

## PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PRINCIPIO ANTIDISCRIMINATORIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ <sup>1</sup>

**RESUMEN:** La Constitución española de 1978 consagra el principio de igualdad y el principio antidiscriminatorio como dos elementos básicos del derecho de las personas a recibir un trato igualitario en sede legal y en la aplicación que de la ley hacen los poderes públicos y los particulares. Pero los artículos 9.2 y 14 de la Constitución regulan muy sintéticamente tanto la igualdad formal como la igualdad sustantiva. El derecho antidiscriminatorio en sentido propio ha sido desarrollado tanto por el legislador como por la jurisprudencia, esencialmente la desarrollada por el Tribunal Constitucional. En este trabajo descriptivo, se relata el desarrollo normativo y el desarrollo jurisprudencial del derecho a la igualdad y del derecho antidiscriminatorio, desde las previsiones constitucionales, y con el objetivo de aproximar al lector a un ordenamiento jurídico que ha evolucionado de manera exponencial durante cuarenta años, a pesar de aproximarse al principio de igualdad con una visión restrictiva y esencialmente relacional, que hace complicado avanzar en nociones contemporáneas como la discriminación interseccional o la paridad en el marco de la representación.

732

**PALABRAS CLAVE:** Igualdad; Discriminación; Derecho Antidiscriminatorio; Jurisprudencia Constitucional.

### LA BASE CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD Y LA INTERDICCIÓN DE DISCRIMINACIÓN: UN PROBLEMA DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La Constitución española de 1978 apenas menciona la igualdad en ocho de sus ciento sesenta y nueve preceptos, atribuyendo a esa noción genérica distintas acepciones específicas, pero sin llegar a definirla claramente como derecho, y sin formular un contenido claro del derecho antidiscriminatorio.

La primera mención constitucional de la igualdad se encuentra en el art. 1 CE, y se ciñe a la categorización de la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político. En el art. 9.2 CE se contiene la noción de igualdad material o sustantiva, aún sin nombrarla de este modo, cuando se establece que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que

<sup>1</sup>Letrada del Tribunal Constitucional (España). Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid (España).

se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". En el artículo 14 CE se menciona la igualdad para vincularla al principio antidiscriminatorio, al que tampoco nombra de forma expresa, cuando se sostiene que "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

El mandato de acceso igual a los derechos fundamentales se concreta en el art. 23.2 CE respecto del acceso a los cargos y funciones públicas; en el art. 32.1 CE, respecto de la igualdad jurídica del hombre y la mujer en el marco del derecho a contraer matrimonio; en el art. 35 CE al establecer el derecho a igual trabajo por igual salario; en el art. 39.2 CE en referencia a la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de la filiación (matrimonial o extramatrimonial); y en el art. 149.1.1º CE donde se establece la competencia del Estado para regular "las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales". Por último, la Constitución también alude al principio de igualdad que, junto con el de progresividad y no confiscación deben inspirar un sistema tributario justo (art. 31.1 CE)<sup>2</sup>.

De entre todos estos preceptos, los dos ejes que estructuran el desarrollo del derecho antidiscriminatorio y la garantía y promoción de la igualdad de trato se identifican en los arts. 14 CE y 9.2 CE (Gómez Fernández, 2017, p. 81 y ss.).

La doctrina y la jurisprudencia constitucional han confluído a la hora de reconocer que la noción de *igualdad formal* se vincula estrechamente a la interdicción de discriminación por las causas específicas contempladas en el art. 14 CE. Así, de este precepto se deriva que los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial) están obligados a garantizar la igualdad en la ley (mandato específico al legislador) y en la aplicación de la ley (mandato a la administración pública y al poder judicial), sin que pueda existir discriminación alguna basada en las causas previstas de forma no exhaustiva ni excluyente en el precepto, esto es por razón de nacimiento (dentro o fuera del matrimonio, lo que conecta con el art. 39.2 CE), raza, sexo<sup>3</sup>, religión, u opinión<sup>4</sup>. Ha sido la jurisprudencia la que ha dado contenido al resto de circunstancias personales o sociales que cita el art. 14 CE como cláusula de apertura a otras causas de trato discriminatorio, habiéndose incluido aquí la orientación sexual (Sentencia del Tribunal Constitucional -en adelante STC- 41/2006); la

<sup>2</sup> En este mismo sentido véase Cruz Villalón (2001, p. 264)

<sup>3</sup> Además de considerarse discriminación directa por razón de sexo, cualquier tratamiento que se base en el sexo de una persona para preterirla en el ejercicio y disfrute de un derecho, también tiene esta consideración el tratamiento discriminatorio inducido por la concurrencia de razones o circunstancias que, como el embarazo o la lactancia natural, tengan conexión directa e inequívoca con el sexo biológico de la persona (SSTC 166/1988 o 66/2014).

<sup>4</sup> Véase el análisis extenso de esta causa formulado en el trabajo de Cruz Villalón (2001, p. 266 y ss.).

identidad de género (STC 67/2022); determinadas circunstancias familiares (STC 26/2011), como por ejemplo la existencia de lazos de parentesco entre las personas (STC 2/1992); la lengua (STC 165/2013); la afiliación sindical (STC 67/1995); la situación de discapacidad (STC 3/2018) o de enfermedad (STC 62/2008); la edad (STC 100/1989); el matrimonio (STC 209/1988); la nacionalidad (STC 34/2004) o el lugar de residencia (STC 20/2022). Muchas de estas causas son circunstancias personales que sitúan a las personas en una posición de particular vulnerabilidad<sup>5</sup> o desventaja en relación con el acceso o disfrute a los derechos (la edad, el sexo, la raza o la discapacidad, por ejemplo), mientras que otras responden a señas de identidad de la persona que, en relación con una situación puntual, pueden colocarlas en las condiciones de sufrir un trato discriminatorio que no responde a un problema de discriminación o desventaja estructural o sistémica (es el supuesto de la discriminación por circunstancias familiares o de parentesco o de afiliación sindical).

Esa noción de discriminación estructural (Añón, 2013, p. 147) tiene reflejo, por su parte, en la idea aspiracional de igualdad sustantiva o material que subyace en la previsión del art. 9.2 CE. Este precepto asume la desigualdad real que experimentan algunas personas debido a circunstancias personales o sociales que las colocan en situación de desventaja efectiva, como condición suspensiva de la aplicación del principio de igualdad formal, es decir, como razón justificativa de la introducción, en el sistema jurídico, de disposiciones normativas o políticas públicas que establecen medidas diferenciadoras actuantes como herramientas compensatorias o medidas de reequilibrio cuya finalidad es colocar a toda la ciudadanía en condiciones equivalentes para el ejercicio pleno e igualitario del resto de derechos fundamentales. En este caso el precepto no proscribire un determinado trato por parte de los destinatarios de la norma constitucional, sino un mandato expreso de promoción de la igualdad y de remoción de los obstáculos que frenan la consecución de esa igualdad real.

El art. 14 CE se vincula estrechamente al derecho antidiscriminatorio, mientras que el art. 9.2 CE lo hace a la promoción de la igualdad, dando cobertura a concretas acciones positivas o a medidas de parificación. Estos dos preceptos actúan, por tanto, como el anverso y el reverso de la plena eficacia del principio de igualdad, proscribiendo de un lado el trato normativo, administrativo o judicial diferenciador, allí donde las condiciones de partida de los individuos para ejercer sus derechos fundamentales o sus derechos subjetivos en sentido amplio sean equivalentes, y promoviendo, de otro lado, la superación de las situaciones fácticas de desigualdad que impidan el ejercicio igualitario de los derechos de cada individuo, aunque esa superación exija el recurso a medidas normativas, administrativas o judiciales objetivamente diferenciadoras.

