

## EL PRINCIPIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA: FUNDAMENTO, CARÁCTER RELACIONAL Y CARGA DE LA PRUEBA

[Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2013, asunto C-427/11, Margaret Kenny y otros]\*

**Antonio Tapia Hermida**

*Doctor en Derecho*

*Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Complutense de Madrid*

*Letrado de la Seguridad Social*

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

---

### EXTRACTO

La raigambre racional de la igualdad es indudable. Su carácter natural discutible. Todo ello genera tensiones sociales. Por ello es necesaria una teoría general sobre la igualdad de trato. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la igualdad retributiva constituye uno de sus desarrollos más significativos. A su análisis se dedica este trabajo.

**Palabras claves:** igualdad retributiva, carácter relacional, carga de la prueba y discriminación por razón de sexo.

---

---

\* Véase el texto íntegro de esta sentencia en el volumen de *Legislación y Jurisprudencia* de esta misma revista y número o en *Normacef Socio-Laboral* (NSJ046502).

## THE PRINCIPLE OF RETRIBUTIVE JUSTICE: BASIS, RELATIONAL CHARACTER AND BURDEN OF PROOF

[Comment to the Judgement of the ECJ, dated February 28, 2013,  
case C-427/11, Margaret Kenny and others]

Antonio Tapia Hermida

---

### ABSTRACT

The rational root of equality is undoubted. Its natural character is arguable. All of it generates social tensions. For that reason it is necessary a general theory on equal treatment. The case-law of the European Court of Justice on retributive justice is one of its most relevant developments. This paper is dedicated to its analysis.

**Keywords:** retributive justice, relational character, burden of proof and sex discrimination.

---

---

## Sumario

- I. Introducción
- II. Entre la anécdota y la categoría, la igualdad retributiva
- III. Sobre la raigambre natural y racional del principio de «igualdad de trato»
  1. El punto de partida
  2. Confluencia de «natura» y «cultura» en la igualdad de trato
  3. La «igualdad» jurídica
  4. Siempre que se produce un tratamiento desigual existe una discriminación implícita
  5. La igualdad de trato como norma «inderrotable»
- IV. El carácter relacional de la igualdad retributiva, y la carga de la prueba del desigual tratamiento retributivo
  1. El carácter relacional de la exigencia de igualdad de trato retributivo
  2. La carga de la prueba
  3. La prueba indiciaria de la desigualdad de trato retributivo
- V. Un supuesto paradigmático de la exigencia de igualdad de trato: la proscripción de la discriminación retributiva, directa e indirecta, por razón de sexo
- VI. Conclusiones

## I. INTRODUCCIÓN

La sentencia objeto de comentario, si bien se ocupa de la igualdad salarial entre hombres y mujeres por ser ese el tema plantado en la cuestión prejudicial a la que da respuesta, sin embargo la sobrepasa, contribuyendo significativamente al desarrollo de una teoría general sobre la igualdad de trato en el específico campo de la igualdad retributiva. Las tres afirmaciones siguientes constituyen su punto de partida:

- «El artículo 51, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea obliga a los Estados miembros a respetar los principios de igualdad de trato y de no discriminación, consagrados en los artículos 20, 21, apartado 1, y 23 de dicha Carta»<sup>1</sup>.
- «Los principios de igualdad de trato y de no discriminación exigen que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente»<sup>2</sup>.
- «Unos trabajadores ejercen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable».

Las dos primeras afirmaciones son constantes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y resultan implícitamente aludidas en la sentencia que se comenta. La tercera, que naturalmente presupone las dos anteriores, está explícitamente contenida en la sentencia objeto de comentario, que la precisa más cuando indica que «Para apreciar si unos trabajadores realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable».

<sup>1</sup> STJUE de 11 de abril de 2013, asunto C-401/11, Blanka Soukupová y Ministerstvo zemědělství.

<sup>2</sup> *Vid.* nota 1. Recogiendo doctrina establecida en las SSTJUE de 17 de julio de 1997, asunto C-354/95, National Farmers' y otros; de 11 de noviembre de 2010, asunto C-152/09, Grootes; y de 1 de marzo de 2011, asunto C-236/09, Association belge des Consommateurs Test-Achats y otros.

Contribuye también a delimitar aquella última afirmación la observación, contenida en la propia sentencia objeto de comentario, según la cual «Cuando ejercen una actividad aparentemente idéntica diferentes grupos de trabajadores que no disponen de la misma habilitación o cualificación profesional para ejercer su profesión, debe verificarse si dichos grupos efectúan el mismo trabajo (...), tomando en cuenta los elementos relativos a la naturaleza de las tareas que pueden encomendarse a cada uno de dichos grupos de trabajadores, a los requisitos de formación exigidos para su ejercicio y a las condiciones laborales en las que dichas tareas se efectúan».

Es cierto que el fallo de la sentencia objeto de comentario se refiere a la interpretación que ha de darse al artículo 141 de la Constitución Europea (antes art. 119 del Tratado CE y hoy art. 157 TFUE) y a la Directiva 75/117/CEE (hoy Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio), que aluden únicamente a la discriminación retributiva por razón de sexo. Pero no es menos cierto que aquella referencia no podía ser eludida por el Tribunal de Justicia al venirle planteada por el Tribunal «a quo» (High Court)<sup>3</sup> la cuestión prejudicial con esa referencia normativa precisa. Por ello cabe considerar que esa limitación contextual es aparente y no esencial, siendo posible, con-

<sup>3</sup> Los hechos del litigio principal, según se relacionan en la sentencia objeto de comentario, pueden resumirse en los siguientes términos. Entre 2000 y 2005, determinadas funcionarias del Minister for Justice, Equality and Law Reform (Ministerio de Justicia, Igualdad y Reformas Legislativas), adscritas al desempeño de tareas administrativas en la An Garda Síochána (Policía Nacional), interpusieron diversas demandas ante el Equality Tribunal, aduciendo que efectuando un trabajo equivalente al de otros empleados varones de la referida An Garda Síochána (Policía Nacional), que ocupaban los denominados «puestos designados» o «puestos reservados», percibían retribuciones inferiores. El tribunal «a quo», estimó las demandas de siete de las recurrentes y desestimó las de las otras siete. Interpuesto recurso de apelación, por todas las partes, contra aquella resolución ante la Labour Court. Este último tribunal estimó que la proporción de hombres y mujeres en los grupos correspondientes revelaba a primera vista una discriminación salarial indirecta, dados los cálculos numéricos que reseñaba respecto de la distribución de los puestos de trabajo en la institución policial entre hombres y mujeres. La Labour Court decidió examinar con carácter preliminar la cuestión de la justificación objetiva de la aparente discriminación salarial apreciada y, para ello, partió de la hipótesis de que las recurrentes en el litigio principal y los trabajadores escogidos como personas de referencia desempeñaban un trabajo similar (*like work*), instando al Ministerio de Justicia, Igualdad y Reformas Legislativas a que presentara la prueba de la justificación objetiva de semejante aparente desigualdad retributiva. Según aquel ministerio, la asignación de los miembros varones de la An Garda Síochána a puestos administrativos «reservados» o «designados», estaba justificada por responder a necesidades operativas, y que era apropiado y necesario para satisfacer dichas necesidades atribuir a los policías adscritos a tales puestos el nivel de remuneración correspondiente a su rango como miembros de la An Garda Síochána, aduciendo, además, que el número de puestos designados había sido determinado mediante un acuerdo suscrito entre los mandos y los órganos representativos del personal de la An Garda Síochána en el marco de un procedimiento de reducción de estos puestos conocido como «civilianisation». Mediante resolución de 27 de julio de 2007, la Labour Court estimó el recurso de apelación del Ministerio de Justicia, Igualdad y Reformas legislativas y desestimó los de las demás partes, destacando que el hecho de que los titulares de esos puestos ocupados por hombres («puestos designados» o «puestos reservados») recibieran el nivel de remuneración superior a los equivalentes (*like work*) ocupados por mujeres, respondía al objetivo perseguido, en la medida en que sería manifiestamente injusto e impracticable reducirles el salario a los titulares de los «puestos designados» o «puestos reservados», como miembros que eran de la An Garda Síochána por haber sido asignados a tales puestos. Disconformes con esa resolución las funcionarias antes aludidas interpusieron recurso de casación contra la resolución de la Labour Court. La High Court decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las pertinentes cuestiones prejudiciales pertinentes.

secuentemente, reformular las cuestiones prejudiciales planteadas haciéndolas extensivas, mediante argumentación *a pari*, a cualesquiera otros supuestos de tratamiento retributivo desigual<sup>4</sup>.

Esa extensión argumentativa *a pari* viene autorizada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según la cual «el principio de igualdad de trato forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión. En efecto, se deriva de reiterada jurisprudencia que dicho principio es un principio general del Derecho de la Unión que reviste carácter fundamental, consagrado actualmente por los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual, con arreglo al artículo 6 del TUE, apartado 1, párrafo primero, tiene desde el 1 de diciembre de 2009 el mismo valor jurídico que los Tratados»<sup>5</sup>.

## II. ENTRE LA ANÉCDOTA Y LA CATEGORÍA, LA IGUALDAD RETRIBUTIVA

Afirmar que quienes realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor, han de percibir de mismo sueldo o salario<sup>6</sup>, constituye una evidencia derivada del

<sup>4</sup> Efectivamente el resultado de reproducir extensivamente, mediante argumentación *a pari*, las cuestiones planteadas por la High Court al Tribunal de Justicia, no produce alteración sustantiva alguna, siendo el siguiente:

«1. En circunstancias en las que existe una aparente discriminación salarial indirecta por razón de sexo ("o por otra razón o circunstancia, personal o social, referible a determinados trabajadores", extensión "a pari"), al objeto de demostrar la concurrencia de una justificación objetiva, ¿está obligado el empleador a aportar:

- a) La justificación de la asignación de puestos a los trabajadores que se toman como referencia.
- b) La justificación del pago de una mayor remuneración a dichos trabajadores.
- c) La justificación del pago de una menor remuneración a (determinados trabajadores)?

2. En circunstancias en las que existe una aparente discriminación salarial indirecta por razón de sexo, ("o por otra razón o circunstancia, personal o social, referibles a determinados trabajadores", extensión "a pari") al objeto de demostrar una justificación objetiva, ¿está obligado el empleador a aportar una justificación sobre:

- a) Los trabajadores de referencia específicamente citados (...).
- b) El conjunto de los puestos ocupados por los trabajadores de referencia?

3. En caso de que se dé una respuesta afirmativa a la segunda cuestión, letra b), ¿queda demostrada esa justificación objetiva aun en el caso de que no sea de aplicación a los trabajadores de referencia escogidos?»

<sup>5</sup> Auto de 7 de marzo de 213, asunto C-178/12, Rafaela Montes e Instituto Municipal de Deportes de Córdoba (IM-DECO), reiterando doctrina establecida en los Autos del TJUE de 11 de noviembre de 2019, y de 22 de junio de 2011, asuntos C-20/10 y C-161/11, respectivamente, y ambos Cosimo Damiano Vino contra Poste Italiane SpA.

<sup>6</sup> Sobre la diferencia entre «salario» y «merced» precisa ALONSO OLEA, M.: *Entre don Quijote y Sancho, ¿Relación laboral?*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, 1992, pág. 12, que «entre el que presta los servicios, Sancho, y el que los recibe, don Quijote, puede existir a juicio del primero, como acabará existiendo también a juicio del segundo (...), un doble tipo de relación: onerosa estricta la una, contraprestación del salario que retribuye los servicios prestados; más bien gratuita la otra, hija del agradecimiento nacido en el seno de la relación. El trabajo prestado siendo causa de la primera, ocasión –que pone a la causa en condiciones

principio de «igualdad», como criterio de lo «justo». La desigualdad retributiva trasciende el plano económico, teniendo consecuencias morales y jurídicas, de primer orden, al extremo de poderse considerar semejante tratamiento desigual ejemplo paradigmático de la «injusticia», en cuanto que contrario al sentimiento innato de lo «justo» (equidad).

Así se afirma, con pragmatismo, que «cuando los directivos argumentan que es necesario reducir los salarios (...), pero al mismo tiempo esos directivos se aumentan sus propios sueldos, los trabajadores consideran, con toda razón, que lo que está ocurriendo es injusto (...). Si los individuos creen que su empleador les está tratando injustamente, es más probable que se escaqueen en su trabajo. Si a los individuos de una determinada minoría les pagan unos salarios más bajos que a otros individuos con la misma cualificación, sentirán, con toda razón, que los están tratando injustamente»<sup>7</sup>.

Desde antiguo viene discutiéndose si la igualdad constituye una idea, sensación o sentido «innato»<sup>8</sup>, ya ARISTÓTELES vinculaba la igualdad a la idea de justicia<sup>9</sup>, llegando a hacerse equivalente a «justicia natural», en cuanto que «equitativa» (*aequuum autem ius est, non quo omnes usi sunt, sed quod omnibus latum est*). La idea de justicia también hace referencia a la «impar-

---

de producir sus efectos— en la segunda. Un doble relación o una sola relación que indisolublemente junta salario y merced»; «Salario» deriva de «sal», que constituía el dinero utilizado para efectuar transacciones económicas y de servicios en los países ribereños del Mediterráneo antes del surgimiento del dinero amonedado.

<sup>7</sup> STIGLITZ, J. E.: *El precio de la desigualdad*, Madrid: Taurus/Santillana, 2012, págs. 156 y 209, que en pág. 144 indica que «aparte de lo costes de la inestabilidad, hay numerosas razones por las que una alta desigualdad (...) fomenta una economía menos eficiente y menos productiva», añadiendo, en pág. 157, que «los últimos experimentos en teoría económica han confirmado la importancia de la equidad. Un experimento demostraba que subir el sueldo a los trabajadores que sentían que estaban siendo injustamente tratados tenía un efecto sustancial en la productividad y ninguno en los trabajadores que sentían que estaban siendo justamente tratados», habiendo precisado, en pág. 28, lo siguiente: «Los mercados por sí solos, incluso cuando son eficientes y estables, a menudo dan lugar a altos niveles de desigualdad, unos resultados que generalmente se consideran injustos».

<sup>8</sup> Indica COTTINGHAM, J.: *El racionalismo*, Barcelona: Ariel, 1987, pág. 42; Aducía ya PLATÓN en el *Fedón*, «que tenemos un concepto de perfecta igualdad matemática, aunque ningún par de cosas que observemos en nuestra experiencia corriente sean jamás perfectamente iguales».

<sup>9</sup> «Puesto que el carácter de la injusticia es la desigualdad y que lo injusto es lo desigual, se sigue de aquí claramente que debe haber un medio para lo desigual. Este medio es la igualdad, porque en toda acción, sea la que quiera, en que puede darse el más o el menos, la igualdad se encuentra también precisamente. Luego si lo injusto es lo desigual, lo justo es lo igual; esto lo ve cualquiera sin necesidad de razonamiento, y si lo igual es un medio, lo justo debe ser igualmente un medio. Pero la igualdad supone, por lo menos, dos términos. Es una consecuencia no menos necesaria que lo sea un medio y una igualdad con relación a una cierta cosa y a ciertas personas (...). Así pues lo justo es lo proporcional», ARISTÓTELES: *Moral a Nicómaco*, libro V, capítulo III, (CASTRO NOGUEIRA, introducción, y DE AZCÁRATE, P., traducción), Madrid: Espasa-Calpe, 1992, págs. 209-210.

cialidad», («abierta» o «cerrada»)<sup>10</sup>, entonces únicamente «implica juego limpio, reglas de juego bien definidas e iguales para todos, sin privilegios ni discriminaciones»<sup>11</sup>.

Hasta la actualidad solo excepcionalmente la justicia se ha concebido fundada o basada en la igualdad en su acepción y dimensión lógico matemática<sup>12</sup> (correspondiente al signo igual)<sup>13</sup>, aritmética y geométrica o proporcional<sup>14</sup>. Para justificar esa concepción es suficiente con reparar en el significado y transcendencia lógica de los términos «igual» e «idéntico» (también «equivalente»)<sup>15</sup>. A su vez aludir a la existencia de correlación entre igualdad e identidad<sup>16</sup> su-

<sup>10</sup> SEN, A.: *La idea de la justicia*, Madrid: Taurus/Santillana, 2010, pág. 152, discurrendo en el capítulo 6 sobre aquellas posiciones de SMITH, A. y RAWLS, J. y su relación con la idea de la justicia.

<sup>11</sup> MOSTERIN J.: *La cultura de la libertad*, Madrid: Espasa, 2008, págs. 35-37.

