
DÉCIMOCUARTO. IGUALDAD

1. ¿Qué igualdad protege la Constitución? Una breve aproximación a la igualdad.....	2
1. 1. ¿Cómo ha traducido el Estado constitucional la perenne idea de igualdad?	2
1. 2. La regulación constitucional e internacional de la igualdad.....	3
2. Alguna legislación, en especial, la Ley 3/2007	5
2. 1. Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (definiciones y algún aspecto puntual).....	5
2. 3. Valoración del impacto de género previa a la adopción de leyes y reglamentos7	
2. 4. Código Penal (arts. 22, 314, 510-512, 607)	7
2. 5. Ley orgánica 4/2000, de extranjería e igualdad	9
3. Criterios jurisprudenciales sobre igualdad	9
3. 1. Sentencia 200/2001, hijos adoptivos, criterios generales discriminación ante la ley.....	10
3. 2. Igualdad sólo dentro de la legalidad, no fuera de ésta	16
3. 3. Sentencia 181/2000 No discriminación por indiferenciación.....	17
Igualdad y diversa regulación autonómica, “posiciones jurídicas fundamentales”, Sentencia 247/2007 Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.....	18
3. 5. Sentencia 240/1999, diferenciación en Administración (interinos), maternidad y género, discriminación indirecta y material	18
3. 6. Sentencia 41/2006, de 13 de febrero la “orientación sexual” está especialmente prohibida por el artículo 14. Ejemplo de apoyo en el ámbito internacional	25
Sentencia 62/2008, de 26 de mayo de 2008 la salud como factor de diferenciación dentro de los especialmente prohibidos	27
3. 7. Sentencia 13/2001, raza y discriminaciones encubiertas, criterio censurado en 2009 por el Comité PIDCIP	29

(téngase especialmente en cuenta los “pasos” específicos para el juicio de igualdad)

El valor, principio y derecho de igualdad, se aborda al final de los materiales y estudio por la particular dificultad constitucional que entraña. Una vez manejados los “pasos” de los demás derechos fundamentales y conocidos éstos, procede ahora manejar y recordar los “pasos” especiales por cuanto se trate de la igualdad.

Como inicio, se incluyen unos materiales propios relativamente sencillos para el tratamiento y aproximación teórica a la materia (igualdad formal, material, etc.). Asimismo, se incluye un recordatorio de variadas formas de protección legislativa de este principio por el legislador. Sobre estas bases, se sigue lo que es fundamental, el tratamiento jurisprudencial de este derecho y principio, en modo alguno depurado por el Alto Tribunal.

Es sobre la jurisprudencia cómo se puede apreciar cómo –aunque irregularmente– el tribunal sigue los “pasos” particulares de la igualdad, tanto para discriminaciones especialmente prohibidas como en casos generales. Asimismo, se incluyen diversos extractos con reglas singulares de útil manejo (discriminación por indiferenciación, no igualdad fuera de la ley, etc.). Sobre estas bases generales se aborda particularmente la igualdad de sexo y, en concreto, el particular tratamiento que merece la categoría de discriminación indirecta.

Por último, y más allá de la “estrella” en la materia que es la no discriminación por sexo, se aborda algún caso de discriminación particularmente prohibida. Uno sobre orientación sexual, materia a la que el tribunal no se había enfrentado directamente hasta febrero de 2006 y otro sobre raza, en el que –quizá llamativamente– se sigue cómo es posible considerar que un tratamiento diferenciado por la policía basado en la raza, no es necesariamente inconstitucional.

1. ¿Qué igualdad protege la Constitución? Una breve aproximación a la igualdad

De “COTINO HUESO, Lorenzo, La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI, CEPC, Madrid, 2000.

1. 1. ¿CÓMO HA TRADUCIDO EL ESTADO CONSTITUCIONAL LA PERENNE IDEA DE IGUALDAD?

La idea de la igualdad ha estado presente en toda la historia y el pensamiento occidental y qué duda cabe que con una especial intensidad en los dos últimos siglos, donde ha pasado a constituir un eje de los sistemas jurídicos y de las propuestas y logros políticos y sociales. Ahora bien, no resulta en modo alguno sencillo determinar el significado de la noción igualdad, en especial dado que la amplitud de este concepto supone que acoja en su seno no pocas concepciones y significados. Así, desde la igualdad política formulada por Aristóteles hasta el igualitarismo material socialista pueden situarse no pocas dimensiones del concepto, facetas que en buena medida se han ido consolidando históricamente para el mundo del Derecho.

Entre los logros de Revolución francesa cabe señalar la proclamación de la igualdad formal, igualdad ante la ley, centrada básicamente en la generalidad de la ley y la igual

capacidad jurídica de todos los ciudadanos ante los Tribunales¹. Desde entonces, en el marco del constitucionalismo occidental comenzaría el proceso de consolidación de la igualdad jurídica formal, concepto que no sólo comprendería la inicial la igualdad ante la ley, sino también la igualdad en la aplicación de la ley por los jueces y la Administración; y lo que es más, la igualdad formal pasó a incluir también la igualdad en la ley, esto es, la necesidad de que las normas respeten también en su contenido el principio de igualdad². De otra parte, como es sabido, la noción de la igualdad ha tenido un indudable contenido social y redistributivo a lo largo de la Historia, connotación que ha venido íntimamente ligada a la idea de justicia. En este sentido, particularmente en los Estados constitucionales europeos, que asumieron su carácter social, se ha ido desarrollando la dimensión material de la igualdad, que implica la obligación del Estado de actuar en la sociedad para conseguir la igualdad real de los ciudadanos. Sin embargo, esta igualdad material ha gozado de una protección más tibia que la de la igualdad formal³. Además, frente a un entendimiento de la igualdad material como igualdad de resultados (igualdad en el reparto definitivo de los bienes sociales), en el constitucionalismo moderno ha prevalecido la concepción de la igualdad material como la búsqueda de una igualdad de oportunidades o de puntos de partida, compatible con la economía capitalista.

Tal y como tan escuetamente se ha expuesto, estas vertientes conforman el significado de la igualdad para los Estados constitucionales occidentales. Cabe advertir que las facetas señaladas no agotan el contenido de la igualdad sino que, en buena medida, puede entenderse que se acumulan⁴, al tiempo que no excluyen la incorporación de nuevas dimensiones del concepto jurídico de igualdad.

1. 2. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE LA IGUALDAD

En España, la igualdad se ha conformado jurídicamente tanto como un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1. 1º CE) cuanto como un principio y derecho fundamental;

¹ El artículo 1 de la Declaración francesa de Derechos Humanos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en Derecho”.

² Resulta del todo explicativa la sentencia del Tribunal Constitucional 144/1988, de 12 de junio. En su FJ 1º se afirma que “El principio de igualdad que garantiza la Constitución opera en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas [esto es, igualdad *en la ley* ...] en otro plano, en el de la aplicación, la igualdad *ante* la ley obliga a que ésta sea aplicada 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”. La cursiva es mía.

³ La igualdad material viene recogida en el artículo 9. 2º CE. Su mayor debilidad respecto de la igualdad formal se aprecia con nitidez en la sentencia 98/1985, de 29 de julio, donde el Tribunal Constitucional no ha dudado en afirmar que “no puede entenderse su aplicación [del artículo 9. 2º CE] para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que, presuntamente, se incumple el mandato de promover la igualdad real, pues esta igualdad no opera como límite concreto en la actuación de los poderes públicos.” (FJ 9º)

⁴ Ahora bien, para alcanzar la igualdad material en muchas ocasiones exige la quiebra de la igualdad formal. En esta dirección, el Tribunal constitucional en la (sentencia 86/1985, de 10 de julio, FJ 3º) señala que “El artículo 9. 2 CE puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el art. 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material”.

asimismo, su constitucionalización ha incluido las dos vertientes antedichas: la igualdad formal (art. 14 CE) y la igualdad material (art. 9. 2º CE), así como otros preceptos⁵.

En tanto valor superior, la igualdad fundamenta el conjunto del ordenamiento jurídico, a la vez que lo inspira, así como sirve de parámetro de admisibilidad del mismo, esto es, “toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución como norma suprema, proclama” (sentencia 8/1983, FJ 3º).

Como principio jurídico, la igualdad vincula de modo general la actuación de todos los poderes públicos, incluyendo al propio legislador.

Por último, en cuanto derecho fundamental, la igualdad tiene un claro carácter relacional, es decir, supone el derecho subjetivo a no recibir un trato no discriminatorio respecto de un bien o derecho concreto.

Es menester también hacer mención del reconocimiento de la igualdad en la regulación internacional de los derechos y libertades, sobretodo, teniendo en cuenta que esta normativa no sólo tiene carácter de derecho interno en virtud de lo dispuesto por el artículo 96 CE, sino que tales tratados se configuran como elementos en la interpretación de la propia Constitución en esta materia de derechos fundamentales, tal y como dispone el artículo 10. 2º CE. En este sentido, queda recogida la igual dignidad de todo ser humano y la igualdad en la garantía y goce de los derechos reconocidos en tales tratados⁶, destacando la importancia de la no discriminación por razón de sexo en el seno de la Unión Europea⁷, recientemente reflejada en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸.

⁵ No agotan estos preceptos la recepción expresa de la igualdad en la Constitución, así, el artículo 23. 2º CE supone una concreta manifestación de la igualdad ante la ley y de la igualdad política. De otra parte, los artículos 139 y 149. 1.º. 1ª CE vienen a reconocer el carácter estatal de la igualdad en el marco de la descentralización autonómica.

⁶ La Declaración Universal de derechos Humanos (DUDH), de 10 de diciembre de 1948 dispone que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1).

