

DISCRIMINACIÓN POR MATERNIDAD

(Comentario a la STJCE, de 20 de septiembre de 2007, asunto C-116/06,
y a la STC de 5 de noviembre de 2007, núm. 233/2007 y
rec. de amparo núm. 6219/2005) *

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 realización de la cláusula general de igualdad constituye un imperativo insoslayable que se desatiende sistemáticamente en nuestro ordenamiento jurídico (y con generalidad en los ordenamientos jurídicos occidentales), contrariando el basamento mismo del Derecho (como parte de la cultura occidental) en el racionalismo estricto. La única explicación para semejante desatención a la cláusula general de igualdad (constitucionalmente definible mediante el juego de los artículos 14 y 9.2 de nuestra Constitución) está en el relativo alejamiento de los sistemas jurídicos de la racionalidad y que supone su sistemática huida al mundo de los «valores». La inobservancia de aquella cláusula (ordinariamente referida como «principio de igualdad») muestra su peligro singularmente en relación con la maternidad, afrontando a multitud de «valores» constitucionales y, desde luego, poniendo en peligro a la madre y al niño (hijo), además de amenazar la estructura social básica.

Palabras clave: cláusula general de igualdad, principio de igualdad, discriminación por razón de sexo, discriminación directa, discriminación indirecta, embarazo, maternidad.

* Véase el texto íntegro de estas sentencias en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 299, febrero 2008, o en *Normacef Social*.

Sumario

Introducción.

- I. El principio de igualdad y la prohibición de discriminación en los textos fundacionales y legislación ordinaria comunitaria. Su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
- II. La cláusula general de igualdad y el principio de no discriminación en nuestra Constitución. La interpretación del Tribunal Constitucional.
 - 2.1. La cláusula general o principio de igualdad.
 - 2.2. La prohibición de discriminación.
- III. La proscripción de la desigualdad por razón de sexo.
 - 3.1. Discriminación directa por razón de sexo.
 - 3.2. La discriminación indirecta por razón de sexo.
 - 3.3. Consecuencias procesales de la proscripción constitucional de la discriminación por razón de sexo.
- IV. La maternidad como causa de discriminación en nuestra jurisprudencia constitucional.
- V. Relación sustancial entre la discriminación por embarazo y la discriminación por maternidad.
- VI. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

A la igualdad y a su negación (denominada «desigualdad») se alude tanto en el plano ideológico y político, como en el plano social y jurídico. Su lugar de ubicación natural es el de la filosofía moral, siendo su esencia ética o moral y religiosa, por ello y dada la etapa que nos ha tocado vivir de «pluralidad de códigos éticos» (tras la vigencia histórica de los códigos sianítico, homérico, ateniese, aristotélico y tomista), pretende constantemente atribuírsele una característica de relatividad.

Al ámbito de lo «jurídico» trasciende como «derecho a la igualdad», «formal» o «ante la ley», tras las dos grandes revoluciones burguesas de finales del XVIII (norteamericana y francesa) y como «real» o «efectiva y material», a partir de los movimientos sociales posteriores a la Revolución Industrial (socialistas y anarquistas, especialmente del «socialismo científico o marxismo»), llegando a constituirse, en los sistemas jurídicos propios de las democracias occidentales, en el núcleo del «Derecho», su elemento legitimador y diferenciador de otras regulaciones sociales.

En la teoría general del Derecho, la referencia a la «igualdad» se debate entre su equivalencia con la idea de «justicia natural» en cuanto «derecho equitativo» (*aequum autem ius est, non quo omnes uti sunt, sed quod omnibus latum est*) sobre un presupuesto identitario biológico, o servir de vehículo relacional (intersubjetivo) prevalente e indispensable según la utilidad lógico-matemática ¹

¹ Ejemplar es la siguiente observación, de GUDEJ, D., en «El teorema del loro. Novela para aprender matemáticas», *Anagrama*, Barcelona, 2000, pág. 75, que expone en forma de dialogo y que, de seguido, transcribo:

«Max dibujó una caja.

– Perrette por qué la Estadística no estaba en la lista.

Ruche arguyó que era un poco demasiado empírica para ser admitida como una subdivisión de las matemáticas. ¿Rechazada!

– ¿Sabe que se ha olvidado de la LÓ-GI-CA? – inquirió Perette.

