanos situaciones desiguales o discriminatorias (STC 103/1983, de 22 de noviembre). Y en lo que se refiere a la aplicación de la Ley por los órganos jurisdiccionales, si bien la simple desigualdad de los fallos de diversos casos aparentemente iguales en sus supuestos de hecho no da derecho sin más a entender vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, pues tales diferencias entre los fallos pueden tener su justa razón de ser (STC 8/1981, de 30 de marzo), es lo cierto que los órganos jurisdiccionales no podrán aplicar un mismo precepto en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias, esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles, o apoyándose en algunas de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el propio artº 14.

En todo caso, y para delimitar negativamente este derecho, conviene significar que el principio de igualdad jurídica no constituye un mandato de igualdad absoluta que obligue en todo caso al tratamiento igual de supuestos iguales, pues, como ha dicho el Juez de los derechos fundamentales (STC 62/1987, de 20 de mayo), ello sería contrario a la propia dinámica jurídica, una de cuyas manifestaciones es la razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad.

A la vista de todo lo expuesto, parece que podemos llegar a una clara conclusión: el artº 14 establece un derecho subjetivo a la igualdad jurídica, a la igualdad de trato, derecho que no es un derecho autónomo, sino relacional, que impone una obligación a todos los poderes públicos, que no comporta necesariamente una igualdad material, ni tampoco se traduce en una exigencia de uniformidad, sino que les limita en el sentido de vedarles

toda actuación generadora de una desigualdad de trato arbitraria o discriminatoria.

Así entendido, el principio del artº 14 de la Constitución Española exige el deslinde entre la diferenciación y la discriminación, pues el principio de igualdad de trato de su inciso primero no impide cualquier diferenciación, no impone la uniformidad de trato; ello, por lo demás, chocaría con el principio de igualdad material del artº 9º.2 que puede —nosotros llegaríamos a decir que, inexcusablemente, debe— requerir en muchas ocasiones (pensemos, por poner un ejemplo, en las normas tributarias y en el principio de progresividad impositiva) una diferencia de trato. Lo único que veda el artº 14 son las diferencias arbitrarias y la discriminación por alguna de las causas enumeradas por el inciso segundo del mismo precepto, que, como dijera *Rodríguez-Piñero*, establece una prohibición más rigurosa, que va más allá de la exigencia de la mera razonabilidad o no arbitrariedad de las leyes, de su aplicación y de las actuaciones de los poderes públicos, para suponer una crítica y una corrección de unos fenómenos sociales anómalos que pueden tener su origen, aunque no necesariamente, en medidas legales, y que no consisten sólo en actos o medidas concretas, sino que afectan también a situaciones sociales de discriminación.

Llegados aquí, se impone el análisis separado de lo que bien podríamos denominar el principio de igualdad de trato y el principio de no discriminación.

3. El principio de igualdad de trato: sus exigencias

I. El principio de igualdad de trato, como venimos diciendo, no impide cualquier diferencia, sino tan sólo aquellas que no se funden en una base objetiva y razonable; consecuentemente, de la igualdad de trato deriva la razonabilidad de las diferencias, esto es, que las diferencias de trato que puedan establecerse sean objetivas y razonables.

Ello entraña que la actuación de los poderes públicos haya de ajustarse a ciertos requisitos cuando conduzca a establecer una diferenciación entre los ciudadanos. Estos requisitos han sido delineados por la doctrina constitucional, a la que es imprescindible referirse, que a su vez ha seguido

de cerca la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, circunstancia por la cual nos detendremos con brevedad en la doctrina de la instancia jurisdiccional europea.

II. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a lo largo de una dilatada jurisprudencia, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el principio que ahora nos interesa, con ocasión de su interpretación del artículo 14 del Convenio de Roma de 1950, que comienza prescribiendo que “el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en este Convenio debe ser asegurado sin distinción alguna (‘sin discriminación’ en la versión inglesa del texto del Convenio)”. La doctrina establecida por la instancia jurisdiccional europea puede ser sistematizada del siguiente modo:

– En primer término, el Tribunal Europeo entiende que la condición específica de la “no discriminación” (o distinción) en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio no debe entenderse en el sentido de que éste prohíba el establecimiento de diferenciaciones legítimas.

– En segundo lugar, la instancia europea cree que una diferencia de trato vulnera el artº 14 del Convenio cuando la distinción carece de *justificación objetiva y razonable*. La existencia de tal justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada, considerados desde la perspectiva de los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas.

– En tercer término, una diferencia de trato no sólo debe perseguir una *finalidad legítima*, sino que ha de respetar asimismo una *razonable relación de proporcionalidad* entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

– En cuarto término, el artº 14 del Convenio de Roma no impide una diferencia de trato si ésta se basa en una apreciación objetiva de circunstancias de hecho esencialmente diferentes; dicho de otro modo, el derecho a la igualdad protege a los individuos o grupos que se encuentren en una *situación comparable*.

– Por último, el Tribunal Europeo ha reconocido la peculiar situación en que se encuentran ciertas categorías de personas que ven limitados de

modo específico algunos de sus derechos, en virtud de su “*relación de sujeción especial*”, circunstancia que habrá de ser apreciada llegado el caso de decidir acerca de la existencia de una diferencia de trato compatible con el Convenio.

III. Centrándonos ya en la doctrina establecida por el Juez de nuestra Constitución o Juez de los derechos fundamentales en torno al tema que nos ocupa, diremos que la misma puede ser sistematizada del modo que a continuación exponemos.

A) El presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del artº 14 de la Constitución Española es que *los supuestos de hecho, las situaciones subjetivas que quieran compararse sean efectivamente comparables* (STC 76/1986, de 9 de junio) y ello entraña la necesidad de que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (STC 148/1986, de 25 de noviembre).

Una proyección concreta de esta doctrina la encontramos en la STC 26/1987, de 27 de febrero, en la que, frente a la impugnación del artº 37.4 de la Ley de Reforma Universitaria, que impide “concurrir a plazas de profesor titular de Universidad a quienes hubieran estado contratados durante más de dos años como ayudantes en la Universidad a que correspondía dicha plaza”, con la excepción que en la propia norma se establece respecto de quienes “durante un año o más hubieran realizado tareas de investigación o hubieran sido ayudantes en otra u otras Universidades españolas o extranjeras”, artículo considerado por el recurrente contrario al principio de igualdad, el Tribunal Constitucional advierte que no puede darse violación del principio de igualdad entre quienes se hallan en situaciones diferentes: la de quienes permanecen en la misma Universidad a que corresponde la plaza y la de quienes han enseñado o investigado fuera de ella.

Cuando la desigualdad de trato vulneradora del artº 14, supuestamente al menos, se atribuya al legislador, lo que se requiere para hacer posible un juicio de igualdad es que el legislador haya atribuido las consecuencias jurídicas que el recurrente estima diversificadoras a grupos o categorías personales creadas por el propio legislador, pues es entonces cuando la introducción de “factores diferenciales” (STC 42/1986, de 10 de abril) o de “elementos de diferenciación” (STC 162/1985, de 29 de noviembre) ha de ser debidamente fundada.

La anterior situación difiere notablemente de aquella otra en que existe una previa diferenciación de regímenes jurídicos y una norma posterior establece una regulación diferente para supuestos de hecho comprendidos en cada uno de dichos distintos regímenes jurídicos. No se puede exigir una igualdad de trato al legislador cuando intenta extraer consecuencias jurídicas diversas de situaciones que estaban originariamente en una situación jurídica distinta, siempre que el criterio adoptado por el legislador sea esa diferenciación de régimen jurídico, y la finalidad perseguida por la norma diferenciadora sea coherente con esa diferenciación de partida (STC 148/1986, de 25 de noviembre).

Por la misma razón, tampoco serán susceptibles de comparación disposiciones que, aún siendo manifiesto su paralelismo, nazcan dentro de una distinta planificación general, ya sea por hacerlo en momentos históricos distintos, en un contexto social y económico diferente o con unos objetivos concretos parcialmente divergentes.