<sup>12</sup> Sobre la relación entre lógica y matemática LIVIO, M.: *¿Es Dios un matemático?*, Barcelona: Ariel/Planeta, 2010, págs. 169-195; «Siempre quedará a salvo la distinción entre el Derecho legislado y la Justicia y la posibilidad de divergencia entere ambos», afirma GARRIGUES, J.: «Qué es la Justicia (I)», Sevilla: diario ABC, del 24 de febrero de 1982, pág. 3; Sobre la incompletitud de la ley afirma RECASÈNS SICHES, L.: *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica «razonable»*, Universidad Nacional Autónoma de México, México: Fondo de Cultura Económica, 1971, pág. 546, que «una parte muy importante de la ley no está previamente contenida explícitamente dentro de esta, no fue hecha de antemano por el legislador, antes bien crece y se desarrolla como una implicación de prácticas y actitudes complejas, que además pueden hallarse en situación de evolución y cambio».

<sup>13</sup> Empleado con seguridad, a partir de la presentación por RECORDE R., en su obra *The whetstone of writte en 1557* [=], y que con anterioridad tuvo otras formas (como || ).

<sup>14</sup> SSTC 22/1981, de 2 de julio; 3/1983, de 25 de enero; 6/1984, de 24 de enero; 209/1987, de 22 de diciembre; 209/1988, de 10 de diciembre; 76/1990, de 26 de abril; 20/1991, de 31 de enero; 110/1993, de 25 de marzo; 177/1993, de 31 de mayo; 214/1994, de 14 de julio; 117/1998, de 2 de junio; 46/1999, de 22 de marzo; 200/1999, de 8 de noviembre; 111/2001, de 7 de mayo; 200/2001, de 4 de octubre; 212/2001, de 29 de octubre; 39/2002, de 14 de febrero, y 103/2002, de 6 de mayo.

<sup>15</sup> La referencia a un trato «equitativo» como a un «trato igual» es constante en la normativa reguladora del sistema financiero. Como ejemplo de ello puede citarse el Reglamento (UE) 345/2013 de 17 de abril de 2013, sobre los fondos de capital riesgo europeos, que establece en su artículo 7 f) el deber de los gestores de los esos fondos de capital riesgo de «tratar a sus inversores de manera equitativa», y en su artículo 9.1 impone a esos mismos gestores detectar, evitar, gestionar y controlar conflictos de intereses, con el fin de evitar perjuicios a los fondos de capital riesgo europeos y a sus inversores y asegurar que los fondos de capital riesgo europeos admisibles que gestionen «reciban un trato equitativo». También puede hacerse referencia al Reglamento (UE) 346/2013, de 17 de abril de 2013 sobre los fondos de emprendimiento social europeos, que establece también en su artículo 7 f) el deber de los gestores de los fondos de emprendimiento social de «tratar a sus inversores de manera equitativa», en su artículo 9.1 impone a esos mismos gestores detectar, evitar, gestionar y controlar conflictos de intereses, con el fin de evitar perjuicios a los fondos de emprendimiento social europeos y a sus inversores y asegurar que los fondos de emprendimiento social europeos admisibles que gestionen «reciban un trato equitativo», y en su artículo 10.1 d) que los gestores de fondos de emprendimiento social europeos emplearán procedimientos para medir en qué medida las empresas en cartera admisibles en las que invierte el fondo de emprendimiento social europeo alcanzan el impacto social positivo que se hayan comprometido a generar, con indicadores relativos, entre otros temas, a «la igualdad de trato y oportunidades, la no discriminación».

<sup>16</sup> «La identidad es una idea tan simple y fundamental que es muy costosa de explicar de otra manera que recurriendo a sinónimos suyos. Decir que X e Y son idénticos es decir que son la misma cosa. Todo es idéntico a sí mismo, y no lo



pone, por una parte, transitar entre ontología y lógica<sup>17</sup>, y por otra admitir que, en situaciones iguales o idénticas, inexorablemente se cumpla la «ley de indiscernibilidad de los idénticos, según la cual todo lo que se puede predicar de una cosa se puede predicar de lo que se identifique con ella»<sup>18</sup>. Baste con esta breve digresión sobre la dimensión lógico matemática de la igualdad y la identidad, y su consideración como elemento primordial y fundante del Derecho<sup>19</sup>, para justificar la «justicia» inherente a la «igualdad de retribución para los trabajadores que realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor».

Pero ciertamente esa correlación entre igualdad y justicia («tanto monta, monta tanto») padece y se altera sustancialmente cuando la igualdad se adjetiva como «jurídica», porque entonces pierde gran parte de su impronta racional, llegando a negarse a sí misma en el conocido pasaje orwelliano según el cual «todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros»<sup>20</sup>. Se afirma que la igualdad de trato (jurídica), se sustantiviza como derecho a la igualdad de trato, y entonces única o simplemente prohíbe «las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados»<sup>21</sup>.

---

es respecto de cualquier otra cosa. Pero a pesar de su simplicidad, la identidad invita a la confusión», indica QUINE, W. V.: *Los métodos de la lógica*, Barcelona: Ariel, 1981, pág. 287.

<sup>17</sup> «El signo de identidad "=" sirve para ampliar la lógica de predicados, y se lee de varios modos, todos ellos intercambiables: "es", "es idéntico a", "es igual a", "es lo mismo que", etc.», indican ARANDA, J.; FERNÁNDEZ, J. L.; JIMÉNEZ, J. y MOLINA, F.: *Fundamentos de lógica matemática*, Madrid: Editorial Sanz y Torres, 2000, pág. 147.

<sup>18</sup> GARCÍA TREVIJANO, C.: *El arte de la lógica*, Madrid: Tecnos, 2008, pág. 144; Sobre el cumplimiento por la relación de identidad del principio de indiscernibilidad de los idénticos, *vid.* ORAYAGEN, R.: *Lógica, significado y ontología*, Universidad Autónoma de México, México, 1989, págs. 272 y 275; Sobre lógica clásica de primer orden con identidad FALGUERA LÓPEZ, J. L. y MARTÍNEZ VIDAL, C.: *Lógica Clásica de Primer Orden. Estrategias de deducción, formalización y evaluación semántica*, Madrid: Trotta, 1999, págs. 377 y ss.; Acerca de la «verdad lógica» y las lógicas no clásicas, PEÑA, L.: *Introducción a las lógicas no clásicas*, Universidad Autónoma de México, México, 1993, en el primer aspecto, págs. 17-21, y, en el segundo, la obra en general; en relación con las lógicas deónticas, BULYGIN, E.: «Lógica Deóntica», en *Lógica* (ALCHOURRÓN, C. E., ed.), Madrid: Trotta, 1995, págs. 129 y ss.; AUSÍN, T.: «Entre lógica y Derecho. Paradojas y conflictos normativos», México-Barcelona: Plaza y Valdés Editores, 2006; RODRÍGUEZ, J. L.: *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002; ALCHOURRÓN, C. E.: «Fundamentos filosóficos de la lógica deóntica y la lógica de los condicionales derrotables», en *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, págs. 77 y ss.; MENDIOCA, D.: «Compendio de una teoría analítica del Derecho. Alchourron y Bulygin en sus textos», Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, págs. 61 y ss.

<sup>19</sup> Por más que afirme RECASÉNS SICHES, L.: *op. cit.* (*Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica «razonable»*), pág. 905 que: «todas las lógicas jurídicas formales nada nos enseñan en absoluto sobre la justicia», afirmación que desarrolla en págs. 517-532.

<sup>20</sup> ORWELL, G.: *Rebelión en la granja*, Londres, 1946, Barcelona: Destino, 2006, pág. 150.

<sup>21</sup> SSTC 1119/2002, de 20 de mayo, y 27/2004, de 4 de marzo, o más matizadamente en términos de las SSTC 144/1988 de 12 de julio, 125/2003, de 19 de junio, que el principio de igualdad «prohíbe al legislador configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítima-

La formulación de la «igualdad» como «derecho a la igualdad» es una creación jurídico-política del siglo XVIII, obra del pensamiento ilustrado de la época<sup>22</sup>, que le impone una marcada ideologización, en detrimento de su enraizamiento en el «pensamiento racional» (expresión que no deja de ser una redundancia, pues el pensamiento o es racional o no es pensamiento), convirtiéndola en un coste de transacción en términos económicos. Esa desnaturalización de la «igualdad», y su desvinculación de la racionalidad, en sus realizaciones más características ha llevado al absurdo<sup>23</sup> y, en determinadas concepciones, al ejercicio violento, despótico y criminal del poder con actuaciones «exterminacionistas» y «eliminacionistas»<sup>24</sup>, justificativas de la apreciación de que «el siglo XX ha sido el más sangriento de la historia humana»<sup>25</sup>.

mente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria».

<sup>22</sup> Sobre la Ilustración, la razón y la igualdad/desigualdad de los hombres, *vid.* PALACIO ATARD, V.: *Manual de Historia Universal*, tomo III, Edad Moderna, Madrid: Espasa-Calpe, 1959, págs. 606-627, especialmente págs. 621-625.

<sup>23</sup> «En el siglo XVIII no faltó la fe en el progreso como nueva forma de esperanza humana, y (se) siguió considerando la razón y la libertad como la estrella-guía que se debía seguir en el camino de la esperanza. Sin embargo, el avance cada vez más rápido del desarrollo técnico y la industrialización que comportaba crearon muy pronto una situación social completamente nueva: se formó la clase de los trabajadores de la industria y el así llamado proletariado industrial, cuyas terribles condiciones de vida ilustró de manera sobrecogedora Friedrich ENGELS en 1845. Para el lector debía estar claro: esto no puede continuar, es necesario un cambio. Pero el cambio supondría la convulsión y el abatimiento de la estructura de la sociedad burguesa. Después de la revolución de 1789, había llegado la hora de una nueva revolución, la proletaria: el progreso no podía avanzar simplemente de modo lineal a pequeños pasos. Hacía falta el salto revolucionario. Karl MARX recogió esta llamada del momento y, con vigor de lenguaje y pensamiento, trató de encauzar este nuevo y, como él pensaba, definitivo gran paso de la Historia hacia la salvación, hacia lo que KANT había calificado como el reino de Dios. Al haber desaparecido la verdad en el más allá, se trataría ahora de establecer la verdad del más acá. La crítica del cielo se transformó en crítica de la tierra, la crítica de la teología en crítica de la política. El progreso hacia lo mejor, hacia el mundo definitivamente nuevo, ya no viene simplemente de la ciencia, sino de la política; de una política pensada científicamente, que sabe reconocer la estructura de la Historia y de la sociedad y así se inicia el camino hacia la salvación, hacia el cambio de todas las cosas. Con precisión puntual, aunque de modo unilateral y parcial, MARX ha descrito la situación de su tiempo y ha ilustrado con gran capacidad analítica los caminos hacia la revolución, y no solo teóricamente: con el partido comunista, nacido del manifiesto de 1848, dio inicio también concretamente a la revolución. Su promesa, gracias a la agudeza de su análisis y a la clara indicación de los instrumentos para el cambio radical fascinó y fascina todavía hoy de nuevo (...). Pero con su victoria se puso de manifiesto también el error fundamental de MARX. Él indicó con exactitud cómo lograr el cambio total de la situación. Pero no nos dijo cómo se debería proceder después (...). Esa fase intermedia la conocemos muy bien, y también sabemos cuál ha sido su desarrollo posterior: en lugar de alumbrar un mundo sano, ha dejado tras de sí una destrucción desoladora», precisa Benedicto XVI (Joseph Ratzinger) en la carta encíclica *Spe Salvi*, (publicada en el periódico ABC, del 6 de diciembre de 2007), epígrafe «la transformación de la fe-esperanza cristiana en el tiempo moderno», puntos 20-21; Sobre la Ilustración, *vid.* PALACIO ATARD, V.: *Manual de Historia Universal*, tomo III, Edad Moderna, Madrid: Espasa-Calpe, 1959, págs. 606-627 y 645-661.

<sup>24</sup> Me remito a la obra de GOLHAGEN, D. J.: *Peor que en la guerra. Genocidio, eliminacionismo, y la continua agresión contra la humanidad*, Madrid: Taurus/Santillana, 2010.

<sup>25</sup> DEL PONTE, C.: *La Caza. Yo y los criminales de guerra*, Barcelona: Ariel, 2009, pág. 50; Baste con la cita de GOLDHAGEN, D. J.: *Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el holocausto*, Madrid: Taurus, 1997; RAY-

### III. SOBRE LA RAIGAMBRE NATURAL Y RACIONAL DEL PRINCIPIO DE «IGUALDAD DE TRATO»

#### 1. EL PUNTO DE PARTIDA

La jurisprudencia constitucional reconoce la raigambre racional al Derecho, pero la modera, en aras de un positivismo jurídico desmesurado, en el que los componentes irracionales asoman constantemente, afirma que «es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro»<sup>26</sup>. Semejante posición de la justicia constitucional no es irreprochable, y se compadece bien con la afirmación de que «el conocimiento jurídico es un conocimiento mágico (en el sentido antropológico de la palabra) en cuanto que está por encima de la realidad y pone a esta a su servicio sin límites físicos ni metafísicos»<sup>27</sup>.

---

FIELD, D.: *Stalin y los verdugos*, Madrid: Taurus, 2003; MÉLUICH, J.-C.: *La lección de Auschwitz*, Barcelona: Herder, 2004; BUBER-NAUMAN, M.: *Prisionera de Stalin y de Hitler*, Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2005; BOYNE, J.: *El niño del pijama a rayas*, Barcelona: Salamandra, 2007; OBERSKI, J.: *Infancia*, Barcelona: Ediciones B, 2008; SPITZ, V.: *Doctores del infierno*, Barcelona: Tempus, 2009; MAN, E.: *Cuando las luces se apagan*, Barcelona: Destino, 2009; SOLZHENISTYN, A.: *Archipiélago Gulag*, Italia: Tusquets Editores, 2002; GROSSMAN, V.: *Todo fluye*, Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2008; COURTYOIS, S.; WERTH N., PARNE, J. L.; PACZKOWSKI, A.; BARTOSEK, K. y MARGOLIN, J. L.: *El libro negro del comunismo*, Madrid-Barcelona: Espasa Calpe/Planeta, 2008; DE FOXÁ, A.: *Madrid, de corte a checa*, Madrid: El Buey Mudo, 2009; PACE, E.: *Los fundamentalismos*, Madrid: Siglo XXI Editores, 2006; HIRST, M. E.: *Kabul*, Barcelona: Edigraebel/Verticales de Bolsillo, 2007; ELORZA, A.: *Los dos mensajes del Islam. Razón y violencia en la tradición islámica*, Barcelona: Ediciones B, 2008; REES, L.: *El holocausto asiático. Los crímenes japoneses en la segunda guerra mundial*, Barcelona: Crítica, 2009; BELLVER, J. M., «Cuando el "buen salvaje" era un simple mono de feria», *El Mundo*, de 6 de diciembre de 2011, págs. 32-33; RUIZ, J.: *El terror Rojo*, Barcelona: Espasa, 2012.

<sup>26</sup> STC 164/2002, de 17 de septiembre, que reitera en SSTC 186/2002, de 14 de octubre; 224/2003, de 15 de diciembre; 29/2005, de 14 de febrero y 247/2006, de 24 de julio. También se manifiesta el Tribunal Constitucional sobre la dimensión lógica del Derecho y del razonamiento judicial en las SSTC 147/1999, de 4 de agosto; 25/2000, de 31 de enero; 87/2000, de 27 de marzo; 82/2001, de 26 de marzo; 221/2001, de 31 de octubre; 55/2003, de 24 de marzo; 213/2003, de 1 de diciembre; 163/2004, de 4 de octubre; 154/2006, de 22 de mayo; 163/2006, de 22 de mayo; 181/2006, de 19 de julio; 243/2006, de 24 de julio; 248/2006, de 24 de julio; 41/2007, de 26 de febrero; 42/2007, de 26 de febrero; 59/2008, de 14 de mayo; y 128/2010, de 29 de noviembre.

<sup>27</sup> NIETO GARCÍA, A.: *Limitaciones al conocimiento jurídico*, Lección jubilar, Madrid: Servicio de Publicaciones-UCM, 2001, pág. 67, que añade: «El jurista crea en la realidad una realidad específica que llamamos realidad jurídica y en esta operación no tiene límites ni limitaciones (...). No es un azar que los Derechos primitivos estuvieran en manos primero de magos y luego de sacerdotes (ni que ahora los jueces y abogados, y hasta hace poco los profesores, actúen como ropones simbólicos). Los magos, los sacerdotes y los juristas poseen la asombrosa facultad de sacar a los seres humanos de su modesto y cotidiano mundo de la naturaleza y trasladarlos a un mundo mágico donde viven los fantasmas de los conceptos jurídicos que son el objeto del conocimiento jurídico. Con las fórmulas mágicas de la brujería legal los hechiceros de siempre hacen y deshacen relaciones sociales, absuelven y condenan con razones que para los no iniciados resultan incomprensibles y salvan o humillan, según toque, a la justicia».