– En absoluto –dijo Ruche con plomo–, 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!

– Y en el razonamiento en particular. Y no hay matemáticas sin razonamiento.»

Ni Derecho ni... nada sin razonamiento, añadimos nosotros.

y aritmética del signo igual (que, con seguridad a partir de la presentación por Recorde R de su obra «The whetstone of writte» en 1557, representa el signo =, pero que con anterioridad tuvo otras formas como ||).

En una concepción intermedia (que no equidistante) del «derecho a la igualdad» parecen orientarse tanto la jurisprudencia comunitaria como nuestra jurisprudencia constitucional, bien que con un predominio acentuado de su dimensión lógico-matemática, lo cual a la postre no es más que advertir su condición de resultado o manifestación de la cultura occidental ². Semejante concepción del Derecho lo separa radicalmente de cualquier positivismo jurídico al uso, excluyendo que sirva para justificar y dar pábulo a las regulaciones sociales impuestas por todo tipo de regímenes o sistemas jurídico-políticos etnicistas, terroristas, despóticos, tiránicos, esto es, simplemente criminales o genocidas.

Conforme a lo expuesto ha de repararse en que, en su dimensión jurídica, el principio de igualdad no es un principio jurídico más, que haya de conectarse (o que pueda competir) con otros principios jurídicos para conformar deductivamente el sistema jurídico, sino que constituye un macro-principio, o mejor, la expresión semántica, vulgar y abreviada de, al menos, los cuatro primeros teoremas o leyes de la lógica proposicional (ley de identidad, ley de la doble negación, ley del tercio excluso y ley de contradicción). De ahí el error de tratar el derecho a la igualdad dentro del sistema jurídico, como un derecho fundamental más, sin reparar en su esencial diferencia con otros derechos también considerados y proclamados como fundamentales en los textos constitucionales. Confusión que manifiestan aquellas jurisprudencias constitucional y comunitaria.

La posición de nuestra jurisprudencia constitucional tiene su punto de arranque en la siguiente no irreprochable afirmación (STC 164/2002 de 17 de septiembre): «es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro», que lleva inevitablemente a considerar el principio de igualdad como un «valor» y no como un macro-principio lógico-matemático (resultado de la combinación de diferentes teoremas o leyes lógicas)

Aquella afirmación se realiza por el Tribunal Constitucional sin el menor rubor ni azoramiento, y sin consideración a las dramáticas consecuencias que un pronunciamiento semejante (erróneo) llevado a cabo por el órgano jurisdiccional garante de nuestra norma básica de convivencia puede producir, pues equivale a dudar de la racionalidad del texto constitucional, lo que hace entrar al sistema jurídico mismo y en su totalidad en la deriva de que «todo vale», con la colaboración de los eficacísimos mecanismos (fundamentalmente audiovisuales, encabezados por la televisión) de propaganda y persuasión del marketing (político) y de la publicidad, con efectos perversos devastadores, que devalúan a las democracias occidentales más sólidas (urgiendo su revitalización mediante la

² Se plantea ATKINS, P., «El dedo de Galileo-Las diez grandes ideas de la ciencia» (2.^a edición), Espasa, Madrid, 2003, pág. 384, la siguiente cuestión: «Si la matemática no es sólo una rama de la lógica (...), ¿qué ingrediente adicional está presente?», afirmando más adelante, pág. 402, que «la estructura más profunda del mundo es matemática. El Universo, todo lo que contiene, es matemática, nada más que matemática, y la realidad física es una manifestación sobrecogedora de la matemática. Esto es platonismo extremo, ultraneoplatonismo, lo que en otro lugar he denominado "estructuralismo profundo". Lo que a nosotros nos parece tangible –tierra, aire, fuego y agua– no es más que aritmética». Sobre la estructura lógica de la «realidad (profunda)», ZUBIRI, X., «Inteligencia y razón», Alianza Editorial, Madrid, 1983.

implantación de la democracia deliberativa³), y de la simple violencia o «vis compulsiva» (policial o militar) aplicada en los demás sistemas políticos solo formalmente democráticos. Por supuesto, la irracionalidad de los sistemas normativos de regulación social [solo semánticamente referibles como sistemas jurídicos (?) o derechos (?) nacionales] es completa en los sistemas no democráticos (autoritarismos, dictaduras, autocracias y tiranías de diverso cuño existentes en el mundo).