De acuerdo con lo expuesto es evidente que no pueden asimilarse ni someterse a comparación conceptos y situaciones diversas, por lo que tampoco podrá ser invocado el artº 14 cuando se esté ante personas o grupos personales que se rijan por reglas diversas. En definitiva, sólo acreditándose una semejanza sustancial por quienes están sometidos a un mismo régimen jurídico podrá entenderse que el trato diferencial carente de una justificación objetiva y razonable es discriminatorio (entre un cúmulo de sentencias en igual dirección, podemos recordar las SSTC 77/1988, de 26 de abril; 148/1990, de 1 de octubre, y 124/1991, de 3 de junio).

En resumen, no cabe hablar de una diferencia de trato no acorde con las exigencias constitucionales del artº 14 si aquella se basa en supuestos de hecho o situaciones subjetivas diferenciadas.

B) A partir de la premisa anterior se comprende con facilidad que la segunda exigencia para que pueda hablarse de trato desigual nos viene dada por la necesidad de que quien alega la vulneración del principio de igualdad jurídica, solicitando el juicio de igualdad, aporte lo que se conoce como un "*tertium comparationis*", esto es, un "*término de comparación*" que sirva de base para razonar acerca de la posible vulneración del principio de igualdad jurídica (STC 14/1985, de 1 de febrero).

Esta nueva exigencia se comprende si se advierte que para que una persona o un conjunto de ellas se encuentren sujetas a un trato desigual, hace falta que otros se hallen en mejor posición, gozando de un régimen jurídico más favorable. Como recuerda *Suay Rincón*, es frecuente que como término de comparación se traiga a colación una norma general y abstracta, en relación con la cual la impugnada tenga el carácter de norma especial, esto es, se nos presente como una norma que excluya de otra más general un determinado conjunto de supuestos de hecho y que disponga una consecuencia jurídica distinta.

De la misma forma, las pretensiones enderezadas al reconocimiento de una discriminación en la aplicación de la Ley exigen del actor la aportación de ese "*tertium comparationis*". De la trascendencia de esta cuestión da fé la reiterada doctrina del Alto Tribunal en el sentido de entender que el requisito esencial exigido para fundamentar una queja de desigualdad es la similitud en lo esencial de las situaciones que se comparan, por lo que no es posible entrar a valorar la hipotética violación del artº 14 sin aportar un término de comparación, en virtud del cual se acredite que en un caso sustancialmente igual el mismo órgano jurisdiccional ha decidido en sentido distinto. Ese término de comparación, a juicio del Tribunal (STC 261/1988, de 22 de diciembre), ha de ser suficiente y adecuado.

Por lo demás, todo juicio de igualdad exige que la comparación se establezca siempre desde un sólo punto de vista, lo que nos conduce a la unidad del "*tertium comparationis*", que a su vez, cuando lo que se aduce es una discriminación en la aplicación de la Ley, implica que sea también una y la misma la norma aplicada (STC 119/1990, de 21 de junio).

C) El principio de igualdad de trato exige que la *diferenciación persiga una determinada finalidad*, exigencia perfectamente comprensible si se advierte que la introducción de un "factor diferencial" que no respondiese a fin alguno, que fuese puramente gratuito, deberá tacharse de arbitraria. Esta *finalidad* ha de ser *legítima*; dicho de otro modo, ha de asentarse en una *justificación objetiva y razonable*, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia, según el Tribunal (STC 75/1983, de 3 de agosto), debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada.

La razonabilidad de la finalidad pretendida por la diferenciación no debe entenderse en el sentido de que haya de perseguirse un bien o valor constitucional; basta, por el contrario, con que el fin perseguido sea constitucionalmente admisible.

Por poner un ejemplo concreto que ilustre acerca del *juicio de razonabilidad*, recordaremos que en su Sentencia 123/1987, de 15 de julio, el Juez de la Constitución entendía que una norma favorecedora del pluralismo, que es finalidad razonable y atendible, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad.

Aunque la “razonabilidad” no exige que la finalidad del “factor diferencial” sea un bien o valor constitucional, ello, desde luego, no quiere decir que esta circunstancia sea irrelevante. Como fácilmente puede advertirse, cuando la finalidad de la diferenciación coincide con un bien constitucional, el margen de actuación de los poderes públicos es mucho menor, puesto que sólo podrá aceptarse aquella posibilidad que conduzca a la mejor realización del valor constitucional. Ese margen se ampliará cuando el fin perseguido no consista en un bien o valor constitucional, siendo meramente admisible desde la óptica constitucional; en este caso, los poderes públicos dispondrán de diferentes opciones (todas aquellas que no choquen con la norma constitucional). Es precisamente por esta última circunstancia por la que constituye una reiterada doctrina constitucional (SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 6/1984, de 24 de enero; 148/1986, de 25 de noviembre... etc.) que el “juicio de igualdad” tiene su sentido exclusivo en la evitación de diferenciaciones carentes de todo basamento objetivo, y no en la determinación de cuáles sean las opciones mejores o más adecuadas que pudiera haber acogido el legislador.

D) El principio de igualdad de trato requiere asimismo, como bien advirtiera entre nosotros *Alonso García*, de un “juicio de racionalidad”, consistente en la utilización del argumento objetivo, lógico, que supone la relación medios-fines. Es irracional algo que pretende ser un medio para alcanzar un fin y, en realidad, no tiene nada que ver con la consecución de dicho fin. De esta forma, la racionalidad implicará una relación efectiva entre el trato desigual que se establece, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue.

Sus semejanzas con el “juicio de razonabilidad” son muy notables, pero existen algunas diferencias, la más relevante de las cuales es que mientras la razonabilidad atiende a un dato externo: la admisibilidad constitucional del fin, la racionalidad atiende a algo estructuralmente interno: la relación positiva entre medios y fines.

Un ejemplo de “juicio de racionalidad” lo podemos encontrar en la STC 114/1987, de 6 de julio, en la que el Alto Tribunal razonaría como sigue:

“La Ley puede condicionar el nacimiento del derecho a una pensión de retiro o de jubilación a la observancia de determinados requisitos objetivos, tales como haber prestado servicio (se refiere el Tribunal al voluntariado militar) durante un cierto tiempo, o el de haber cotizado durante un cierto tiempo como trabajador o funcionario para generar tal derecho. Pero no puede vincular dicha consecuencia prestacional a la observancia de ciertas condiciones que, como la buena conducta, no guardan una relación razonable de causalidad con la finalidad perseguida”.

Es decir, en un supuesto como el abordado en la referida Sentencia, no hay una razonable relación entre el medio y el fin perseguido, por lo que no podrá entenderse acorde con la racionalidad exigida la citada exigencia legal.

El Tribunal Constitucional (STC 158/1993, de 6 de mayo) ha tenido oportunidad de hacer suya esta exigencia de racionalidad, al significar que el principio de igualdad requiere que exista coherencia entre las medidas adoptadas y el fin perseguido.

E) La finalidad legítima perseguida con la diferenciación ha de respetar asimismo una *razonable relación de proporcionalidad* entre los medios empleados y la finalidad perseguida. “Para que las diferenciaciones normativas puedan considerarse no discriminatorias —ha dicho el Juez de la Constitución (STC 75/1983, de 3 de agosto)— resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”. Quiere ello decir que un trato desigual fundado en un supuesto de hecho real, cuya finalidad sea constitucionalmente

admisible y que se ajuste al juicio de racionalidad, vulnerará, sin embargo, el artº 14 de la Constitución si la consecuencia jurídica que se dedujera fuese desproporcionada. En definitiva, como constituye reiterada doctrina consuetudinaria, debe darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

El Juez de la Constitución ha insistido en la idea precedente a través de diferentes matizaciones. Y así ha podido advertir que tan contraria a la igualdad es la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo, como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin, o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad (STC 45/1988, de 17 de marzo). Y en otro momento, el Juez de los derechos fundamentales ha puesto de relieve que el principio de igualdad, si bien ordena tratar de modo distinto a lo que es diferente, también exige que haya una correspondencia o proporcionalidad entre las diferencias fácticas y las jurídicas, de modo que también resulta violado cuando a una diferencia fáctica trivial se le atribuyen consecuencias jurídicas profundas (STC 50/1991, de 11 de marzo).