---

<sup>5</sup> En relación con el recurso a la noción de vulnerabilidad, véase el trabajo crítico de Barrère Unzueta (2016).

Un último elemento descriptivo de los arts. 14 CE y 9.2 CE resulta sumamente relevante en relación con el análisis que venimos realizando. Ambos preceptos se encuentran en el Título I de la Constitución, que regula los derechos y deberes fundamentales, pero fuera de la sección 1ª del Capítulo II, específicamente destinado a la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas<sup>6</sup>, y particularmente protegido por un elenco de garantías normativas (reserva de ley orgánica, exclusión de legislación delegada o de urgencia) y jurisdiccionales (amparo ordinario y amparo constitucional) que no benefician a los denominados derechos y deberes de la Sección 2ª<sup>7</sup>, ni a los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III<sup>8</sup> con las siguientes singularidades:

i. La tutela jurisdiccional de los derechos y libertades mediante el procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad en la jurisdicción ordinaria (amparo judicial ordinario) o ante la jurisdicción constitucional (amparo constitucional), se proyecta al art. 14 CE y a los derechos fundamentales de la sección 1ª (arts. 15 a 29), así como al derecho a la objeción de conciencia al servicio

---

<sup>6</sup> Se comprenden en esta sección el derecho a la vida y la integridad física y moral (art. 15 CE), la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE), la libertad personal y la seguridad (art. 17 CE), los derechos de la personalidad -honor, intimidad, propia imagen, inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones- (art. 18 CE), libertad de circulación y residencia (art. 19 CE), libertades informativas y de creación artística y científica (art. 20), derecho de reunión (art. 21 CE), derecho de asociación (art. 22), derechos de participación en funciones y asuntos públicos (art. 23 CE), derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24), principio de legalidad penal (art. 25 CE), prohibición de tribunales de honor (art. 26 CE), derecho a la educación (art. 27 CE), libertades sindicales y derecho a la huelga (art. 28 CE) y derecho de petición individual y colectiva (art. 29 CE).

<sup>7</sup> La sección 2ª del Capítulo II del Título I de la Constitución española incluye el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar (art. 30.2 CE), el derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE), los derechos de propiedad privada y herencia (art. 33 CE), el derecho de fundación (art. 34 CE) y de libertad de empresa (art. 36), una parte de los derechos laborales (derecho al trabajo -art. 35 CE-, colegiación profesional -art. 36 CE y negociación colectiva -art. 37 CE-), y las obligaciones militares y fiscales de la ciudadanía (art. 30.1 y 31 CE).

<sup>8</sup> Los principios rectores incluyen los derechos: a la vivienda (art. 47 CE), a la seguridad social (art. 41 CE), a la salud (art. 43 CE), a la cultura y preservación del patrimonio histórico, cultural y artístico (arts. 44 y 46 CE), al medio ambiente y uso racional de los recursos naturales (art. 45 CE), y algunos derechos laborales específicos (pleno empleo, promoción profesional, formación y promoción profesional o seguridad e higiene en el trabajo, entre otros -art. 40-; preservación de los derechos de los trabajadores españoles en el extranjero -art. 42 CE-; y garantía de las organizaciones profesionales -art. 52 CE-); así como la protección específica a algunos colectivos o personas en situación de particular vulnerabilidad, como los niños, niñas y adolescentes (art. 39 CE), los jóvenes (art. 48 CE), los adultos mayores (art. 50 CE), o las personas con algún tipo de discapacidad (art. 49 CE). Además, se reconoce también la protección de los consumidores y usuarios (art. 51 CE).

militar obligatorio (art. 30.2 CE). Así lo dispone el art. 53.2 CE. La existencia de estas garantías jurisdiccionales específicas, y la previsión de un mecanismo procesal de garantía o tutela constitucional de los derechos fundamentales se ha traducido en un desarrollo jurisprudencial más exhaustivo de la sección 1ª del Capítulo II del Título I, a los que se une la igualdad formal del art. 14 CE y la interdicción de discriminación que ese mismo precepto recoge.

ii. La garantía normativa vinculada a la reserva de ley orgánica que prevé el art. 81 CE se dirige, entre otras materias, a los “derechos fundamentales y las libertades públicas”, nomenclatura que corresponde exclusivamente a la sección 1ª del Capítulo II del Título I. Esta reserva supone que las leyes que desarrollen derechos fundamentales y libertades públicas deberán ser aprobadas, modificadas o derogadas por mayoría absoluta de las personas que componen Congreso, esto es por 176 parlamentarios sobre un cuerpo total de 350 diputados y diputadas. A su vez, como garantía normativa adicional de los derechos fundamentales, se excluye que el Gobierno pueda desarrollar a través de normas con rango de ley los derechos fundamentales, sea mediante legislación delegada (esto es el decreto legislativo previsto en el art. 82 CE), sea por medio de la legislación de urgencia o en circunstancias excepcionales (esto es, a través del decreto ley contemplado en el art. 86 CE)<sup>9</sup>.

Este detalle relativo a las garantías específicas asociadas a los derechos constitucionalmente reconocidos y a la igualdad, no es en absoluto anodino, porque ha determinado una aproximación a los arts. 9.2 y 14 CE, como principios o como derechos relacionales y no como derechos fundamentales en sentido propio, de manera tal que no funcionan, jurisprudencialmente hablando, de manera autónoma, sino que se utilizan para valorar el acceso igualitario o discriminatorio a otros derechos fundamentales, derechos constitucionales o principios rectores.

Esta aproximación, que ha sido acogida sin excesivas críticas por la doctrina, tiene su extravagante origen en una discusión resuelta por la STC 76/1983 sobre el desarrollo del modelo autonómico. El 17 de noviembre de 1981 se publica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el *Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico* (en adelante LOAPA), cuyo objetivo era establecer un conjunto de principios, criterios y reglas que racionalizaran y dieran coherencia a los distintos procesos de acceso a la autonomía de nacionalidades y regiones (art. 2 y Título VIII de la Constitución) que, en aquel momento histórico, estaban abiertos, y, sobre todo, establecer una serie de procedimientos que permitieran al Estado armonizar las potestades normativas de las Comunidades Autónomas, incluso en materias de su propia competencia, cuando así lo aconsejase el interés general, lo que venía a suponer reservar para el Estado una cierta capacidad de control sobre el desarrollo del proceso autonómico que podía llevar a la homogeneización del reparto competencial en un momento dado. En desacuerdo con esta idea de

---

<sup>9</sup> En este caso, la exclusión va más allá, y queda vedado al decreto ley, la afectación de los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en la totalidad del Título I de la Constitución.



distribución territorial simétrica del poder, el Gobierno Vasco, el Parlamento Vasco, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, y el Parlamento de Cataluña, además de un grupo de diputados y diputadas, decidieron interponer recursos previos de inconstitucionalidad contra el texto definitivo del proyecto de la LOAPA. Una parte de los argumentos de impugnación, que son los que nos interesan en esta reflexión, se referían al carácter orgánico del proyecto de ley, esto es, a la cuestión de si la norma debía o no aprobarse según el procedimiento referido en el art. 81 CE, por referirse a las materias reservadas referidas en el mismo.