## 2. CONFLUENCIA DE «NATURA» Y «CULTURA» EN LA IGUALDAD DE TRATO

De la existencia de una «mente consciente» en el ser humano se derivan tanto su «responsabilidad moral» general como la práctica de la «justicia». Al extremo de que «la civilización, y, en particular, el aspecto de la civilización relacionado con la justicia, gira en torno a la idea de que los seres humanos poseemos una forma de conciencia que, por ejemplo, los animales no tienen. En general las culturas han desarrollado sistemas de justicia que abordan las complejidades de la toma de decisiones desde el punto de vista del sentido común»<sup>28</sup>.

Ciertamente «el linaje de los homínidos que bajaron de los árboles y adoptaron la postura erguida y la marcha bípode»<sup>29</sup> es largo y el conocimiento del conjunto de los *Hominini* inacabado y sorprendente, «biólogicamente, el hombre es solo una de las ramas que derivaron de antepasados comunes dentro de un grupo de animales. Nuestra especie es un primate que pertenece a la familia de los homínidos»<sup>30</sup>.

El desarrollo de un organismo está programado al extremo de que «se repite en todos los miembros de la misma especie, aplicando un algoritmo de interacciones genéticas y de señales entre células, definido en la información contenida en sus genomas»<sup>31</sup>, por eso un ser humano es un ser humano y no otra entidad viva. El «programa» es el primer «pilar de la vida»<sup>32</sup>, que de alguna manera conlleva los clásicos seis pilares restantes (improvisación, compartimentación, energía, regeneración, adaptabilidad y seclusión)<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> DAMASIO, E.: *Y el cerebro creó al hombre. ¿Cómo pudo el cerebro generar emociones sentimientos, ideas y el yo?*, Barcelona: Destino, 2010, pág. 423.

<sup>29</sup> MOSTERÍN J.: *La cultura humana*, Madrid: Espasa, 2009, pág. 75; En el diario *El País*, de 2 de noviembre de 2008, suplemento *Pequeño País*, pág. 3, se indica lo siguiente: «Los científicos lo tiene claro: simios y humanos estamos más cerca de lo que pensábamos»; «Una nueva especie humana. El descubrimiento de un nuevo homínido complica el árbol evolutivo de la evolución humana», se indica en el diario *El Mundo* de 28 de marzo de 2010, suplemento *Eureka*, «Paleontología», pág. 10; El mismo diario (*El Mundo*) de 23 de diciembre de 2010, pág. 36, da la siguiente noticia, «Los "desinovanos", la nueva especie humana».

<sup>30</sup> TERRADAS, J.: *Biografía del mundo. Del comienzo de la vida al colapso ecológico*, Barcelona: Destino, 2006, pág. 330.

<sup>31</sup> GARCÍA-BELLIDO, A. y MARTÍN-BLANCO, A.: «Desarrollo embrionario y morfogénesis», en *La ciencia en tus manos* (GARCÍA BARRENO, P., dir.), 2.ª ed., Madrid: Espasa-Calpe, 2001, pág. 382.

<sup>32</sup> A los «pilares de la vida» alude TERRADAS, J.: *op. cit.* (*Biografía del mundo. Del comienzo de la vida al colapso ecológico*), pág. 263.

<sup>33</sup> Propuestos por KOSHLAND, Jr., D. E., y expuestos con detalle por TERRADAS, J., *op. cit.*, (*Biografía del mundo. Del comienzo de la vida al colapso ecológico*), págs. 363-366, que propone en págs. 264, inspirándose en el Koshland los siguientes: «programa, cambios del programa (alteraciones genéticas + selección y deriva genética), compartimentación, uso controlado de la energía, regeneración y mantenimiento, plasticidad y tolerancia, seclusión (aislamiento entre reacciones de procesos distintos) y homeóstasis (regulación y estabilidad del medio interno del organismo)».

Porque «la naturaleza de una especie es función del genoma de esa especie (...). El acervo genético de la humanidad constituye la naturaleza humana y determina el carácter de nuestras necesidades y motivaciones básicas»<sup>34</sup>. En el «viaje de cada ser humano» a lo largo de sus tres estadios («proto sí mismo», «sí mismo central» y «sí mismo autobiográfico») <sup>35</sup>, la plenitud de la «conciencia» es su momento estelar.

Pero el «descubrimiento sistemático del drama de la existencia humana y de sus posibles compensaciones fue factible solo después de que se desarrollara una conciencia humana plena, una mente con un sí mismo autobiográfico capaz de guiar la deliberación reflexiva y reunir conocimiento»<sup>36</sup>. Puede pretenderse contraponer cultura y natura, considerando que natura alude a lo congénito o innato y que la cultura tiene carácter social y adquirido<sup>37</sup>. En una posición equilibrada se afirma que «naturalizar la conciencia y asentarla firmemente en el cerebro no supone, sin embargo, minimizar el papel que la cultura desempeña en la formación de los seres humanos (...) las culturas surgen y evolucionan a partir de esfuerzos colectivos de los cerebros humanos a lo largo de muchas generaciones»<sup>38</sup>, y el descubrimiento de la lógica ha sido la gran aportación griega a la cultura occidental.

Es cierto que «el adjetivo "racional" lo solemos aplicar a creencias, convicciones, opiniones, deseos, preferencias, decisiones, intenciones, planes, acciones, comportamientos, emociones y a las personas que tienen, desarrollan y llevan a cabo todas esas cosas. Es evidente que solo los

<sup>34</sup> MOSTERÍN J.: *op. cit.* (*La cultura humana*), págs. 199 y 304.

<sup>35</sup> DAMASIO, E.: *op. cit.* (*Y el cerebro creó al hombre. ¿Cómo pudo el cerebro generar emociones sentimientos, ideas y el yo?*), especialmente capítulo 8, págs. 277-361, un esquema en pág. 278; MOSTERÍN, J.: «¡Vivan los Animales!», Madrid: Debate, 1998, pág. 72, dice que «los animales procesan la información que reciben del entorno en su sistema neurosensorial de un modo parcialmente subjetivo y consciente»; Según RIFKIN, J.: «¡Lo que podemos aprender de los animales!», *El País*, del 26 de octubre de 2003, pág. 14, «los estudios actuales sobre las emociones, cognición y comportamiento animal abren una nueva fase en la trayectoria humana, permitiéndonos ampliar y profundizar nuestra empatía, esta vez para incluir la comunidad más amplia de criaturas que viven junto a nosotros».

<sup>36</sup> DAMASIO, E., *op. cit.*: (*Y el cerebro creó al hombre*), pág. 437.

<sup>37</sup> Indica MOSTERÍN J.: *op. cit.* (*La cultura humana*), págs. 43 y 47 que la cultura es «información adquirida por aprendizaje social (...), es decir, (la natura es) lo genéticamente preprogramado y lo adquirido durante el desarrollo fetal (siendo) evidente que las convenciones sociales no están dadas genéticamente ni están presentes en los embriones, por lo que no forman parte de la naturaleza»; «En la primera mitad del siglo II precristiano, se produjo un encuentro entre el Derecho natural social desarrollado por los filósofos estoicos y notorios maestros del Derecho romano. De este contacto, nació la cultura jurídica occidental, que ha sido y sigue siendo de una importancia determinante para la cultura jurídica de la humanidad. A partir de este vínculo precristiano entre Derecho y filosofía, inicia el camino que lleva a través de la Edad Media cristiana al desarrollo jurídico de la Ilustración, hasta la Declaración de los Derechos Humanos», afirma Joseph Aloisius Ratzinger, papa Benedicto XVI, en su discurso sobre los fundamentos del Derecho pronunciado en el Bundestag el 22 de septiembre de 2011, publicado en *Alfa y Omega*, del 29 de septiembre de 2011, págs. 8-9.

<sup>38</sup> DAMASIO, E.: *op. cit.* (*Y el cerebro creó al hombre*), pág. 59.

hacemos si lo que denominamos "racional" cumple con ciertas condiciones. No todas las creencias son racionales, ni todas las decisiones, ni todas las acciones. Para que lo sean es preciso que cumpla ciertos criterios<sup>39</sup>, que se ajusten a las leyes de la lógica.

Ciertamente «el sentido de justicia tiene un componente congénito y de origen evolutivo»<sup>40</sup>, que se confunde con la igualdad de trato, al extremo de haberse llegado a reconducir la idea o concepto del «Derecho» a la idea o concepto de «lo igual»<sup>41</sup>. A semejantes consideraciones ha de añadirse que siendo el «ius» o el «derecho» (*tho dikaion*, o *quod iustum est*)<sup>42</sup> una construcción intelectual de la cultura occidental, no puede dudarse ni de su base natural ni de su impronta racional<sup>43</sup>. Al «pensamiento» es esencial el discurso racional, al extremo de que si no lo hay no existe propiamente actividad «pensante», habrá otra cosa, eso es innegable, pero no «pensamiento», porque «pensar y razón son tan solo dos aspectos de una sola actividad, pero como aspectos son formalmente distintos: se piensa según razón, y se intelige en la razón pensante»<sup>44</sup>.

El Derecho no es más que un resultado de la actividad pensante del ser humano, que por ello se ajusta a las leyes de la lógica y la razón, teniendo consecuentemente en él la «máxima impor-

<sup>39</sup> GIL, T.: *Acciones, normatividad, historia*, Barcelona: Herder, 2010, pág. 29.

<sup>40</sup> MOSTERIN, J.: *op. cit. (La cultura de la libertad)*, pág. 36; Indica RECASÉNS SICHES, L.: *op. cit. (Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica «razonable»)*, pág. 523, lo siguiente: «El hombre no es naturaleza; es lo diferente de la naturaleza; constituye un mundo diverso del reino de la naturaleza física y biológica, el mundo de la vida o la existencia. Pero el hombre que no es naturaleza, tiene naturaleza, naturaleza biológica, naturaleza psicológica, y, además, vive en la naturaleza de su contorno y con ella».

<sup>41</sup> Vid. HERVADA, J.: *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, 4.ª ed., Navarra: EUNSA, 2008, págs. 209-224.

<sup>42</sup> Vid. VALLET DE GYTYSOLO, J. B.: *Definiciones de la palabra derecho y los múltiples conceptos del mismo*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998.

<sup>43</sup> «La filosofía está escrita en el gran libro que está siempre abierto ante nuestros ojos (me refiero al universo) pero que no podemos comprender sino aprendemos en primer lugar su lenguaje y comprendemos los caracteres en los que está escrito. Está escrito en el lenguaje de la matemática», afirmaba GALILEO en la dedicatoria de *El ensayista*, según recoge LIVIO, M., *¿Es Dios un matemático?*, Barcelona: Ariel, 2011, págs. 74-75; Sobre la necesidad de lenguajes formalizados, vid. RAYO, A., «Formalización y lenguaje ordinario», en *Filosofía de la lógica*, tomo 27, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid: CSIC, 2004, págs. 17-41.

<sup>44</sup> Afirma ZUBIRI, X.: *Inteligencia y razón*, Madrid: Alianza, 1983, pág. 39, que precisa en pág. 107, que «por su carácter formalmente intelectual el pensar constituye la razón. Razón es el carácter intelectual del pensar», añadiendo que «pensar es inteliger la realidad allende el campo, en profundidad (...), la razón es una intelección determinada por las cosas reales campales (...), como el momento intelectual del pensar es la razón, resulta entonces que este modo de inteliger, la razón, es algo impuesto por la realidad misma (...), conocimiento es lo que formalmente constituye la intelección racional (...), lo que se quiere conocer es algo ya campalmente inteligido. Y lo que queremos inteliger es su realidad profunda (...), en el método matemático hay, pues, un doble momento, el momento de la verdad necesaria, y el momento de la aprehensión de realidad (...), todos los razonamientos penden de algo anterior al razonamiento mismo, penden de la postulación del contenido de realidad. El método es vía en la realidad postulada, una vía orientada según el rigor lógico (...), el objeto del saber es la realidad (que) es una forma de la realidad de lo sentido».

tancia» el operador, axioma y principio lógico «idéntico» o «igual»<sup>45</sup>. En otro caso estaremos ante lo contrario al Derecho, se lo llame como se lo quiera llamar. El Derecho es racional porque ¡la lógica está en el pensamiento!<sup>46</sup>, y porque además «la lógica es en realidad una "ética del pensamiento"»<sup>47</sup>, no es simplemente la «física del pensamiento», puesto que «no nos dice cómo razonamos, sino cómo debemos razonar»<sup>48</sup>.

### 3. LA «IGUALDAD» JURÍDICA

En el plano jurídico y político la «igualdad» y la «libertad» sirvieron para construir un orden social racialmente nuevo, pudiendo concretarse el momento estelar de semejante cambio en la Revolución Francesa, al extremo de considerarse y denominarse el periodo anterior como Antiguo Régimen (*Ancien régime*). Los fenómenos revolucionarios burgueses del siglo XIX pretendían una completa eliminación de los «privilegios» y el establecimiento del principio de «libertad» e «igualdad» para todos<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> GARCÍA TREVIJANO, C.: *op. cit.* (*El arte de la lógica*), pág. 144.

<sup>46</sup> GUEJ, D., en su obra: *El teorema del loro. Novela para aprender matemáticas*, Barcelona: Anagrama, 2000, pág. 75, desarrolla el siguiente diálogo:

- «¿Sabe que se ha olvidado de la LÓ-GI-CA? –inquirió Perrette–.
- En absoluto –dijo Ruche con aplomo–; no la he olvidado. La lógica forma parte de la filosofía; Aristóteles su fundador, era un filósofo, no un matemático, que yo sepa.
- Si no hay lógica en matemáticas, me pregunto dónde la hay.
- ¡En el pensamiento, Perrette!».

<sup>47</sup> APPIAH, K. A.: *Experimentos de ética*, Buenos Aires-Madrid: Katz, 2010, pág. 69.

<sup>48</sup> *Id.* nota 47.

<sup>49</sup> Afirma SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas-Editorial Revista de Derecho Privado, 1993, págs. 106-107, que «la idea de la igualdad ante la ley se enunció en la Declaración de 1789, en un triple sentido: En primer lugar, en cuanto en el artículo 6.º se afirma que la ley "debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga", equivalente al artículo 14 de la Constitución. En segundo lugar, y en directa consecuencia con ese principio, en cuanto todos los ciudadanos de acuerdo con el mismo artículo "son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos", precepto en el que ya esa igualdad se matiza en razón de la "capacidad", las "virtudes" y los "talentos" (equivalente a los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución). Y en el mismo sentido en el artículo 13 se establece "una contribución común que debe ser igualmente repartida entre todos los ciudadanos en razón de sus posibilidades" que equivale al artículo 31.1 de nuestro texto constitucional. Lo que implica también una importante matización en razón de esas "posibilidades", que apuntan claramente a una diversa capacidad contributiva. El tercer sentido en que la libertad se considera en la Declaración de Derechos es, diríamos, quizá ético, en cuanto declara que "los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común (...)". Esa inicial igualdad ante la ley está, pues, ya muy matizada por las capacidades humanas genéricas, las capacidades económicas y la utilidad común. Y normalmente se ha entendido vinculada a la misma generalidad de la ley, que debe ser la misma para todos sin acepción de personas».

Efectivamente, con la Revolución Francesa «por primera vez en la historia de las revoluciones humanas no se trataba, simplemente, de sustituir a un imperante o al séquito o a los intermediarios que le secundaban en el poder, o de cambiar un régimen político o de una simple orientación o dirección determinada de su actuación. Se pretendía, nada más y nada menos, rectificar la historia entera de la humanidad, fundar un régimen político y social completamente nuevo»<sup>50</sup>, que habría de pivotar sobre la «igualdad» y la «libertad». El «hombre nuevo» es ante todo un ser libre e igual.

Desde entonces<sup>51</sup>, el principio jurídico de igualdad se desenvuelve en un doble plano, el constitucional y el de la legalidad ordinaria. Su consideración es unitaria, sin que deba efectuarse una contraposición inicial entre «igualdad formal» e «igualdad real», constituyendo una y otra aspectos teóricos del «principio de igualdad». Su formulación inicial en el plano jurídico fue como «igualdad ante la ley», constituyendo uno de los «derechos inalienables», obra del iusnaturalismo, definidos en la Declaración de Virginia de 1776, y después en la Declaración de Derechos francesa de 1789, artículo 6, según el cual la ley debía ser la misma para todos, tanto si castigaba como si protegía. Con más precisión se incluyó en la Declaración de Saint-Ouen, de 2 de mayo de 1814, y en el preámbulo de la Carta otorgada de 4 de junio de 1814.