F) Digamos por último, en relación a la “*carga de la prueba*” en el juicio de igualdad, que cuando se produzca una impugnación fundada en el artº 14 de la Constitución, y sin perjuicio de la carga de la prueba que recae sobre el que impugna, simultáneamente corresponde a quien asume la defensa de la legitimidad constitucional de la diferenciación la obligación de fundamentar que dicha distinción cubre los requisitos de racionalidad y necesidad en orden a la salvaguarda de los fines y valores dignos de protección, tornándose esta carga de demostración mucho más rigurosa cuando el factor diferenciador sea precisamente uno de los típicos que el artº 14 concreta (nacimiento, raza, sexo, religión u opinión), doctrina ésta insistentemente reiterada por el Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 68/1982, de 22 de noviembre y 142/1990, de 20 de septiembre).

Más aún, en los supuestos en que se alegue discriminación, el Alto Tribunal ha admitido explícitamente la conveniencia de aliviar la carga de la prueba, bien que tal circunstancia deba compatibilizarse con la exigencia de

la diligencia suficiente. El Tribunal ha razonado concretamente del modo que sigue (STC 38/1986, de 21 de marzo):

“En los supuestos en los que se alegue discriminación, este Tribunal ha mantenido que la dificultad probatoria que esa conducta siempre comporta impone en ocasiones la necesidad de aliviar su prueba, si es preciso mediante la inversión de las reglas que regulan su carga (STC 38/1981, de 23 de noviembre) (...). No obstante, lo anterior debe coordinarse con el hecho de que es el demandante el principal gestor de su propio derecho, de ahí que siempre le sea exigible la diligencia suficiente, también en el terreno probatorio, incluso cuando afirma la existencia de una discriminación. Esa actividad probatoria ha de recaer sobre la existencia real y efectiva de una diferencia de trato, y por lo menos la existencia de indicios racionales de los que pueda deducirse que esa desigualdad está vinculada a algún factor prohibido de diferenciación (STC 34/1984, de 9 de marzo). Ello es así porque la mera alegación de una diferencia de trato que no se vincula por el actor a ninguna de las causas previstas en la Constitución y en la ley no puede servir (...) como presunta prueba de la discriminación”.

4. El principio de no discriminación

El artº 14 CE prohíbe la discriminación por una serie de causas que el propio precepto enumera, si bien con carácter no tasado, puesto que el mismo artículo se encarga de precisar que la discriminación no puede prevalecer por “cualquier otra (distinta de las enumeradas: nacimiento, raza, sexo, religión y opinión) condición o circunstancia personal o social”. Como significara en el mismo sentido el Tribunal Constitucional (STC 75/1983, de 3 de agosto), en el artº 14 no ha de verse una intención tipificadora cerrada que excluya cualquier otra circunstancia de discriminación diferente de las precisadas en el texto legal.

El término “discriminación”, en el marco de la protección internacional de los derechos humanos, ha evolucionado de un sentido peyorativo genérico, equivalente a una imprecisa desigualdad de trato, a un sentido más específico y concreto, relativo sólo a desigualdades de trato que son injustas o arbitrarias por basarse en concretas razones especialmente odiosas o rechazables al suponer la negación de la propia igualdad entre los hombres. Como bien dice *Rodríguez-Piñero*, es en este segundo sentido como debe entenderse la utilización por el constituyente del término “discriminación” en el artículo 14.

Esta interpretación ha sido corroborada por el Juez de la Constitución, para quien la específica enunciación de una serie de supuestos de discriminación representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artº 10.1 de la Constitución (STC 128/1987, de 16 de julio).

Como parece lógico pensar tras lo expuesto, esta específica alusión constitucional a la “no discriminación” no puede por menos de acarrear alguna consecuencia jurídica.

En un plano muy general, creemos que la exigencia constitucional de “no discriminación” parece encerrar una mayor ambición que el principio de igualdad de trato, en el sentido de una proyección más impactante sobre el ámbito de las relaciones entre particulares. La tutela antidiscriminatoria no debiera reducirse por ello mismo, como advierte *Rodríguez-Piñero*, a la discriminación derivada de actos o normas de los poderes públicos, sino que debiera también abarcar a formas de discriminación social, productos de actuaciones privadas, pues el Estado “discriminaría” si tolerara pasivamente la existencia de dichas discriminaciones aunque no fuesen originadas por él. En definitiva, en estos supuestos, debe potenciarse la incidencia del artº 14 sobre el ámbito de las relaciones “*inter privados*” o entre particulares.

Donde mayor trascendencia jurídica reviste el principio de “no discriminación” por alguna de las que el Tribunal Supremo norteamericano llamara “categorías sospechosas” de discriminación, es en relación a la justificación de la desigualdad que en las referidas “categorías” (en el caso español, como ya hemos dicho, explícitamente enumeradas en el artº 14) se torna mucho más rigurosa.

En su Sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, el Tribunal Constitucional se manifestó con notable claridad al respecto:

“... cuando exista agravio por violación del derecho a la igualdad jurídica —razona el Juez de los derechos fundamentales—, compete a quienes sostengan la legitimidad

constitucional de la diferenciación ofrecer el mencionado fundamento con objeto de que este Tribunal pueda enjuiciarlo. Y si esa carga de la demostración del carácter justificado de la diferenciación es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad que consagra el artº 14 de la Constitución, tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artº 14 concreta para vetar que puedan ser base de diferenciación...”.

Como fácilmente puede apreciarse, en los supuestos en que el “factor diferencial” es una de las categorías específicamente contempladas por el artº 14, la demostración de la justificación de la diferenciación, la fundamentación objetiva y razonable del trato desigual, se hace más rigurosa, de tal modo que una razón que pudiera justificar suficientemente una desigualdad general, puede no bastar para fundamentar una desigualdad específica.

El Juez de la Constitución, en una jurisprudencia muy posterior (STC 128/1987, de 16 de julio), ha corroborado la precedente doctrina al significar que la presencia del sexo como elemento diferenciador, “debe llevar a un más cuidadoso análisis de las causas subyacentes en la diferenciación, al tratarse de una característica expresamente excluida como causa de discriminación por la disposición constitucional”.

En un plano más específico, podríamos recordar que el Alto Tribunal ha entendido que las discriminaciones que encuentran su origen en las cláusulas específicas del artº 14 requieren de los poderes públicos, enfrentados a una desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección, de modo tal que la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificadas —por la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección— en un lapso de tiempo razonable, habrá de llevar a la calificación como inconstitucional de los actos que la mantengan (STC 216/1991, de 14 de noviembre).

En aplicación de la doctrina inmediatamente anterior, el Alto Tribunal declaró nulo el acuerdo de la Dirección General de Enseñanza del Ejército del Aire por el que se denegaba a una mujer el acceso a las pruebas de admisión en la Academia General del Aire, el 23 de marzo de 1987, al entender que desde la entrada en vigor de la Constitución hasta el momento de ese acuerdo, no se había adoptado medida alguna de tipo normativo correctora de la discriminación referida.

En el fondo de este posicionamiento late la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, sistemáticamente rechazada por nuestro Tribunal Constitucional, pero que ahora, tras la Sentencia 216/1991, deja abierto un portillo por el que puede tener cabida dicha doctrina.

5. El principio de igualdad de trato y no discriminación en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Antes de centrarnos en la doctrina constitucional establecida por el Tribunal Constitucional en torno a este punto específico, creemos de interés hacernos eco de la jurisprudencia sentada sobre la misma materia por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, con sede, como es sabido, en Luxemburgo.