Los recurrentes consideraban que el proyecto debía tramitarse como ley ordinaria al no referirse a ninguna materia reservada, mientras que la Abogacía del Estado, en defensa del contenido del proyecto, entendía que el carácter orgánico de la norma en tramitación venía determinado por el sentido y la finalidad del proyecto globalmente considerado, que, además de conformarse como herramienta de ordenación del proceso autonómico, pretendía garantizar, a través de la igualdad de los derechos de las Comunidades Autónomas, la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales prevista en el art. 149.1.1ª CE. Por tanto, y en la medida en que la Abogacía del Estado entendía la igualdad no solo como principio o directriz sino también como derecho fundamental susceptible de desarrollo normativo, este último debería quedar afectado por la previsión de reserva en relación con los derechos fundamentales contenida en el art. 81.1 CE.

El Tribunal, en su pronunciamiento de 5 de agosto de 1983, rechaza el argumento de la Abogacía del Estado, y arguye lo siguiente:

*i.* Los derechos garantizados mediante reserva de ley orgánica y mediante recurso de amparo (ordinario o constitucional según el art. 53 CE), no son absolutamente coincidentes. La garantía jurisdiccional específica se extiende a los arts. 14 y 30.2 CE, mientras que la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE se refiere al «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», que es la rúbrica utilizada para designar el conjunto de los artículos comprendidos en la Sección Primera del capítulo II, donde no se incluye el art. 14 CE.

*ii.* Esta extensión diferenciada de los mecanismos normativo y jurisprudencial de garantía no es un “error” del constituyente, sino una decisión consciente. El Tribunal explica que:

la actual expresión contenida en el art. 81.1 es el resultado de la transformación experimentada por el texto constitucional a lo largo del debate parlamentario, desde su redacción inicial -«desarrollo de los títulos I y II de la Constitución»- hasta la final aprobada en la Comisión Mixta Congreso-Senado, y que pone de manifiesto la preocupación del legislador constituyente por precisar qué materias dentro del título I

habrían de quedar sujetas a reserva de Ley orgánica. Existe, pues, una exclusión expresa del art. 14 en el art. 81.1 de la Constitución.

*iii.* Tal exclusión, según el pronunciamiento constitucional, está justificada porque la igualdad reconocida en el art. 14 CE “no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas”. Esta configuración permite afirmar que la igualdad puede ser objeto del recurso de amparo, es decir de invocación en sede de una garantía jurisdiccional específica, “en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica”, es decir solo si la invocación se realiza respecto del ejercicio de otros derechos fundamentales, constitucionales o subjetivos. Sin embargo, afirma el Tribunal, el derecho a la igualdad no puede “ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general”.

*iv.* El ejercicio de los derechos constitucionales en términos de igualdad de todos los españoles, a que se refiere el art. 149.1.1ª CE, “podrá tener carácter orgánico, pero no por su referencia a la igualdad, sino por la materia objeto de regulación, que puede coincidir con los derechos fundamentales a que se refiere el art. 81.1 de la misma”.

Esta interpretación de la reserva de ley orgánica, esencialmente formalista, y basada además en la lectura de los trabajos constituyentes, se proyecta hacia la consideración de la naturaleza misma del principio-derecho de igualdad y, a partir de este momento fundador de la jurisprudencia constitucional, el Tribunal insiste en la idea de que la igualdad es exclusivamente un derecho relacional y, por tanto, solo se garantiza jurisdiccionalmente y solo se desarrolla normativamente, en relación con el ejercicio de otros derechos subjetivos. Semejante paradigma interpretativo ha tenido dos consecuencias claras:

1ª. En el ámbito normativo el derecho a la igualdad no fue objeto de desarrollo específico hasta el año 2007, en que se aprueba la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres -en adelante LOI-, cuyo artículo 2º, al definir el objeto de la ley, establece que la misma formula “principios de actuación de los Poderes Públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo” (art. 2.1 LOI). Dicho en otros términos, sigue planteando la igualdad, en gran medida, como un principio de actuación de quienes diseñan las políticas públicas en sentido amplio (Título II LOI), las políticas comunicativas públicas (Título III LOI) o la actividad empresarial (Título VII LOI) y como un derecho relacional que se proyecta sobre otros como los laborales (Títulos IV y V LOI para los derechos de los trabajadores por cuenta ajena y para los derechos de

los empleados públicos respectivamente), o los derechos de consumidores y usuarios (Título VI de la ley).

Pero esta norma se refería exclusivamente a la discriminación por razón de sexo, asumiendo la preminencia que tal tipo de discriminación ostenta en el debate político y en la jurisprudencia de los Tribunales. Tuvieron que pasar quince años desde la entrada en vigor de la LOI, para que se aprobara la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que articula el desarrollo del art. 14 CE en relación con toda causa de discriminación, superando la concepción previa que refería la igualdad y el principio antidiscriminatorio exclusivamente a las cuestiones relativas a la discriminación por razón de sexo. Esto no significa que no haya existido más legislación en materia de igualdad, nos referiremos a ello más en detalle, pero sí que la aproximación a la igualdad ha sido esencialmente relacional, marcada por la prevalencia del debate relativo a la desigualdad por razón de sexo, y que efectivamente existen pocos ejemplos normativos de disposiciones integrales o articuladas sobre el eje del trato igual y no discriminatorio transversal. Por tanto, la idea de que no cabe un desarrollo autónomo del art. 14 CE, porque este no contempla un derecho subjetivo en sentido propio, ha sido el paradigma preponderante hasta bien entrado el siglo XXI, si bien parece que el legislador está modulando dicha aproximación.

2ª. Pero semejante modulación no está tan clara en ámbito jurisprudencial constitucional. El Tribunal Constitucional ha construido dos dimensiones de la igualdad, y ambas son de base relacional<sup>10</sup>.

720

a. La igualdad ante la ley se ve vulnerada por el legislador cuando en la propia disposición normativa existe una diferencia de trato entre situaciones jurídicas iguales (STC 155/2014, FJ 4). Aquí, la dimensión relacional está clara cuando el parámetro para fijar la diferencia de trato es la identificación de situaciones jurídicas equivalentes. Dicho en palabras del propio Tribunal “el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias

---

<sup>10</sup> En el trabajo de Añón Roig (2013) esta autora describe el juicio de igualdad realizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La lectura de su reflexión pone de manifiesto la abierta diferencia del canon aplicado por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Europeo, poniendo así de relieve la excepcionalidad del parámetro de enjuiciamiento español, marcado, como se explica en el cuerpo del texto, por una jurisprudencia en absoluto pensada para desarrollar o interpretar el contenido sustantivo del art. 14 CE. Por otro lado, la monografía de Chano Regaña (2024), la más completa hasta la fecha sobre esta cuestión, formula un análisis mucho más detallado sobre el juicio de igualdad que el que estas páginas permiten, y detalla ese juicio estableciendo que el mismo se estructura en tres fases: el juicio de comparabilidad, la justificación objetiva y razonable de la diferencia y el juicio de proporcionalidad en sede constitucional. En cualquier caso, el trabajo de la profesora Chano confirma la cuestión de principio planteada en este trabajo: la igualdad tiene un carácter relacional manifiesto en la jurisprudencia constitucional.



jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional” (STC 120/2010, FJ 3). No obstante, el canon es algo más extenso, porque, teniendo en cuenta el mandato del art. 9.2 CE entre otras circunstancias, el Tribunal Constitucional reconoce que una eventual disparidad de tratamiento, “sólo será vulneradora del derecho a la igualdad si no responde a una justificación objetiva y razonable que, además, resulte adecuada y proporcional” (STC 120/2010, FJ 3). Por tanto, ha de buscarse la justificación objetiva y razonable del trato diferenciador, que bien puede vincularse a la proyección del art. 9.2 CE, pero además, el juicio de proporcionalidad de la medida debe ser exigente, de “manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos” (STC 120/2010, FJ 3).