En España habrá de esperarse al artículo 5 de la Constitución de 1837 para ver consagrado aquel principio nivelatorio, que se mantendrá en los posteriores textos constitucionales de 1845, 1869, 1876, 1931 y en el actual de 1978. Incluso formaba parte de la «religión civil» de ROUSSEAU, según el cual en todas las formas históricas de convivencia se había dado el abuso de los poderosos sobre los débiles, abominando del régimen aristocrático y de las desigualdades<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lengua en los derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, 3.ª ed., Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2009, pág. 28.

<sup>51</sup> Una panorámica general puede verse en HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2.ª ed., v. II, (Gráficas Ugina), Madrid 1971, págs. 121-196.

<sup>52</sup> Sobre la propuesta de Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano elaborada por ROBESPIERRE, indica RAMÍREZ, P. J.: *El primer naufragio*, 4.ª ed., Madrid: La Esfera de los Libros, 2011, pág. 720, que «tenía más apariencia, sonoridad y estructura de un catecismo o breviario moral, que de una declaración política. Mostraba "la mente de un predicar, más que de un legislador"»; Según RECASENS SICHES, L.: *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México: Porrúa, 1978, págs. 590 y 592, «los hombres deben ser tratados igualmente por el Derecho respecto de aquello que es esencialmente igual para todos, a saber la dignidad personal, y en los corolarios de esta, es decir, en los derechos fundamentales o esenciales que todo ser humano debe tener (...) discriminar (...) en cuanto a las facilidades y oportunidades de ascenso a un empleo, (entraña) gravísima violación de derechos fundamentales del hombre», afirmando además, en pág. 194, que «la diferencia esencial de sentido que media entre la Moral y el Derecho no implica, en manera alguna, que el Derecho quede vaciado de orientación ética. Por el contrario hay que subrayar que el Derecho, que es una obra humana, la objetividad de una especial forma de existencia colectiva, se orienta esencialmente hacia unos valores (...), esos valores pueden resultar cumplidos en unas concretas normas jurídico positivas, o, por el contrario, hallar en estas solo realización parcial, o no conseguir su encarnación en ellas. El contenido o las exigencias de esos valores no pueden entrar dentro de la definición esencial o lógica del Derecho, sencillamente porque conocemos el Derecho logrado, es decir, justo, Derecho menos justo y Derecho frustrado o injusto; y en todos ellos hallamos las notas formales de juridicidad».



Por todo ello la igualdad de trato «se presenta bajo dos aspectos funcionales. En primer lugar, es un principio de expresión constitucional, pero también constituye un principio general del Derecho»<sup>53</sup>. Es cierto que la Constitución «no es la Biblia»<sup>54</sup>, pero «la Constitución no solo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, Lex superior»<sup>55</sup>. Conforme con esa perspectiva la jurisprudencia constitucional, ha procurado una interpretación general de aquel principio<sup>56</sup>.

El artículo 14 de la Constitución Española de 1978 (CE) establece 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», y el artículo 9 de la CE que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que (...) la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social», pero de ello no puede inferirse una pretendida dualidad, sino que el contenido del artículo 9 de la CE no es algo diferente del principio establecido en el artículo 14 de la CE, sino que constituyen matizaciones o desarrollos del principio general de igualdad.

Ciertamente aquella referencia constitucional a la igualdad real o efectiva, enunciada en el artículo 9 de la CE, aparece «como una idea que en principio parece barrenar la idea de igualdad ante la ley y de la igualdad como no discriminación»<sup>57</sup>. Pero si se repara en que semejante consideración de la igualdad, como restablecimiento de una igualdad económica y social o, como compensación de desigualdades económicas o sociales, se manifiesta en multitud de preceptos constitucionales, y que «anima la mayor parte de los llamados "derechos sociales", que tratan de realizar una redistribución del bienestar social protegiendo a los que tienen menos frente a los que tienen más»<sup>58</sup>, ha de concluirse que semejante referencia a «la igualdad

<sup>53</sup> GÁLVEZ, J.: «Artículo 14», en *Comentarios a la Constitución Española* (GARRIDO FALLA, F. y otros), Madrid: Civitas, 1980, pág. 182.

<sup>54</sup> Esta expresión ha sido utilizada con profusión por una cierta corriente de opinión política proclive al «uso alternativo del derecho», *vid.* al respecto la portada y págs. 2-3 del diario *Público* de 6 de diciembre de 2008.

<sup>55</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La constitución como norma jurídica», en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, dirigido por los profesores Predieri, A. y García de Enterría, E., Madrid: Civitas, 1981, pág. 106.

<sup>56</sup> En términos generales, la STC 39/2002, de 14 de febrero indica que la jurisprudencia constitucional «bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 14 de la 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 artículo 14 de la CE». Respecto al listado del artículo 14 de la CE, *vid.* SSTC 83/1984, de 8 de febrero, 20/1991, de 31 de enero, y 176/1993, de 27 de mayo.

<sup>57</sup> SÁNCHEZ AGESTA, L.: *op. cit.* (*Sistema político de la Constitución Española de 1978*), pág. 109.

<sup>58</sup> *Vid.* nota 57, pág. 110.

como compensación de un injusta distribución o de una desigual situación económica, o de un desequilibrio de esta, aparece también en la Constitución, como un complemento que da a la idea de igualdad (...) sutileza»<sup>59</sup>.

A semejantes consideraciones ha de añadirse que la jurisprudencia constitucional<sup>60</sup> advierte y diferencia en la regulación contenida en el artículo 14 de la CE una perspectiva positiva y otra negativa, que no se contraponen sino que se complementan, representando 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 solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 de la CE»<sup>61</sup>.

El principio de igualdad, según se indica en la Explicación sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>62</sup>, «corresponde a un principio general de Derecho que figura inscrito en todas las constituciones europeas y que el Tribunal de Justicia consideró un principio fundamental del Derecho comunitario»<sup>63</sup>. La no discriminación «se inspira en el artículo 13 del Tratado CE, sustituido ahora por el artículo 19 del TFUE, en el artículo 14 del CEDH y en el artículo 11 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, referente al patrimonio genético. En la medida en que coincide con el artículo 14 del CEDH, se aplica de acuerdo con este»<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> SÁNCHEZ AGESTA, L.: *op. cit.* (*Sistema político de la Constitución Española de 1978*), pág. 110, donde añade «que explica quizá que no se haya llevado al Preámbulo de la constitución como un propósito específico y se haya limitado a enunciarla como valor deseable en el artículo 1, párrafo 1, porque lo especialmente delicado es hacer que estos diversos conceptos no se contradigan entre sí».

<sup>60</sup> SSTC 200/2001, de 4 de octubre; 119/2002, de 20 de mayo; y 164/2002, de 17 de septiembre.

<sup>61</sup> SSTC 128/1987, de 16 de julio; 166/1988, de 30 de septiembre; 145/1991, de 1 de julio; 39/2002, de 14 de febrero; 17/2003, de 30 de enero; 161/2004, de 4 de octubre; 182/2005, de 4 de julio; 41/2006, de 13 de febrero; y 36/2011, de 28 de marzo.

<sup>62</sup> DOUE, serie C, núm. 303, de 14 de diciembre de 2007, págs. 6 y ss.

<sup>63</sup> SSTJCE de 13 de noviembre de 1984, Racke, asunto 283/83; de 17 de abril de 1997, asunto C-15/95, EARL; y de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, Karlsson.

<sup>64</sup> Según se indica en la misma Explicación sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, «no existe contradicción ni incompatibilidad entre el apartado 1 (del art. 21 CDF, según el cual "se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón 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") y el artículo 19 del TFUE (según el art. 19 TFUE: "1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del 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; 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los

El artículo 14 de la 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 (...) 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»<sup>65</sup>.

Esto es, «los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas»<sup>66</sup>. De tal manera que el artículo 14 de la CE:

---

principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1"), que tiene objetivos y alcance diferentes: el artículo 19 confiere competencias a la Unión para adoptar actos legislativos, incluida la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, con el fin de combatir determinadas formas de discriminación que se especifican de forma exhaustiva en el citado artículo. Dicha legislación podría cubrir la acción de las autoridades de los Estados miembros (así como las relaciones entre los particulares) en cualquier ámbito dentro de los límites de las competencias de la Unión. Las disposiciones del apartado 1 del artículo 21 no confieren, sin embargo, competencias para adoptar leyes con el fin de combatir formas de discriminación en ámbitos de acción de los Estados miembros o en la esfera privada, ni constituyen una prohibición generalizada de la discriminación en dichos ámbitos. Se refieren solamente a las discriminaciones por parte de las instituciones y órganos de la Unión en el ejercicio de las competencias que les confieren los Tratados, y por parte de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión solamente. Por consiguiente, el apartado 1 (del art. 21 CDF) no modifica el alcance de las competencias conferidas por el artículo 19 ni la interpretación de dicho artículo».

<sup>65</sup> Doctrina contenida en las SSTC 75/1983, de 3 de agosto, y 128/1987, de 16 de julio, y reiterada constantemente por la jurisprudencia constitucional, así en las SSTC 200/2001 de 4 de octubre; 119/2002, de 20 de mayo; 9/2010, de 27 de abril; 22/2010, de 27 de abril; y 52/2010, de 4 de octubre, precisándose que «el principio de igualdad no solo 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».

<sup>66</sup> SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 128/1987, de 16 de julio; 166/1988, de 26 de septiembre; 145/1991, de 1 de julio; 155/1998, de 13 de julio; 222/1992, de 11 de diciembre; 180/2001, de 17 de septiembre; 200/2001, de 4 de octubre; 39/2002, de 14 de febrero; 214/2006, de 3 de julio; 3/2007, de 15 de enero; 233/2007, de 5 de noviembre y 59/2008, de 14 de mayo de 2008, las cuales precisan que el artículo 14 de la CE «acoge dos contenidos diferenciados: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación», y respecto de este último aspecto indican que «la virtualidad del artículo 14 de la 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, pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes pú-

- Proscribe «las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados», siendo «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»<sup>67</sup>.
- «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 artículo 14 de la CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello», puesto que, «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»<sup>68</sup>.

Además ha de considerarse, que la virtualidad del artículo 14 de la CE no se agota 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 concretos de discriminación. Esta referencia expresa a concretas razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos que la provoquen»<sup>69</sup>.

El traslado del mandato constitucional igualitario «en o ante la ley»<sup>70</sup> a las relaciones entre sujetos privados se ha llevado a efecto mediante la institución conocida como «*mittelbare*

---

blicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 de la CE».

<sup>67</sup> SSTC 22/1981, de 2 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 2/1983, de 24 de enero; 23/1984, de 20 de febrero; 209/1987, de 22 de diciembre; 209/1988, de 10 de noviembre; 20/1991, de 31 de enero; 110/1993, de 25 de marzo; 176/1993, de 27 de mayo; 340/1993, de 16 de noviembre; 117/1998, de 2 de junio; 101/2001, de 28 de octubre; 27/2006, de 30 de enero; 54/2006, de 27 de febrero; 31/2008, de 25 de febrero; y 160/2008, de 2 de diciembre. Ejemplo de falta de proporcionalidad, consideran las SSTC 41/2013, de 14 de febrero, 55/2013, de 11 de marzo, y 77/2013, de 8 de abril, en relación con las pensiones de viudedad de la parejas homosexuales o con transexuales, la exigencia haber tenido hijos comunes «de por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas o jurídicas)».

<sup>68</sup> SSTC 22/1981, de 2 de julio, que se reitera en las SSTC 63/2011, de 16 de mayo, 117/2011, de 4 de julio, 79/2011, de 6 de junio, y 61/2013, de 14 de marzo.

<sup>69</sup> STC 36/2011, de 28 de marzo, reiterando doctrina contenida en las SSTC 75/1983, de 3 de agosto, 128/1987, de 16 de julio, y 161/2004, de 4 de octubre.

<sup>70</sup> En relación con los convenios colectivos la jurisprudencia constitucional, SSTC 177/1988, de 10 de octubre, 119/2002, de 20 de mayo, y 27/2004, de 4 de marzo, afirma que les es exigible el respeto de la cláusula general de igualdad es-

*Drittwirkung*) o «efecto horizontal indirecto». Efectivamente, «en lo que se refiere a la delimitación de los respectivos ámbitos de derechos, el efecto horizontal indirecto puede diferir del efecto horizontal directo en la forma; sin embargo, en lo esencial no hay ninguna diferencia»<sup>71</sup>. La operatividad de la cláusula general de igualdad en ese ámbito *inter privados*<sup>72</sup> (*drittwirkung der Grundrechte* o *state action*), se reconoce primero en Alemania<sup>73</sup> y solo tardíamente se recoge por nuestra jurisprudencia constitucional, que la mantiene en el ámbito de los idearios políticos del iluminismo, del enciclopedismo y de las revoluciones burguesas del siglo XVIII (norteamericana y francesa), matizados por las ideologías subyacentes a los movimientos sociales del XIX, de ahí que aquella aplicación resulte, a la postre, imperfecta y limitada, al contra-

tablecida en el artículo 14 de la CE, porque «a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno el convenio colectivo, al menos en la más importante de sus manifestaciones alcanza una relevancia cuasi-pública, no solo porque se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional y a los que la ley encarga específicamente esa función, sino también porque una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito sin precisarse el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales. El convenio colectivo, en suma, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación, sin que ello suponga que toda distinción dentro del convenio sea *per se* contraria al principio de igualdad». No obstante, por constituir el convenio colectivo manifestación de la autonomía colectiva, la jurisprudencia constitucional matiza el alcance que su contenido debe observar del principio y derecho al tratamiento igual, al indicar que «en el convenio colectivo, aunque han de respetarse las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y la no discriminación, estas no pueden tener el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en las que el convenio se incardina, los derechos fundamentales, entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen origen en el principio de autonomía de la voluntad», dice la STC 27/2004, de 4 de marzo, bien que precise que «ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo, sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al artículo 14 de la CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles».

<sup>71</sup> Indica el Abogado General, Sr. POIARES MADURO, en su conclusión 40, de las presentados el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union contra Viking Line ABP y OÜ Viking Line Eesti*, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007, habiendo precisado en su conclusión 39, que «una forma común de conferir fuerza normativa a los derechos constitucionales en las relaciones horizontales es considerarlos vinculantes para el juez a la hora de resolver un asunto entre particulares. Ya sea al interpretar una cláusula contractual, al pronunciarse en una reclamación por daños y perjuicios o al resolver una solicitud de medidas cautelares, el órgano jurisdiccional, como órgano del Estado, está obligado a dictar una sentencia que respete los derechos constitucionales de las partes. La delimitación de los derechos individuales de esta forma se conoce como "*mittelbare Drittwirkung*", o "efecto horizontal indirecto". El resultado es que las normas constitucionales dirigidas al Estado se transforman en normas jurídicas que se aplican entre particulares, ilustrando que "el gobierno es el tercero en todo litigio entre particulares y lo es a través de la propia Ley y del juez que la aplica"».

<sup>72</sup> *Vid.* sobre el tema MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G.: *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Barcelona: Cedecs, 1998, págs. 101 y ss.

<sup>73</sup> Por NIPPERDEY.

ponerse, impropia y desacertadamente, a la libertad individual y a su corolario, la autonomía contractual (autonomía privada o de la voluntad).

No obstante el escaso reflejo que el *mittelbare Drittwirkung* ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico, fundamentalmente concretado en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre<sup>74</sup>, de la misma puede inferirse: a) Que el principio de igualdad y no discriminación es aplicable, con toda intensidad y amplitud, «a todas las personas, tanto en el sector público como en el sector privado» (art. 27.2 de la Ley 62/2003). En principio en los ámbitos en los que aquella ley se declara aplicable, pero que nada impide su aplicación analógica (*a pari, a simili, o a fortiori*) a otros sectores o ámbitos sin que pueda utilizarse el argumento «a contrario» por impedirlo precisamente el artículo 14 de la CE; b) Que aquella regulación jurídico positiva (Ley 62/2003) concreta la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito de las prestaciones y servicios sociales, del empleo y de la relación de trabajo, en los que, entre otros, se proyecta, imprimiéndole una mayor eficacia que la que venía atribuyéndole la jurisprudencia constitucional.

En relación con la doctrina constitucional que se ha ocupado de la operatividad y pertinencia del principio de igualdad de trato en las relaciones *inter privatos*, puede destacarse su carácter restrictivo, precisando que debe ser observada únicamente en el ejercicio de potestades atribuidas a los particulares por la ley o cuando detentan una posición de dominio o relevante por el menor alcance que atribuye a la protección del derecho a la igualdad «en casos en los que juegue abiertamente el principio de autonomía de la voluntad»<sup>75</sup>. Consecuentemente en el plano retributivo laboral, esa jurisprudencia constitucional se ha limitado a afirmar lo siguiente:

<sup>74</sup> En sus artículos 27 a 43 se ocupa de la aplicación del principio de igualdad en «educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, la vivienda y, en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios».