La afirmación en torno a la irracionalidad del Derecho genera mayor desazón, si cabe, cuando se repara en que no la efectuó el Tribunal Constitucional tras haber considerado improcedente la utilización de las conectivas u operadores de la lógica proposicional en el razonamiento jurídico o la limitada utilidad o fracaso de las lógicas modales, sino simplemente después de afirmar, con la pretensión de lo apodíctico, que «la validez de un razonamiento desde un plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad de hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas».

Desde aquellas no irreprochables afirmaciones, de rancio sabor a silogística devaluada y vulgarizada, construye nuestro Tribunal Constitucional el resto de su discurso en torno a la racionalidad del Derecho, olvidándose de que la igualdad como resultado lleva en su urdimbre la necesidad imperiosa de ese razonamiento ajustado a los teoremas o leyes de la lógica, pues si no se observaran no se produciría aquel resultado de «igualdad» o «igual que/a». Por ello el punto de partida sustantivo ha de tener una estructura ajustada a esos teoremas o leyes, esto es, ha de «ser en sí mismo una construcción lógica».

Pero dado que no es posible en nuestra cultura occidental proclamar, sin más, la irracionalidad del Derecho, tanto nuestra jurisprudencia constitucional como la comunitaria llegan a soluciones de compromiso obedientes a técnicas transaccionales, sin cuestionarse que con ese discurso se salen definitivamente del campo de la racionalidad, para entrar en el menos exigente, y siempre cuestionable, de la razonabilidad.

La consecuencia de aquellas posiciones jurisprudenciales, avaladas por un positivismo jurídico a ultranza (extraordinariamente rentable para los propósitos más espúreos –incluso criminales– de quienes detentan, en cada momento histórico, el poder político, de lo que ejemplos hay que no es preciso citar), es que los sistemas jurídicos se vuelven esencialmente cuestionables.

Para paliar semejantes catastróficas consecuencias, se utilizan por aquellas jurisprudencias diversos mecanismos, bien que de eficacia solo relativa. Ejemplo de ello es nuestra doctrina jurisprudencial constitucional, cuando (en la Sentencia 164/2002, antes referida) indica que «a la exigencia de coherencia formal del razonamiento (la jurisprudencia constitucional ha unido) la exigencia de que (el razonamiento), desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar (...) que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se

³ Vid. GREPPI, A., «Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo», Editorial Trotta, Madrid, 2006; También RAMÍREZ, M., «Los peligrosos derroteros de la partitocracia», en *ABC*, del viernes 26-1-2007, pág. 3.

comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas».

En conclusión, parece que tanto la jurisprudencia comunitaria como constitucional, parten de que al sistema normativo no puede exigírsele racionalidad estricta por hallarse ubicado en el «mundo de los valores» en cuanto especie singular de las «verdades materiales», pero que no por ello puede admitirse que las sentencias y resoluciones aplicativas de esos conjuntos normativos, en su motivación, eludan absolutamente el discurrir mínimamente ajustado a algunos teoremas o leyes lógicas⁴. La consecuencia es que padece hasta extremos insoportables el principio o derecho a la igualdad, y con él, la justicia.

Cualesquiera consideraciones que se efectúen acerca de la aplicación de la cláusula general de igualdad (que comprende tanto el derecho a la igualdad como la proscripción de las discriminaciones) ha de llevarse a efecto desde la perspectiva que acabamos de enunciar. Esto es, desde la evidencia del tratamiento, tanto generalmente doctrinal como desde luego jurisprudencial, como un «valor» más y, por tanto, pautado de irracionalidad.

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LOS TEXTOS FUNDACIONALES Y LEGISLACIÓN ORDINARIA COMUNITARIA. SU INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Según reiterada jurisprudencia, «los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, y (...) las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria. Por consiguiente, estos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no se menoscaben tales exigencias»⁵.

⁴ La única explicación posible a esa posición del Tribunal Constitucional es que considere que «el conocimiento jurídico es un conocimiento mágico (en el sentido antropológico propio de la palabra) en cuanto que está por encima de la realidad y pone a esta a su servicio sin límites físicos ni metafísicos». Como precisa NIETO GARCÍA, A., «Limitaciones al conocimiento jurídico», *Lección jubilar*, Servicio de Publicaciones UCM, Madrid 2001, pág. 67: «El jurista crea la realidad, una realidad específica que llamamos realidad jurídica y 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».