Recordaremos a título previo que el artº 119 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, dedica un artículo a la materia, el artº 119, a cuyo tenor:

“Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa y mantendrá después la aplicación del principio de *igualdad de retribución* entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.

Se entiende por ‘retribución’, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

La *igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo*, significa:

a/ que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

b/ que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo”.

La norma transcrita ha sido desarrollada muy ampliamente por un conjunto de Directivas del Consejo de las que podemos recordar éstas:

- Directiva del Consejo 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.
- Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 76/207/CEE, 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 trabajo.
- Directiva del Consejo 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.
- Directiva del Consejo 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social.
- Directiva del Consejo 86/613/CEE, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad.
- Directiva del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

La doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo puede sistematizarse en este ámbito material, diferenciando: la igualdad de trato en materia de retribuciones; la igualdad de trato en materia de Seguridad Social, y la igualdad de trato en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo. Nos referiremos de modo sucesivo a la doctrina fijada por el Tribunal en estos tres apartados, no sin antes recordar la doctrina general de que el principio de igualdad de trato que recoge el artº 119 del

Tratado, así como el principio general de no discriminación, del que el primero constituye expresión particular, presupone que los trabajadores masculinos y femeninos que sean sus beneficiarios se encuentren en situaciones idénticas (Sentencia del Tribunal de Justicia -en adelante STJ— de 9 de noviembre de 1993. *Bierds Eye Walls Limited contra F.M. Roberts*), Digamos igualmente que, a juicio del Tribunal de Luxemburgo (STJ de 28 de septiembre de 1994. *G.A. Beune contra Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfond*), el principio de igualdad de retribución del artº 119 puede ser invocado directamente ante los Tribunales nacionales.

A) La igualdad de trato en materia de retribuciones.

El Tribunal de Justicia ha comenzado significando (STJ de 28 de septiembre de 1994. *Constance Christina Ellen Smith y otros contra Avdel Systems Ltd.*) que la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de retribución constituye un principio fundamental del Derecho comunitario y que, habida cuenta del efecto directo del artº 119, su aplicación por el empresario debe ser inmediata y completa.

El principio de igualdad de retribución entre trabajadores de uno y otro sexo para un mismo trabajo implica, a tenor del artº 1º de la Directiva 75/117, que para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, ha de quedar eliminada cualquier discriminación por razón de sexo, en la totalidad de los elementos y condiciones de retribución (STJ de 15 de diciembre de 1994. *Stadt Lengerich y otros contra Angelika Helmig y otros*).

El Tribunal ha precisado el alcance del artº 119, al significar que el principio de igualdad de retribución del artº 119 del Tratado CEE incluye también el derecho a participar en un Plan de Pensiones de Empresa (STJ de 28 de septiembre de 1994. *Geertruida Catharina Fisscher contra Voorhuis Hengelo BV y otros*). Por lo mismo, este derecho a participar en Planes de Pensiones de Empresa lleva consigo la prohibición de discriminación que el artº 119 establece (STJ de 28 de septiembre de 1994. *Anna Adriaantje Vroegge contra NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV y otros*).

En cuanto que el artº 119 prohíbe toda discriminación en materia de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, cualquiera que sea el mecanismo que determine esta desigualdad, el Tribunal de Luxemburgo (STJ de 14 de noviembre de 1993. Michael Moroni contra Collo GmbH) ha entendido que el artº 119 del Tratado se opone a que un trabajador pueda obtener una pensión de empresa complementaria a una edad más avanzada que una trabajadora por el hecho de que la legislación nacional prevea distintas edades de jubilación según el sexo. En la misma línea, la instancia jurisdiccional de las Comunidades Europeas ha significado que el Protocolo núm. 2 del Tratado de la Unión Europea está vinculado con la Sentencia Barber, Asunto C-262/88, ya que se refiere a la misma fecha de 17 de mayo de 1990. Esta Sentencia condena la discriminación entre hombres y mujeres derivada de un requisito de edad variable según el sexo para obtener una pensión de jubilación tras un despido por razones socioeconómicas, y en ella se limita al 17 de mayo de 1990 (fecha de la Sentencia) el efecto de la interpretación del artº 119 del Tratado. (STJ de 28 de septiembre de 1994. Anna Adriaantje Vroege contra NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV).

Por el contrario, el órgano de la Unión Europea ha podido señalar (STJ de 28 de septiembre de 1994. Coloroll Pension Trustees Ltd. contra James Richard Russell y otros) que un trabajador no puede alegar el artº 119 para reclamar la retribución a la que podría tener derecho si perteneciera al sexo contrario cuando, actual o anteriormente, no haya en la empresa de que se trata ningún trabajador del sexo contrario que lleve a cabo o que haya llevado a cabo un trabajo comparable.

La instancia jurisdiccional europea ha delimitado el concepto de "retribución" al efecto de la correcta aplicación del artº 119 del Tratado, señalando al respecto que:

- La indemnización complementaria para los trabajadores que son despedidos a una determinada edad es una retribución a efectos del artº 119 y no puede considerarse como una prestación de la Seguridad Social (STJ de 17 de febrero de 1993. Comisión contra Bélgica).

- Una prestación, como la pensión de supervivencia, que tiene su origen en un Plan de Pensiones de Empresa, percibida por parientes supérstites, constituye una forma de retribución en el sentido del artº 119 (STJ de 6 de octubre de 1993. Gerardus Cornelis Ten Oever contra Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Clazenwassers - en Schoonmaakbedrijf).
- Un Plan de Pensiones de Empresa complementario del régimen legal está incluido en el concepto de retribución al que se refiere el artº 119 del Tratado de la CEE (STJ de 14 de noviembre de 1993. Michael Moroni contra Collo GmbH).

En otro orden de consideraciones, y en lo que atañe a la carga de la prueba, el Tribunal de Luxemburgo ha razonado que en una situación de discriminación aparente, corresponde al empresario demostrar que existen razones objetivas para la diferencia de retribución detectada. Si la presentación de elementos que permiten revelar una discriminación aparente no tuviera por efecto imponer al empresario la carga de probar que la diferencia de retribución no es, en realidad, discriminatoria, los trabajadores quedarían privados del medio para hacer que se respete el principio de igualdad de retribución ante el órgano jurisdiccional nacional (STJ de 27 de octubre de 1993. P.M. Enderby contra Frenchay Health Authority y otros).

Por otra parte, a juicio del Tribunal de Luxemburgo (STJ de 27 de octubre de 1993. Caso P.M. Enderby), corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si y en qué medida los motivos expuestos por un empresario para explicar la adopción de una práctica salarial que se aplica independientemente del sexo del trabajador pueden considerarse razones económicas objetivamente justificadas. Entre dichas razones pueden figurar, si se las relaciona con las necesidades y los objetivos de la empresa, diferentes criterios, como la flexibilidad o la adaptabilidad de los horarios y de los lugares de trabajo, la formación profesional o incluso la antigüedad del trabajador.

Digamos ya para finalizar que una vez el Tribunal de Justicia haya declarado una discriminación en materia de retribución y mientras no se hayan adoptado medidas que restablezcan la igualdad de trato, el respeto del artº 119 del Tratado sólo podrá garantizarse concediendo a las personas de

la categoría perjudicada las mismas ventajas de que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada (SSTJ de 28 de septiembre de 1994. Caso van den Akker, y de igual fecha, Caso Ellen Smith).

B) La igualdad de trato en materia de Seguridad Social.

Conviene en este punto comenzar recordando la doctrina general del Tribunal europeo en el sentido de que en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva del Consejo aparecen, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares están autorizados a invocarlas, en defecto de medidas de aplicación adoptadas en plazo, en contra de toda disposición nacional no conforme con la Directiva (STJ de 1 de julio de 1993. R. Van Cant contra Rijksdienst voor Pensioenen).