Por lo general, en los textos internacionales se hace concreta alusión a la necesidad de una igual garantía de los derechos que se reconocen en los mismos, incluyendo fórmulas que hacen alusión a los diversos colectivos que han sufrido o sufren las mayores discriminaciones. Así, en la DUDH (art. 2. 1º señala la titularidad de los derechos reconocidos “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”); en los pactos internacionales de Derechos civiles y políticos (PIDCP) y el de Derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) (ambos de 19 de diciembre de 1966 y ratificados por España el 13 de abril de 1977) se emplean también estas fórmulas. Así, el art. 2. 2º PIDSC repite literalmente la fórmula de la DUDH, y el art. 4. 1º PIDCP, más breve, hace referencia a la “raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.”. Un tenor más amplio se da en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), de 4 de noviembre, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, en cuyo artículo 14 CEDH se asegura el igual disfrute de los derechos reconocidos sin distinción de “sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

⁷ La Unión Europea ha ido ampliando las parcelas sobre las que ha garantizado el principio de igualdad. En el inicial Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) de 25 de marzo de 1957 se garantizaba la no discriminación por razón de la nacionalidad (antiguo art. 6, actual art. 12) o la igualdad entre productores y consumidores (art. 40, actual 34) así como el principio de no discriminación por razón de sexo (que el art. 119 TCEE, actual 141, sólo reconocía en materia salarial. Gracias a una labor impulsora del Tribunal de Luxemburgo (TJCEE), con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la igualdad de sexo ha pasado a ser uno de los fines esenciales de la Comunidad (actuales arts. 2 y 3. 2º); a la vez, se ha extendido el ámbito de la proyección de la

2. Alguna legislación, en especial, la Ley 3/2007

2. 1. LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES (DEFINICIONES Y ALGÚN ASPECTO PUNTUAL)

A la vista del texto de la Ley de 2007:

1. **¿Cuándo es admisible elegir sexo al empleador (art. 5)?**
2. **Tenga presentes los conceptos de discriminación directa e indirecta (Art. 6).**
3. **Observe la definición de las acciones positivas y sus requisitos para ser admisibles constitucionalmente (art. 11).**
4. **¿En general, quién debe probar si hay o no discriminación y si la medida fue proporcional? ¿Y en los procesos penales? (Art. 13).**
5. **¿Qué derechos consideras afectados en razón del artículo 75? ¿Consideras obligatoria su imposición?**

igualdad, que ahora pasa a alcanzar la lucha contra la discriminación por origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 6 A), actual art. 13).

⁸ Así en su Preámbulo

2.- La Unión está fundada sobre los principios indivisibles y universales de dignidad de hombres y mujeres, libertad, igualdad y solidaridad; reposa en el principio de democracia y el Estado de Derecho.

Y en particular en el Capítulo III, dedicado a la Igualdad:

Artículo 20. Igualdad ante la Ley

Todas las personas, hombres y mujeres, son iguales ante la Ley.

Artículo 21. Igualdad y no discriminación

1.- Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2.- Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.

Artículo 22. Igualdad entre hombres y mujeres

Debe garantizarse la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo y de trabajo, incluida la igualdad de retribución por un mismo trabajo o por un trabajo de valor igual.

El principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Artículo 6. Discriminación directa e indirecta.

1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo.

Artículo 5. Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo.

...

No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

Artículo 11. Acciones positivas.

1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley.

Artículo 13. Prueba.

1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales.

Artículo 75. Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles.

Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley.

2. 3. VALORACIÓN DEL IMPACTO DE GÉNERO PREVIA A LA ADOPCIÓN DE LEYES Y REGLAMENTOS

Desde la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el gobierno se dispone:

-Artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

2. El procedimiento de elaboración de proyectos de ley a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. En todo caso, los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica.

artículo 24.1.b de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

En todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo.

2. 4. CÓDIGO PENAL (ARTS. 22, 314, 510-512, 607)

Artículo 22.

Son circunstancias agravantes:

Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.

Artículo 314.

Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses.

Artículo 510.

1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

Artículo 511.

1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.

Artículo 512.

Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años.

Artículo 607.

1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros.

Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.

Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2 y 3 de este apartado.

2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.

2. 5. LEY ORGÁNICA 4/2000, DE EXTRANJERÍA E IGUALDAD

Artículo 3. Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas.

1. Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

Artículo 23. Actos discriminatorios. Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre

1. A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural.

2. En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

a) Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargados de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un ciudadano extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

b) Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

c) Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

d) Todos los que impidan, a través de acciones u omisiones, el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente por un extranjero residente legalmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

e) Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

3. Criterios jurisprudenciales sobre igualdad

3. 1. SENTENCIA 200/2001, HIJOS ADOPTIVOS, CRITERIOS GENERALES DISCRIMINACIÓN ANTE LA LEY

1. Fija la diferencia legislativa, la diferenciación que establece y que va a ser enjuiciada de si es o no discriminatoria (FJ 2). Observa los términos de comparación fijados en este caso “las situaciones a considerar...”. Observa cómo se dice que no se trata de “igualdad EN la ley” (FJ 2, final).
2. Observa y efectúa un esquema de la doctrina sobre igualdad expresada en el FJ 4º de la sentencia. En concreto, ten muy presente la definición que se da del derecho el derecho subjetivo de igualdad. Compáralo con los pasos especiales de la igualdad. Observa lo relativo a la necesaria fundad, razonable y objetiva justificación y la no desproporcionalidad de la medida (FJ 4 a).
3. Igualmente fija tu atención en lo relativo a las cláusulas prohibidas de discriminación (FJ 4B). ¿es una lista cerrada?, ¿es imposible establecer diferenciaciones basadas en las circunstancias prohibidas?, ¿qué consecuencias tienen tales prohibiciones (“canon de control”, “carga de la prueba”)?
4. ¿La discriminación por filiación queda en el ámbito de la discriminación prohibida por nacimiento? (FJ 4C).
5. Observa con atención la doctrina sobre el “juicio de igualdad”, lo afirmado como requisitos obligados previos (FJ 5).
6. En el caso concreto, habiendo una diferencia de trato, ¿considera el Tribunal Constitucional que los términos de comparación son admisibles? (FJ 6). Resume los argumentos sigue en este caso el tribunal.
7. Por qué considera el Tribunal discriminatoria la diferencia establecida entre hijos adoptados y naturales (FFJJ 7, 8 y 9).
8. Observa lo afirmado respecto de la acción prestacional de los poderes públicos. Esto es aplicable a cualquier actividad de subvención
9. Ya en particular, ¿Sería inconstitucional que no se reconociesen estas pensiones de orfandad a todo huérfano? (FJ 8). Asimismo, observa lo afirmado respecto de la finalidad de evitar fraudes (FJ 9).

II. Fundamentos jurídicos

2. ...La lectura de los apartados transcritos pone de manifiesto que el derecho de los hijos adoptivos a la pensión de orfandad quedaba sometido al condicionamiento adicional que se recogía en el segundo inciso del art. 41.2, de modo que tenían derecho a la pensión de orfandad si, *además de concurrir los requisitos señalados con carácter general en el art. 41.1, el adoptante había sobrevivido dos años, al menos, desde la fecha de adopción.* Así pues, el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado de 1987 diseñaba un régimen jurídico diferente para los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza en orden al derecho a percibir la pensión de orfandad, ya que para éstos sólo se exigían los requisitos de carácter general del art. 41.1, en tanto que para aquéllos se imponía además el ya reiteradamente aludido requisito temporal del segundo inciso del art. 41.2.

La cuestión sometida a nuestro enjuiciamiento se contrae a determinar, por lo tanto, si este requisito temporal que el art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado de 1987 exigía para que los hijos adoptivos tuvieran derecho a la pensión de orfandad supone un tratamiento diferenciado entre hijos adoptivos e hijos por naturaleza que, por discriminatorio, resulta lesivo del derecho a la igualdad en la Ley (art. 14 CE). Las situaciones a considerar, al objeto de efectuar el juicio de igualdad, vienen constituidas, de un lado, por los hijos adoptivos, a los que se les imponía aquel requisito temporal, y, de otro, por los hijos por naturaleza, y no por las diferentes situaciones en las que se podrían encontrar los hijos adoptivos entre sí en función de que el adoptante hubiera sobrevivido o no dos años al menos desde la fecha de la adopción. Así resulta de los propios términos de la sentencia 46/1999, de 22 de marzo, por lo que deben de ser descartadas las dudas que el Abogado del Estado expone al respecto en su escrito de alegaciones sobre los términos de comparación que han sido tenidos en cuenta en la mencionada Sentencia, al estimar que el precepto aplicado por las resoluciones administrativas y judicial impugnadas contenía una discriminación respecto a los hijos adoptivos que pugnaba con el derecho constitucional de igualdad en la Ley (art. 14 CE), y, por consiguiente, sus razonamientos en orden a justificar la constitucionalidad del precepto desde esta perspectiva.

[...]

4. El enjuiciamiento desde la perspectiva del art. 14 CE del requisito temporal que establecía el art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado de 1987 para reconocer a los hijos adoptivos el derecho a la pensión de orfandad hace preciso traer a colación la reiterada doctrina constitucional sobre el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación recogidas en el mencionado precepto constitucional.

a) El art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, *como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga 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, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.*

Como tiene declarado este Tribunal desde la sentencia 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en relación con el art. 14 CEDH, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que *no* toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, *el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.* Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. *En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida* (Sentencias 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987,

de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas).

b) La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (sentencia 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (Sentencias 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (con carácter general respecto al listado del art. 14 CE, Sentencias 83/1984, de 8 de febrero, FJ 3; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; en relación con el sexo, entre otras, Sentencias 128/1987, de 16 de julio, FJ 6; 207/1987, de 22 de diciembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 3; 147/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en relación con el nacimiento, Sentencias 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5; ATC 22/1992, de 27 de enero; en relación con la edad, sentencia 31/1984, de 7 de marzo, FJ 11).

No obstante este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, Sentencias 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en relación con las condiciones personales o sociales, Sentencias 92/1991, de 6 de mayo, FF JJ 2 a 4; 90/1995, de 8 de julio, FJ 4; en relación con la edad, sentencia 75/1983, de 3 de agosto, FF JJ 6 y 7; en relación con la raza, sentencia 13/2001, de 29 de enero, FJ 8), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación.

Al respecto tiene declarado que, a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (Sentencias 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las Sentencias 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6). También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la

diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2).

c) En este sentido, dentro de la prohibición de discriminación del art. 14 CE y, más concretamente, dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación (Sentencias 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b; 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5; AATC 22/1992, de 27 de enero; 324/1994, de 28 de noviembre), de modo que deben entenderse absolutamente equiparadas éstas (ATC 22/1992, de 27 de enero). Y directamente conectado con el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación (ATC 22/1992, de 27 de enero), se encuentra el mandato constitucional recogido en el art. 39.2 CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación” (sentencia 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b), de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad, incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE, ya que la filiación no admite categorías jurídicas intermedias (sentencia 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5).