⁵ SSTJCE de 24 de marzo de 1994, asunto C-2/92, Bostock, y de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, Karlsson y otros.

Al tenor de aquella jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario, «cuando una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, que conoce de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia»⁶.

«Entre los derechos fundamentales figura, en particular, el principio general de igualdad y no discriminación», el cual «exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que este se justifique objetivamente»⁷, prohibiendo que se traten de manera diferente situaciones comparables, «a menos que este trato esté objetivamente justificado, forma parte de los fundamentos de la Comunidad»⁸.

Esto es, el principio o derecho a la igualdad y prohibición de discriminación obliga a que generalmente «no se traten de manera diferente situaciones que (sean) comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica». No obstante lo cual admite la posibilidad de ese trato diferencial (trufado de discriminaciones), si bien, apostilla el mismo Alto Tribunal comunitario, «solo podría estar justificado si se basara en consideraciones objetivas, independientes (de los motivos de discriminación expresamente establecidos, respecto) de las personas afectadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido»⁹.

Cualquier desigualdad de trato contraría a los principios que inspiran el estatuto de ciudadano de la Unión, cuya «vocación (de dicho estatuto) es convertirse en la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado (CE), independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico»¹⁰.

Por todo ello, ya antes de la adopción de regulaciones comunitarias concretas sobre la aplicación del principio de igualdad y proscripción de discriminaciones (fundamentalmente de la Directiva 2000/78/CE, y otras específicas disposiciones), el Tribunal de Justicia había reconocido la existencia de un principio general de igualdad, que vincula a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria y que, por tanto, (se) puede utilizar para examinar las normativas nacionales que (están comprendidas) en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario¹¹.

⁶ SSTJCE de 18 de junio de 1991, asunto C-260/89, ERT, y de 19 de noviembre de 1998, asunto C-85/97, SFI.

⁷ SSTJCE de 12 de julio de 2001, asunto C-189/01, Jippes, y de 23 de noviembre de 1999, asunto C-149/96, Portugal/Consejo.

⁸ SSTJCE de 8 de abril de 1976, asunto 43/75, Defrenne, de 29 de junio de 1995, asunto C-56/94, SCAC, de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99, de 17 de septiembre de 2002, asunto C-320/00, Lawrence y otros, y de 3 de octubre de 2006, B. F. Cadman.

⁹ STJCE de 11 de julio de 2002, asunto C-224/98, D'Hoop.

¹⁰ STJCE de 20 de septiembre de 2001, asunto C-184/99, Grzelczyk,

¹¹ Conclusión 83 de las presentadas por el Abogado General Sr. Antonio Tizzano, el 30 de junio de 2006, en el asunto C-144/04, Mangold, el cual precisa que «ni el artículo 13 CE ni la Directiva 2000/78 reflejan necesariamente que ya se prevea una prohibición de todas las formas de discriminación a las que se refieren. Más bien al contrario, la intención que preside ambos casos es la de dejar al legislador comunitario y a los Estados miembros la tarea de tomar las medidas adecuadas a tal efecto».

Según los artículos 20 (igualdad ante la ley) y 21 (no discriminación) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ¹², declarada el 13 de diciembre de 2007 ¹³, por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, declarada en Lisboa, con «carácter jurídicamente vinculante» ¹⁴:

- «Todas las personas son iguales ante la ley».
- «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo (...)» ¹⁵.

Es pertinente traer a colación también el contenido del artículo 23 (igualdad entre mujeres y hombres) de la misma Carta de Derechos Fundamental, cuyo tenor es el siguiente:

«La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».