El Tribunal insiste en el carácter relacional del juicio de igualdad al requerir, como presupuestos obligados para determinar que existe un trato discriminatorio, que “ ‘como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas’ 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’. 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 (SSTC 205/2011, de 15 de diciembre, FJ 3, y 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 7)” (STC 60/2014, FJ 3). El problema para la aplicación de este juicio de igualdad surgirá cuando las situaciones subjetivas que quieran traerse a comparación sean absolutamente incomparables por responder a escenarios estructurales de discriminación preexistente: no podemos aplicar este juicio, por ejemplo, sobre las eventuales medidas legislativas de privación a las personas irregulares del derecho de acceso universal al servicio sanitario (vinculado al derecho a la salud), porque su condición administrativa marca un estatus que impide comparar su situación a la de los españoles o a la de los extranjeros en situación irregular, y es precisamente ese elemento el que les distingue de las otras personas, sirve como justificación de la exclusión del derecho y sostiene por la base su situación de vulnerabilidad y, por tanto, de discriminación dentro del sistema jurídico (véase a este respecto la STC 17/2018 y sus votos particulares).

*b.* La igualdad en la aplicación judicial de la ley exige del órgano judicial que realiza tal aplicación o interpretación, que no modifique su criterio de forma arbitraria o de manera inmotivada. Ya en la STC 161/1989, el Tribunal apela a la naturaleza relacional de la igualdad, y por tanto presupone la existencia de una decisión previa de la que el órgano judicial se aparta para tomar una decisión distinta, es decir

presupone la existencia de un tercio de comparación o un elemento referencial. La jurisprudencia constitucional no impide el cambio de criterio, es decir la interpretación diferenciada de la norma, lo que analiza es “la adecuación del procedimiento seguido para operar el cambio”.

En este caso, el problema de aplicación del canon vendrá dado por la imposibilidad de invocar el derecho a la igualdad frente a resoluciones basadas en sesgos discriminatorios que vulneran la interdicción de discriminación en sí mismas, sin que ello suponga que modifican el criterio resolutorio respecto de otras. La STC 48/2024 es paradigmática en este sentido. Aun cuando podría adivinarse un sesgo discriminatorio por razón de sexo en la aplicación de la norma penal realizada por los juzgadores de instancia, el Tribunal no reconoce la vulneración del derecho a la igualdad, sino la del derecho a la tutela judicial efectiva a pesar de entender que el órgano judicial “soslayó el mandato constitucional de prohibición de discriminación por razón de sexo al desconocer que los abusos sexuales forman parte de los delitos relacionados con la violencia de género”.

## 2. ¿COMO HA EVOLUCIONADO LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN?

La legislación española sobre el derecho a la no discriminación se articula en torno a tres grandes normas de ámbito estatal y algunas disposiciones autonómicas parcialmente coincidentes con las anteriores<sup>11</sup>:

---

<sup>11</sup> También el Derecho de la Unión Europea ha sido fundamental para avanzar en materia de igualdad en el ámbito laboral, como demuestra el contenido de la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento; la Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas; la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma; la Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; la Directiva 79/7/CEE del Consejo de 19 de diciembre de 1978 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; la Directiva 2004/113/CE del Consejo de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios de suministro. Fuera del ámbito de la igualdad de género pueden

- La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, relativa a la proyección del derecho a la igualdad entre los sexos entendidos desde una configuración binaria (hombre-mujer).

- El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y que sustituye la previa Ley 51/2003 de 2 de diciembre de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Estas disposiciones desarrollan el derecho antidiscriminatorio en relación con las personas con capacidades diversas, previendo un sistema de derechos específicos de contenido esencialmente prestacional (educación, salud, atención integral, prestaciones económicas y sociales, apoyos a la vida independiente, integración y promoción laboral, protección social) y algunas medidas de promoción del derecho de participación en asuntos públicos.

- Y la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación<sup>12</sup>, que formula un planteamiento transversal de desarrollo del derecho antidiscriminatorio y tiene la pretensión de cambiar, de alguna manera el paradigma previamente existente, centrado en reforzar el carácter relacional y no autónomo del principio de igualdad<sup>13</sup>.

Pero la identificación de estas tres normas principales no debe llevarnos a obviar que el derecho a la igualdad se ha proyectado a todas las ramas del ordenamiento jurídico, y ha servido de catalizador para transformarlo desde la entrada en vigor de la Constitución, atendiendo esencialmente, en un primer momento, a la

---

citarse la Directiva 2000/43/CE, que se ocupa del principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas por motivo de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo.

<sup>12</sup> Se formula juicio positivo de constitucionalidad de dicha norma en la STC 89/2024, que presenta un voto particular de la magistrada Maria Luisa Balaguer en el que incide en la necesidad de modificar la aproximación al carácter relacional del principio de igualdad.

<sup>13</sup> La razón que sustenta esta vocación se da en la propia exposición de motivos de la ley: “El Informe de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) sobre España, publicado el 27 de febrero de 2018, establece en la Recomendación núm. 22 que las autoridades españolas adopten a la mayor brevedad una legislación general contra la discriminación que esté en consonancia con las normas establecidas en los párrafos 4 a 17 de su Recomendación núm. 7 de política general. Igualmente, en la Recomendación núm. 27 la ECRI recomienda, una vez más, que las autoridades adopten medidas con carácter urgente para crear un organismo de promoción de la igualdad o para asegurar que el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica sea totalmente independiente y tenga las competencias y facultades indicadas en sus Recomendaciones núms. 2 y 7 de política general. Asimismo, el propio Consejo de Europa, en la Recomendación núm. 7 de la ECRI sobre Legislación Nacional para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial, destaca la importancia de este tipo de leyes y estipula los criterios mínimos que debe tener una Ley nacional de igualdad de trato”

consecución de la igualdad entre hombres y mujeres y a la promoción de la igualdad de las personas discapacitadas, para avanzar posteriormente a otras formas de discriminación. Habiéndose producido transformaciones en todas las áreas del derecho, estas pueden explicarse organizándolas en torno a los siguientes cuatro ejes temáticos (Gómez Fernández, 2017, p. 91):

A) *EL RELATIVO AL DERECHO CIVIL Y DE FAMILIA*<sup>14</sup>

i) *En materia de igualación de derechos entre hombres y mujeres* se abordó primero, desde el punto de vista temporal, el principio de igualdad entre los cónyuges que contempla el art. 32 CE, y ello a través del reconocimiento del derecho al divorcio (Ley 30/1981, de 7 de julio, sucesivamente modificada por la Ley 15/2005, de 8 de julio); la igualación de derechos entre los cónyuges respecto de la filiación, patria potestad, régimen económico del matrimonio (Ley 11/1981, de 13 de mayo) y adopción (Ley 21/1987, de 11 de noviembre); y la desaparición de la preferencia de los varones sobre las mujeres a la hora de designar tutores de menores o de personas incapacitadas (Ley 13/1983, de 24 de octubre). Posteriormente la Ley 11/1990, de 15 de octubre, formula una reforma global del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

ii) *En materia de igualación de los derechos de las personas con discapacidad* debe citarse la Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones. Y, más recientemente, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, disposición esta que adecúa el ordenamiento español a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y sustituye el previo sistema de sustitución de la falta de capacidad suficiente de las personas discapacitadas, por un modelo de acompañamiento (apoyos) en la toma de decisiones de esas personas, a través de la institución de la curatela, entendida como medida de apoyo de origen judicial.

