

CAPÍTULO 16

El examen de igualdad
del Tribunal Constitucional:
el sexo como elemento distintivo.

LORENA CHANO REGAÑA

Definir qué deba entenderse por “igualdad” en la sociedad actual no es una cuestión pacífica. El término entraña una complejidad y una equivocidad mayores de lo que a simple vista pueda parecer. Independientemente de la íntima concepción que cada persona tenga sobre la significación de la igualdad, lo cierto es que tendemos a equiparar la igualdad con la noción de justicia, considerando que lo justo es lo igual, y lo injusto lo desigual (concepción de justicia equitativa, Aristóteles, trad. 1983). No obstante, lo desigual no tiene por qué ser necesariamente injusto. De hecho, la actual concepción jurídica de la igualdad formal implica tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

En esta línea, el reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad conlleva la vinculación del legislador al principio de igualdad en el contenido de la ley y la posibilidad de un control por parte de la justicia constitucional. En otras palabras, la igualdad en el contenido de la ley admite la diferenciación en el tratamiento jurídico y proscribela discriminación (Criado de Diego, 2011). La estructura de la igualdad que ofrece el artículo 14 de la Constitución (CE) es de carácter bímembre (Martínez Tapia, 2000, pp. 41-43): de un lado hace una proclamación genérica de la igualdad (“*Los españoles son iguales ante la ley*”) y, de otro, establece una prohibición de discriminación mediante una cláusula abierta, pero enfatizando sobre ciertas categorías de diferenciación susceptibles de producir discriminación (nacimiento, raza, sexo, religión y opinión).

La nota característica de la discriminación frente a la desigualdad viene dada por la pertenencia del individuo a un colectivo, que por determinadas circunstancias (históricas, sociales, económicas, religiosas, culturales, idiomáticas, raciales, sexuales...) ha sido tradicionalmente minusvalorado y discriminado (Fiss, 1976). La discriminación atenta contra la propia dignidad humana.

La igualdad en esta actual concepción se centra en el contenido del derecho fundamental y hace referencia a la igualdad de tratamiento jurídico de los individuos y de los grupos en que se integra, admitiendo la posibilidad de un trato diferente siempre que haya razones objetivas y justificadas que motiven tal distinción. Se trata de hacer un juicio de relevancia que permita poner de relieve si la persona y el grupo en que se integra presenta características “diferentes” y lo suficientemente “relevantes” como para admitir un trato diferenciado, no arbitrario, sino objetivamente razonable o si, por el contrario, proceder a una abstracción de las diferencias por ser éstas irrelevantes y aplicar un mismo tratamiento (Laporta, 1985). La admisión del trato jurídico diferenciado tiene su origen en una temprana jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 223/1980).

Lo fundamental es dilucidar cuándo un sujeto o un determinado grupo de sujetos presentan características propias que admitan ese trato desigual. Ya no se trata de comprobar si dos

supuestos o relaciones jurídicas son iguales respecto de una tercera (igualdad descriptiva: constata que A y B son iguales respecto X); sino de si presentan rasgos relevantes que le otorguen una identidad propia que justifique un trato diferenciado, esto es, igualdad prescriptiva (A y B pueden ser iguales en un aspecto relevante y diferente en otros aspectos). El Tribunal Constitucional (TC) elabora criterios de diferenciación de trato basados en la razonabilidad. Es decir, establece mecanismos jurídicos que permiten realizar un análisis sobre la motivación de la diferenciación del trato en la ley. Las técnicas utilizadas son los parámetros de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad. La razonabilidad de la justificación se descompone en las siguientes premisas: en primer lugar, la finalidad constitucionalmente admisible perseguida por la norma; y, en segundo lugar, la congruencia entre la finalidad, la diferencia de la situación de hecho y las consecuencias jurídicas que se le imputan. Este juicio de razonabilidad en la aplicación del principio de igualdad aparece dogmatizado en la STC 76/1990, Fundamento Jurídico (FJ) 9, a).

Tomemos el factor “sexo biológico” como ejemplo aplicativo del enjuiciamiento de razonabilidad del TC: ¿Es el sexo un factor justificado y razonable para tratar diferenciadamente a hombres y mujeres? ¿Las diferencias biológicas y anatómicas entre hombres y mujeres justifican que las leyes y los aplicadores del derecho los traten de forma diferente en determinados supuestos?

La respuesta del TC es fluctuante y no está exenta de polémica. La discriminación por razón de sexo es la categoría sospechosa de discriminación que más jurisprudencia constitucional ha generado. El examen del TC respecto al trato jurídico diferenciado por razón de sexo ha sido especialmente estricto (STC 39/2002 F.J. 5), estando sometido a una especial presunción de ilegitimidad (STC 19/1989 F.J. 4 y Giménez Glück, 2004, pp. 121-303). Tanto es así que sólo en una ocasión se ha admitido la diferenciación jurídica en razón al sexo (STC 126/1997 respecto a los títulos nobiliarios).