<sup>75</sup> La aplicación del principio de igualdad en las relaciones, *inter privatos*, de naturaleza laboral, ha sido con relativa frecuencia planteada ante el Tribunal Constitucional, la cual ha indicado que: a) «La aplicación del principio de igualdad no resulta excluida en el desarrollo de las relaciones laborales, si bien su aplicación se encuentra sometida a importantes matizaciones» (STC 39/2003, de 27 de febrero); b) «El artículo 14 de la CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa» (STC 39/2003, de 27 de febrero); c) «El menor alcance de la protección del derecho fundamental (al tratamiento igual) en casos en los que juegue abiertamente el principio de autonomía de la voluntad, a falta de un principio jurídico del que derive la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados» (STC 34/1984, de 9 de marzo.); d) «La autonomía colectiva no es absoluta. A su través no cabe concertar diferencias carentes de una justificación objetiva y razonable entre situaciones que pueden considerarse iguales» (STC 119/2002, de 20 de mayo); e) «Son fuertes las limitaciones que impone (a la autonomía de la voluntad/libertad contractual) el Derecho del Trabajo, por virtud entre otros factores precisamente del principio de igualdad, pero no desaparece (esa autonomía de la voluntad/libertad contractual), dejando sin margen el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa (...) respetando los mínimos legales o convencionales» (STC 119/2002, de 20 de mayo).

- Para «afirmar que una situación de desigualdad de hecho no imputable directamente a la norma (como lo es la diferencia de retribuciones entre dos tipos de trabajadores) tiene relevancia jurídica, es menester demostrar que existe un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados (...) regla o criterio igualatorio (que) puede ser sancionado directamente por la Constitución (por ejemplo, por vía negativa, a través de las interdicciones concretas que se señalan en el art. 14), arrancar de la Ley o de una norma escrita de inferior rango, de la costumbre o de los principios generales del Derecho»<sup>76</sup>.
- La «legislación laboral, desarrollando y aplicando el artículo 14 de la CE, ha establecido en el artículo 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores y en el 17 de igual norma la prohibición de discriminación entre trabajadores por una serie de factores que cita, pero, según general opinión, no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en el sentido absoluto. Ello no es otra cosa que el resultado de 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»<sup>77</sup>.
- El artículo 14 de la CE «no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida, pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el estatuto de los trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad»<sup>78</sup>.

Debe añadirse que, según la misma jurisprudencia constitucional, en el ámbito retributivo laboral tampoco se conculca el derecho fundamental a la igualdad si la disparidad de tratamiento salarial pasa el «test de razonabilidad», de tal manera que resulte objetivamente justificada, superando el pertinente juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, no pudiendo operar con valor diferenciador, cualquier circunstancia imaginable, pero siendo imaginables, al mismo tiempo, circunstancias diferenciadoras<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> SSTC 34/1984, de 9 de marzo; y 36/2011, de 28 de marzo.

<sup>77</sup> SSTC 197/2000, de 24 de julio; 62/2008, de 26 de mayo; y 36/2011, de 28 de marzo.

<sup>78</sup> STC 39/2003 de 27 de febrero, recogiendo la doctrina sentada en las SSTC 34/1984, de 9 de marzo; 2/1998, de 12 de enero; 74/1998, de 31 de marzo; 119/2002, de 20 de mayo; 39/2003, de 27 de febrero; y 34/2004 de 8 de marzo.

<sup>79</sup> La STC 61/2013, de 14 de marzo, con cita de las SSTC 63/2011, de 16 de mayo, 117/2011, de 4 de julio, y 79/2011, de 6 de junio, resume la posición de la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos: «El principio de

#### 4. SIEMPRE QUE SE PRODUCE UN TRATAMIENTO DESIGUAL EXISTE UNA DISCRIMINACIÓN IMPLÍCITA

La diferenciación que efectúa la jurisprudencia constitucional, relativa al doble alcance de la consagración constitucional del principio de igualdad de trato, y según la cual, el texto constitucional en su artículo 14 establece, por un aparte, una cláusula general de «igualdad de todos los españoles ante la ley», y, por otra parte, la «prohibición de concretos motivos de discriminación», que no obstante no constituyen una lista cerrada<sup>80</sup>, no es irreprochable.

Efectivamente, si resulta que «cuando se acrediten hechos que permitan presumir que existe una discriminación (...), la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato (exige) que la carga de la prueba recaiga en los demandados de que se trate, quienes habrán de demostrar que no hubo violación de dicho principio»<sup>81</sup>, no puede sino concluirse la íntima ligazón entre igualdad de trato y no discriminación, de tal manera que no pueden considerarse categorías distintas, no operando aisladamente, sino simultánea o conjuntamente.

El propio texto constitucional aboga por una concepción unitaria del principio de igualdad de trato y la proscripción de las causas de discriminación<sup>82</sup>, al establecer en su primer artículo

---

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 artículo 14 de la CE, sino tan solo 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»; asimismo, «(t)ambién 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»; (...) «(e)n resumen, el principio de igualdad no solo 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».

<sup>80</sup> STC 36/2011, de 28 de marzo, reiterando doctrina contenida en las SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 128/1987, de 16 de julio; y 161/2004, de 4 de octubre.

<sup>81</sup> STJUE de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12, Asociația ACCEPT y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării.

<sup>82</sup> No obstante la jurisprudencia constitucional muestra ciertas ambigüedades, «bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 14 de la CE (respecto al listado del art. 14 CE, SSTC 83/1984, de 8 de febrero; 20/1991 de 31 de enero; y 176/1993, de 27 de mayo), bien en relación con alguno de ellos en particular (en relación con el sexo, SSTC 128/1987, de 16 de julio; 207/1987, de 22 de diciembre; 145/1991, de 1 de julio; 147/1995, de 16 de octubre; y 126/1997, de 3 de julio. En relación con el nacimiento, SSTC 74/1997, de 21 de abril; 67/1998, de 18 de marzo; y ATC 22/1992, de 27 de enero. En relación con la edad, STC 31/1984, de 7 de marzo)», al aludir: a) Por una parte, a «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 expresa-



que el estado social y democrático de Derecho, que constituye España, propugna como uno de los «valores superiores» de su ordenamiento jurídico la «igualdad». En puridad lo que sucede es que «la ley, aun siendo una norma abstracta, procede siempre por categorías y rara vez se refiere a "todos" los hombres, sino que tiene en cuenta a los hombres situados en una concreta posición, precisando sujetos específicos»<sup>83</sup> (p. ej., empresarios y trabajadores, en el ámbito de las relaciones industriales). Las leyes normalmente se refieren a categorías de sujetos o personas, en razón de determinadas diferencias relevantes en el sector social que están regulando (si se regulan las relaciones de trabajo, categorías especialmente relevantes son los empresarios y los trabajadores), «que la ley por su propia naturaleza tiene que establecer, ha surgido un concepto más preciso de la igualdad como "no discriminación"»<sup>84</sup>, según el cual determinadas aspectos, condiciones o circunstancias personales o sociales (el nacimiento, la raza, el sexo, la religión, la opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, según literalmente indica el art. 14 CE), no deben ni pueden, en principio, «utilizarse para establecer diferencias en la determinación de categorías de sujetos obligados por la ley»<sup>85</sup>.

En otras palabras, la ley procede siempre según «categorías» de personas o de sujetos y «el artículo 14 de nuestra Constitución, siguiendo este criterio que fue afirmado ya en el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948<sup>86</sup>, (indica) que los españoles deben considerarse iguales ante la ley "sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo o religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Esto quiere decir que esas categorías de la ley (o de sujetos determinadas en la ley, p. ej. empresarios y trabajadores) no deben referirse a ninguno de los criterios en que se prohíbe discriminación»<sup>87</sup>. Por ello «el principio de igualdad de trato, es decir, el de no discriminación, constituye un fundamento de recursos de amparo tan

---

mente excluidas como causas de discriminación por el artículo 14 de la CE»; b) Por otra parte, a no puede excluirse que «los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional (art. 14 CE) prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica», por más que en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulte mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación (SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 209/1988, de 10 de noviembre; 229/1992, de 14 de diciembre; y 126/1997, de 3 de julio).

<sup>83</sup> SÁNCHEZ AGESTA, L.: *op. cit.* (*Sistema político de la Constitución Española de 1978*), pág. 107.

<sup>84</sup> *Vid.* nota 83.

<sup>85</sup> *Vid.* nota 83.

<sup>86</sup> Que, tras establecer, en su artículo 1, que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia», precisa, en su artículo 2, que «toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, 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. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía».

<sup>87</sup> *Vid.* nota 83, págs. 107-108.

generalizado que ningún precepto constitucional es alegado con mayor habitualidad ante el Tribunal Constitucional que el artículo 14 de la Constitución»<sup>88</sup>.

Consecuentemente, siempre que se discrimina a una persona, depara un tratamiento desigual que violenta la «ley de indiscernibilidad de los idénticos». La igualdad de trato requiere de una referencia a una clase o a un conjunto (que no sea vacío ni unitario) de personas, sea cual sea el criterio de definición. A su vez toda actuación discriminatoria presupone el tratamiento desigual de los iguales. Intuitivamente se advierte que el principio de igualdad de trato (oración genérica) y los supuestos discriminatorios (oraciones concretas, que nunca son la misma) en algún sentido coinciden. Se trata, en definitiva, de operar con base en la clásica diferenciación lógica entre oraciones-caso (*sentence-tokens*) y oraciones-tipo (*sentence-types*), siendo los supuestos de discriminación las oraciones-caso, ejemplos o aplicaciones concretas (con coordenadas espacio temporales)<sup>89</sup>, del principio de igualdad que ocupa la posición de oración-tipo (que carece de coordenadas espacio-temporales)<sup>90</sup>.

## 5. LA IGUALDAD DE TRATO COMO NORMA «INDERROTABLE»

Tratar de la derrotabilidad de las normas supone transitar por las lógica(s) deóntica(s), cuya complejidad no es desdeñable. Sin entrar en la discusión sobre si las normas son susceptibles de valores de verdad (ser verdaderas o falsas), la lógica deóntica estándar afirma que es posible establecer entre las normas relaciones lógicas, lo que posibilita la referencia normas derrotables versus normas inderrotables.

En esa perspectiva se afirma que la mayoría de las «formulaciones normativas son derrotables, esto es, poseen usualmente excepciones implícitas, existen circunstancias que derrotan la

<sup>88</sup> Vid. nota 83, pág. 108. Así las SSTC 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril, aluden al «derecho fundamental de la demandante a la igualdad en la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo».

<sup>89</sup> De tal manera que siendo la oración-tipo la igualdad de trato, un supuesto de discriminación de una determinada persona sería la oración-caso teniendo esa oración-caso una dimensión espacio temporal concreta. Pudiendo considerarse que la norma que prohíbe la causa concreta de discriminación es una oración-caso sin dimensión espacio temporal, aplicándose la transitividad para llegar a la oración-caso final con dimensión espacio temporal.

<sup>90</sup> En el artículo 14 de la CE se establece la oración-tipo y la(s) oración(es)-caso, al establecer 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», estableciéndose la correlación oración tipo-oración caso mediante la preposición «sin». Para los supuestos reales y concretos de discriminación se trataría simplemente de aplicaciones de la ley de transitividad del condicional. Sobre la diferenciación entre oraciones-caso y oraciones-tipo, ORAYEN, R.: *Lógica, significado y ontología*, México: Instituto de Investigaciones Filosóficas-Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, págs. 19-24.

norma aunque ellas no estén explícitamente enunciadas»<sup>91</sup>, y que «los principios son derrotables en su misma naturaleza», dado que su aplicabilidad es siempre una cuestión de grado<sup>92</sup>. Si la primera afirmación parece irreprochable, la segunda es cuestionable.

En esa doble perspectiva de principio general del Derecho y de norma jurídica ha de considerarse la «igualdad de trato». La igualdad de trato constituye un derecho fundamental, el derecho fundamental por excelencia, y «derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho»<sup>93</sup>. Como principio ha de afirmarse su inderrotabilidad, habida cuenta de que su derrotabilidad dependería de la existencia de otro principio general del Derecho en relación con el cual hubiera de sopesarse su aplicabilidad, y no existe principio general alguno que pueda generar el desplazamiento del de igualdad de trato en determinados casos.

La norma que establece la igualdad de trato (art. 14 CE), se manifiesta y aplica como una construcción condicional, («si A entonces B»). Esto es, si «x» e «y» se encuentran en situaciones idénticas, entonces ni «x» ni «y» deben recibir un trato desigual. Circunstancia que permite entrar en la cuestión de su derrotabilidad o inderrotabilidad. Puede objetarse que en la formulación normativa constitucional esa relación de consecuencia se establece únicamente respecto de la ley («los españoles son iguales ante la ley»), pero ha de estimarse que naturalmente abarca a las relaciones que surgen del ejercicio de la autonomía privada en cuanto que la libertad contractual está regulada y establecida en la ley.

La existencia de excepciones implícitas a semejante mandato constitucional, o que pudieran identificarse como tales, aunque hubieran estado indeterminadas en el momento de aprobarse y promulgarse la Constitución, determinarían la derrotabilidad de la norma. Pero resulta que el artículo 14 de la CE no contiene ni implícitamente ninguna excepción y, además, excluye manifiestamente cualquier posibilidad de identificar excepciones implícitas, dada la proscripción, con generalidad, de cualquier causa imaginable de discriminación («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»). Consecuentemente la

<sup>91</sup> MENDIOCA, D. (ed.): *Compendio de una teoría analítica del Derecho. Alchourrón y Bulygin en sus textos*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, pág. 70.

<sup>92</sup> *Vid.* nota 91.

<sup>93</sup> «Los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. A este respecto el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o se han adherido. Dentro de este contexto, el Convenio (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) reviste un significado particular. Como señaló también el Tribunal de Justicia, de ahí se deduce que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto a los derechos humanos reconocidos y garantizados de esta manera», indican las SSTJUE de 18 de junio de 1991, asunto C-260/89, ERT, y de 29 de mayo de 1997, asunto C-299/95, Friedrich Kremzow contra Republik Österreich y en que interviene Wilfried Weh.

norma que establece la igualdad de trato (art. 14 CE, ha de considerarse inderrotable, cumpliéndose la ley del *modus ponens* deóntico y la ley de refuerzo del antecedente<sup>94</sup>.

#### IV. EL CARÁCTER RELACIONAL DE LA IGUALDAD RETRIBUTIVA, Y LA CARGA DE LA PRUEBA DEL DESIGUAL TRATAMIENTO RETRIBUTIVO

##### 1. EL CARÁCTER RELACIONAL DE LA EXIGENCIA DE IGUALDAD DE TRATO RETRIBUTIVO

Parece irrefutable la afirmación de que «la igualdad es, por definición, un principio relativo o relacional. El derecho a la igualdad no es sino el derecho a ser tratado en los mismos términos que quien se encuentra en una situación jurídica equivalente. Es un derecho, por tanto, cuyo presupuesto es siempre el contraste entre, cuando menos, dos sujetos, objetos, circunstancias y situaciones»<sup>95</sup>.

Efectivamente, «lo propio del juicio de igualdad es su carácter relacional conforme al cual se requieren (dos) 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»<sup>96</sup> (*pari passu* y cambiando lo que puede ser cambiado, la referencia a «medida normativa» puede sustituirse por «decisión empresarial, acto o negocio jurídico singular» y la alusión a «grupos o categorías de personas» puede también sustituirse por «una persona respecto de otra u otras»), 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»<sup>97</sup>. Solo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma»<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> Utilizando las notaciones habituales en lógica deóntica:

- Expresión del condicional inderrotable:  $(A|B)$ , definido como  $(B \Rightarrow OA)$
- *Modus ponens*:  $O(A|B) \supset (B \supset OA)$
- Refuerzo del antecedente:  $O(A|B) \supset O(A|B \wedge C)$

<sup>95</sup> Conclusión 44, de las presentadas por el Abogado General, Sr. Pedro CRUZ VILLALÓN, el 29 de noviembre de 2012, en el asunto C-427/11, Margaret Kenny y otros.

<sup>96</sup> STC 181/200, de 29 de junio.

<sup>97</sup> SSTC 148/1986, de 25 de noviembre; 29/1987, de 6 de marzo; y 1/2001, de 15 de enero.