El principio de igualdad, según la «Explicación sobre la Carta de los Derechos Fundamentales» ¹⁶, «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» ¹⁷. La no discriminación «se inspira en el artículo 13 del Tratado CE, sustituido ahora por el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el artículo 14 del CEDH

¹² Aprobada mediante Declaración del Parlamento Europeo el 12 de abril de 1989. Ha de considerarse que aquella Declaración fue adoptada, «Vistos los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas; Visto su proyecto de Tratado constitutivo de la Unión Europea, aprobado el 14 de febrero de 1984 (...); Vista su Resolución de 29 de octubre de 1982, sobre el Memorándum de la Comisión relativo a la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; Vista la Declaración común sobre la protección de los derechos fundamentales; Visto el Preámbulo del Acta Única; Vistos los principios generales comunes del Derecho de los Estados miembros; Vista la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades; Vista la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Vistos los Pactos de las Naciones Unidas relativos a los Derechos Civiles y Políticos, y a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Visto el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y su protocolo (...); Considerando que el respeto de los derechos fundamentales constituye la condición indispensable de la legitimidad comunitaria (...). Considerando que la identidad comunitaria hace precisa la manifestación de los valores comunes a los ciudadanos europeos; Considerando que el requisito para que exista la ciudadanía europea es que todos los ciudadanos se beneficien por igual de la protección de sus derechos y libertades en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario».

¹³ 2007/C y 303/2001.

¹⁴ Diario Oficial de la Unión Europea , C 303/6 ES, de 14 de diciembre de 2007.

¹⁵ Se precisa también por «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 que se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares».

¹⁶ Diario Oficial de la Unión Europea, C 303/6 ES, de 14 de diciembre de 2007.

¹⁷ SSTJCE de 13 de noviembre de 1984, Racke, asunto 283/1983, de 17 de abril de 1997, asunto C-15/1995, EARL, y de 13 de abril de 2000, asunto C-292/1997, Karlsson.

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»¹⁸.

También respecto de la igualdad entre mujeres y hombres proclamada en aquella Carta y antes referida se dan explicaciones plausibles¹⁹.

No obstante, se debe reparar en la siguiente afirmación efectuada por el Tribunal de Justicia comunitario, en relación con la intrínseca relación existente entre el principio de igualdad y las distintas prohibiciones de discriminación por motivos concretos:

«Las prohibiciones específicas constituyen expresiones particulares del principio general de igualdad, que forma parte de los fundamentos de la Comunidad. Sin embargo, inferir del principio general la existencia de una prohibición de discriminación por un motivo específico es cosa muy distinta y en absoluto obvia»²⁰.

En el ámbito concreto de la prohibición de discriminación por razón de sexo y la protección de la trabajadora embarazada o que haya tenido un hijo, no puede dejar de tomarse en consideración lo

¹⁸ Según se indica en la misma «Explicación sobre la Carta de los Derechos Fundamentales», «no existe contradicción ni incompatibilidad entre el apartado 1 y el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 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 no modifica el alcance de las competencias conferidas por el artículo 19 ni la interpretación de dicho artículo.

¹⁹ En la «Explicación» referida en el apartado anterior también se indica que el contenido del artículo 21 de la referida Carta de los Derechos Fundamentales establece lo siguiente: «El párrafo primero de este artículo se ha basado en el artículo 2 y en el apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, que han sido sustituidos por el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea y el artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que imponen como objetivo a la Unión promover la igualdad entre el hombre y la mujer en la Unión, y en el apartado 1 del artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Se inspira en el artículo 20 de la Carta Social Europea revisada, de 3 de mayo de 1996, y en el punto 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. Se basa asimismo en el apartado 3 del artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. El párrafo segundo recoge en una fórmula más breve el apartado 4 del artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, conforme al cual el principio de igualdad de trato no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de una actividad profesional o a prevenir o compensar desventajas en sus carreras profesionales. De conformidad con el apartado 2 del artículo 52, el párrafo segundo no modifica el apartado 4 del artículo 157».

²⁰ Conclusión 94, de las presentadas por el Abogado General señor Ján Mazák, el 15 de febrero de 2005 en el asunto 411/2005, Félix Palacios de la Villa.

establecido en la Carta Social Europea²¹, según la cual²² «para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección», los Estados signatarios del Convenio se comprometen: «a garantizar a las mujeres, antes y después del parto, un descanso de una duración total de doce semanas, como mínimo, sea mediante vacaciones pagadas, sea por prestaciones adecuadas de la Seguridad Social o por subsidios sufragados con fondos públicos», «a considerar como ilegal que un empleador despida a una mujer durante su ausencia por permiso de maternidad o en una fecha tal que el período de preaviso expire durante esa ausencia» y «a garantizar a las madres que críen a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo». Añadiendo el Protocolo adicional a la misma²³ importantes precisiones²⁴.