iii) *En materia de extensión del derecho a contraer matrimonio independientemente de la orientación sexual* la disposición clave es la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, reconociendo este a todas las personas independientemente de su orientación sexual, ampliando los derechos de familia al reconocimiento de la capacidad de adoptar a parejas compuestas por integrantes del mismo sexo.

iv) *En materia de reconocimiento del derecho a modificar la inscripción registral del sexo*, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención

<sup>14</sup> Véase, para profundizar en esta cuestión, el trabajo de Rodríguez Ruiz (2017, Capítulo I).

relativa al sexo de las personas, permitió en su momento la modificación registral del sexo y de nombre propio de las personas a las que se hubiera diagnosticado disforia de género. Años después se deroga esta disposición por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, de modo tal que la sola manifestación de voluntad en ese sentido de una persona la habilita para solicitar la modificación registral del sexo y del nombre propio.

*B) EL RELATIVO AL DERECHO LABORAL*

En relación con el igual acceso, reconocimiento y desempeño de la mujer en el ámbito laboral se aprueba la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, posteriormente reemplazada por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 31 de octubre, que formula el actual texto de la Ley del Estatuto de los trabajadores (arts. 4.2.c, 14, 17, 23.2, 24, 28, 37, 45, 46, 48, 53 y 55) y la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, arts. 14.i, 16.2, 37, 48, 49, 82 y 89). Tanto el ET como el EBEP se vieron inicialmente modificados, de manera sustancial, por la LOI que contenía un apartado extenso relativo al derecho al trabajo en igualdad de oportunidades mediante la incorporación de medidas que buscan garantizar la igualdad entre sexos en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo. Las previsiones del año 2007 quedaron superadas en 2015, momento en que se incorporan otras formas de discriminación a la gestión de las relaciones laborales y estatutarias y estas, a su vez, han sido profundamente modificadas en los años 2023 y 2024, estando pendiente la entrada en vigor de la última de esas reformas introducida por la Ley Orgánica de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, aprobada por el Congreso de los Diputados el 23 de julio de este año.

*C) EL RELATIVO A LA POLÍTICA PUNITIVA DEL ESTADO.*

En relación con esta cuestión las modificaciones han sido notables y han apuntado en dos sentidos opuestos: hacia la despenalización de conductas típicas que sólo podían tener como sujeto activo a las mujeres (adulterio, consumo de anticonceptivos o aborto) y hacia la criminalización o refuerzo punitivo de comportamientos lesivos del derecho a la igualdad y a la no discriminación en sentido más amplio.

*i)* En la línea despenalizadora, las leyes preconstitucionales 22/1978, de 26 de mayo, y 45/1978, de 7 de octubre, despenalizaron respectivamente el adulterio y la venta y consumo de anticonceptivos. Posteriormente la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo mediante un sistema de supuestos, siendo superada esta regulación por las leyes orgánicas 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y



reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo y 1/2023, de 28 de febrero. Ambas despenalizan la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras 14 semanas de gestación, estableciendo a partir de ese momento un sistema de supuestos de despenalización. La última de las reformas aludidas define el aborto como derecho, retira algunas medidas tuitivas que bien podrían definirse como paternalistas, como por ejemplo el período de reflexión obligatorio, y habilita la libertad de elección de continuar o no con el embarazo, sin intervención de los adultos tutores a las mujeres de 16 y 17 años de edad. Las leyes de 2010 y de 2023 han sido consideradas plenamente constitucionales por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 44/2023, de 9 de mayo, y 92/2024, de 18 de junio respectivamente.

ii. En el otro lado, se ha desarrollado una política punitivista, para garantizar la indemnidad de la mujer frente a situaciones de violencia machista, y para controlar el discurso y la acción discriminatoria dirigida a colectivos y personas en situación de particular vulnerabilidad. Así, en lo que hace a la protección de las mujeres frente a las violencias machistas, se tipificó la violencia en el marco de relaciones afectivas presentes o pasadas y cualificando los hechos lesivos cuando se infringen sobre una mujer (arts. 148, 153, 171.4 y 172.2 CP, modificados por la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género<sup>15</sup>, las agresiones o el acoso sexual que tienen por víctimas tanto a hombres como a mujeres —si bien estadísticamente estas sufren con mayor intensidad este tipo de delitos— (arts. 178 a 190 CP<sup>16</sup>), la trata de seres humanos, que incluye la trata de mujeres y niñas para la explotación sexual o para la celebración de matrimonios forzosos (art. 177 bis), o la mutilación genital femenina (art. 149.2 CP, modificado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros). Por su parte, en el art. 510 del Código Penal, redactado por la Ley

<sup>15</sup> El encaje constitucional de esta norma es analizado en la STC 59/2008 y las que aplican la doctrina en ella contenida, esto es, las SSTC 80/2010, 166/2009, 45/2009, 100/2008, 99/2008, 98/2008, 97/2008, 96/2008, 95/2008, 83/2008, 82/2008, 81/2008, 80/2008, y 76/2008.

<sup>16</sup> Resulta de particular interés, respecto de los delitos contra la libertad sexual, citar las modificaciones introducidas en el Código Penal por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Esta reciente disposición, modifica el paradigma en el que se asentaba la persecución de los que antes de denominaban delitos contra la indemnidad sexual, para trasladar al consentimiento prestado o no por la víctima el eje esencial de la definición del tipo penal, desplazándolo desde la violencia ejercida por el victimario, que era el elemento definidor del tipo previamente. Este cambio de paradigma hace que esta ley se conozca como la ley del “si es si”. La particularidad de la misma va más allá de la cuestión relativa al cambio de paradigma. Además, se trata de una ley integral, de modo que las medidas penales solo son una parte de las que conforman la regulación legal, que atiende asimismo a la prevención y detección de las violencias sexuales, la educación al respecto, el derecho a la asistencia especializada por parte de las víctimas, el derecho a la tutela judicial efectiva y su alcance en este ámbito, atendiendo a la posición de la víctima en el proceso, y el derecho a la reparación.

Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se incluyen los conocidos como “delitos de odio”, que actúan limitando el ejercicio desmedido de la libertad de expresión, cuando el ejercicio de tal libertad de discurso supone una provocación a la discriminación, al odio y a la violencia, así como la justificación del genocidio<sup>17</sup>.

*D) EL RELATIVO A LA PARTICIPACIÓN EN EL ESPACIO PÚBLICO DE LAS PERSONAS Y GRUPOS TRADICIONALMENTE EXCLUIDOS.*

En este caso, la normativa desarrollada se ha centrado, esencialmente, en establecer medidas tendentes a garantizar el derecho de acceso de las mujeres, en condiciones de igualdad con los hombres, a las funciones y cargos públicos que prevé el art. 23.2 CE. El primer paso, a nivel estatal, lo dio la Ley Orgánica de Igualdad de 2007, al modificar los arts. 187.2 y 201.3 y la disposición adicional 1.2, y añadir el 44 bis y la disposición transitoria 7.<sup>a</sup> a la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG). Estas innovaciones legislativas introdujeron la obligatoriedad de listas electorales equilibradas con un modelo pensado para asegurar una presencia mínima del sexo menos representado (tradicionalmente el femenino) cercana al 40%.