Por lo que se refiere a la proyección del principio de igualdad de trato sobre los regímenes legales de Seguridad Social, la doctrina de la instancia jurisdiccional de Luxemburgo puede compendiarse del siguiente modo:

- Las discriminaciones previstas en regímenes de prestaciones distintos de los regímenes de pensiones de vejez y jubilación sólo pueden estar justificadas por ser consecuencia de la fijación de una edad de jubilación diferente según el sexo, si tales discriminaciones son objetivamente necesarias para evitar que se ponga en peligro el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social o para garantizar la coherencia entre el régimen de pensiones de jubilación y el régimen de las demás prestaciones (STJ de 30 de marzo de 1993. Secretary of State for Social Security contra E. Thomas y otros).
- Una normativa nacional que autorice a los trabajadores masculinos y femeninos a jubilarse a partir de una edad idéntica, manteniendo, sin embargo, en el modo del cálculo de la pensión una diferencia según el sexo, relacionada esta última con la diferencia de edad de jubilación existente en la normativa anterior, es contraria al principio de igualdad de trato (STJ de 1 de julio de 1993. R. Van Cant contra Rijksdienst voor Pensioenen).

- Por el contrario, el órgano jurisdiccional europeo entiende que una legislación que prevé un aumento de la pensión de jubilación por cónyuge a cargo y que no aplica este aumento cuando dicho cónyuge se hace acreedor de una pensión, en propio nombre, no es contraria al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres enunciado por la Directiva del Consejo 79/7/CEE (STJ de 5 de octubre de 1994. *Simon J.M. van Munster contra Rijksdienst voor Pensioenen*).
- Finalmente, el Tribunal de Luxemburgo ha entendido con muy buen criterio (STJ de 24 de febrero de 1994. *Roks y otros contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen y otros*) que las consideraciones de índole presupuestaria no constituyen por sí solas un objetivo perseguido por la política social de un Estado miembro y, por tanto, no pueden justificar una decisión en detrimento de uno de los sexos.

C) La igualdad de trato en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo.

El apartado primero del artº 5º de la Directiva del Consejo núm. 76/207, 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 trabajo, determina que “la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo”.

Pues bien, el Tribunal comunitario ha interpretado que el precepto comentado se opone a que un Estado miembro mantenga en su legislación excepciones a una prohibición general del trabajo nocturno, supeditadas a requisitos más restrictivos para las mujeres que para los hombres y que no pueden justificarse ni por la necesidad de garantizar la protección de las condiciones biológicas de la mujer ni por las particulares relaciones entre la mujer y su hijo (STJ de 3 de febrero de 1994. *Office National de l'Emploi contra Minne*). Manifestándose sobre el mismo artº 5º, el órgano jurisdiccional europeo ha razonado (STJ de 2 de agosto de 1993. *Ministère Public y otros*

contra Jean-Claude Levy) que tal norma es lo suficientemente precisa como para imponer a los Estados miembros la obligación de no consagrar en su legislación el principio de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, aunque esta obligación permita excepciones, cuando no exista una prohibición del trabajo nocturno para los hombres.

A juicio del Tribunal de Justicia de las Comunidades (STJ de 2 de agosto de 1993. *Ministère Public y otros contra Jean-Claude Levy*), corresponde al juez nacional asegurar el pleno respeto del antes referido artº 5º de la Directiva 76/207, dejando sin aplicación toda disposición contraria del Derecho nacional, salvo si la aplicación de tal disposición fuere necesaria para asegurar la ejecución por el Estado miembro afectado de obligaciones derivadas de un Convenio celebrado con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de la CEE con terceros Estados.

En relación asimismo con el acomodo de la legislación nacional a la ya mencionada Directiva núm. 76/207, el Tribunal de Luxemburgo ha interpretado que no es contraria a dicha Directiva una legislación nacional de cuya aplicación no se desprendan diferencias de trato que afecten a un número considerablemente mayor de mujeres que de hombres. De no ser así, habría que probar que dicha legislación se basa en factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo (STJ de 30 de noviembre de 1993. *P. Kirsammer-Hack contra Nurhan Sidal*).

El principio de igualdad de trato en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo entraña que la ruptura de un contrato de trabajo debido al embarazo de la trabajadora por cuenta ajena sólo afecta a las mujeres y, por lo mismo, constituye una discriminación directa basada en el sexo. Esta ruptura no puede en modo alguno justificarse por el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa de embarazo, impida temporalmente a la trabajadora desempeñar un trabajo nocturno (STJ de 5 de mayo de 1994. *Habermann-Beltermann contra Arbeiterwohlfahrt*). En análoga dirección, la instancia jurisdiccional comunitaria europea ha señalado (STJ de 14 de julio de 1994. *Carole Louise Webb contra EMO Air Cargo Ltd.*) que las ausencias por enfermedad no pueden equipararse a las ausencias causadas por el permiso de maternidad. Una trabajadora en cinta no puede, por este hecho, verse desfavorecida hasta el punto de ser excluida del mundo laboral.

6. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la discriminación por razón de sexo

La inclusión en el Código constitucional de 1978 de la discriminación por razón de sexo, como uno de los supuestos típicos de discriminación, halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del artº 14 y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que se había colocado a la población femenina en la vida social y jurídica (entre otras, STC 81/1982, de 21 de diciembre). Ello no obstante, el Juez de la Constitución ha entendido que las diferencias de trato basadas en el sexo habrán de examinarse conforme a los criterios generales de interpretación del artº 14 CE. Y así, serán admisibles las diferencias que se apoyen en una fundamentación razonable, incurriendo, de lo contrario, en un atentado a la igualdad al proceder a discriminar por razón del sexo (STC 49/1990, de 26 de marzo).

Las peculiaridades de esta forma de discriminación, su simbolismo, su arraigo histórico, han conducido al Tribunal Constitucional a otorgar a esta modalidad discriminatoria una proyección muy profunda, que le ha llevado a admitir que no sólo cabe una discriminación directa en este caso, sino también una discriminación indirecta. Y así, en su Sentencia 145/1991, de 1 de julio, el Juez de la Constitución razona como sigue:

“La prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad. Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no sólo la noción de *discriminación directa*, o sea un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde éste sea objeto de consideración directa, sino también la noción de *discriminación indirecta*, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre los trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de dicha diferencia”.

Del razonamiento precedente extrae el Alto Tribunal una importante consecuencia: cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de

trato basada en las circunstancias que el artº 14 considera discriminatorias (en el caso que nos ocupa, el sexo) y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación —en este caso, las mujeres—, el órgano judicial no podrá limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que deberá entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artº 14 CE.

La discriminación por razón de sexo ha tenido una incidencia notable en el ámbito laboral y en materia de pensiones. El Tribunal Constitucional, consecuentemente, ha tenido oportunidad de sentar una amplia doctrina en ambos ámbitos materiales.

A) En lo que atañe al *régimen laboral*, la doctrina constitucional puede compendiarse del modo siguiente:

- Con carácter general, el Juez de los derechos fundamentales ha puesto de relieve (STC 28/1992, de 9 de marzo) que no es constitucionalmente lícito determinar el régimen jurídico de una relación laboral en atención exclusiva al sexo de los trabajadores. Una cosa es tomar en cuenta el sexo de las personas como circunstancia tácita relevante en la aplicación de las normas jurídicas, y otra bien distinta transformar la condición del hombre o mujer en una categoría jurídica en razón de la cual se otorgue o niegue un derecho laboral.
- El sexo en sí mismo, ha dicho en otro momento el Tribunal (STC 207/1987, de 22 de diciembre), no puede ser motivo de trato desigual, y por lo mismo, el establecimiento de diferencias de trato exigiendo que se tenga un sexo determinado (en el caso de referencia, la condición de mujer para el trabajo de Auxiliar de Vuelo), al entender que ese puesto laboral aconseja y hasta impone una presencia atractiva, que incluso normalmente demanda el personal receptor de estos servicios, es absolutamente inaceptable. Pueden existir sin duda determinadas actividades laborales en que la presencia física tenga una importancia decisiva; sin embargo,

habrán de ponderarse en cada caso las circunstancias, de forma que en este supuesto de los Auxiliares de Vuelo, cuya función consiste en prestar determinados servicios que igualmente pueden realizar auxiliares masculinos o femeninos, la diferencia de sexo no es admisible.