<sup>98</sup> STC 200/2001, de 4 de octubre; Afirma la STC 75/2011, de 19 de mayo: «En definitiva, como recuerda la STC 125/2003, de 19 de junio, el principio de igualdad prohíbe al legislador "configurar los supuestos de hecho de la norma

Según la jurisprudencia europea «la alegación de un trato desigual implica siempre la comparación con un tercero que, estando en una situación equivalente a la de quien lo alega, recibe un trato diferente. La invocación de un *tertium comparationis* capaz de acreditar la diferencia denunciada constituye así el elemento de la prueba misma de esa diferencia. Si la diferencia es fruto del contraste, su realidad depende del acierto en la individualización de los términos contrastados»<sup>99</sup>. Es un momento delicado, la relación de equivalencia o igualdad puede ser fácil o extremadamente difícil de establecer<sup>100</sup>.

En todo caso, cualquier referencia a «mismo puesto de trabajo» y a un «mismo trabajo» son equivalentes<sup>101</sup>, y además parece que «para apreciar si unos trabajadores realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable<sup>102</sup> (...). De ello se deduce que la clasificación de los trabajadores de que se trata en la misma categoría profesional prevista en el convenio colectivo aplicable a su empleo no basta por sí sola para concluir que realizan el mismo trabajo o un trabajo de valor igual (...), las indicaciones generales que figuran en el convenio colectivo deben, en todo caso, ser corro-

---

de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria". Dicho de otra manera, solo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar "elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable" (STC 39/2002, de 14 de febrero), razón por la cual toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un término de comparación adecuado, elemento de contraste que ha de consistir en "una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos" (ATC 209/1985, de 20 de marzo)».

<sup>99</sup> Conclusión 45, de las presentadas por el Abogado General, Sr. Pedro CRUZ VILLALÓN, el 29 de noviembre de 2012, en el asunto C-427/11, Margaret Kenny y otros.

Indica el Abogado General, Sr. Pedro CRUZ VILLALÓN, en la conclusión 47, de las presentadas el 29 de noviembre de 2012, en el asunto C-427/11, Margaret Kenny y otros.

<sup>100</sup> «La filosofía de igual salario para el mismo puesto está perdiendo fuerza en las empresas españolas. La guerra por el talento para atraer y retener a los mejores profesionales en sectores como el tecnológico o el de consultoría esta empujando a los empresarios a ofrecer cada vez más incentivos personalizados a sus empleados», se indica en «Un sueldo a la medida del talento», *El País. Negocios*, del 15 de julio de 2001, pág. 35, que añade en la misma página, que la diferencia de retribución se establece «en razón de lo que los consultores especializados en recursos humanos llaman "desempeño". Es decir, por cómo contribuye cada empleado a la marcha de la empresa y cómo se sitúa su sueldo en relación con el mercado: Es lo que se llama incremento salarial por mérito, que puede sumarse al incremento general, normalmente pactado en convenio».

<sup>101</sup> STJUE de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99, Brunnhofer.

<sup>102</sup> SSTJUE de 31 de mayo de 1995, asunto C-400/93, Royal Copenhagen, y 11 de mayo de 1999, asunto C-309/97, Angestelltenbetriebstrat der Wiener Gebietskrankenkasse.

boradas por elementos precisos y concretos que se deduzcan de las actividades que los trabajadores implicados realizan efectivamente<sup>103</sup>.

Ciertamente «la alegación de un trato desigual implica siempre la comparación con un tercero que, estando en una situación equivalente a la de quien lo alega, recibe un trato diferente. La invocación de un *tertium comparationis* capaz de acreditar la diferencia denunciada constituye así el elemento determinante de la prueba misma de esa diferencia. Si la diferencia es fruto del contraste, su realidad depende del acierto en la individualización de los términos contrastados. Nos movemos así en un terreno que es muy próximo al de la carga de la prueba en materia de igualdad. La aportación de un término de comparación adecuado para constatar la existencia de una diferencia no es, propiamente, la prueba de que haya habido discriminación. Constituye, más bien, el presupuesto de dicha prueba, pues si la discriminación es todo trato diferente desprovisto de una justificación razonable, el *tertium comparationis* es el término de contraste en cuya virtud se hace evidente la diferencia necesitada de justificación»<sup>104</sup>.

## 2. LA CARGA DE LA PRUEBA

Cualquier consideración sobre el alegato de un trato desigual y la invocación del *tertium comparationis* inexorablemente lleva a la cuestión de la carga de la prueba en materia de igualdad, porque la actividad probatoria es «el banco de prueba de la garantía constitucional de la no discriminación. El poliformismo propio de la conducta discriminatoria y la variedad de matices que puede adoptar explica esa importancia»<sup>105</sup>. Parece indudable que «la carga de la prueba en relación con la existencia de una diferencia de trato debe de pesar sobre quien alega el carácter injustificado o discriminatorio de la diferencia en cuestión»<sup>106</sup>, porque «incumbe normalmente a la persona que alega determinados hechos en apoyo de una demanda aportar la prueba de su realidad», precisa la sentencia objeto de comentario, no constituyendo la desigualdad de trato retributiva o salarial una excepción a las consideraciones que anteceden.

En consecuencia, subraya la sentencia que se comenta, «la carga de la prueba de la existencia de una discriminación de retribución (...) recae, en principio, sobre el trabajador que, considerándose víctima de tal discriminación, ejercita una acción judicial contra su empleador para

<sup>103</sup> Vid. nota 101.

<sup>104</sup> Conclusiones 45 y 46, de las presentadas por el Abogado General, Sr. Pedro CRUZ VILLALÓN, el 29 de noviembre de 2012, en el asunto C-427/11, Margaret Kenny y otros.

<sup>105</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G.: *op. cit.* pág. 171.

<sup>106</sup> Conclusión 47, de las presentadas por el Abogado General, Sr. Pedro CRUZ VILLALÓN, el 29 de noviembre de 2012, en el asunto C-427/11, Margaret Kenny y otros.

que se ponga fin a la misma»<sup>107</sup>. Esto es, en principio, es el trabajador que se considera víctima de una discriminación de retribución el que debe demostrar ante el órgano jurisdiccional «que se dan las condiciones que permiten presumir la existencia de una desigualdad de retribución», precisa la sentencia objeto de comentario.

Esto es, según indica la sentencia comentada, corresponde al trabajador que alega el trato discriminatorio «probar, utilizando para ello cualquier medio que en Derecho proceda, que percibe una retribución inferior a la que su empleador paga a sus compañeros de trabajo de referencia y que en realidad realiza el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, comparable al que efectúan estos, de manera que, a primera vista, es víctima de una discriminación», aportando para ello «un término de comparación válido que ponga de manifiesto la existencia de un grupo de personas que, en situación equivalente a la suya propia, es objeto de un trato retributivo diferente»<sup>108</sup>.

Con la consecuencia, continúa afirmando la sentencia objeto de comentario, de que «si el trabajador aportase la prueba de que los criterios relativos a la existencia de una diferencia de retribución (...), así como de un trabajo comparable se cumplen en su caso, existiría una apariencia de discriminación. En tal caso, incumbiría al empresario la prueba de que no ha habido violación del principio de igualdad de retribución, probando por cualquier medio que en Derecho proceda que de hecho las actividades realmente ejercidas por los dos trabajadores afectados no son comparables o que la diferencia de retribución observada se justifica mediante razones objetivas y ajenas a toda discriminación». No importa que las retribuciones o salarios sean diferentes, «lo que importa es la diferencia en sí»<sup>109</sup>.

De tal manera que «en un primer momento incumbe a la persona que se considera perjudicada por la inobservancia del principio de igualdad de trato acreditar hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta. Solo cuando esa persona haya acreditado tales hechos corresponderá en un segundo momento a la parte demandada probar que no se ha vulnerado el principio de no discriminación»<sup>110</sup>. Siempre que ello no lleve a exigir a esta última «una prueba imposible de aportar sin violar el derecho de respeto a la vida privada»<sup>111</sup>. Esto es, «la carga de la prueba puede invertirse cuando ello resulte necesario para no privar a los trabaja-

<sup>107</sup> STJUE de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99, Brunnhofer.

<sup>108</sup> Conclusión 48, de las presentadas por el Abogado General, Sr. Pedro CRUZ VILLALÓN, el 29 de noviembre de 2012, en el asunto C-427/11, Margaret Kenny y otros.

<sup>109</sup> Conclusión 41, de las presentadas por el Abogado General, Sr. Pedro CRUZ VILLALÓN, el 29 de noviembre de 2012, en el asunto C-427/11, Margaret Kenny y otros.

<sup>110</sup> STJUE de 21 de julio de 2011, asunto C-104/10, Patrick Kelly y National University of Ireland (University College, Dublín).

<sup>111</sup> STJUE de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12, Asociația ACCEPT y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării.

dores víctimas de una discriminación aparente de medios eficaces para hacer respetar el principio de igualdad de retribución»<sup>112</sup>.

Semejante tratamiento de la prueba y de su carga no se contradice con la afirmación de que una ordenación sistemática de las disposiciones legislativas de la Unión relativas a prohibiciones de discriminación<sup>113</sup>, «también revela que el legislador se ha decantado por una solución que mantenga el equilibrio entre la víctima de discriminación y el empresario, cuando este es el que origina la discriminación. En efecto, y por lo que se refiere a la carga de la prueba, las tres Directivas optan por un mecanismo que permite aliviar dicha carga para la víctima, sin llegar a suprimirla»<sup>114</sup>. En fin que «el mecanismo implantado se desarrolla en dos fases»<sup>115</sup>:

- «En un primer momento, la víctima debe alegar suficientemente hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación. En otros términos, debe acreditar que existe una apariencia de discriminación».
- «Luego, cuando se establece esta presunción, la consecuencia inmediata es que la carga de la prueba se traslada a la parte demandada».

Aquellas afirmaciones de la jurisprudencia europea relativas a la distribución de la carga de la prueba en los «juicios de desigualdad», consecuentes con el carácter relacional del principio de igualdad, han de completarse con una referencia al juicio de «mismidad» y «comparabilidad» del trabajo realizado, de tal manera que, como indica la sentencia objeto de comentario, «para

<sup>112</sup> STJUE de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99, Brunnhofer, que precisa, «conforme a las reglas normales en materia de administración de la prueba, incumbe, por tanto, a la demandante en el procedimiento principal demostrar, ante el órgano jurisdiccional remitente, que se dan las condiciones que permiten presumir la existencia de una desigualdad de retribución contraria al artículo 119 del Tratado (hoy art. 157 TFUE) y a la Directiva (...) el empresario no está por tanto obligado a demostrar que las actividades de los dos trabajadores implicados son distintas. Si la demandante en el asunto principal aportase la prueba de que los criterios relativos a la existencia de una diferencia de retribución entre una trabajadora y un trabajador, así como de un trabajo comparable se cumplen en su caso, existiría una apariencia de discriminación y entonces incumbiría al empresario la prueba de que no ha habido violación del principio de igualdad de retribución. A estos efectos, el empresario tendrá la posibilidad de negar que los requisitos de aplicación del mencionado principio se cumplen, probando por cualquier medio que en Derecho proceda que de hecho las actividades realmente ejercidas por los dos trabajadores afectados no son comparables».

<sup>113</sup> Directivas 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y 2006/54/CE, 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 (refundición).

<sup>114</sup> Conclusión 22 de las presentadas por el Abogado General, Sr. Paolo MENGGOZZI, en el asunto de referencia, el 12 de enero de 2012, en el asunto C-415/10, Galina Meister contra Speech Design Carrier Systems GMBH.

<sup>115</sup> *Vid.* nota 114.



apreciar si unos trabajadores realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable»<sup>116</sup>.

### 3. LA PRUEBA INDICIARIA DE LA DESIGUALDAD DE TRATO RETRIBUTIVO

En un marcado paralelismo con esa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Constitucional ha «creado» la denominada «prueba indiciaria». Lo que no impide constar la existencia de importantes diferencias entre ambas jurisprudencias. Así, mientras el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pone de manifiesto la relación inmediata, y de consecuencia lógica, entre el derecho a la igualdad de trato y la proscripción de cualesquiera discriminaciones, el Tribunal Constitucional no establece tal relación de inmediatez y consecuencia lógica, sino que más bien parece colocar en dos planos diferentes la cláusula general de igualdad y las concretas causas de discriminación, al establecer como «principio básico en la materia»<sup>117</sup> que «la virtualidad del artículo 14 de la 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»<sup>118</sup>.

No obstante, puede establecerse una sustancial correlación entre la doctrina jurisprudencial la de ambos tribunales. Así, tratándose de la tutela frente a actos lesivos del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, se ha subrayado de forma reiterada por el Tribunal Constitucional la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba, y su imbricación en el carácter relacional o relativo del principio de igualdad de trato, precisando con nitidez los criterios aplicables en materia probatoria cuando están en juego posibles vulneraciones de aquel derecho fundamental en el ámbito de las relaciones laborales en general y retributivo en particular<sup>119</sup>. Según la jurisprudencia constitucional, la distribución de la carga de la prueba en tales supuestos determina<sup>120</sup>:

<sup>116</sup> También SSTJUE de 11 de mayo de 1999, asunto C-309/97, *Angestelltenbetriebstrat der Wiener Gebietskrankenkasse*, y de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99, *Brunnhofer*.

<sup>117</sup> SSTC 39/2002, de 14 de febrero; y 233/2007, de 5 de noviembre.

<sup>118</sup> STC 75/1983, de 3 de agosto; «Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación 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 solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 de la CE», indican las SSTC 128/1987, de 16 de julio; 166/1988, de 26 de septiembre; y 145/1991, de 1 de julio.

<sup>119</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 17 de febrero de 2011.

<sup>120</sup> STC 84/2004, de 10 de mayo.

- Por una parte, que «la necesidad de garantizar que (el derecho fundamental a la igualdad de trato y no discriminación) del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de este de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad solo aparente del acto empresarial. Una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador»<sup>121</sup>.
- Por otra parte, que, «precisamente, la prevalencia del (derecho fundamental a la igualdad de trato y no discriminación) del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo»<sup>122</sup>.

Según la jurisprudencia constitucional la finalidad de la «prueba indiciaria»<sup>123</sup>, «no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que este resulta lesivo del derecho fundamental (a la igualdad de trato y no discriminación)»<sup>124</sup>. Precisamente en orden al cumplimiento de ese propósito se articula aquella prueba indiciaria en un «doble plano»<sup>125</sup> o elementos, que prácticamente se identifican con las «fases» o «momentos» a los que alude la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- El primero, consistente en «la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (a la igualdad de trato y no discriminación)»<sup>126</sup>, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel; un indicio que (...) no consiste en

<sup>121</sup> SSTC 90/1997, de 6 de mayo de 1997; y 84/2004, de 10 de mayo.

<sup>122</sup> *Vid.* nota 121.

<sup>123</sup> Me remito a mi trabajo «La prueba indiciaria. (Comentario a la STC, Sala Primera, de 30 de enero de 2003, núm. 17/2003)», RTSS. CEF, núm. 243, junio 2003, págs. 115-132.

<sup>124</sup> STC 38/1981, de 23 de noviembre.

<sup>125</sup> SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero; y 30/2002, de 11 de febrero.

<sup>126</sup> STC 38/1986, de 13 de marzo.

la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquella se haya producido»<sup>127</sup>.

- El segundo, que operará «solo una vez cubierto (aquel) primer e inexcusable presupuesto», y que consiste en que «sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios».

La obligación que se impone, mediante la prueba indiciaria, al demandado de acreditar cumplidamente la bondad de su actuación, en cuanto que ajena a todo propósito de trato desigual, constituye en una «auténtica carga probatoria», que no se satisface con la mera negación de la vulneración del derecho fundamental a la igualdad de trato y no discriminación<sup>128</sup>. Se trata de un «juego de cargas»<sup>129</sup>, con el resultado de «inversión de la carga de la prueba» (que se define frente al «principio de normalidad» de la carga de la prueba, art. 217.1 y 2 LECiv.) con reconocimiento explícito legal (art. 181.2 LJS)<sup>130</sup>. «No se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, la no discriminación», afirma la jurisprudencia constitucional<sup>131</sup>, sino «de una auténtica carga probatoria».

<sup>127</sup> SSTC 166/1987, de 2 de octubre; 114/1989, de 22 de junio; 21/1992, de 14 de febrero; 266/1993, de 20 de septiembre; 180/1994, de 20 de junio; 293/1994 de 7 de noviembre; y 85/1995, de 6 de junio.