Se aprecian dos etapas en la jurisprudencia constitucional: una primera, en la que la Corte rechaza cualquier trato jurídico diferente basado en el sexo, bien fuese favorable o perjudicial a la mujer (SSTC 81/1982; 98/1983; 103/1983; 42/1984; 38/1986). Y, una segunda, en la que se introduce la constitucionalidad de las “acciones positivas” en favor de la mujer. Esta fase se inaugura con la STC 128/1987, originando un cambio jurisprudencial notable en las resoluciones posteriores, que reproducen en mayor o menor medida los argumentos de esta resolución (207/1987; 68/1991; 28/1992; 3/1993; 317/1994).

Respecto a las diferencias biológicas que separan al hombre y a la mujer, también hay una específica jurisprudencia del Constitucional, que suele resolverse mediante la inadmisión del término de comparación por una diferencia preexistente y palpable. Especial mención merece el elemento diferenciador “embarazo y parto” en el seno de las relaciones laborales. En un primer momento, el TC dictaminó que el embarazo no era una causa de la discriminación por razón de sexo, sino que se ubicaba dentro de la cláusula abierta del art. 14 CE relativa a “cualquier otra condición personal”. Aunque el TC parece apuntar su conexión con el sexo en la STC 166/1988,

no será hasta la STC 173/1994 cuando sienta precedente considerando al embarazo como causa de discriminación directa por razón de sexo. La justificación de esta consideración descansa en que se trata de una circunstancia que afecta única y exclusivamente a la mujer.

Al respecto se ha discutido si es condición *sine qua non* que el empleador conozca el embarazo para que el despido o la medida empresarial controvertida pueda considerarse discriminatoria. La doctrina del TC ha sido errante en esta materia. En una primera etapa, el desconocimiento del empresario va a ser determinante para calificar el despido como procedente o nulo (STC 41/2002); de hecho, se va a tener en cuenta como indicio del conocimiento empresarial, si el dato del embarazo era notorio o conocido por el resto del personal empleado (SSTC 17/2003 y 41/2002). Ejemplos polémicos son el caso de la piloto embarazada a la que suspenden el empleo (STC 161/2004); y el cese de la jefa de la Secretaría del Consejero de Presidencia de la Comunidad de Madrid tras comunicar su estado al Consejero (STC 98/2003). En un momento posterior, se prioriza el derecho a la intimidad de la trabajadora, no estando obligada a informar de su estado a su empleador (STC 17/2007). Será a partir de la STC 92/2008 cuando se considere nulo todo despido que se produzca desde el inicio del embarazo hasta la fecha de suspensión, salvo que se pruebe la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo. Y ello, sin contemplar ningún requisito de comunicación o información previa al empresario, ni valorar indicio alguno.

Del análisis de la jurisprudencia constitucional, la primera conclusión que se extrae es la falta de contundencia en las consideraciones del TC, quien fluctúa en su fundamentación jurídica entre la discriminación por razón de sexo, y la discriminación por circunstancias familiares englobada en la cláusula final del art. 14 CE, sin tener muy claro cuándo aplicar su canon reforzado de control de derechos o cuándo excepcionar mediante la aplicación de acciones positivas la discriminación. La segunda, es que el TC es receloso en estos supuestos, manteniéndose alerta en su examen. Y, la tercera y final: el sexo, según los elementos distintivos en consideración, puede implicar una justificación razonable del trato diferente y, consecuentemente, conllevar medidas legislativas distintas.

REFERENCIAS

- Aristóteles (1983). *Política*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Criado de Diego, M. (2011). La igualdad en el constitucionalismo de la diferencia. *Revista Derecho del Estado*, 26, 7-49.
- Fiss, O. (1976). Groups and Equal Protection Clause. *Philosophy and Public Affairs*, V(2), 107-177.
- Giménez Glück, D. (2004). *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch.
- Laporta San Miguel, F. J. (1985). El principio de igualdad: introducción a su análisis. *Sistema*, 67, 3-32.
- Martínez Tapia, R. (2000). *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional*. Almería: Universidad de Almería.

APUNTES BIOGRÁFICOS

Lorena Chano Regaña (Badajoz, 13 de mayo de 1983) es Licenciada en Derecho y Máster en Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas (especialidad en Derecho Público y en Derecho Privado) por la Universidad de Extremadura (UEx). Título especialista en International Human Rights (Universidad de Louvain, Bélgica). Doctoranda de Derecho Constitucional en “Régimen jurídico-constitucional y protección de los Derechos Fundamentales” (UEx). Profesora de Derecho Constitucional (UEx), 2013-2014. Estancias de investigación: Università degli Studi di Bologna (Italia). Actualmente: Investigadora y profesora del Módulo Jean Monnet (UEx) y Letrada de la Administración de Justicia. Reside en Cáceres.

Contacto: lorenachano@unex.es