- En materia salarial, el Juez de la Constitución ha entendido (STC 145/1991, de 1 de julio) que para calibrar la legalidad de una diferencia de trato, no puede tomarse en consideración otro elemento que no sea el trabajo efectivamente prestado y la concurrencia en él de circunstancias objetivamente acreditadas que no se vinculen directa o indirectamente al sexo de la persona, salvo en los casos excepcionales, que deben ser apreciados de forma restrictiva, en los que el sexo sea un elemento determinante de la aptitud profesional para el desempeño de ciertas tareas. Sólo la efectiva diferencia entre los trabajos prestados, valorados de forma no discriminatoria, permitirá diferenciar a efectos retributivos, como se desprende de la esencial vinculación entre el salario y el trabajo del que aquél resulta ser la contraprestación.
- En la Sentencia 145/1991, anteriormente comentada, el Juez de los derechos fundamentales ha podido asimismo señalar que la diferencia por sexo de categorías profesionales entre quienes realizan un mismo trabajo, no puede considerarse como la justificación, sino, antes bien, como el origen o instrumento mismo a través del cual se formaliza una discriminación vedada constitucionalmente.
- La suspensión del contrato de trabajo para el personal femenino por el hecho de contraer matrimonio constituye, a juicio del Alto Tribunal (STC 7/1983, de 1 de febrero), una discriminación por razón de sexo, pues no se hace derivar idéntica consecuencia en relación con el personal masculino de la misma empresa.

B) En lo que se refiere al *régimen de las pensiones*, el Juez de la Constitución ha venido subrayando en su reiterada doctrina que el exclusivo reconocimiento a las viudas de un derecho a pensión, o su reconocimiento a aquéllas en una mayor cuantía que a los viudos con derecho a percibir una

pensión es discriminatorio. Y así, en la Sentencia 42/1984, de 23 de marzo, el Tribunal consideró discriminatorio un artículo de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local que condicionaba el derecho del viudo de funcionaria a requisitos no exigidos a la viuda de funcionario. En otro momento (STC 253/1988, de 20 de diciembre), el Tribunal consideraría que el precepto legal cuestionado ante él suponía un trato desigual en perjuicio del varón, que resultaba discriminatorio desde el momento en que el fallecimiento de éste era determinante de pensión de viudedad en favor de su esposa, mientras que ésta no causaba dicha pensión a favor del marido, sin que puedan considerarse que, constitucionalmente, las justificaciones aducidas sirven de fundamento, pues el principio del equilibrio económico del sistema en su conjunto, si bien puede ser un factor a tener en cuenta por el legislador en el momento de configurar un sistema concreto de Seguridad Social, no puede, por el contrario, aducirse para fundamentar el mantenimiento de situaciones que suponen una vulneración por parte de dicho sistema de derechos reconocidos en la Constitución.

En la misma dirección jurisprudencial se ubica la STC 103/1983, de 22 de noviembre, en la que el Alto Tribunal entendió que el artº 160.2 de la Ley General de Seguridad Social suponía un trato desigual en perjuicio del varón, desde el momento en que el fallecimiento de éste era determinante en todo caso de pensión de viudedad en favor de su esposa, mientras que el de ésta solamente lo era si concurrían las exigencias específicas en tal norma señaladas, pues sólo ellas determinaban que fuera idéntica la consecuencia. Por lo mismo, el trato desigual en perjuicio del varón había de considerarse un hecho indiscutible desde el momento en que en identidad de circunstancias el legislador atribuía secuelas distintas.

7. La discriminación positiva o favorable

El artº 14 de la Constitución de 1978, como ya hemos tenido oportunidad de señalar, configura el principio de igualdad ante la Ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquéllos, siempre que se encuentren dentro de las propias situaciones de hecho a las que debe corresponder un tratamiento jurídico igual. Sólo le resulta posible al legislador, en adecuada

opción legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad, que requieran en su solución por un mismo contenido una decisión distinta, si bien a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva o razonable (STC 75/1983, de 3 de agosto). Dicho de otra forma, no se puede exigir una igualdad de trato al legislador cuando trata de extraer consecuencias jurídicas diversas de situaciones que estaban originariamente en una situación jurídica distinta, siempre que el criterio adoptado por el legislador sea esa diferenciación de régimen jurídico, y la finalidad perseguida por la norma diferenciadora sea coherente con esa diferenciación de partida (STC 148/1986, de 25 de noviembre).

En coherencia con la doctrina expuesta con anterioridad, parece evidente que el principio de igualdad del artº 14 se opone frontalmente al mantenimiento de históricas situaciones desventajosas en que se encuentran determinados sectores sociales de la población por razones resultantes de hábitos sociales muy arraigados. Y así, el Juez de la Constitución, en su Sentencia 128/1987, de 16 de julio, a la vista de la situación de la población femenina, colocada históricamente en posición de innegable desventaja en el ámbito laboral, se pronunciaría en el sentido de entender como no vulneradora del principio de igualdad una actuación de los poderes públicos (reconocimiento por un Hospital de la Seguridad Social de un complemento retributivo en concepto de guardería a todas las mujeres que, hallándose trabajando en el centro hospitalario, tuviesen hijos menores de seis años) encaminada a remediar esa histórica situación desventajosa de las mujeres en el ámbito laboral, aun cuando establezca un trato diferenciado para las mujeres, lo que se justificaría en la necesidad de dar un trato desigual a situaciones efectivamente distintas, si bien el "factor diferencial" en este caso será precisamente el sexo. Hacía suya así el Juez de la Constitución la llamada doctrina de la discriminación favorable o positiva.

Más nítidamente aún si cabe, el Tribunal ha reiterado (STC 19/1989, de 31 de enero) que la expresa prohibición de discriminación por razón de sexo no sólo entraña la interdicción de la desigualdad de trato injustificada, sino también la *decisión constitucional de acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo*. De ahí que, en principio, no puedan

considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matización —añadiría el Tribunal— que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación, precisión ésta sobre la que volveremos más adelante.

En su Sentencia 216/1991, de 14 de noviembre, el Tribunal se iba a pronunciar expresamente sobre la necesidad de atender a la previsión del artº 9º.2 de la Constitución, que acoge el principio de igualdad material (“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...”), en orden a lograr la adecuada interpretación del artº 14, a través de la integración sistemática del mismo con otros preceptos de la Ley fundamental. Y a partir de esta interpretación, entiende el Juez de los derechos fundamentales que la incidencia del mandato contenido en el artº 9º.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el artº 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida — antes al contrario— la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial.

De este modo, y a partir de la anterior doctrina constitucional, el Alto Tribunal (STC 28/1992, de 9 de marzo) ha interpretado que la prohibición de discriminación por razón de sexo admite la existencia de medidas singulares en favor de la mujer, que traten de corregir una situación desigual de partida, como son las medidas de acción positivas o similares, pero, al mismo tiempo, exige la eliminación, en principio, de las normas protectoras del trabajo femenino, y que pueden suponer en sí mismas un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo con los varones, normas que, además, como bien reconoce en otro momento

el Tribunal (STC 229/1992, de 14 de diciembre), suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo.

Abundando aún más en esta línea doctrinal, el Tribunal (STC 229/1992, de 14 de diciembre) ha entendido que la consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un “*derecho desigual igualatorio*”, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, a fin de asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer.

La jurisprudencia del Juez de los derechos fundamentales es, pues, inequívoca en el sentido de admitir la discriminación positiva o favorable como modo de lograr una efectiva igualdad respecto de aquellos grupos sociales tradicionalmente marginados o desfavorecidos, las mujeres entre ellos, doctrina que no sólo nos parece impecable, sino que creemos es la única coherente con las exigencias de un Estado social de nuestra época.