El 23 de julio de 2024, el Congreso de los Diputados aprobó el proyecto de Ley Orgánica de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres<sup>18</sup> que viene a modificar tanto los preceptos citados de la LOREG, como el modelo previamente existente, para introducir un sistema de listas cremallera (personas de uno y otro sexo ordenados de forma alternativa). Pero la ley no se limita a intervenir en los órganos de representación política, sino que también

<sup>17</sup> Según la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, si bien el art. 510 CP tiene la pretensión de tipificar de forma expansiva los delitos de odio, en realidad se encuentran manifestaciones de esta discriminación punible en “las amenazas a determinados colectivos prevista en el art. 170.1 CP, el delito de torturas por razón de discriminación del art. 174.1 CP, el delito de discriminación en el ámbito laboral del art. 314 CP, el delito de denegación discriminatoria de servicios públicos del art. 511 CP y su correlativa figura en el ámbito de actividades profesionales o empresariales previsto en el art. 512 CP, el delito de asociación ilícita para promover o incitar a la discriminación del art. 515.4.<sup>o</sup> CP, los delitos contra los sentimientos religiosos previstos en los arts. 522 a 524 CP, o el delito de escarnio o vejación previsto en el art. 525 CP”.

<sup>18</sup> La disposición adicional primera de la ley establece que se entiende por representación paritaria y presencia equilibrada entre mujeres y hombres aquella situación en la que las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento en un ámbito determinado. La ley equipara, por tanto, dos nociones que no son sinónimas (representación paritaria y representación equilibrada) y además establece que podrá no aplicarse el criterio de representación paritaria y presencia equilibrada entre mujeres y hombres, en consonancia con el principio de acción positiva, cuando exista una representación de mujeres superior al sesenta por ciento que, en todo caso, deberá justificarse.

establece un mandato de presencia equilibrada (es decir en una proporción del 40-60%) de hombres y mujeres en los órganos constitucionales o de relevancia constitucional (Tribunal Constitucional, Consejo de Estado, Consejo Fiscal, Tribunal de Cuentas, Consejo General del Poder Judicial, Consejo de Ministros), en los órganos superiores y directivos y en el personal de alta dirección de las entidades del sector público institucional estatal, en los consejos de informativos de la Radio y Televisión pública, en el Consejo de Estudiantes Universitarios del Estado y en el ámbito del Consejo de administración de las sociedades cotizadas. También se establece el mandato de representación paritaria y presencia equilibrada en los órganos de representación, gobierno y administración de los sindicatos, en los órganos de representación, gobierno y administración de las asociaciones empresariales, en los órganos de gobierno y representación de las grandes fundaciones y asociaciones del Tercer Sector de Acción Social.

En relación con las personas con discapacidad, la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, modificó la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

### 3. ¿COMO HA EVOLUCIONADO LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA SOBRE EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN?

La jurisprudencia constitucional dio contenido al derecho a la igualdad de un modo en que no lo hizo el legislador hasta bien entrado el S. XXI. De hecho, y por poner exclusivamente un ejemplo relacionado con la discriminación por razón de sexo, la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, recoge en su Título I nociones jurídicas que, en el sistema español, más allá de su construcción teórica y académica, son de configuración jurisprudencial. Así, el art. 6 LOI define la discriminación directa e indirecta; el art. 7 LOI el acoso sexual y por razón de sexo; el art. 8 LOI la discriminación por embarazo o maternidad; el art. 9 LOI el principio de indemnidad frente a represalias; el art. 11 LOI I noción de acciones positivas o el art. 13 LOI el principio de inversión de la carga de la prueba. Todas estas nociones aparecen en la jurisprudencia constitucional antes de que la ley orgánica las transforme en derecho positivizado.

Por tanto, el valor de la jurisprudencia constitucional en este ámbito es notable, pero se ha quedado estancado al no abandonar el argumento de la naturaleza relacional de la igualdad, y establecer un canon interpretativo de los arts. 14 CE y 9.2 CE, sumamente reduccionista.

La cláusula general de igualdad del primer inciso del art. 14 CE, confiere a todos los ciudadanos, según la jurisprudencia constitucional, un derecho subjetivo “a obtener un trato igualitario de los poderes públicos, siempre que concurren supuestos idénticos y no existan razones que objetivamente justifiquen la diferenciación” (STC 176/2008, FJ 4). Pero no se queda ahí, en el inciso segundo del art. 14 CE, se incorpora también una prohibición de “comportamientos

discriminatorios basados en alguno de los factores que allí se mencionan a modo de listado enunciativo y no cerrado” (STC 176/2008, FJ 4).

A. LA INTERDICCIÓN DE DISCRIMINACIÓN DIRECTA<sup>19</sup>

En este contexto, la noción de discriminación directa es asociada por la jurisprudencia constitucional con las categorías sospechosas de discriminación que recoge el art. 14 CE, especificando que esos supuestos de discriminación específica dan cuenta de:

determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la C.E (STC 128/1987, FFJJ 3 y 5-8).

Así, la discriminación directa se producirá cuando en la ley o en la aplicación de la ley se produzca un tratamiento diferenciado perjudicial basado en alguna de las categorías citadas en el art. 14 CE, siempre que alguna de esas características personales sea objeto de consideración directa.

Ahora bien, ello no supone la interdicción de todo trato diferenciador basado en las categorías a las que nos venimos refiriendo, sino que esta regla general admite excepciones, en el sentido que se ha descrito el canon de constitucionalidad en el apartado primero de este trabajo. No obstante, cuando el trato diferenciador se justifica sobre la base de las denominadas como “categorías sospechosas”, esto es de las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE, ello supone automáticamente un refuerzo del canon y un examen mucho más riguroso de la aplicación del principio de proporcionalidad. La identificación de estas categorías o prohibiciones específicas “implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que solo 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” (STC 91/2019, FJ 4 b). En este tipo de 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” (STC 91/2019, FJ 4 b)

B. LA EXCLUSIÓN DE PRÁCTICAS QUE SUPONGAN DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

---

<sup>19</sup> Para completar la reflexión aquí contenida véase Añón Roig (2013, p. 142 y ss.).

La jurisdicción constitucional incorpora la noción de discriminación indirecta, vinculándola al art. 14 CE y en un contexto en que se somete a examen el tema de la brecha salarial entre hombres y mujeres en la STC 145/1991. Este pronunciamiento establece que la discriminación indirecta incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las circunstancias de hecho concurrentes en el supuesto concreto, consecuencias desiguales en virtud de la pertenencia a uno u otro sexo, y que resultan perjudiciales para uno de los dos. Lo que, en la práctica, viene a significar que el trato formalmente igualitario deriva en un perjuicio efectivo para las personas o el grupo tradicionalmente discriminado, en el supuesto en concreto que se resuelve en la sentencia, para las mujeres. En los supuestos de discriminación indirecta, cuando se invoca el art. 14 CE en ejercicio de una garantía jurisdiccional, 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 CE” (STC 145/1991, de 1 de julio). De nuevo vemos presente la naturaleza relacional del derecho a la igualdad en la aplicación de este canon.

Y, a partir de este pronunciamiento, la gran mayoría de las sentencias que aplican la noción de discriminación indirecta se refieren a la discriminación indirecta de que son víctimas las mujeres en el ámbito de las relaciones laborales<sup>20</sup> o con la Seguridad Social (véanse las SSTC 253/2004, 61/2013, 71/2013, 72/2013, 116/2013, 110/2015, 91/2019, 79/2020, 90/2020, 91/2020, 120/2020, 124/2020, 128/2020, 129/2020, 168/2020 y 155/2021). Ahí el tercio de comparación es siempre el varón, y la aplicación del juicio de igualdad resulta relativamente sencilla.