5. El juicio de igualdad es de carácter relacional. Requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (sentencia 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (Sentencias 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma.

En el presente supuesto, como ya se ha dejado constancia y cabe deducir con absoluta nitidez de la lectura del art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado de 1987, es evidente la diferencia que el mencionado precepto establecía desde la perspectiva de los derechos pasivos, en concreto, de la percepción de la pensión de orfandad, entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza, al imponer a aquéllos como requisito para que pudieran tener derecho a la pensión de orfandad que el adoptante hubiera sobrevivido dos años al menos desde la fecha de la adopción, el cual, así como ningún otro requisito temporal, no era exigido, sin embargo, a los hijos por naturaleza.

6. Un análisis más detenido requiere el segundo de los presupuestos antes aludido, esto es, la homogeneidad o equiparación de las situaciones subjetivas que se pretenden comparar a efectos del juicio de igualdad, constituidas en este caso por las de los hijos adoptivos y las de los hijos por naturaleza. La concurrencia o no de dicha homogeneidad o equiparación pasa necesariamente por abordar la caracterización jurídica de la adopción en nuestro Ordenamiento jurídico y, en concreto, por determinar si la misma constituye o no una forma o modalidad de filiación, ya que sólo en tal caso nos encontraríamos ante dos situaciones que, a efectos de lo establecido en el art. 14 CE, podrían considerarse iguales.

La Constitución no contiene una definición del instituto de la filiación, dejando un amplio espacio a la regulación del legislador, el cual se encuentra obviamente vinculado y constreñido por distintos mandatos constitucionales, entre ellos, en lo que ahora interesa, por la prohibición de discriminación por razón de nacimiento (art. 14 CE), en cuanto comprensiva de la igualdad entre las distintas clases de filiación, así como por la obligación de asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación” (art. 39.2 CE). En este sentido no cabe sino compartir los razonamientos del Abogado del Estado y del Fiscal General del Estado de que dentro del margen de libertad del legislador se encontraría la posibilidad de establecer o no una institución a la que denominase adopción o, incluso, de configurarla al margen de la relación genérica de filiación.

Siendo ello cierto, sin embargo no lo es menos, sin necesidad de detenerse en la evolución que ha experimentado la regulación de la adopción desde la redacción originaria del Código Civil, que el legislador postconstitucional, ya en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, ha configurado y caracterizado la institución de la adopción en nuestro Ordenamiento jurídico como una forma o modalidad de filiación, estableciendo al respecto la nueva redacción que se dio al art. 108 del Código que “la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción”.

A diferencia de la vigente regulación de la adopción, que sólo contempla una modalidad a la que se le confieren los mismos efectos que a la filiación por naturaleza (arts. 108 y 175 a 180 CC), hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, coexistían en nuestro Ordenamiento dos modalidades de adopción, la plena y la simple, equiparándose únicamente la adopción plena a la filiación por naturaleza en la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

En los distintos efectos atribuidos a una y otra modalidad de adopción, equiparándose sólo la plena a la filiación por naturaleza, radica, sin duda, el motivo por el que este Tribunal en la sentencia de la Sala Segunda 33/1983, de 4 de mayo, consideró que la denegación de la pensión de orfandad a un adoptado en forma simple no vulneraba el principio de igualdad ya que el legislador partía de dos formas diferentes de adopción con efectos y regímenes jurídicos también distintos. En tal contexto global debe entenderse el sentido de la expresión contenida en esa Sentencia de que “se comprende que en el régimen de pasivos ... era perfectamente legítimo un sistema en que se reconozca pensión solo a los huérfanos que sean hijos adoptivos en la modalidad de plena, y aun que se condicione ésta a que la adopción sea anterior en un determinado tiempo”. Es claro que la alusión a que la adopción sea anterior en un determinado tiempo se hace en esta Sentencia, de modo meramente incidental, siendo la verdadera *ratio decidendi* la diferenciación de regímenes de adopción. Por ello no se puede ver en dicha Sentencia y en esa concreta expresión una aceptación de la legitimidad constitucional de que en un régimen único de adopción, en el que ésta se equipara a la filiación por naturaleza, tenga cabida la limitación temporal, cuyo enjuiciamiento es el objeto único del actual proceso.

En lo que aquí interesa, basta con resaltar que la adopción aparece configurada y caracterizada en nuestro ordenamiento jurídico como una forma de filiación, determinando, en consecuencia, el establecimiento de una relación jurídica de filiación entre el adoptante o los adoptantes y el adoptado, que el propio art. 108 CC prevé, además, que surte los mismos efectos que la filiación por naturaleza. En otras palabras, la filiación puede tener lugar en nuestro ordenamiento tanto por naturaleza como por adopción, radicando la diferencia entre una y otra modalidad de filiación en su origen, pues en tanto aquélla deriva de la existencia de un nexo biológico, ésta viene determinada por resolución judicial. De otra parte, esta caracterización de la adopción como forma de filiación sintoniza con lo establecido en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en la Haya el 19 de marzo de 1993, ratificado por España el 27 de marzo de 1995, cuyo art. 26.1 dispone que “el reconocimiento de la adopción supone el reconocimiento: A) Del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos...”.

Así pues, siendo la adopción, como lo es, una forma de filiación, las situaciones subjetivas que se pretenden comparar reúnen los requisitos de identidad y homogeneidad que a los efectos del juicio de igualdad impone el art. 14 CE.

7. La diferencia de trato normativo entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza que establecía el art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado viene referida a una prestación social, la pensión de orfandad, respecto a la que el derecho a percibirla viene determinado, al margen de los requisitos específicos relativos a la edad de los beneficiarios que son comunes a los hijos adoptivos y por naturaleza y, por consiguiente, intrascendentes a los efectos de la diferenciación enjuiciada, por la existencia de una relación de filiación entre el causante y los beneficiarios de la misma. El trato desigual en

perjuicio de los hijos adoptivos es un hecho indiscutible desde el momento en que se condicionaba su derecho a la percepción de la pensión a que el adoptante hubiera sobrevivido dos años al menos desde la fecha de la adopción, no exigiéndose, por el contrario, requisito temporal alguno a los hijos por naturaleza. Y no se necesita profundizar excesivamente en la materia para comprender, circunstancia en la que están de acuerdo todas las partes que han comparecido en este proceso, que el único factor diferencial y determinante del distinto trato normativo viene dado por el diferente origen de la filiación de unos y otros beneficiarios, esto es, por su condición de hijos adoptivos o de hijos por naturaleza.

Al fundarse exclusivamente el diferente trato que dispensaba la norma en la filiación de los posibles beneficiarios de la prestación es evidente que la misma resulta contraria, no sólo al art. 14 CE, en cuanto utiliza como criterio de diferenciación una característica —la filiación— excluida como causa de discriminación por el mencionado precepto constitucional, al encuadrarse concretamente tal circunstancia en la expresa prohibición de discriminación por razón de nacimiento, sino también al mandato que el art. 39.2 CE impone a los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, “iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación”, pues, configurada la adopción en nuestro Ordenamiento jurídico como una forma de filiación, ambos preceptos constitucionales imponen un régimen igual entre las distintas modalidades de filiación en el plano de sus efectos o consecuencias jurídicas.

8. A mayor abundamiento, aun en el supuesto de que pudiera admitirse, de conformidad con la doctrina constitucional de la que se ha dejado antes constancia, que tal elemento de diferenciación pudiera ser utilizado excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica (Sentencias 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 5 de mayo, FJ 8), las razones que en defensa de su constitucionalidad expone en su escrito de alegaciones el Abogado del Estado en ningún modo satisfacen el canon más estricto y riguroso que en estos casos requieren las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad.

En este sentido, aduce, en primer término, las *importantes matizaciones que experimenta el derecho constitucional a la igualdad cuando se proyecta sobre la acción prestacional de los poderes públicos*. Ciertamente es, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, que el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias económicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales (Sentencias 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; 134/1987, de 21 de julio, FJ 5; 97/1990, de 24 de mayo, FJ 3; 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3, por todas), así como también que corresponde a su libertad de configuración articular los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo en este caso el mandato constitucional del art. 39.2 CE de asegurar la protección integral de los hijos, sin que ninguno de ellos resulte *a priori* constitucionalmente obligado [Sentencias 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 4 a); 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5]. Ahora bien, no es menos cierto, sin embargo, que, configurado un determinado mecanismo o expediente para la protección de los hijos, su articulación concreta deberá de llevarse a cabo en el respeto a las determinaciones de la Constitución y, muy específicamente, a las que en este ámbito imponen el principio de igualdad (art. 14 CE) y el propio art. 39.2 CE, so pena de incurrir en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE. Ello sin perjuicio, obviamente, de que en atención a las disponibilidades económicas de cada momento para atender a las necesidades sociales el legislador pueda, respetando estas prescripciones constitucionales, diferenciar al determinar los posibles beneficiarios de la prestación en atención a criterios de necesidad relativa o a otros que resulten igualmente racionales (Sentencias 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 4).