En este marco jurisprudencial ha venido a chocar frontalmente la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 17 de octubre de 1995, que ha considerado contrario a las leyes comunitarias una disposición del Estado alemán de Bremen que establece que, para que hombres y mujeres se repartan al 50 por 100 los puestos en la función pública, una mujer tiene preferencia sobre un hombre, si se trata de un sector donde está infrarrepresentada. En su Sentencia (Caso Eckhard Kalanke), el órgano jurisdiccional de Luxemburgo sostiene que “una reglamentación nacional que garantiza la prioridad absoluta e incondicional a las mujeres, en el caso de un nombramiento o una promoción, va más allá de una promoción de igualdad de oportunidades y sobrepasa los límites de la excepción prevista en el apartado cuarto del artº 2º de la Directiva del Consejo 76/207/CEE” (precepto a cuyo tenor: “La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas

en el apartado primero del artº 1º”, esto es, el acceso al empleo, la promoción, la formación profesional y las condiciones de trabajo). El Tribunal de Justicia viene, pues, a considerar injusto que el derecho del individuo sufra una discriminación sexual, aunque el objetivo sea favorable a un grupo tradicionalmente desfavorecido.

Es obvio que frente a un fallo de esta naturaleza, que, indiscutiblemente, supone un importante paso atrás respecto del camino emprendido en favor de la discriminación positiva, no cabe otra respuesta que la de amparar las cláusulas normativas de discriminación positiva mediante una norma específica incorporada a los Tratados de la Unión Europea.

8. El ámbito de aplicación del principio de igualdad

El principio de igualdad garantizado por el artº 14 CE, en su doble vertiente de igualdad de trato y de no discriminación, se proyecta, como ya hemos tenido oportunidad de advertir, sobre todos los poderes públicos, operando por ello mismo en dos planos distintos: *igualdad en la Ley e igualdad en la aplicación de la Ley*, tal y como se ha sostenido en una reiterada doctrina, de la que puede ser muestra la siguiente reflexión del Alto Tribunal:

“La regla general de la igualdad ante la Ley contenida en el artº 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la Ley o *igualdad en la Ley* y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo *igualdad en la aplicación de la Ley*, lo que impone que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales” (STC 49/1982, de 14 de julio).

La *igualdad en la Ley*, esto es, frente al legislador, aunque también frente al poder reglamentario, impide que uno y otro puedan configurar los supuestos de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación.

La *igualdad en la aplicación de la Ley* obliga a que ésta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón

de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma.

Como es lógico, en el plano de la aplicación, se hace necesario efectuar una segunda distinción para tomar en cuenta la diferente situación en que se hallan los órganos administrativos, de una parte, y los órganos judiciales de la otra.

Los *órganos administrativos*, esto es, los que integran el amplio conjunto de las Administraciones públicas, no están vinculados por el precedente, pero sí sujetos al control de los Tribunales, que han de corregir las desviaciones que en la aplicación igual de la Ley se produzcan, y ello no sólo en el ejercicio de las potestades regladas, sino también en el ejercicio de la discrecionalidad que las normas frecuentemente conceden a este tipo de órganos. Los Tribunales han de fijar, para llevar a cabo este control, tanto las circunstancias fácticas del caso como el contenido concreto de la norma aplicada. En todo caso, conviene significar que, como ha afirmado el Juez de la Constitución (véase por todas STC 144/1988, de 12 de julio), las decisiones del Juez de instancia sobre uno y otro aspecto de la cuestión (el fáctico y el normativo) podrán ser revisadas, en su caso, por las sucesivas instancias dentro del Poder Judicial, pero no por el Tribunal Constitucional, salvo en lo que afecta al contenido mismo de la norma.

Los *órganos del Poder Judicial* se encuentran en situación bien diversa, pues tanto en la determinación de los hechos como en la interpretación de las normas, son independientes, no hallándose sometidos al control de otro poder del Estado, aunque sus decisiones puedan ser revisadas, tanto en los hechos como en la interpretación del Derecho, por otros Tribunales a través de los recursos previstos en las leyes procesales. El recurso de amparo constitucional —que no puede modificar los hechos declarados probados por los Tribunales ordinarios— sujeta también a estos últimos al control del Tribunal Constitucional, pero ello sólo para el caso de que hayan aplicado leyes contrarias a la Constitución o hayan interpretado de modo incompatible con ésta las que, en otra interpretación, no lo serían. Salvo en este doble supuesto concreto, no corresponderá al Tribunal Constitucional, sino al Tribunal Supremo, determinar cual es la interpretación correcta de las normas jurídicas (STC 144/1988, de 12 de julio).

Como puede apreciarse por lo expuesto, el significado del principio de igualdad jurídica en la aplicación de la Ley ofrece un sentido muy diferente del que corresponde al principio de igualdad ante la Ley; según el Alto Tribunal (STC 49/1985, de 28 de marzo), mientras este último es de carácter material y pretende garantizar la identidad de trato de los iguales, aquél es predominantemente formal, por cuanto lo que el principio de igualdad en la aplicación de la Ley exige no es tanto que la Ley reciba siempre la misma interpretación a efectos de que los sujetos a que se aplique resulten siempre idénticamente afectados, como que no se emitan pronunciamientos arbitrarios.

En perfecta sintonía con el diferente significado del principio de igualdad jurídica en uno y otro plano, hay que situar la distinta garantía que en el proceso de amparo constitucional puede dispensarse a la regla del artº 14 (STC 30/1987, de 11 de marzo):

- En el control de diferenciaciones normativas, la intervención del Tribunal garantiza que la singularización enjuiciada responda a una finalidad objetiva y razonable y no a un puro voluntarismo selectivo y, por ello mismo, discriminatorio.
- En el control de la aplicación de la Ley, lo garantizado no es la obtención de una resolución igual a las que se hayan adoptado o puedan adoptarse en el futuro por el mismo órgano judicial, sino la razonable confianza (que a su vez se enlaza con el principio de seguridad jurídica) de que la propia pretensión merecerá del juzgador, a salvo que por éste se fundamente la imposibilidad de atender tal expectativa, la misma respuesta obtenida por otros en casos iguales.

9. La igualdad en la Ley

I. La igualdad en la Ley, tal y como ya hemos puesto de relieve, impone al legislador la obligación de no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, si existen, carecen de relevancia, así como la de no anudar consecuencias jurídicas

arbitrarias o irrazonables a los supuestos de hecho legítimamente diferenciados. Todo ello, además obviamente de la interdicción de atender como criterio diferencial a alguna de las circunstancias que el propio artº 14 excluye de modo taxativo.

La regla de la igualdad jurídica, en definitiva, veda al legislador toda desigualdad arbitraria, sin que pueda entenderse lo anterior en el sentido de proscripción de los perjuicio ocasionados por los cambios legislativos (STC 148/1986, de 25 de noviembre), y sin que, como ya hemos advertido, sea oportuno interpretar que de esta regla deriva la necesidad de que todos los españoles se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad (STC 83/1984, de 24 de julio).

Tampoco la regla de la igualdad en la Ley acoge lo que habría que denominar la “*discriminación por indiferenciación*”, por cuya virtud, el principio de igualdad impediría no sólo dar un trato diverso a lo que es igual, sino también la igualdad en la diversidad, o lo que es lo mismo, que dos supuestos diversos reciban idéntico trato jurídico.

El Tribunal Constitucional no ha dado el importante paso de admitir esta peculiar modalidad de discriminación. En su Sentencia 86/1985, de 10 de julio, rechazaría que el artº 14 acoja la interdicción de la identidad de régimen jurídico entre sujetos en posiciones fácticas diferentes. La “discriminación por indiferenciación” no puede situarse, pues, en el ámbito del artº 14 de la Norma suprema.

II. A la vista de todo lo expuesto, resulta claro que la regla de la igualdad impone al legislador unos determinados límites por lo que al contenido de la Ley se refiere. Ahora bien, esos límites se proyectan asimismo hacia el alcance de la Ley; ésta, como ya vimos, se ha configurado históricamente como universal y general, derivándose del principio de igualdad el repudio de toda ley singular. ¿Puede seguir manteniéndose esta tesis?.