La cuestión se complicó en la STC 13/2001, que resuelve una queja por discriminación racial desestimando las pretensiones de la persona recurrente en amparo. En aquel supuesto la recurrente alegaba haber sufrido trato discriminatorio al haber sido requerida para identificarse, por un agente de policía, cuando a quienes la acompañaban, sus familiares, no se les exigió la presentación de documentación alguna. La recurrente en amparo, de nacionalidad española, no era de raza caucásica, mientras que sí lo eran sus acompañantes, y ella alegaba haber sido requerida exclusivamente debido a su color de piel. En primer término, el Tribunal considera que la queja se respecto del trato recibido se refiere a una acusación de haber sufrido discriminación indirecta, definiendo esta como “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

<sup>20</sup> Profundiza en la cuestión el trabajo de Cruz Villalón (2001, p. 283 y ss.)



objetivo” (FJ 8). Si bien las identificaciones policiales por perfil racial parecen responder a supuestos de discriminación directa, no es esta cuestión la más relevante. El argumento principal de la crítica a la sentencia es que no puede aplicarse el canon habitual propio del análisis del trato igualitario o discriminatorio, porque el tercio de comparación aportado (los familiares caucásicos de la recurrente) se diferencian de esta precisamente en el rasgo que justifica su queja, de modo que el Tribunal se encuentra ante una argumentación imposible y resuelve limitándose a considerar razonable la actuación policial porque “forzoso es reconocer que, cuando los controles policiales sirven a tal finalidad [*refiriéndose al control de extranjería*], 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”.

E igualmente, resultó imposible utilizar el canon en la STC 1/2021 (que tiene un precedente idéntico en la STC 69/2007), de nuevo en un supuesto de discriminación racial, en este caso operada contra una mujer de la etnia gitana a la que se denegó la pensión de viudedad como consecuencia de la inexistencia de unión matrimonial reconocida por el ordenamiento español. La recurrente en amparo se había casado con su esposo por el rito gitano y no inscribió su unión en el registro civil como matrimonio, ni en registro administrativo alguno como unión de hecho. Siendo requisito para acceder a la pensión de viudedad la inscripción del vínculo, el Tribunal descarta el trato discriminatorio porque se considera que en todas las situaciones idénticas (falta de inscripción) la consecuencia jurídica es la misma. El Tribunal sostiene que el art. 14 CE no sostiene una:

discriminación por indiferenciación’, al no consagrar aquella previsión constitucional un derecho a la desigualdad de trato por no existir ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ 2), y al no existir tampoco una razón diferenciadora en la denegación o reconocimiento del derecho fundada en motivos étnicos, no puede prosperar la denuncia formulada desde el prisma de la discriminación directa (art. 14 CE) (STC 1/2021, FJ 5).

Por lo que hace a la queja relativa a la discriminación indirecta, el Tribunal niega que la misma concurra en el caso, al afirmar que:

no se advierte un perjuicio reflejo, mediato o indirecto, que revele que las disposiciones controvertidas produzcan particulares efectos desfavorables para los miembros de la etnia gitana respecto de otros colectivos que, por las razones que en cada caso concurran (por ejemplo, ideológicas), opten por la no formalización de su vínculo. Y es que ni las normas se definen o articulan por referencia a un factor étnico (discriminación directa), ya se ha dicho, ni tampoco tienen un impacto

mayor u objetivamente significativo y de más alcance en relación con los miembros de las uniones convivenciales de la etnia gitana.

El juicio es abiertamente erróneo, porque el argumento, empeñado en establecer un tercio de comparación imposible, obvia de nuevo que es el elemento determinante de la discriminación el que impide aportar un parámetro de comparación adecuado. El voto particular de Juan Antonio Xiol a la sentencia lo explica de modo magistral:

Conforme a parámetros asumidos como estándares por la jurisprudencia constitucional, por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la verificación de que se ha producido una discriminación indirecta, el caso enjuiciado en el presente recurso de amparo reúne todas las características necesarias: (i) el tratamiento dispensado a la demandante de amparo es formalmente neutro desde la perspectiva de cualquier criterio discriminatorio prohibido; (ii) este tratamiento supone una desventaja particular estadísticamente significativa tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa para los miembros de la comunidad romaní que, de conformidad con ancestrales tradiciones culturales, acceden a la conformación de uniones de vida al margen de formalidades legales en un porcentaje importante, con una especial afectación a las mujeres, en tanto que son las mayoritariamente potenciales beneficiarias de esta prestación de viudedad; y (iii) la exigencia controvertida de la inscripción de la unión de vida en un registro específico o mediante la formalización de un documento público, que es por completo ajena a su tradición cultural, cumple una finalidad de garantía que, aun siendo legítima, queda satisfecha, incluso en mayor medida, por los elementos que comporta la solidez de la tradición cultural de la unión de vida celebrada conforme al rito romaní.

732

La cuestión es que, en ambos supuestos, las sentencias obvian un matiz introducido por la propia jurisprudencia constitucional en relación con el canon aplicable a las quejas por discriminación indirecta. Así, recuerdo la STC 71/2020, que

La incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma de abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, pues deberá atenderse necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio, FJ 6), ya sean datos estadísticos aportados por el órgano judicial promotor de la

respectiva cuestión de inconstitucionalidad o datos estadísticos actualizados de oficio por el Tribunal (STC 253/2004, FJ 8).

En suma, el Tribunal viene a reconocer la dificultad de aplicar el carácter relacional de la igualdad en los juicios relativos a quejas por discriminación indirecta, e imagina un canon de evaluación diverso que, en la práctica, no se ha llegado a aplicar más que en los supuestos de discriminación por razón de sexo, y de forma un tanto superficial. Quizá la cuestión sea, como apunta Añón Roig “que la distinción entre la discriminación directa e indirecta resulta limitada e insuficiente para captar los patrones sociales de discriminación o las estructuras de dominación” (2013, p. 130). En todo caso, concuerdo plenamente con esta autora cuando afirma que hay que cuestionar el elemento argumentativo del término de comparación porque este “no se aplica en la mayor parte de casos de discriminación indirecta, tampoco para probar la discriminación interseccional, o bien porque hay supuestos en los que no existe un término de comparación” (Añón Roig, 2013, p. 141).

*C. LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA EN EL MARCO DEL MANDATO DEL ART. 9.2 CE.*

La jurisprudencia constitucional reconoce el encaje constitucional de las medidas de acción positiva, esto es, de las disposiciones formalmente discriminatorias según el art. 14 CE, al prever un trato desigual, pero que se justifican por la incidencia del mandato promocional contenido en el art. 9.2 CE, o dicho de otro modo que se justifican para beneficiar temporalmente a determinados colectivos –tradicionalmente preteridos- a fin de que se suavice primero y supere después su situación de desigualdad sustancial. Este aval se contiene, respecto de las acciones positivas a favor de las mujeres, en sentencias como la 128/1987, 166/1988, 19/1989, 145/1991, 216/1991, 28/1992, 229/1992, 3/1993, 16/1995, 240/1999, 167/2009, 179/2009, 201/2009, 203/2009, 63/2011, 117/2011, 78/2012, 41/2015, o 18/2017<sup>21</sup>.