<sup>128</sup> SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 197/1990, de 29 de noviembre; 136/1996, de 23 de julio; y 184/1999, de 22 de junio; «Para desestimar la pretensión (...) resulta insuficiente que a los indicios de atentado al derecho fundamental se oponga otros en sentido contrario ya que, en palabras del art. 181.2 LJS, lo exigido a la demandada es la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, cumplida por la demandante la carga que le incumbía surge sin restricciones la presunción favorable a la vulneración del derecho fundamental (...), y para desactivarla es imprescindible que la demandada logre esa justificación que se le exige», dice la STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 9 de noviembre de 2012; Ni tampoco por otros medios indirectos, así indica la STJUE de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12, Asociația ACCEPT y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, que «un empresario demandado no puede refutar la existencia de hechos que permiten presumir que practica una política (...) discriminatoria simplemente sosteniendo que las declaraciones que sugieren la existencia de una política (...) homófoba emanan de quien, aunque afirma y parece desempeñar un papel importante en la gestión de dicho empresario, carece, desde el punto de vista jurídico, de capacidad necesaria para vincularlo en materia de (...) personal».

<sup>129</sup> STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 9 de noviembre de 2012.

<sup>130</sup> Según el artículo 181.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social: «En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad»; «En el art. 181.2 LJS se invierte la carga de la prueba una vez justificada la ocurrencia de indicios de que se ha producido la violación del derecho fundamental», indica la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 8 de noviembre de 2012.

<sup>131</sup> STC 114/1989, de 22 de junio.

Se pretende mediante la prueba indiciaria que el empleador acredite que las causas aducidas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquella ocultó la lesión del derecho fundamental del trabajador a la igualdad de trato y no discriminación, o de cualquier otro derecho fundamental, del trabajador<sup>132</sup>. La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el trabajador presuntamente discriminado o tratado desigualmente desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión de aquel derecho fundamental<sup>133</sup>.

Resulta así que el trabajador que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba, ínsita en la prueba indiciaria, debe desarrollar una actividad alegatoria tal que sea suficientemente precisa, concreta, sustancial y reveladora de indicios «suficientemente fuertes» de la existencia del trato desigual o de la discriminación<sup>134</sup>. Alcanzado, en su caso, semejante principio de prueba, será a la parte demandada a la que se le «cargarán» la prueba de la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho funda-

<sup>132</sup> SSTC 38/1981, de 21 de marzo; 104/1987, de 17 de junio; 114/1989, de 22 de junio; 21/1992, de 14 de febrero; 85/1995, de 6 de junio; y 136/1996, de 23 de julio. Así como SSTC 38/1986, de 13 de marzo; 166/1988, de 28 de octubre; 135/1990, de 19 de julio; 7/1993, de 18 de enero; y 17/1996, de 7 de febrero.

<sup>133</sup> SSTC 197/1990, de 21 de noviembre; y 136/1996, de 23 de julio. También SSTC 38/1981, de 21 de marzo; 104/1987, de 17 de junio; 166/1988, de 28 de octubre; 114/1989, de 22 de junio; 147/1995 de 16 de octubre; y 17/1996, de 7 de febrero.

<sup>134</sup> Porque «el ejercicio de las facultades del empleador no pueda servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador» (SSTC 29/2002, de 11 de febrero; y 66/2002, de 21 de marzo), la necesidad de la prueba indiciaria se ha extendido más allá de los supuestos en que se cuestione la igualdad retributiva. Así resulta «evidentemente» pertinente la prueba indiciaria «cuando la discriminación en el acceso al empleo se produce en el marco de un procedimiento de selección» (STC 87/2004, de 10 de mayo, según la cual la pertinencia de la prueba indiciaria «resulta aún más evidente cuando la discriminación en el acceso al empleo se produce en el marco de un procedimiento de selección formalizado y sometido a los criterios de valoración de méritos contenidos en unas bases previamente adoptadas, como corresponde a la necesidad de garantizar la objetividad por la que debe regirse la decisión de la Administración pública contratante, con pleno sometimiento a los principios de mérito y capacidad, y de excluir toda arbitrariedad en la adjudicación de las plazas convocadas»). Cuando la «conducta prohibida ha tenido como consecuencia el crear un obstáculo definitivo al acceso al empleo de la trabajadora afectada, sus efectos pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto es, a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental» (STC 29/2002, de 11 de febrero) y por ello se impone aplicar la técnica de la prueba indiciaria. En fin, que ha de aplicarse la prueba indiciaria «en el ámbito de decisiones que inicialmente pueden aparecer como amparadas en la libertad de contratación del empresario, dada la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de este de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo» (SSTC 90/1997, de 6 de mayo; y 29/2002, de 11 de febrero); *vid.* STJUE de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12, Asociația ACCEPT y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării.

mental denunciado, a la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios<sup>135</sup>.

En fin, que el «mecanismo probatorio» o «carga de la prueba» instaurado explícitamente por la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, e implícitamente contenido en las Directivas 2000/43/CE<sup>136</sup> y 2000/78/CE<sup>137</sup>, y la «prueba indiciaria» creada por nuestra jurisprudencia constitucional, coinciden sustancialmente. Mediante semejante mecanismo probatorio, como afirma la sentencia objeto de comentario, se salvaguarda un cierto equilibrio que permite a la víctima (trabajador) hacer valer su derecho a la igualdad de trato y no discriminación, y a la parte demandada (empresario) no ser objeto de un proceso judicial con la única base de las afirmaciones de la víctima.

## V. UN SUPUESTO PARADIGMÁTICO DE LA EXIGENCIA DE IGUALDAD DE TRATO: LA PROSCRIPCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA, DIRECTA E INDIRECTA, POR RAZÓN DE SEXO

Ni las diferencias salariales poseen por sí solas un significado discriminatorio<sup>138</sup> ni las diferencias de trato por razón de sexo suponen siempre un trato desigual<sup>139</sup>. Pero «el empresario

<sup>135</sup> SSTC 90/1997, de 6 de mayo, 74/1998, de 31 de marzo, y 29/2002, de 11 de febrero; Esa doctrina constitucional se ha aplicado en supuestos de decisiones empresariales de despido (STC 114/1989, de 22 de junio), también en relación con otras facultades empresariales como la resolución del contrato en periodo de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, 166/1988, de 24 de mayo), la negativa a readmitir tras una excedencia voluntaria (STC 266/1993, de 20 de septiembre), la denegación de ciertas cantidades (STC 38/1986, de 21 de marzo), el establecimiento de diferencias salariales (SSTC 58/1994, de 28 de febrero, 147/1995, de 16 de octubre), y en supuestos de pretendida represalia por el ejercicio de las acciones judiciales impidiendo el acceso de la trabajadora a un nuevo contrato de trabajo posterior a aquel en relación con el cual se ejercieron las acciones judiciales (STC 29/2002, de 11 de febrero).

<sup>136</sup> Relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

<sup>137</sup> Relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. «Según el mecanismo previsto en el artículo 10, apartado 1, de dicha Directiva (2000/78/CE), si tales hechos se acreditan, corresponderá a la parte demandada, en un segundo momento, demostrar ante dicho órgano jurisdiccional que, pese a esa apariencia de discriminación, no ha habido violación del principio de igualdad de trato en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la misma Directiva», indica la STJUE de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12, Asociația ACCEPT y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării.

<sup>138</sup> STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 3 de febrero de 1998.

<sup>139</sup> Ejemplo de no discriminación en un trato desigual por razón de sexo es el indicado en la STC 75/2011, de 19 de mayo, según la cual «El precepto legal cuestionado (con referencia al art. 48.4 TRET) no puede entenderse contrario al artículo 14 de la CE desde la perspectiva del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo, pues, sin perjuicio de recordar que la prohibición de tratamientos peyorativos fundados en el sexo "tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer" (por todas, SSTC 17/2003, de 30 de enero; 214/2006, de 3 de julio; y 3/2007, de 15 de enero), es lo cierto que la atribución del

está obligado a pagar por la prestación de un trabajo "de igual valor" la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella»<sup>140</sup>.

El Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988, a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo<sup>141</sup>, también establece en su artículo 1 el derecho a igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminaciones por razones de sexo, a cuyo fin y para garantizar su ejercicio efectivo, las partes signantes se comprometen a reconocer ese derecho y a tomar las medidas adecuadas para garantizar o promover su aplicación en respecto de las «condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración».

Puede afirmarse<sup>142</sup> al hilo de la jurisprudencia constitucional<sup>143</sup>, que «la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el artículo 14 de la CE, (...) contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio<sup>144</sup>, comprensivo no solo de la discriminación directa sino también la de la discriminación indirecta». Es decir, no solo (del) «tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también (de) 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

---

derecho al descanso por maternidad en su integridad a la mujer trabajadora en el supuesto de parto no es discriminatoria para el varón, toda vez que (...) "la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 de la CE y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre" (STC 109/1993, de 25 de marzo). Y es que "la baja de maternidad está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora. Su principal fundamento no está en la protección a la familia, sino en la de las madres. Como dice el considerando decimocuarto de la Directiva 92/85/CEE, la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, hace necesario un derecho a un permiso de maternidad" (STC 324/2006, de 20 de noviembre)».

<sup>140</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 402; Me remito a mi trabajo «Retribución igual para un mismo trabajo o para trabajos de igual valor. (Comentario a la STJCE de 26 de junio de 2001, Asunto C-381/99)», RTSS. CEF, núm. 223, octubre 2001, págs. 91-101.

<sup>141</sup> Ratificado por parte de España por Instrumento de Ratificación de 7 de enero de 2000.

<sup>142</sup> STC 3/2007, de 15 de enero.

<sup>143</sup> STC 240/1999, de 20 de diciembre.

<sup>144</sup> STC 27/2004, de 4 de marzo, citando la STC 41/1999, de 22 de marzo; «La específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el artículo 14 de la CE comprende no solo 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», dice la STC 147/1995 de 16 de octubre.

miembros de un determinado sexo»<sup>145</sup>. A su vez también puede distinguirse entre discriminaciones abiertas y encubiertas<sup>146</sup>.

Una diferencia de retribución entre trabajadoras y trabajadores para un mismo trabajo o un trabajo de valor igual debe considerarse en principio contraria al artículo 141 de la Constitución Europea (hoy artículo 157 TFUE) y, por ende, a la Directiva 75/117/CE<sup>147</sup> (hoy Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio). Aquel principio fundamental, enunciado en el artículo 157 del TFUE y precisado por la Directiva 2006/54/CE, «prohíbe toda discriminación en materia de retribución entre un trabajador y una trabajadora, para un mismo puesto de trabajo o un trabajo de valor igual, cualquiera que sea el mecanismo que determine esa desigualdad<sup>148</sup>, a menos que la diferencia de retribución se justifique por razones objetivas<sup>149</sup>, ajenas a toda discriminación por razón de sexo»<sup>150</sup>. Sin que valgan expectativas, prospectivas o proyecciones a futuro<sup>151</sup>.

Según la jurisprudencia constitucional el artículo 14 de la CE prohíbe específicamente tal discriminación, «sea en su expresión más tosca donde el sexo es objeto de consideración directa, sea en su vertiente más sutil y común, la que tiene lugar bajo la apariencia de tratamientos formalmente no discriminatorios, pero que encubren consecuencias perjudiciales para un grupo social determinado, generalmente femenino»<sup>152</sup>.

<sup>145</sup> STC 27/2004, de 4 de marzo, citando las SSTC 145/1991, 286/1994, 147/1995 y 198/1996.

<sup>146</sup> Ejemplar es el supuesto en que el sexo, que pese a no aparecer como la causa explícitamente alegada para establecer la diferencia de trato, constituye el móvil que realmente ha guiado la actuación o el comportamiento empresarial aunque aparezca formalmente revestido bajo una causa distinta.

<sup>147</sup> La directiva tiene la finalidad esencial de facilitar la aplicación concreta del principio de igualdad de retribución que figura en el artículo 119 del Tratado (que pasó a estar contenido en el art. 141 Constitución Europea, y hoy en el art. 157 TFUE) y no afecta en absoluto al contenido ni al alcance de dicho principio, tal como lo define esta disposición», se afirma la en la STJUE de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99, Brunnhofer siguiendo a las SSTJUE de 17 de mayo de 1990, Barber, C-262/88, y de 30 de marzo de 2000, asunto C-236/98, JämO.

<sup>148</sup> STJUE 17 de mayo de 1990, asunto C-262/88, Baber.

<sup>149</sup> SSTJUE de 27 de marzo de 1980, asunto 129/79, Macarthys, y de 17 de junio de 1998, asunto C-243/95, Hill y Stapleton.

<sup>150</sup> STJUE de 26 de junio. 2001, asunto C-381/99, Brunnhofer.

<sup>151</sup> Las expectativas no pueden constituir motivo para retribuciones diferentes de un trabajo que todavía debe realizarse y que, por otra parte, es el mismo o de igual valor. Si posteriormente, con base en el trabajo realizado, se comprueba que existen diferencias objetivas en el nivel personal de prestación, esto puede dar lugar naturalmente a diferencias en la evolución de la carrera. Sin embargo, en tal caso ya no existe un mismo trabajo», afirma el Abogado General, Sr. L. A. GEELHOED, en la conclusión 26 de las presentadas el 15 de marzo de 2001, en el asunto C-381/99, Brunnhofer, resuelto por la STJUE de 26 de junio de 2001.

<sup>152</sup> STC 147/1995 de 16 de octubre.

Aquella doctrina jurisprudencial se ha visto recogida en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, cuyo artículo 28 establece un determinado marco conceptual, cerrado y limitado en cuanto a las causas discriminadoras, sin un enunciado abierto como se efectúa en el artículo 14 de la CE, circunstancia que sin embargo no quita un ápice de importancia a la regulación legal por cuanto aporta un marco definitorio, claro y específico, para la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación y positiviza las diferentes categorías de discriminación.

Partiendo de que «igualdad de trato» es tanto como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, distingue entre: a) Discriminación directa, que sucederá siempre que «una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad u orientación sexual»; b) Discriminación indirecta, que acaecerá «cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios».

La jurisprudencia constitucional define la referida discriminación indirecta «elaborada con apoyo en la jurisprudencia comunitaria (...) como 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»<sup>153</sup>. De aquella definición jurisprudencial se deduce la exigencia, para poder apreciar la concurrencia de discriminación indirecta, de «dos presupuestos. Por un lado, (que) la disposición cuestionada constituy(a) una norma neutra, aplicable con independencia del sexo de los trabajadores. Por otro, los datos estadísticos consultados permit(an) constatar que el contrato (...) es una institución que afecta predominantemente al sexo femenino, con el consiguiente mayor impacto que la aplicación de la norma cuestionada puede tener sobre las trabajadoras».

No obstante, a la necesaria actualidad de esos dos elementos añade, la misma jurisprudencia constitucional<sup>154</sup>, la necesidad de que también concurra un tercer elemento. De tal manera que «tanto desde la jurisprudencia comunitaria como desde la propia jurisprudencia constitucional, se ha puesto de relieve que para apreciar la existencia de discriminación indirecta es necesario que concurra un tercer elemento: así, bajo diferentes fórmulas se requiere «que los poderes públicos

<sup>153</sup> STC 61/2013, de 14 de marzo, con cita de las SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, y 3/2007, de 15 de enero.

<sup>154</sup> SSTC 61/2013, de 14 de marzo, y 71/2013, de 8 de abril. La STC 721/2013, de 8 de abril se refiere a que «la norma cuestionada vulnera el artículo 14 de la CE, tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo», se refiere.



no puedan probar que la medida responde a una medida de política social» que actúe como justificación suficiente<sup>155</sup>, o que se constate que «la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo»<sup>156</sup>; en otras palabras, dándose los presupuestos antes vistos, se ha apreciado que una norma puede dar lugar a discriminación indirecta «a menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido», considerando que «(a)demás, para estar justificada, la medida de que se trate tiene que ser adecuada para garantizar la realización del objetivo legítimo que persigue y no exceder de lo que es necesario para alcanzarlo»<sup>157</sup>.

Según la sentencia objeto de comentario, el punto de partida para el enjuiciamiento del tratamiento retributivo o salarial desigual y discriminatorio por razón de sexo alude a un criterio relacional, comparativo, que corresponde efectuar al órgano judicial nacional que plantea la cuestión prejudicial<sup>158</sup>. Efectivamente habrá de acudir al «contraste», entre sujetos y circunstancias concurrentes, incluso en los supuestos de en que se alegue discriminación indirecta. «Dado que el principio de igualdad de retribución en el sentido de los artículos 141 de la Constitución Europea (hoy artículo 157 TFUE) y de la Directiva 75/117/CEE (hoy Directiva 2006/54/CE, de 5 de

<sup>155</sup> STC 240/1999, de 20 de diciembre; STJUE de 20 de octubre de 2011, asunto C-123/10, Brachner.