9. En segundo lugar, como ya hiciera con ocasión del recurso de amparo que resolvió la sentencia 46/1999, de 22 de marzo, el Abogado del Estado insiste de nuevo para justificar la diferenciación normativa que entre hijos adoptivos e hijos por naturaleza establecía el

art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado en que *la finalidad del requisito temporal que a aquéllos imponía era la de evitar posibles fraudes, tratándose así de impedir que la causa real de la adopción fuera la de facilitar al adoptado una pensión de orfandad en vez de constituir en realidad un vínculo jurídico de filiación.*

Para rechazar tal argumentación, como causa que pudiera justificar la diferenciación normativa enjuiciada, basta con remitirse, asumiéndolos ahora, a los razonamientos vertidos al respecto en la *sentencia 46/1999, de 22 de marzo, con base en los cuales concluyó la Sala Primera de este Tribunal que la desigualdad creada por la norma, ni era razonable, ni proporcionada al fin perseguido por la misma, de modo que tal diferencia debía de considerarse contraria al art. 14 CE.* Se dijo al respecto en la mencionada Sentencia, y procede reiterar en este momento, que tal cautela frente al fraude de Ley resultaba claramente desproporcionada, pues *“con el fin de evitar un posible fraude se priva de pensión a todos aquellos hijos adoptados que hayan quedado huérfanos en este período. Fraude, por otra parte que, al menos de modo generalizado, tampoco puede producirse, ya que para que se realice es preciso que muera el adoptante; suceso que, en la gran mayoría de los casos, es imprevisible, e incluso, en el supuesto de que fuera realmente previsible, tampoco podría considerarse que la adopción realizada fuera necesariamente fraudulenta”.* Razonamiento al que se añadía que esta forma de proceder del legislador no resultaba tampoco razonable, ya que *“además de presumir que se ha actuado en fraude de Ley, [se] establece una presunción sin posibilidad de prueba en contrario, lo que no sólo supone invertir el principio de que generalmente los derechos se ejercen conforme a la exigencia de la buena fe, sino que se está desconociendo la exigencia constitucional de dar protección a la familia y a los hijos (art. 39.1 y 2 CE)” (FJ 2).*

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “para que la adopción pueda surtir efectos pasivos es preciso que el adoptante haya sobrevivido dos años, al menos, desde la fecha de la adopción” del art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a cuatro de octubre de dos mil uno.

3. 2. IGUALDAD SÓLO DENTRO DE LA LEGALIDAD, NO FUERA DE ÉSTA

- 1. Observa la regla mantenida desde estas dos sentencias del Tribunal Constitucional. Consideras que lleva a soluciones justas? Piensa, por ejemplo, que no te conceden una beca, aun sin cumplir todos los requisitos, pero a todos los compañeros de tu clase, incumpliendo los mismos requisitos que tú, sí que se la conceden. O que te multan por ir a 130 por la autopista, y en el mismo momento y lugar que te multan, todos pasan a igual o mayor velocidad.**
- 2. ¿Se te ocurren medios jurídicos para atacar lo que socialmente puede resultar una discriminación?**

Sentencia 37/1982

El recurrente, en efecto, invoca, en primer lugar, el principio de igualdad ante la Ley, empleando, según se dijo, como término de comparación, su urbanización ilegal suspendida por inexistencia de preceptivo plan de ordenación y de licencia municipal de parcelación, con otras muchas que dice están en igual condición y que no han sido objeto de acuerdo alguno, lo que nunca puede suponer la infracción del art. 14 de la Constitución, puesto que la equiparación en la igualdad, que por propia definición puede solicitar el ciudadano que se sienta discriminado, ha de ser dentro de la legalidad, y sólo ante situaciones idénticas que sean conformes al ordenamiento jurídico, pero nunca fuera de la legalidad, con extensión indebida a la protección de situaciones ilegales, ni tampoco para convalidar jurídicamente los defectos imputables a la siempre limitada eficacia en el plano de los hechos, que las actuaciones de los poderes públicos despliegan, para el restablecimiento de la realidad física o jurídica alterada ilegalmente.

Sentencia 43/1982

Ahora bien el principio de igualdad ante la ley no puede transformarse en una exigencia de trato igual a todos fuera de la legalidad, pues el incumplimiento de ésta en algunos casos puede ciertamente llevar a pronunciamientos de carácter anulatorio o sancionatorio, pero no puede amparar el incumplimiento de todos ni su cobertura bajo un supuesto principio de igualdad fuera de la ley.

3. 3. SENTENCIA 181/2000 NO DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN

Recuerda esta doctrina asentada brevemente por el tribunal, considerando el carácter ajurídico de legítimas peticiones de trato equiparador e igualdador.

Téngase en cuenta lo dicho en los “pasos” de la igualdad sobre lo dicho y su difícil articulación con alguna sentencia del TEDH, así como con la aplicación de la discriminación indirecta.

FJ 14...

Finalmente, resta por examinar la también aducida vulneración del derecho a la igualdad, que se entiende producida porque el sistema de valoración de daños personales mediante baremo genera un tratamiento igual de supuestos diversos. Pues bien, es doctrina reiterada y constante de este Tribunal que el derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución no consagra un derecho a la desigualdad de trato (sentencia 114/1995, de 6 de julio, F.J. 4), ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe «ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual» (sentencia 16/1994, de 20 de enero, F.J. 5), siendo ajena al ámbito de este precepto constitucional la llamada «discriminación por indiferenciación» (sentencia 308/1994, de 21 de noviembre, F.J. 5). En definitiva, «el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación» (sentencia 164/1995, de 13 de noviembre, F.J. 7) por lo que tampoco puede acogerse, desde esta perspectiva, la tacha de inconstitucionalidad así formulada.

- 1. Tenga en cuenta el concepto de posiciones jurídicas fundamentales y vínculelo con los derechos fundamentales.**
- 2. Estime si es posible alegar el artículo 14 CE respecto del tratamiento jurídicamente diferenciado en razón de la diversa regulación autonómica, en particular, que incida en el ejercicio de los derechos fundamentales.**

4. ... Al respecto, conviene apuntar ya la idea de que la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles se garantiza por Ley de las Cortes Generales (arts. 81.1 y 149.1.1 CE), pero las Leyes autonómicas, garantizada esa igualdad fundamental en la materia de que se trate, pueden también incidir en dichas posiciones jurídicas, si han asumido competencias sobre las mismas:...

"Uno es, en efecto, el ámbito propio del principio constitucional de igualdad ex art. 14 (principio que impide, en lo que aquí interesa, que las normas establezcan diferenciaciones no razonables o arbitrarias entre los sujetos a un mismo Legislador) y otro, sin duda alguna, el alcance de las reglas constitucionales que confieren competencias exclusivas al Estado o que limitan las divergencias resultantes del ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias propias. Estos últimos preceptos (y, entre ellos, los arts. 139.1, 149.1.1 y 149.1.18, invocados en la presente cuestión) aseguran, con técnicas diversas, una determinada uniformidad normativa en todo el territorio nacional y preservan también, de este modo, una posición igual o común de todos los españoles, más allá de las diferencias de régimen jurídico que resultan, inexcusablemente, del legítimo ejercicio de la autonomía (por todas, STC 122/1988, fFJ 5). Pero ni la igualdad así procurada por la Constitución -igualdad integradora de la autonomía- puede identificarse con la afirmada por el art. 14 (precepto que no es medida de validez, por razón de competencia, de las normas autonómicas) ni cabe tampoco sostener que esta última -igualdad en la ley y ante ley- resulte menoscabada a resultas de cualquier conculcación autonómica del orden, constitucional y estatutario, de articulación y distribución de competencias. Como dijimos ya en la STC 76/1986 (fundamento jurídico 3), la divergencia entre normas que emanan de poderes legislativos distintos no puede dar lugar a una pretensión de igualdad (aunque sí, claro está, a otro tipo de controversia constitucional)" (STC 319/1993, de 27 de octubre, FJ 5).

En definitiva, el principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley que incorpora el art. 14 CE no puede concebirse haciendo caso omiso de la diversidad normativa que deriva directamente de la Constitución (arts. 2 y 149.3), dentro de ciertos límites (fundamentalmente, los derivados del art. 149.1.1 CE para el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales y del art. 139.1 CE, en su alcance general, como se verá en los FFJJ 13 y siguientes).

3. 5. SENTENCIA 240/1999, DIFERENCIACIÓN EN ADMINISTRACIÓN (INTERINOS), MATERNIDAD Y GÉNERO, DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y MATERIAL

- 1. ¿Cuál es el trato diferente sometido al juicio de igualdad en el presente caso? (FJ 1).**

2. **¿En qué se fundamentaba dicho trato diferenciado?**
3. **Cuál es el argumento básico de la recurrente para alegar una discriminación por sexo; ¿cabe que tengan dichos argumentos una naturaleza estadística.?**
4. **Observa lo afirmado de forma general sobre la discrecionalidad del legislador de organizar a la administración, desde sentencia 7/1984 (FJ 3). ¿Puede exigirse un trato igualitario en principio entre los diversos cuerpos y categorías funcionariales?**
5. **¿considera el Tribunal Constitucional posible negar el derecho de excedencia en beneficio de la familia a determinadas categorías de servidores públicos? ¿Cuál es su criterio para considerar que es discriminatorio la negación del derecho a excedencia para la solicitante en este caso concreto? ¿Se hace posible según el tribunal diferenciar entre interinos de muchos años y funcionarios? (FJ 4 final).**
6. **Entrando ya en la perspectiva de género, observa lo dicho por el tribunal en su FJ 5 (inicio) sobre la necesidad de aportar un término de comparación. En particular observa al respecto lo afirmado en el segundo párrafo del FJ 6.**
7. **Observa las definiciones de discriminación directa e indirecta en el FJ 6. Observa la particular incidencia en la materia de la jurisprudencia y legislación comunitarias.**
8. **Observa el resumen efectuado en el FJ 6, párrafo “En suma...”.**
9. **Observa lo afirmado respecto de los datos estadísticos al final del fundamento 6º.**
10. **observa lo que se afirmó en la sentencia 109/1993 respecto de la lactancia.**
11. **Observa el resumen jurisprudencial que opera el tribunal respecto de casos relativos a al maternidad. En concreto, qué se dijo respecto de falta de motivación respecto de fin de relación de fase de pruebas por embarazo o sobre la posible discriminación por no renovación de contrato a una embarazada.**
12. **Medita ahora la idea de no discriminación por indiferenciación de la anterior sentencia.**

II. Fundamentos jurídicos

1. La cuestión que debemos resolver en el presente proceso constitucional de amparo consiste en determinar si la denegación de la solicitud de la recurrente, funcionaria interina, de acogerse al régimen de excedencia para el cuidado de los hijos contemplado en el art. 29.4 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (en la versión dada por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, vigente en el momento de la referida solicitud, luego modificada por el art. 2 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo), ha conculcado el derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 C.E. y, muy especialmente, el derecho a no ser discriminado por razón de sexo establecido en el citado precepto constitucional.