El Tribunal ha llegado a distinguir entre las medidas promotoras de la igualdad y las medidas “paternalistas” que, amparadas en la finalidad de proteger a la mujer especialmente en el ámbito laboral, contribuyen a consolidar la desigualdad estructural por afianzar estereotipos sexistas, como la menor fuerza física de las mujeres o la mayor vocación hacia las tareas familiares. La STC 128/1987, en su FJ 6, identifica este tipo de medidas para incluirlas dentro de las que han de considerarse como discriminatorias según el art. 14 CE, y refuerzan esta línea jurisprudencial la STC 207/1987 –sobre la edad de retiro anticipado de los auxiliares de vuelo-; la STC 216/1991 -que resolvió un amparo frente a la inadmisión de una mujer a participar en las pruebas para el acceso a la Academia General del Aire-; la STC 229/1992 -relativa a la prohibición de acceso de la mujer al trabajo en el interior de las minas-; la STC 317/1994 – que sistematiza los criterios que permiten

---

<sup>21</sup> Profundiza en la cuestión el trabajo de Cruz Villalón (2001, p. 294 y ss)

distinguir entre las medidas paternalistas, y las legítimas medidas de acción positiva, para el fomento de la igualdad de las mujeres-; la STC 17/2003 –sobre la extinción de contrato temporal de una trabajadora a causa de su embarazo-; y la STC 3/2007 -sobre reducción de jornada por guarda de hijo menor-.

#### 4. CONCLUSIONES

El desarrollo del derecho antidiscriminatorio en España ha venido profundamente marcado por una comprensión del derecho a la igualdad, como derecho eminentemente relacional, sin sustantividad propia. Además, ha tenido un peso notable en el citado desarrollo, y tal y como se ha venido exponiendo en las páginas precedentes, la atención específica a la discriminación por razón de sexo. Ambas circunstancias han condicionado, en gran medida, la acción del legislador y del juez constitucional al aplicar e interpretar tanto el derecho a la igualdad como el derecho antidiscriminatorio.

Pero parece que estamos ante un punto de inflexión que puede permitirnos revisar los parámetros anteriores, y especialmente la comprensión del carácter relacional del derecho a la igualdad.

La progresión normativa descrita en el apartado 2 de este trabajo pone de manifiesto, tal y como sostiene el voto particular de Maria Luisa Balaguer a la STC 89/2024:

que, más allá de que la igualdad se defina como principio o se le negase en el año 1983 la naturaleza de derecho subjetivo autónomo para relegarlo a la condición de mero principio relacional, inactivo salvo que se conecte con el ejercicio de un derecho subjetivo en sentido propio, actualmente la configuración jurídica más reconocible de la igualdad es la de derecho fundamental. Un derecho fundamental a que seamos tratados por las normas, actos y decisiones de quienes ejercen poder público y de quienes se relacionan con nosotros de cualquier modo, de forma igual o equivalente a quienes ocupan una posición o estatuto jurídico equivalente al nuestro. Un derecho fundamental a que eventuales diferencias de trato tengan una justificación objetiva y razonable, que encuentre sustento en la protección de otros bienes o principios constitucionales. Un derecho fundamental a que los sesgos discriminatorios sean erradicados del “comportamiento jurídico” y del comportamiento social en sentido amplio.

El canon que el Tribunal viene aplicando no resulta operativo siempre, aunque haya resultado instrumental al derecho antidiscriminatorio por razón de sexo y haya permitido el progreso en dicho ámbito. Pero actualmente, habida cuenta de que, en el marco de nuestro sistema jurídico, estamos asumiendo paulatinamente la existencia real de otras formas de discriminación, este canon relativista debe ser

superado, porque resulta insuficiente y porque analiza el caso perdiendo de vista el contexto de discriminación estructural en que se desarrolla la vida de las mujeres, por ejemplo, o de las personas con discapacidad, o de los integrantes de una determinada minoría racial. Y también porque ignora el hecho de que las medidas previstas en el ordenamiento y sometidas a enjuiciamiento constitucional no producen efectos aislados o unidireccionales, sino que actúan en un contexto determinado y contemplan proyecciones múltiples.

Cerrando, de nuevo, con palabras de la magistrada Balaguer:

(d) después de cuarenta y cinco años de vigencia de la Constitución no podemos seguir manteniendo, como se dijo en 1983, que la igualdad no constituye un derecho subjetivo autónomo. Constituye un derecho fundamental que, además, se ha desarrollado principalmente en la jurisprudencia constitucional. Y por eso mismo la jurisprudencia constitucional debe ser revisada para asumir una posición coherente y sistemática respecto de la aproximación al derecho fundamental a la igualdad de trato.

Esta crítica, que asumo como propia, entroncan también con las posiciones de Barrère Unzueta y Morondo Taramundi (2011) que formulan una teoría del derecho antidiscriminatorio crítica con la concepción de que la discriminación es la mera ruptura de un principio de igualdad de trato basado en la indiferenciación. Efectivamente, como ellas proponen, la discriminación no puede entenderse separando el derecho y la sociedad, y no puede corregirse exclusivamente analizando comportamientos o normas que introducen un trato desigual (lo que exige identificar el parámetro de referencia comportamental), porque no se trata de un fenómeno excepcional o accidental (Barrère Unzueta; Morondo Taramundi, 2011, p. 39), sino de la expresión de una estructura de subdiscriminación reveladora de la intersección de los sistema de opresión.

Pero, además, la perfección del derecho antidiscriminatorio en España pasaría, como dice Añón Roig (2013, p. 129) por establecer legislación o líneas jurisprudenciales claras en la justificación de la categoría grupo desaventajado. La descripción realizada en el apartado primero del trabajo en relación con las consideradas como categorías sospechosas de ser discriminatorias permite poner en contexto la observación de la profesora Añón Roig: se identifican como discriminatorias tanto características personales individuales en las que se sustenta un trato discriminatorio puntual, como condiciones estructurales de la persona que conforman en gran medida su identidad e incluso su estatuto jurídico y, tanto unas como otras, reciben un tratamiento idéntico en la jurisprudencia constitucional, lo que resulta sumamente disruptivo.



## REFERÊNCIAS

AÑON ROIG, María José. Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja, *Isonomía*, n. 39, p. 127-157, 2013.

BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. ¿Vulnerabilidad vs. subdiscriminación? Una mirada crítica a la expansión de la vulnerabilidad en detrimento de la perspectiva sistémica, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 34, p. 17-34, 2016.

BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles; MORONDO TARAMUNDI, Dolores. Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 45, p. 15-42, 2011.

CHANO REGAÑA, Lorena. **La igualdad en el control de la constitucionalidad en España**. Madrid: Dykinson, 2024.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. Igualdad y no discriminación. *In*: RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín; ELORZA-GUERRERO, Fernando (coord.). **Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional**. Madrid: Tecnos, 2001. p. 263-327.

ESPARZA REYES, Estefanía. Los mecanismos jurídicos de lucha contra la discriminación: aportaciones para la configuración del derecho antidiscriminatorio, *Revista de Derecho Político*, n. 105, p. 57-79, 2019.

GIMÉNEZ GLÜCK, David. **Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional**. Barcelona: Bosch, 2004.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. **Una Constituyente feminista**. Madrid: Marcial Pons, 2017.

REY MARTÍNEZ, Fernando. **Derecho antidiscriminatorio**. 2. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2023.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. **Género y constitución: mujeres y varones en el orden constitucional español**. Lisboa: Juruá, 2017.