<sup>156</sup> SSTC 69/2007, de 16 de abril; y 198/1996, de 3 de diciembre.

<sup>157</sup> SSTJUE de 13 de abril de 2010, asunto C-73/08, Bressol y otros.

<sup>158</sup> Como indica la sentencia objeto de comentario «la necesaria comprobación de la cuestión de si los trabajadores de que se trata realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor corresponde al órgano jurisdiccional nacional, único competente para constatar y apreciar los hechos, teniendo en cuenta la naturaleza concreta de las actividades realizadas por los interesados. No obstante, en el marco de una remisión prejudicial, el Tribunal de Justicia, llamado a facilitar respuestas útiles al juez nacional, es competente para proporcionar indicaciones, basadas en los autos del procedimiento principal y en las observaciones que le hayan sido presentadas, que puedan permitir al órgano jurisdiccional nacional dictar una resolución». Reiterando la doctrina contenida en las SSTJUE de 9 de febrero de 1999, asunto C-167/97, Seymour-Smith y Pérez; de 30 de marzo de 2000, asunto C-236/98, JämO; de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99, Brunnhofer; de 30 de marzo de 2006, asunto C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti; de 10 de julio de 2008, asunto C-54/07, Feryn; de 6 de septiembre de 2011, asunto C-163/10, Patriciello; y de 19 de abril de 2012, asunto C-415/10, Meister, y según la cual, «en el marco de un procedimiento interpuesto en virtud del artículo 267 TFUE, el Tribunal de Justicia no es competente para apreciar los hechos del asunto principal ni para aplicar a medidas o a situaciones nacionales las normas que haya interpretado, ya que dichas cuestiones son competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales nacionales. De este modo, no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre si los hechos de los que trae causa el litigio principal, tal como han sido expuestos en la resolución de remisión, revelan una discriminación basada en la orientación sexual. Como se desprende del considerando 15 de la Directiva 2000/78/CE, la apreciación de los hechos que permiten presumir la existencia de discriminación corresponde a los órganos judiciales nacionales u otros órganos competentes, con arreglo al Derecho nacional o a las prácticas nacionales (...). Siendo ello así, el Tribunal de Justicia puede facilitar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para su resolución». Doctrina que se reitera en la STJUE de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12, Asociația ACCEPT y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării.

julio) lleva implícito que los trabajadores y trabajadoras a los que se aplica deben encontrarse en situaciones idénticas o comparables, es preciso comprobar si los trabajadores implicados realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor».

Esa doctrina de la jurisprudencia europea que exige el «juicio relacional» en todo caso, en buen medida se contrapone a la jurisprudencia constitucional según la cual<sup>159</sup> 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 sujetos de sexo diferente, bastando que exista una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente por personas de un determinado sexo, aunque no necesariamente de forma exclusiva, y que se constate ese desfavorable tratamiento estadísticamente<sup>160</sup>.

Entrando en esa exigente perspectiva relacional y con referencia específica a las cualificaciones profesionales, se ocupa la sentencia objeto de comentario de las matizadas diferencias resultantes para cuando se imputa discriminación indirecta respecto de aquellos otros supuestos en que la imputación es de discriminación directa, precisando<sup>161</sup> que «cuando ejer-

<sup>159</sup> SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 29/2002, de 11 de febrero; 30/2002, de 11 de febrero; 17/2003, de 30 de enero; y 342/2006, de 11 de diciembre.

<sup>160</sup> Sin que obste a ello, según al sentencia objeto de comentario, la circunstancia de que en el supuesto litigioso sometido a su consideración el órgano jurisdiccional remitente hubiese sentado como premisa que existía «a primera vista una discriminación salarial indirecta por razón de sexo» (*vid.* STJUE 27 de octubre de 1993, asunto C-127/92, *Endersby*). Esto es, el Tribunal remitente de la cuestión prejudicial no puede llevar a cabo un pronunciamiento «sobre las cuestiones prejudiciales relativas a la justificación de una diferencia de retribución sin determinar previamente la equivalencia de las funciones de que se trata», aun cuando «la necesaria comprobación de la cuestión de si los trabajadores de que se trata realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor corresponde al órgano jurisdiccional nacional, único competente para constatar y apreciar los hechos, teniendo en cuenta la naturaleza concreta de las actividades realizadas por los interesados» (SSTJUE de 30 de marzo de 2000, asunto C-236/98, *JämO*; y de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99, *Brunnhöfer*). Advierte no obstante el Tribunal de Justicia en la sentencia objeto de comentario que aquella comparación de funciones que debe llevar a cabo el Tribunal nacional «a quo», ha de llevarse a cabo después de la notificación de la sentencia del Tribunal de Justicia, sin que sea válida la efectuada con anterioridad al planteamiento de la cuestión prejudicial, puesto que «en el marco de una remisión prejudicial, el Tribunal de Justicia, llamado a facilitar respuestas útiles al juez nacional, es competente para proporcionar indicaciones, basadas en los autos del procedimiento principal y en las observaciones que le hayan sido presentadas, que puedan permitir al órgano jurisdiccional nacional dictar una resolución».

<sup>161</sup> No parece que este criterio difiera del contenido en la STJUE de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99, *Brunnhöfer*. Según esta última resolución, «no es posible tratar por igual todos los elementos que se refieren directamente a la persona del trabajador y asimilar de esta manera, en particular, la formación profesional necesaria para ejercer la actividad de que se trata y los resultados concretos de esta. Si bien la formación profesional constituye un criterio válido, no solo a efectos de comprobar si los trabajadores realizan o no un mismo trabajo, sino también de justificar objetivamente, en su caso, una diferencia de las retribuciones atribuidas a trabajadores que efectúan una actividad comparable, esto es debido a que es un dato que se conoce objetivamente en el momento de la contratación, mientras que las prestaciones de trabajo solo pueden ser apreciadas posteriormente y no pueden constituir, por lo tanto, un motivo válido para justificar una desigualdad de trato desde la fecha de entrada en funciones de los trabajadores».

cen una actividad aparentemente idéntica diferentes grupos de trabajadores que no disponen de la misma habilitación o cualificación profesional para ejercer su profesión, debe verificarse si dichos grupos efectúan el mismo trabajo en el sentido del artículo 141 de la Constitución Europea (hoy art. 157 TFUE), tomando en cuenta los elementos relativos a la naturaleza de las tareas que pueden encomendarse a cada uno de dichos grupos de trabajadores, a los requisitos de formación exigidos para su ejercicio y a las condiciones laborales en las que dichas tareas se efectúan»<sup>162</sup>, pues «la formación profesional no solo constituye uno de los factores que pueden justificar objetivamente una diferencia en las retribuciones asignadas a trabajadores que efectúan un mismo trabajo. Asimismo, se cuenta entre los criterios que permiten verificar si los trabajadores efectúan o no el mismo trabajo»<sup>163</sup>.

En todo caso ha de repararse en que si se pretende justificar suficientemente un trato retributivo desigual en razón del sexo, esa justificación debe «basarse en una finalidad legítima (y) los medios elegidos para alcanzar dicha finalidad deberán ser idóneos y necesarios para conseguir dicho efecto»<sup>164</sup>. De tal manera que «el motivo invocado por el empresario para explicar la desigualdad debe responder a una efectiva necesidad de la empresa, ser idóneo para alcanzar el objetivo que esta persigue y ser necesario a tal fin»<sup>165</sup>. Porque «no se tratará de justificar el nivel de la retribución pagada a cada uno de los grupos de referencia ni tampoco de justificar la asignación de trabajadores a uno u otro grupo, sino de justificar la diferencia de retribución en sí misma», precisa la sentencia objeto de comentario<sup>166</sup>, añadiendo que «la diferencia de retribución es la que debe justificarse por razones objetivas, ajenas a toda discriminación por razón de sexo».

Rigor justificativo del trato desigual que tiene un tratamiento singular en los supuestos de discriminación indirecta, respecto de los de discriminación directa, porque en ellos, indica la sentencia objeto de comentario, «el origen de la diferencia de retribución puede ser diverso y, por tanto, la justificación de tal diferencia puede ser igualmente diversa y, de este modo, referirse a

---

afectados. En estas circunstancias, en el momento de la contratación de los trabajadores interesados, el empresario no puede pagar a un empleado determinado una retribución inferior a la atribuida a su compañero de trabajo del sexo opuesto, y justificar luego esta diferencia invocando la mejor calidad del trabajo efectuado por este o basándose en la circunstancia de que la calidad del trabajo realizado por el primero no ha cesado de disminuir tras su entrada en funciones, cuando conste que los interesados ejercen efectivamente el mismo trabajo o, al menos, un trabajo de igual valor. En efecto, cuando se cumple esta condición, la justificación de una desigualdad de trato basada en la apreciación futura de las respectivas prestaciones de los trabajadores implicados no permite excluir la existencia de consideraciones basadas en la diferencia de sexo de los interesados».

<sup>162</sup> STJUE de 11 de mayo de 1999, asunto C-309/97, *Angestelltenbetriebstrat der Wiener Gebietskrankenkasse*.

<sup>163</sup> *Vid.* nota 162.

<sup>164</sup> STJUE de 3 de octubre de 2006, asunto C-17/05, *Cadman*.

<sup>165</sup> SSTJUE de 13 de mayo de 1986, asunto 170/84, *Bilka*; y de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99, *Brunnhofner*.

<sup>166</sup> *Vid.* conclusión 41 de las presentadas el 29 de noviembre de 2012, por el Abogado General, Sr. Pedro CRUZ VILLALÓN, en el asunto C-427/11, *Margaret Kenny*.

una disposición nacional, a un convenio que regule colectivamente el trabajo por cuenta ajena o incluso a una práctica o a una acción unilateral de un empleador respecto al personal que emplea», bien que incumba «al empleador aportar una justificación objetiva de la diferencia de retribución apreciada entre los trabajadores que se consideran discriminados y las personas de referencia».

Concluyendo la sentencia objeto de comentario que «si la retribución correspondiente a los empleos de un grupo de trabajadores es sensiblemente inferior a la correspondiente a los empleos de otro grupo y los primeros están ocupados casi exclusivamente por mujeres mientras que los segundos están ocupados fundamentalmente por hombres, dicha situación pone de manifiesto una apariencia de discriminación por razón de sexo, siempre, al menos, que las (correspondientes) funciones de que se trat(e) tengan el mismo valor y que los datos estadísticos que caracteric(en) dicha situación sean válidos»<sup>167</sup>. El rigor de la prueba estadística en materia de discriminación indirecta por razón de sexo es decisivo<sup>168</sup>.

Efectivamente, pueden tomarse en consideración datos estadísticos «si se refieren a un número suficiente de individuos, si no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos»<sup>169</sup>, no siendo la comparación «adecuada cuando se realiza con grupos formados arbitrariamente, de manera que uno esté integrado fundamentalmente por mujeres y el otro fundamentalmente por hombres, con el objetivo de alcanzar, mediante comparaciones sucesivas, la equiparación de las retribuciones del grupo integrado fundamentalmente por mujeres con las de otro grupo, formado también arbitrariamente de manera que esté integrado fundamentalmente por hombres», apostilla al sentencia que se comenta<sup>170</sup>.

También se resuelve en la sentencia objeto de comentario la cuestión de «si cabe tener en cuenta el interés por mantener unas buenas relaciones laborales para justificar objetivamente

<sup>167</sup> STJUE 27 de octubre de 1993, asunto C-127/92, Enderby.

<sup>168</sup> *Id.* conclusiones 51-54 de las presentadas el 29 de noviembre de 2012, por el Abogado General, Sr. Pedro CRUZ VILLALÓN, en el asunto C-427/11, Margaret Kenny y otros, con base en las SSTJUE de 17 de octubre de 1989, asunto 109/88, Danfoss; de 27 de octubre de 1993, asunto C-127/92, Enderby; y de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99, Brunnhofer, especialmente conclusión 54 donde pone de manifiesto que ha de acreditarse que «no se trata de un fenómeno "fortuito" o "coyuntural", sino más bien estructural o definitorio de un régimen retributivo intrínsecamente discriminatorio».

<sup>169</sup> SSTJUE de 9 de febrero de 1999, asunto C-167/97, Seymour-Smith y Pérez; y de 27 de octubre de 1993, asunto C-127/92, Enderby.

<sup>170</sup> «Una comparación no es adecuada cuando se realiza con grupos formados arbitrariamente, de manera que uno esté integrado fundamentalmente por mujeres y el otro fundamentalmente por hombres, con el objetivo de alcanzar, mediante comparaciones sucesivas, la equiparación de las retribuciones del grupo integrado fundamentalmente por mujeres con las de otro grupo, formado también arbitrariamente de manera que esté integrado fundamentalmente por mujeres», indica la STJUE de 31 de mayo de 1995, asunto C-400/93, Royal Copenhagen.

una aparente discriminación salarial indirecta por razón de sexo»<sup>171</sup>, punto en que la sentencia que se comenta recuerda que:

- a) «Las razones que puedan proporcionar tal justificación deberán responder a una efectiva necesidad del empleador»<sup>172</sup>;
- b) «Los convenios colectivos deben, al igual que las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, respetar el principio establecido por el artículo 141 de la Constitución Europea<sup>173</sup> (hoy art. 157 TFUE)».

Terminando no obstante con una sorprende y ambigua conclusión<sup>174</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

La sentencia objeto de comentario significa un más que discreto avance en materia de igualdad de trato al deparar un enfoque general so capa de un supuesto específico de discriminación. Su contenido sobrepasa el supuesto concreto que le dio motivo y pone de manifiesto la equivalencia entre el «principio de igualdad de trato» y el principio de «no discriminación», así como

<sup>171</sup> Que le había sido planteada por el Tribunal «a quo» como cuestiones prejudiciales 4 y 5 en los siguientes términos: «4) ¿Ha incurrido la Labour Court en un error de Derecho comunitario al aceptar que el "interés por mantener unas buenas relaciones laborales" puede tenerse en cuenta a la hora de determinar si el empleador puede justificar objetivamente la diferencia salarial?; 5) En circunstancias en las que existe una aparente discriminación salarial indirecta por razón de sexo ("o por otra razón o circunstancia, personal o social, referible a determinados trabajadores", extensión "a pari") ¿puede determinarse que existe justificación objetiva sobre la base del interés del recurrido por mantener unas buenas relaciones laborales? ¿Tiene tal interés alguna relevancia en el análisis de la justificación objetiva?».

<sup>172</sup> SSTJUE de 13 de mayo de 1986, asunto 170/84, Bilka-Kaufhaus; y de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99, Brunnhöfer.

<sup>173</sup> STJUE de 27 de octubre de 1993, asunto C-127/92, Enderby.

<sup>174</sup> Que es la siguiente: a) «Al igual que los convenios colectivos, el interés por mantener unas buenas relaciones laborales está supeditado al respeto del principio de prohibición de la discriminación retributiva entre trabajadores masculinos y femeninos. Por tanto, este interés no puede constituir, por sí mismo, el único fundamento que justifique tal discriminación». (*Vid.* conclusiones 64, 65, 66 y 73 de las presentadas por el Abogado General, Sr. Pedro CRUZ VILLALÓN, el 29 de noviembre de 2012, en el asunto C-427/11, Margaret Kenny y otros, aludiendo a las presentadas el 19 de mayo de 2011 en el asunto C-447/09, Prigge y otros, resuelto por STJUE de 13 de septiembre de 2011); b) No obstante, «habida cuenta que el hecho de que la retribución se haya fijado a través de negociaciones colectivas o de negociaciones de ámbito local puede ser tomado en consideración por el órgano jurisdiccional nacional como elemento para apreciar si las diferencias entre las retribuciones medias de dos grupos de trabajadores se deben a factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo (...), el interés por mantener unas buenas relaciones laborales puede ser tomado en consideración (...) entre otros elementos para apreciar si las diferencias entre las retribuciones de dos grupos de trabajadores se deben a factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo y son conformes con el principio de proporcionalidad».

el dudoso acierto de diferenciar conceptualmente entre, por una parte, la «cláusula general de igualdad» y, por otra, determinados supuestos de discriminación, que pueden acotarse y limitarse legalmente. Al socaire de la sentencia comentada puede afirmarse que, a la altura de los tiempos que nos ha tocado vivir, no se trata ya de definir un marco teórico y un catálogo, más bien anecdótico, de tratamientos desiguales o discriminatorios, para eso ya esta la vida misma, como entidades y realidades diferenciadas, sino de construir, afirmar y establecer la preeminencia del principio único y general de «igualdad de trato y no discriminación». Además de esa singular transcendencia, la sentencia objeto de comentario asume especial importancia al constituirse en paradigma de la proscripción de la discriminación por razón de sexo.