Tanto la resolución administrativa que deniega la excedencia como el ulterior pronunciamiento judicial que confirma esta resolución fundan la denegación en la propia razón de ser de la situación de interinidad, obstativa de toda suspensión de la relación funcional, que únicamente sería de aplicación a las relaciones de carácter permanente, como sucede con los funcionarios de carrera. Ambas resoluciones, y en particular la judicial, añaden el argumento de que no se aporta término de comparación válido para

apreciar la discriminación por razón de sexo, ya que no se menciona ningún caso «en que se haya otorgado a un funcionario varón, en sus mismas circunstancias, lo que la Administración Autonómica denegó a la actora»; sostienen que los funcionarios de carrera de ambos sexos pueden legalmente solicitar este tipo de excedencias, en tanto que esa posibilidad está vetada para los funcionarios interinos, con lo que en el plano normativo no hay discriminación. La Sentencia concluye rechazando el «peculiar razonamiento estadístico» utilizado por la recurrente según el cual, olvidando lo establecido legalmente, «son sólo las mujeres quienes utilizan la excedencia por cuidado de hijos».

[...]

La recurrente parte de la premisa de que la discriminación por razón de sexo puede derivarse no sólo de un tratamiento legal diferenciado de situaciones sustancialmente iguales, sino también indirectamente de una realidad social discriminatoria contraria al art. 14 C.E. que un tratamiento formalmente igualitario no repara. Los datos que demostrarían esta situación de discriminación radicarían, según la actora, en el hecho de que la mayoría de los médicos interinos dependientes del Servicio de Sanidad de la Junta son mujeres y, lo que es más significativo, que la práctica totalidad de quienes han solicitado la excedencia para el cuidado de los hijos son del sexo femenino. Constan en las actuaciones remitidas a este Tribunal sendos informes del Jefe del Servicio de Personal de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social y de la Directora General del Instituto de la Mujer del Ministerio de Asuntos Sociales en los que se corroboran estos extremos. A tales datos la recurrente añade el hecho de que las situaciones de interinidad, sobre todo en el ámbito de la sanidad, en la práctica se prolongan en el tiempo durante varios años, como cabalmente ha sucedido en su caso en el que cuando solicitó la excedencia llevaba más de cinco años en esta situación de supuesta interinidad.

El Ministerio Fiscal, por su parte, vuelve a plantear en sus alegaciones, para rechazarla, la cuestión de la posible falta de agotamiento de los recursos procedentes al no haber interpuesto la actora un recurso de casación ante el Tribunal Supremo que, a la luz de la sentencia 188/1994 podría considerarse pertinente y, en cuanto al fondo, propugna la desestimación de la demanda de amparo con el argumento de que no se aporta un término de comparación adecuado, ya que «no resulta idónea la comparación entre funcionarios titulares e interinos», ni se «demuestra que en caso de haber sido varón la excedencia hubiera sido concedida».

[...]

3. El enjuiciamiento del fondo de la cuestión planteada en este proceso constitucional de amparo debe partir de la constatación de que, a tenor de las disposiciones generales aplicables al caso, el legislador reconoce a los funcionarios, varones y mujeres, el derecho a un período de excedencia voluntaria no superior a tres años para el cuidado de los hijos con derecho de reserva del puesto de trabajo durante el primer año (art. 29 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en la redacción dada por la Ley 3/1989). Por su parte, el art. 105 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (texto articulado aprobado por Decreto 315/1964), tras definir en su art. 5 a los funcionarios interinos como aquellos funcionarios de empleo «que, por razón de necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera», establece que «a los funcionarios de empleo les será aplicable por analogía, y en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, con excepción de derecho a la permanencia en la función, a niveles de remuneración determinados, o al régimen de clases pasivas».

Como queda dicho, para la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y para la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León es precisamente la necesidad y urgencia de la prestación del servicio y la consiguiente imposibilidad de interrumpir su prestación lo que caracteriza la vinculación de los

funcionarios interinos con la Administración, lo que impide reconocerles el derecho a solicitar la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos. Esta imposibilidad no conculcaría el derecho a la no discriminación por razón de sexo, ya que el criterio aplicado para negar la excedencia es únicamente la condición de interinidad con independencia del sexo de quien presta el servicio.

Pues bien, es lo cierto que este Tribunal desde la sentencia 7/1984 ha declarado en numerosas resoluciones que *los diversos Cuerpos y categorías funcionariales al servicio de las Administraciones Públicas son estructuras creadas por el Derecho y en cuanto tales, y prescindiendo de su sustrato sociológico, al ser el resultado de la definición que éste haga de ellas, quedan configuradas como estructuras diferenciadas, con características propias, entre las que, en principio, no puede exigirse ex art. 14 un tratamiento igualitario.*

Sin embargo, en el presente supuesto se dan dos circunstancias que, en su concreta concurrencia o actuación conjunta, permiten concluir que, dadas las características particulares del caso, efectivamente la diferencia de trato entre la recurrente y los funcionarios de carrera resulta contraria a las exigencias del derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 C.E.

4. En primer lugar debe tenerse presente que la razón última por la que se reconoce el derecho a la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos menores responde a la necesidad de cooperar al efectivo ejercicio del deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante la minoría de edad (art. 39.3 C.E.) y de contribuir a la efectiva realización del principio rector de la política social que establece que los poderes públicos aseguran la protección social de la familia (*art. 39.1 C.E.*). La previsión de la excedencia responde, pues, a principios y exigencias de relieve constitucional, aunque ciertamente no se proclama en nuestra Constitución ningún derecho a gozar de la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos, ni puede negarse, desde la perspectiva constitucional, la posibilidad de que el legislador reconozca el disfrute de este derecho al personal vinculado a la Administración de forma estable y en cambio lo niegue a aquellas personas que por motivos de urgencia y de necesidad del servicio lo desempeñan de forma provisional en tanto no se provean las plazas por funcionarios de carrera. El interés público de la prestación urgente del servicio puede, pues, en hipótesis, justificar la decisión de que quienes ocupan interinamente plazas de plantilla no puedan a su vez dejarlas temporalmente vacantes aunque sea para atender a bienes o valores constitucionalmente relevantes como son el cuidado de los hijos y la protección de la familia.

Sin embargo, esta posible justificación del trato diferenciado pierde fundamento, desde la perspectiva constitucional que aquí nos ocupa, cuando se aplica a una persona como la recurrente *cuya vinculación de servicio con la Administración supera los cinco años. En este supuesto, la denegación de la solicitud de la excedencia voluntaria sobre la única base del carácter temporal y provisional de la relación funcional y de la necesidad y urgencia de la prestación del servicio, propia de la configuración legal de la vinculación de los funcionarios interinos, resulta en extremo formalista y la restricción del derecho a la excedencia resulta claramente desproporcionada. En este caso no concurre la causa que podía justificar la negación de la titularidad de un derecho relacionado con un bien dotado de relieve constitucional, ni la diferencia de trato entre los dos tipos de personal al servicio de la Administración.*

Dicho con otras palabras, no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 C.E. para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos, dispensar, a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera, con el único argumento de que legalmente su relación con la Administración es provisional «en tanto no se provea por funcionarios de carrera». Con ello no se trata de afirmar que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas desde la perspectiva del art. 14 C.E., sino de destacar que pueden serlo

en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la trascendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual.

Es más, en el presente supuesto esa vulneración del derecho a la igualdad conlleva, como hemos avanzado, un quebrantamiento del derecho a no ser discriminado por razón de sexo, alegación en la que pone especial énfasis la recurrente.

5. *En efecto, queda dicho, para la recurrente el no reconocimiento de la posibilidad de obtener esa excedencia por parte de los funcionarios interinos produce en la práctica unos perjuicios en el ámbito familiar y sobre todo en el laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres que se hallan en esta situación de interinidad. Concretamente, en el ámbito laboral la denegación de esta posibilidad supone un obstáculo muy importante a la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo. Ello es así, no porque la legislación vigente conceda esta posibilidad sólo a los varones, sino por un dato extraído de la realidad social imperante, que sin duda debe tenerse en cuenta al interpretar y aplicar las reglas jurídicas, a saber: que, hoy por hoy, son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos y, en consecuencia, al serles denegado, prácticamente sólo las mujeres se ven obligadas a abandonar sus puestos de trabajo y a salir del mercado laboral por este motivo. Ello produce una discriminación por razón de sexo cuya corroboración, por sus mismas características, no requiere aportar como término de comparación la existencia de unos concretos varones a los que sí se haya otorgado esa excedencia para el cuidado de los hijos.*

6. *En relación con las alegaciones de la recurrente conviene advertir, en primer lugar, que este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar en varias resoluciones que «la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 C.E.», que contiene un derecho y un «mandato antidiscriminatorio» (sentencia 41/1999), «comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo» (sentencia 198/1996, fundamento jurídico 2.; en sentido idéntico, Sentencias 145/1991, 286/1994 y 147/1995). Así lo ha declarado también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de los trabajadores (por todas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötzel o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez).*

En segundo lugar, debe notarse que, como ha destacado la doctrina científica y este Tribunal, al igual que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado en numerosas resoluciones, cuando el derecho que se dice vulnerado no es el derecho a la igualdad in genere, sino su concreción en el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el art. 14 C.E., no resulta en todo caso necesario aportar un tertium comparationis para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos casos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta. En efecto, en estos supuestos los términos de comparación, lo que se compara, no son los individuos, sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 C.E., en nuestro caso las mujeres.

Como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de

forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial -STJCE de 27 de junio de 1990-, trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo -STJCE de 9 de febrero de 1999-, trabajadores con menos fuerza física, -sentencia 149/1991-, etc.). En estos supuestos es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en esta misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la medida responde a una medida de política social (STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto The Queen v. Secretary of State for Health, entre otras).

En suma, en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 C.E. debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho.