El tema de las *Leyes de carácter singular* sería abordado por el Juez de la Constitución en su Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre (que ponía fin a una cuestión de inconstitucionalidad, sobre “expropiación por razones

de utilidad pública e interés social de los Bancos y otras sociedades que componen el grupo RUMASA, S.A.”).

Las Leyes singulares o Leyes de caso único son aquellas dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto, singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la Ley singular y no comunicable con ningún otro.

En su enjuiciamiento de este tipo de normas, el Tribunal comienza recordando que la resistencia conceptual que, en principio, suscitó esta clase de Leyes se encuentra actualmente superada por la moderna doctrina científica, según la cual, el dogma de la generalidad de la Ley no es obstáculo insalvable que impida al legislador dictar, con valor de Ley, preceptos específicos para supuestos únicos o sujetos concretos, lo que no quiere decir que las Leyes singulares sean totalmente equiparables a las Leyes generales, en el sentido de que constituyan el ejercicio normal de la potestad legislativa.

Entrando ya en el análisis propiamente jurídico-constitucional, el Juez de la Constitución (STC 166/1986) advierte que “en la Constitución española no existe precepto, expreso o implícito, que imponga una determinada estructura formal a las Leyes, impeditiva de que éstas tengan un carácter singular, si bien consagra principios que obligan a concebir dichas Leyes con naturaleza excepcional”.

El Tribunal advierte de inmediato la presencia de límites frente a las Leyes singulares derivados de ciertos principios constitucionales, como es el caso del principio de igualdad, que impone a las Leyes una vocación de generalidad. Ahora bien, “*la prohibición de desigualdad arbitraria o injustificada no se refiere al alcance subjetivo de la norma, sino a su contenido*”; es precisamente por ello, por lo que la Ley singular debe responder a una situación excepcional igualmente singular, y por lo que su “canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta”.

La conclusión final será que “la Ley singular sólo será compatible con el principio de igualdad cuando la singularidad de la situación resulte

inmediatamente de los hechos, de manera que el supuesto de la norma venga dado por ellos y sólo quepa al legislador establecer las consecuencias jurídicas necesarias para alcanzar el fin que se propone". Ello debe implicar lógicamente que el control de constitucionalidad opere en un doble plano: de un lado, excluyendo la creación arbitraria de supuestos de hecho, y de otro, asegurando la razonabilidad, en función del fin propuesto y de las medidas adoptadas.

10. La igualdad en la aplicación de la Ley

I. La igualdad en la aplicación de la Ley, o, más ampliamente, en la aplicación de una determinada ordenación legal o reglamentaria (STC 60/1984, de 16 de mayo) por los órganos jurisdiccionales, implica un derecho subjetivo a obtener un trato igual, lo que, como ya expusimos, significa que a supuestos de hecho iguales, deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas también iguales. Un mismo órgano no puede, pues, modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y cuando dicho órgano considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación objetiva y razonable (SSTC 60/1984, de 16 de mayo y 103/1984, de 12 de noviembre, dentro de una reiteradísima doctrina constitucional).

La regla de la igualdad veda, consecuentemente, una interpretación voluntarista o arbitraria de la norma, o una ruptura irreflexiva e irrazonada con el precedente (STC 100/1988, de 7 de junio). Sin embargo, la igualdad en la aplicación de la Ley no puede obstaculizar el principio de independencia judicial, lo que se traduce en las dos consecuencias siguientes:

1ª) El artº 14 no permite la comparación entre sentencias procedentes de órganos jurisdiccionales diferentes (SSTC 73/1988, de 21 de abril y 117/1988, de 20 de junio). Para tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad, y a cuyo través se busca la uniformidad, es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango (STC 49/1982, de 14 de julio).

2ª) Nada impide a los órganos judiciales proceder a rectificar su propia y precedente interpretación de la norma. Sobre los órganos del Poder Judicial, ha dicho el Alto Tribunal (STC 30/1987, de 11 de marzo), no pesa la exigencia de resolver siempre en los mismos términos sobre supuestos que se pretendan iguales, pues cada caso, para el mismo juzgador, puede merecer una consideración diversa, ya por las peculiaridades que a su juicio muestre, ya porque el entendimiento judicial de la norma aplicable varíe a lo largo del tiempo, ya, incluso, porque parezca necesario corregir errores anteriores en su aplicación. Es precisamente por todo ello por lo que el Tribunal ha considerado que lo único que en estos supuestos de aplicación de la Ley protege el principio de igualdad es la previsibilidad en la resolución judicial (STC 30/1987), esto es, la razonable confianza de que la propia pretensión merecerá del juzgador la misma respuesta obtenida por otros en casos iguales.

Junto a las dos circunstancias expuestas inmediatamente antes, habría que añadir que el principio de seguridad jurídica veda que el principio de igualdad en la aplicación de la Ley pueda ser llevado a lo que resulte de resoluciones posteriores; ello entorpecería gravemente la necesaria evolución de la jurisprudencia ante la posibilidad de quedar sujetas a revisión todas las sentencias anteriores y contradictorias con las más recientes. La firmeza de una sentencia y los efectos de la cosa juzgada material —afirma el Juez de la Constitución (STC 100/1988, de 7 de junio)— no pueden quedar subordinados a criterios posteriores en la aplicación de la Ley del mismo Tribunal.

II. Producido un cambio de criterio en la aplicación de la norma por un mismo órgano jurisdiccional, habrá que atender a dos elementos para decidir si esa modificación es lesiva del principio de igualdad jurídica del artº 14:

- El primero de esos elementos es el de la identidad de los rasgos sustanciales de los supuestos de hecho; sin esa identidad no cabrá hablar, como es obvio por lo demás, de conculcación del artº 14.
- El segundo elemento es el de la motivación del cambio de criterio. A este respecto, el Tribunal ha considerado (SSTC 63/1984, 64/1984, ambas de 21 de mayo de 1.984) que la estricta aplicación de

la Constitución exige que el cambio de criterio aparezca suficientemente motivado mediante la expresa referencia al criterio anterior y la aportación de las razones que justifican el apartamiento de los precedentes, pues ello constituye una garantía tanto de la evitación de la arbitrariedad como de la promoción de la seguridad jurídica.

Ahora bien, el Juez de la Constitución ha admitido las motivaciones implícitas, pues, a su juicio, no siempre que falte la motivación expresa del cambio de criterio habrá de entenderse sin más quebrado el principio de igualdad en la aplicación de la Ley. Puede haber casos en los que de la propia lógica interna de la resolución, o de datos externos a ella, pueda inferirse con relativa seguridad —a veces, incluso con certeza— que el cambio objetivamente perceptible es consciente, se ha adoptado de forma reflexiva y no es fruto de un voluntarismo selectivo y, por ello mismo, arbitrario, o bien de la mera inadvertencia (SSTC 49/1985, de 28 de marzo y 66/1987, de 21 de mayo).

No es inútil advertir, finalmente, que nuestro intérprete supremo de la Constitución no ha entrado a valorar la suficiencia de la motivación del cambio de criterio, limitándose a apreciar si existe dicha motivación.

La conclusión de todo lo expuesto es que las divergencias en la interpretación de la Ley no entrañan, en sí mismas, una quiebra del principio de igualdad jurídica, pues la Ley diversamente interpretada por los distintos Jueces o incluso por un mismo Juez, en diversos momentos, es aplicada, sin embargo, por igual siempre que en tal aplicación no se tomen en consideración diferencias personales a las que la Ley misma no conceda relevancia (STC 144/1988, de 12 de julio). Es decir, el mandato del artº 14 sólo resultará infringido por aquel órgano judicial que, para aplicar con mayor o menor rigor un determinado precepto legal, tome en consideración las circunstancias personales o sociales de quienes son parte en el proceso.