Finalmente debe observarse que la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 C.E. repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que «implica que cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato ... 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 puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 C.E.» (sentencia 145/1991, fundamento jurídico 2.). Para ello deberá atender necesariamente a los «datos revelados por la estadística» (sentencia 128/1987, fundamento jurídico 6.). En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia de 9 de febrero de 1999, ya citada).*

7. Partiendo de esta perspectiva, de los hechos declarados probados en la Sentencia recurrida y de los que se deducen de los informes que obran en las actuaciones remitidas a este Tribunal, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

La primera ha sido ya analizada y se refiere al hecho de que la legislación que regula las situaciones funcionariales de interinidad ha venido permitiendo una interpretación y aplicación de legalidad ordinaria, que en numerosas ocasiones, como la aquí enjuiciada, ha convertido lo que debía ser una relación en principio temporal, desempeñada provisionalmente por razones «de necesidad o urgencia» en tanto no se proveyesen por funcionarios de carrera, en una forma relativamente estable, aunque precaria, de acceso al mercado de trabajo. En estas circunstancias, la resolución de una relación funcional interina para poder cuidar de los hijos supone efectivamente un grave obstáculo a la permanencia en ese mercado de trabajo y, en consecuencia, un importante perjuicio para quien lo sufre.

En segundo lugar, también se ha puesto de manifiesto mediante el informe que obra en autos del Instituto para la Mujer, recogiendo datos facilitados por el Ministerio para las Administraciones Públicas, que en la actualidad la abrumadora mayoría de los funcionarios y laborales que solicitan la excedencia para el cuidado de los hijos son mujeres.

Estos datos permiten concluir que en efecto hoy por hoy, en la práctica, la denegación de las solicitudes como la aquí enjuiciada supone un grave obstáculo a la conservación de un bien tan preciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a las mujeres, perpetuando así la situación de clara discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (sentencia 166/1988, fundamento jurídico 2.).

A una conclusión parecida llegamos en la sentencia 109/1993 en un supuesto que guarda alguna relación con el caso aquí enjuiciado. *En la mencionada Sentencia, relativa a las excedencias para la lactancia de los hijos menores de nueve meses, con cita de la sentencia 128/1987, se partía de la premisa de que con ellas «se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba con datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esa circunstancia a diferencia de los varones) ... (pues) “existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él”» (fundamento jurídico 6.); esta constatación era, precisamente, la que permitía concluir con la declaración de la constitucionalidad de una medida que atribuía a las mujeres -y sólo a ellas- la posibilidad de solicitar el referido permiso de una hora de ausencia del trabajo para la lactancia de los hijos.*

Es lo cierto que en el presente caso no juzgamos la constitucionalidad de una medida de discriminación o, más exactamente, de acción positiva legalmente establecida a favor de la mujer. Sin embargo, constatado que en este caso la denegación de la excedencia para el cuidado de los hijos produce efectivamente una discriminación para la mujer y que afecta a un bien tan importante como la permanencia en el trabajo, debemos concluir que la referida denegación supone un trato discriminatorio por razón de sexo.

En términos parecidos nos hemos manifestado con otros supuestos también enjuiciados por este Tribunal en los que la posición de desigualdad afecta sólo a las mujeres y no deriva de la ley sino de la realidad social del momento en el que aquélla se aplica. Este es el caso, por ejemplo, de las situaciones derivadas del embarazo o de la maternidad. *En estos supuestos el Tribunal Constitucional ha mantenido la doctrina de que el art. 14 C.E. prohíbe que esas circunstancias, que por obvias razones biológicas afectan sólo a las mujeres -y en los que, por tanto, tampoco cabe exigir como término de comparación a la situación de los varones-, puedan ser utilizadas para introducir obstáculos al acceso o permanencia de la mujer en el mercado de trabajo, perpetuando una grave discriminación que históricamente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (sentencia 166/1988, fundamento jurídico 2.).*

Así, por ejemplo, se ha descalificado, por desconocedor de las exigencias de no discriminación por razón de sexo, la ausencia de motivación en la decisión empresarial de poner fin a una relación laboral en período de prueba, cuando la trabajadora había puesto en conocimiento de la empresa su estado de embarazo (sentencia 166/1988, fundamento jurídico 5.), en coherencia con las de distribución de la carga de la prueba que han de aplicarse en estos supuestos, conforme a reiterada doctrina constitucional (por todas, Sentencias 38/1981, 103/1983 y 104/1983). Asimismo, y en relación con un caso en que se dilucidaba la corrección de la no renovación de un contrato temporal de una mujer embarazada, se ha afirmado que el simple ejercicio de un acto de libertad por el empresario al margen del contrato de trabajo no enerva per se la denuncia de discriminación, en la medida en que «la mera negativa a renovar un contrato o a contratar por parte del empresario, es jurídicamente relevante desde el momento en que, a la luz de los hechos declarados probados, ha sido un motivo prohibido por discriminación el que ha obstado a la reanudación de la relación laboral, porque entra de lleno en el ámbito de la aplicación del art. 14 C.E. y deben serle aparejadas las consecuencias lógicas que derivan de esta calificación» (sentencia 173/1994, fundamento jurídico 3.).

En el caso aquí enjuiciado la situación de grave desventaja que afecta a las mujeres no deriva de un hecho biológico incontrovertible como sucede en los supuestos de embarazo o maternidad, en los que además está en juego el art. 39.2 C.E. -según se apunta en la sentencia 109/1993-; sin embargo, por imposición de la realidad social, no por coyuntural menos incontrovertible en la actualidad, la situación de desventaja es análoga, puesto que al ser mayoritariamente las mujeres las que en la práctica, se ven en la necesidad de solicitar la excedencia para el cuidado de los hijos, si no se les concede por no ser funcionarias de carrera, de forma abrumadoramente mayoritaria sólo ellas se ven obligadas a salir del

mercado de trabajo, aunque hayan ocupado su plaza durante un largo período de tiempo, perpetuando así «diferenciaciones históricamente muy arraigadas» que conllevan una situación de clara discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (sentencia 166/1988, fundamento jurídico 2.). *Así, pues, en la actualidad debe admitirse que denegar a una funcionaria interina de larga duración la posibilidad de solicitar las excedencias para el cuidado su hijo produce una efectiva y real discriminación respecto de la permanencia en el mercado de trabajo.*

Esta discriminación, además, como hemos reiterado, no puede justificarse por la intensidad de la relación que une a los funcionarios interinos con la Administración, ya que, sin entrar en mayores consideraciones, no puede alegarse esta circunstancia en una relación cuya duración supera con creces los cinco años.

8. De cuanto llevamos dicho se deduce que la denegación de la solicitud de excedencia para el cuidado de los hijos, derivada de la concreta situación de interinidad de la recurrente, ha conculcado su derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 C.E. De esta conclusión no cabe deducir, sin embargo, que la única forma de superar la situación discriminatoria apreciada sea estableciendo medidas de acción positiva que protejan tan sólo a las mujeres, puesto que caben otras soluciones posiblemente más acordes con la necesidad de evitar la perpetuación de la división sexista de las labores familiares; sin embargo a los limitados efectos de la resolución de este proceso constitucional de amparo basta con declarar la vulneración del derecho a la igualdad de la recurrente y anular las resoluciones impugnadas al haber realizado una interpretación y aplicación del art. 29 de la Ley 30/1984, en relación con el art. 105 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (texto articulado aprobado por Decreto 315/1964), contraria a dicho precepto constitucional.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado y, en su virtud:

1. Declarar que las resoluciones recurridas han vulnerado el derecho a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 C.E.).

2. Restablecerla en su derecho y, a este fin, anular la Sentencia, de 27 de junio de 1995, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, resolutoria del recurso núm. 384/1995, así como la Resolución, de 2 de enero de 1995, de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de Castilla y León, objeto de impugnación en el antedicho proceso.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinte de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

Voto particular ...

3. 6. SENTENCIA 41/2006, DE 13 DE FEBRERO LA “ORIENTACIÓN SEXUAL” ESTÁ ESPECIALMENTE PROHIBIDA POR EL ARTÍCULO 14. EJEMPLO DE APOYO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

En esta sentencia –la primera directamente sobre el tema- sigue cómo fundamenta el tribunal que la orientación sexual es una discriminación especialmente prohibida.

- 1. Observa que, en esta ocasión, el tribunal no considera la “orientación sexual” en la palabra “sexo” del artículo 14.**
- 2. Observa cómo se apoya el tribunal en los tratados internacionales y sus órganos interpretativos para interpretar el artículo 14.**

3. ¿Cuál es, pues, la conclusión del Tribunal?

FJ 3º “es de destacar que la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex artículo 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14 CE.

En efecto, en cuanto a lo primero, es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido las personas de orientación homosexual. En cuanto a lo segundo, puede citarse a modo de ejemplo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que encierra el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, 28); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el artículo 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos L. y V. contra Austria, 48, y S.L. contra Austria, 37, o 24 de julio de 2003, caso Karner contra Austria, 37, a las que se han remitido numerosas Sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso B.B. contra Reino Unido; 21 de octubre de 2004, caso Woditschka y Wilfing contra Austria; 3 de febrero de 2005, caso Ladner contra Austria; 26 de mayo de 2005, caso Wolfmeyer contra Austria; o 2 de junio de 2005, caso H.G. y G.B. contra Austria).

Del mismo modo, y en relación con el artículo 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, en que se establece también la cláusula de igualdad de trato e interdicción de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (art. 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual (señaladamente, Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación núm. 488/1992, caso Toonen contra Australia, 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941/2000, caso Young contra Australia, 10.4).

Finalmente, es imprescindible la cita del artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que contiene la orientación sexual como una de las causas de discriminación cuando señala que “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Pueden mencionarse, entre otras, por aludir a esa previsión o a la protección que contiene de la orientación sexual, la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de

diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado; la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, o la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Por otra parte, el artículo 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, contempla de manera explícita la "orientación sexual" como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación.

En definitiva, los tratos desfavorables por razón de la orientación homosexual, también los que se produzcan en el trabajo, constituyen una discriminación proscrita por el artículo 14 CE, a la luz de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la propia Constitución. Bajo esas circunstancias, extendiendo a estos terrenos la doctrina constitucional sentada en relación con otros motivos de discriminación -distintos en su causa pero coincidentes en la protección constitucional que precisan-, *concluiremos que en el ámbito de las relaciones laborales la prohibición de discriminación por orientación homosexual alcanzará tanto a decisiones causales como el despido, como a decisiones empresariales ad nutum. Y es que la paridad que impone el segundo inciso del artículo 14 CE en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendido el supuesto extintivo, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones en el empleo, sea cual sea su orientación sexual.*"

SENTENCIA 62/2008, DE 26 DE MAYO DE 2008 LA SALUD COMO FACTOR DE DIFERENCIACIÓN DENTRO DE LOS ESPECIALMENTE PROHIBIDOS

- 1. ¿Qué criterio fija el tribunal para analizar si un criterio de diferenciación es de las prohibiciones de discriminación? (FJ 5º)**
- 2. En este caso, ¿se considera la salud como factor prohibido? ¿Bajo que argumentos se adopta la decisión?**
- 3. ¿Tener en cuenta la salud del sujeto supone una discriminación prohibida? ¿En qué casos sí y cuáles no?**

FJ 5º... debemos partir de la consideración de que, como es patente, no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14 CE, pues, como indica acertadamente la Sentencia de suplicación citando jurisprudencia del Tribunal Supremo, en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. De ahí que, para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el art. 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", resulte necesario analizar la razonabilidad

del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE).

Así como los motivos de discriminación citados expresamente en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecido ya ex Constitutione, tal juicio deberá ser realizado inexcusablemente en cada caso en el análisis concreto del alcance discriminatorio de la multiplicidad de condiciones o circunstancias personales o sociales que pueden ser eventualmente tomadas en consideración como factor de diferenciación, y ello no ya para apreciar la posibilidad de que uno de tales motivos pueda ser utilizado excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica sin afectar a la prohibición de discriminación, como ha admitido este Tribunal en el caso de los expresamente identificados en la Constitución (así, en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; y en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8), sino para la determinación misma de si la diferenciación considerada debe ser analizada desde la prohibición de discriminación del art. 14 CE, en la medida en que responda a un criterio de intrínseca inadmisibilidad constitucional análoga a la de los allí contemplados, o con la perspectiva del principio genérico de igualdad, principio que, como es sabido, resulta en el ámbito de las relaciones laborales matizado por "la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral" (STC 197/2000, de 24 de julio, FJ 5).

6. Pues bien, no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo. Ciñéndonos al ámbito de las decisiones de contratación o de despido que se corresponde con el objeto de la presente demanda de amparo, así ocurrirá singularmente, como apuntan las resoluciones ahora recurridas basándose en jurisprudencia previa de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.

No es éste, sin embargo, el supuesto aquí analizado, en el que la valoración probatoria efectuada por los órganos judiciales ha puesto inequívocamente de manifiesto que en la decisión extintiva el factor enfermedad ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo. Por decirlo de otra manera, la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo, hasta el punto de que, según afirma, de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla.

A) La sentencia 13/2001

- 1. Observa los hechos enjuiciados (FJ 1º)**
- 2. Observa las manifestaciones generales del Tribunal Constitucional respecto de la discriminación racial o étnica. Observa cómo en el presente caso se pasa de todo un grupo a la proyección en un individuo. (FJ 7).**
- 3. Fija tu atención en lo dicho respecto de la igualdad en el marco de las relaciones laborales, en concreto sobre discriminaciones patentes y encubiertas.**
- 4. Qué dice el tribunal sobre las características físicas étnicas a los efectos de controles de documentación (FJ 8) como criterios indiciarios. ¿Resulta también relevante el hecho de que se tratase de una estación de trenes? ¿Se consideró proporcional la actuación tras la selección de persona a identificar? ¿Podría haber sido racista la selección de un negro para control de documentación de extranjería en la estación? (FJ 8 final).**
- 5. Cabría una orden o instrucción general de solicitar la documentación a todos los de rasgos orientales, negros, latinoamericanos, etc. (FJ 9 inicio).**
- 6. Qué se considera en el presente caso atendidas las circunstancias. En qué circunstancias se fija el tribunal para ver si hubo discriminación encubierta (FJ 9).**
- 7. Observa lo dicho respecto de la carga de la prueba en el FJ 10.**
- 8. Fija las discrepancias básicas expresadas en el voto particular.**

II. Fundamentos jurídicos

1. En el presente recurso de amparo se impugna la Resolución del Ministerio del Interior citada en el encabezamiento, por medio de la cual se denegó la solicitud de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado, así como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso deducido contra aquella Resolución. Los demandantes de amparo habían reclamado una indemnización de 5.000.000 de pesetas por los daños morales sufridos por la Sra. Williams Lecraft, su esposo y el hijo de ambos como consecuencia de una actuación policial que los demandantes consideraban discriminatoria por motivos raciales. Dicha actuación habría consistido en que el 6 de diciembre de 1992, cuando la Sra. Williams Lecraft, su marido y su hijo descendieron de un tren en la estación ferroviaria de Valladolid la policía solicitó la documentación exclusivamente a la indicada señora sólo por ser de color. Ante las protestas del Sr. Calabuig-París, basadas en la discriminación racial que ello implicaba, se produjo un traslado a las dependencias policiales existentes en la misma estación, en las cuales, tras comprobar que la Sra. Williams Lecraft era española, la policía le pidió disculpas y dejó marchar a los tres demandantes.

[...]

7. *Centrándonos ya en la cuestión de fondo (la aducida discriminación racial), hemos de recordar que este Tribunal se ha manifestado ya, en las ocasiones en que, aun*

desde otra perspectiva, se le han planteado cuestiones sobre discriminación racial o étnica, afirmando tajantemente el carácter odioso de la aludida forma de discriminación, prohibida en forma expresa tanto por el art. 14 de nuestra Constitución como por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 14). Así, en la sentencia 126/1986, de 22 de octubre (FJ 1), calificamos la discriminación racial de perversión jurídica, y en la sentencia 214/1991, de 11 de noviembre, hemos rechazado rotundamente que, bajo el manto protector de la libertad ideológica (art. 16 CE) o de la libertad de expresión (art. 20 CE), puedan cobijarse manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, “puesto que ... ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 CE), que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10 CE. La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 CE), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos”. Y si bien las aludidas manifestaciones las efectuábamos en relación con el ataque al honor dirigido contra todo un pueblo (en el caso considerado, el judío), tal rechazo absoluto es predicable también de aquellas conductas que, proyectadas sobre un solo individuo, encuentran su motivación en la pertenencia de éste a un determinado grupo racial, étnico o religioso. Finalmente en la sentencia 176/1995, de 11 de diciembre, (FJ 4, párrafo 4) tuvimos ocasión de afirmar, como colofón de todo el razonamiento desarrollado en ella, que el mensaje racista está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica.

8. En el estudio de las discriminaciones fundadas en razones expresamente prohibidas en el art. 14 CE, que han sido objeto de nuestra atención especialmente en el ámbito de las relaciones laborales (sentencia 198/1996, de 3 de diciembre, y las en ella citadas, sobre discriminación por razón de sexo), hemos de partir de que la prohibición de discriminación consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación patente, es decir, el tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta, esto es, aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación (no se funda en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo) o no resulta idónea para el logro de tal objetivo.

Los requerimientos policiales de identificación efectuados a fin de controlar el cumplimiento de la legislación de extranjería encuentran cobertura normativa en el art. 72.1 del Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que obliga a los extranjeros a llevar consigo el pasaporte o documento con base en el cual hubieran efectuado su entrada en España, y, en su caso, el permiso de residencia, y a exhibirlos, cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes, sin perjuicio de poder demostrar su identidad por cualquier otro medio si no los llevaran consigo. Del mismo modo el art. 11 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, dispone que “los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes”, pudiendo ser requerida su identificación a tenor del art. 20.1 de dicha norma. Pues bien, es en el marco del ejercicio de esta potestad, amparada legalmente cuando no se desvía de la finalidad para la que se otorgó, en el que ha de indagarse si se produjo una discriminación encubierta por motivos raciales. A tal efecto, forzoso es reconocer que, cuando los controles policiales sirven a tal finalidad, determinadas

características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración en ellos como razonablemente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne.

A esto cabe añadir que el lugar y el momento en el que dicha persona se encuentra, en los cuales es usual que lleve consigo la documentación acreditativa de su identidad, hace que no resulte ilógico realizar en ellos estos controles, que, por las circunstancias indicadas, resultan menos gravosos para aquél cuya identificación se requiera. La variedad de circunstancias de esta índole (lugares de tránsito de viajeros, de hospedaje, zonas con especial incidencia de la inmigración, etc.) determina que su valoración sea eminentemente casuística. A lo anterior ha de añadirse que, aun contando con cobertura legal y ejercitándose el requerimiento para el cumplimiento del fin previsto normativamente, el ejercicio de las facultades de identificación ha de llevarse a cabo de forma proporcionada, respetuosa, cortés y, en definitiva, del modo que menos incidencia genere en la esfera del individuo. La transgresión de esta condición de ejercicio, no sólo hace a éste contrario al Ordenamiento, sino que puede ser reveladora de que, la que en principio puede parecer una razonable selección de las personas a identificar en el ejercicio de las funciones policiales, no es tal, sino que ha sido efectuada o aprovechada para infligir un daño especial o adicional a quienes pertenecen a determinado grupo racial o étnico. Es decir, que *bajo el manto protector del ejercicio de unas funciones legalmente previstas se encubre un móvil racista o xenófobo en la decisión misma de ejercitar dichas funciones o en el modo concreto en que, atendidas las circunstancias, se llevaron a cabo.*

9. En el presente caso ha de desecharse que el requerimiento de identificación efectuado a la Sra. Williams Lecraft obedeciera a una discriminación patente. En efecto, ha quedado descartado que existiese una orden o instrucción específica de identificar a los individuos de una determinada raza, pues el recurso de alzada contra la supuesta instrucción general en ese sentido fue inadmitido por la inexistencia de tal instrucción, y la resolución administrativa correspondiente fue confirmada por la Audiencia Nacional en vía contencioso-administrativa, sin que se haya acudido en amparo ante este Tribunal en relación con estos pronunciamientos.

En orden a indagar si se produjo o no una discriminación racial *encubierta* en la concreta forma de ejercicio de la potestad policial de identificación, es decir, si el requerimiento de identificación produjo a la Sra. Williams Lecraft, en su calidad de integrante de un grupo racial concreto, un impacto adverso que, atendidas las circunstancias concurrentes, resulta objetivamente injustificado o inidóneo para el cumplimiento de la finalidad en función de la cual se confirió la potestad para llevar a cabo el requerimiento identificatorio cuestionado, *habrá de observarse si existe algún dato de entre los tenidos por probados que permita afirmar que las características raciales de la Sra. Williams Lecraft fueron tomadas en consideración para pedirle la documentación por algún otro motivo que el de su genérico carácter indiciario de una mayor probabilidad de que la interesada fuese extranjera.* A tales efectos conviene recordar que, *aun advirtiendo de la prudencia con la que deben usarse las referencias de carácter étnico para evitar malentendidos, su utilización con carácter descriptivo, en sí misma considerada, no resulta por principio discriminatoria (sentencia 126/1986, FJ 1).* Para realizar esta valoración no es superfluo recordar que este Tribunal ha de respetar los hechos declarados probados por la Sentencia que agotó la vía judicial [art. 44.1 b) LOTC], pues fue ante la jurisdicción ordinaria donde el demandante dispuso de la posibilidad de impugnar la apreciación de los hechos efectuada por la Administración en la Resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad. Hemos de partir, por tanto, de los hechos explícita o implícitamente admitidos por la Sentencia de la Audiencia Nacional y centrar nuestro análisis en su significación en orden a la existencia o no de una discriminación por motivos raciales en la actuación policial. *Para ello se ha de resaltar que la Sentencia de la Audiencia Nacional afirma expresamente que no queda acreditado en los autos que la actuación policial fuese desconsiderada o humillante. Es más, los demandantes de amparo no denuncian que se produjese un trato ni siquiera incorrecto,*

sino que atacan la utilización del color de la piel de la Sra. Williams Lecraft como criterio determinante de que se le pidiese su documentación.

Pues bien, del relato de hechos de la Resolución administrativa recurrida, no desvirtuada en el proceso judicial previo a este recurso de amparo, se desprende que la actuación policial usó el *criterio racial como meramente indicativo de una mayor probabilidad de que la interesada no fuera española. Ninguna de las circunstancias acaecidas en dicha intervención indica que el comportamiento del funcionario de la Policía Nacional actuante fuese guiado por un prejuicio racista o por una especial prevención contra los integrantes de un determinado grupo étnico, como se alega en la demanda. Así, la actuación policial se produjo en un lugar de tránsito de viajeros, una estación de ferrocarril, en el que, de una parte, no es ilógico pensar que exista mayor probabilidad que en otros lugares de que las personas a las que selectivamente se solicita la identificación puedan ser extranjeras, y, de otro, las incomodidades que todo requerimiento de identificación genera son menores, así como razonablemente asumibles como cargas inherentes a la vida social. De hecho los requerimientos de identificación en función de las apariencias que permitían razonablemente presumir la condición de extranjeros de determinadas personas hicieron posible que la actividad de la Brigada Móvil de Valladolid diera lugar a la localización de 126 extranjeros en situación ilegal durante 1992.*

Finalmente, como queda dicho, *no aparece tampoco acreditado que los funcionarios policiales desplegasen su actuación de forma desconsiderada, ofensiva o gratuitamente obstaculizante de la libertad de circulación de la demandante de amparo, pues la intervención policial se prolongó únicamente lo imprescindible para lograr la identificación.* Finalmente puede descartarse que los agentes de policía actuaran de un modo airado o llamativo que hiciese pasar a la Sra. Williams Lecraft y sus acompañantes a un primer plano que les resultase afrentoso o incómodo frente a la colectividad de ciudadanos que hubiese en la propia estación de ferrocarril, sino que la toma de los datos de identidad se produjo en las dependencias policiales existentes en la misma estación.

Lo discriminatorio hubiera sido la utilización de un criterio (en este caso el racial) que careciese de toda relevancia en orden a la individualización de las personas para las que el Ordenamiento jurídico ha previsto la medida de intervención administrativa, en este caso los ciudadanos extranjeros. Estos, como ha quedado expuesto, están obligados a exhibir los documentos justificativos de su estancia legal en España, obligación de identificarse que, por lo demás, afecta a la generalidad de los ciudadanos según resulta del art. 20.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, en relación con su art. 9 y el art. 12 del Decreto núm. 196/1976, de 6 de febrero, por el que se regula el Documento Nacional de Identidad, en la redacción dada por el Real Decreto 1245/1985, de 17 de julio.

10. En atención a lo hasta ahora dicho hemos de concluir que, *conforme a las líneas generales la doctrina que sobre la distribución de la carga de la prueba se contiene ya en la sentencia 26/1981, de 17 de julio, al haber alegado por la Sra. Williams Lecraft un indicio de discriminación consistente en un trato desigual, por ser ella de color y haber sido la única persona requerida para mostrar su documentación, se ha trasladado a la Administración la carga de justificar que su actuación goza de cobertura legal y se ajusta a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, lo que se ha efectuado adecuadamente, según acabamos de exponer.* Asimismo ha de admitirse que de lo actuado no resulta que la policía haya infligido a la Sra. Williams Lecraft un trato humillante o simplemente desconsiderado, pues, aparte de la discusión en torno a la obligación de identificarse propiciada esencialmente por el Sr. Calabuig-París, la intervención policial se agotó en la constatación de que la Sra. Williams Lecraft era española, ajustándose así al principio de proporcionalidad que ha de presidir este tipo de actuaciones.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la demanda de amparo.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veintinueve de enero de dos mil uno.

Voto particular que formula el Magistrado don Julio Diego González Campos a la Sentencia de la Sala Segunda de 29 de enero de 2001, recaída en el recurso de amparo 490/97.

[...]

6. Por último, la introducción de un criterio basado en la pertenencia de una persona a un grupo racial determinado resulta a mi entender contrario al art. 14 CE, pues nos encontramos ante una discriminación expresamente prohibida por este precepto, ya sea directa o sólo indirecta. Distinción de la que parece partir la Sentencia de la que discrepo para admitir la segunda cuando del control de extranjeros se trata. Pues me resulta difícil aceptar, y esta es la razón fundamental de mi discrepancia con la Sentencia, que “determinadas características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración” en los controles policiales de carácter general “como racionalmente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne”, según se afirma en el FJ 7.

El resultado al que se llega, pues, según el parecer de la mayoría de la Sala, es que la generalidad del control de extranjeros y su práctica en cualquier lugar del territorio nacional puede tener una justificación adicional en una circunstancia personal, la raza, aun cuando el art. 14 CE la prohíba expresamente. Conclusión que más adelante se reitera cuando se advierte, un tanto retóricamente a mi entender, sobre posibles excesos en la adopción de la medida, al afirmar que se trata de una “razonable selección de las personas a identificar en el ejercicio de las funciones policiales” que no puede ser desvirtuada indebidamente para infringir un daño “especial o adicional” a quienes pertenecen a un determinado grupo racial o étnico.

Aquí, de nuevo, se imponía el contraste de tales medidas con la cláusula general del art. 10.1 CE y, en particular, con la referencia a “la dignidad de la persona” como valor superior de todo nuestro ordenamiento jurídico. Lo que desgraciadamente no se ha hecho en la Sentencia de la que discrepo. Pues es suficiente observar al respecto, de un lado, que el daño al que alude la Sentencia no se produce sólo en supuestos de discriminación directa como los indicados, sino que también puede producirse como efecto normal si se acepta, según el parecer de la mayoría, que sea un criterio apropiado para “la razonable selección” de las personas que pueden ser sometidas a control como extranjeros. De otro lado, que con tal aceptación se soslaya otro dato social relevante en orden a la aplicación de las normas sobre extranjería: que España, al igual que muchos Estados europeos, ya es una “sociedad multirracial”, en la que convive un número no desdeñable de personas de otras razas. Y estas personas son tanto extranjeros en una situación regular como nacionales españoles.

Un dato que, por sí sólo debe excluir la introducción de la raza como criterio de selección en el control de extranjeros, en atención a sus previsibles efectos negativos para la dignidad de las personas. Pues basta reparar, en relación con los extranjeros del primer grupo, que si pueden quedar sujetos a la posibilidad de reiterados controles por razón de la raza, con tales medidas no sólo se está afectando negativamente a un elemento de la identidad de las personas que su dignidad como tales exige que sea respetado, sino que se está frustrando el objetivo de integración de los extranjeros en la sociedad española. Y respecto a los segundos, puede conducir a una consecuencia no menos grave: que se produzca una discriminación entre nacionales por razón de la raza, también atentatoria a su dignidad personal, como a mi entender ha sucedido en el presente caso.

Madrid, a dos de febrero de dos mil uno.

B) Dictamen contrario del Comité de Derechos Humanos ONU interpretando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 27 de julio de 2009 respecto de la Comunicación N° 1493/2006

7.2.... El Comité estima que es legítimo efectuar controles de identidad de manera general con fines de protección de la seguridad ciudadana y de prevención del delito o con miras a controlar la inmigración ilegal. Ahora bien, cuando las autoridades efectúan dichos controles las meras características físicas o étnicas de las personas objeto de los mismos no deben ser tomadas en consideración como indicios de su posible situación ilegal en el país. Tampoco deben efectuarse de manera tal que sólo las personas con determinados rasgos físicos o étnicos sean señaladas. Lo contrario no sólo afectaría negativamente la dignidad de las personas afectadas, sino que además contribuiría a la propagación de actitudes xenófobas entre la población en general y sería contradictorio con una política efectiva de lucha contra la discriminación racial.

7.4....En estas circunstancias, el Comité no puede sino concluir que la autora fue individualizada para dicho control de identidad únicamente por razón de sus características raciales y que éstas constituyeron el elemento determinante para sospechar de ella una conducta ilegal. El Comité recuerda asimismo su jurisprudencia de que no toda diferencia de tratamiento constituye discriminación si los criterios de diferenciación son razonables y objetivos y si el objeto que se procura es lícito en virtud del Pacto. En el presente caso el Comité dictamina que no se cumplen los criterios de razonabilidad y objetividad. Además, no se ha ofrecido satisfacción a la autora, por ejemplo, mediante la presentación de excusas como reparación.