En aplicación del artículo 13 Tratado de la CE²⁵ se aprobó la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, a tenor de la cual²⁶: «se entiende por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos²⁷ mencionados (en la misma) Directiva»²⁸.

Establece la mencionada norma comunitaria que «existe discriminación directa cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos (antes mencionados)»²⁹, no olvidándose, empero, de la delimitación de la denominada discriminación indirecta, por más que no se defina con la misma concreción que la discriminación directa. Aquella discriminación indirecta surge, según la indicada disposición comunitaria, de disposiciones que, aparentemente, se aplican por igual a hombres y a mujeres, (para) cuando una disposición de aquellas características en realidad perjudica a las mujeres, (pues entonces) puede considerarse indirectamente discriminatoria.

No obstante, el tratamiento de la discriminación directa e indirecta no se parifica, y las diferencias existentes entre ambos tipos de discriminación se ponen de manifiesto cuando la misma jurisprudencia que rechaza cualquier discriminación directa por razón de sexo, sin embargo admite que pueda haber justificación para la discriminación indirecta.

²¹ Aprobada en Turín el 18 de octubre de 1961, suscrita y ratificada por España en 1980.

²² Artículo 8.

²³ Concluido el 5 de mayo de 1988, suscrito y ratificado por España en 2000.

²⁴ Según su artículo 1, «con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razones de sexo», se establece el compromiso de los Estados signatarios de aquel Protocolo a «reconocer ese derecho y a tomar las medidas adecuadas para garantizar o promover su aplicación en los siguientes campos: acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción profesional; orientación y formación profesionales, reciclaje y readaptación profesional; condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración y desarrollo de la carrera profesional, incluido el ascenso», precisándose, en su apartado 2, que «no se considerarán discriminatorias (...) las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular por lo que respecta al embarazo, al parto y al período postnatal».

²⁵ Según el cual: «Dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad», el Consejo, «por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo». Bien que la Directiva 2000/78 haya sido adoptada sobre la base del artículo 13 CE, en su versión anterior al Tratado de Niza.

²⁶ Artículo 2, apartado 1.

²⁷ De religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual.

²⁸ STJCE de 16 de octubre de 2007, Félix Palacios de la Villa.

²⁹ *Vid.* artículo 2, apartado 2, letra a) de la Directiva.

En el mismo trámite de eliminar toda discriminación por razón de sexo se inscribe la Directiva 76/207/CEE. Como el Tribunal de Justicia comunitario tiene declarado³⁰, al reservar la normativa comunitaria a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere «al embarazo y a la maternidad»³¹, reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto.

Complementando el mandato contenido en aquella norma comunitaria y debido a que determinadas actividades pueden presentar un riesgo específico para la trabajadora embarazada, que hubiera dado a luz o que esté en período de lactancia, por su exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos que suponen un riesgo para su seguridad o la salud, el legislador comunitario, al adoptar la Directiva 92/85/CEE, estableció un dispositivo de evaluación y de comunicación de riesgos específico, respecto de aquellas trabajadoras, imponiendo la prohibición de que llevaran a cabo determinadas tareas o actividades. Bien entendido que semejante protección y prohibición de tareas o actividades concretas, no permite excluir a las mujeres de un empleo basándose en que deben estar más protegidas que los hombres contra riesgos distintos de las necesidades de protección específicas de la mujer, como las expresamente mencionadas³².

La diferenciación entre prohibición de discriminación directa e indirecta, no obstante constituir en ambos casos una derivación de la cláusula general de igualdad, supone introducir diferencias sustanciales, que se trasladan inevitablemente a la cuestión de la prueba procesal del acto discriminatorio, habiéndose declarado por la jurisprudencia comunitaria que «cuando exista una apariencia de discriminación, corresponde al empresario demostrar que la práctica de que se trata se halla justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo»³³.

La propia normativa comunitaria interfiere en el tratamiento unitario de la prohibición de discriminación³⁴ estableciendo reglas de distribución de la carga de la prueba entre empresario y trabajador/a en los casos de discriminación, de tal manera que, a su tenor, quien reclama contra la aplicación de una norma que entrañe semejante discriminación debe aportar prueba de que la disposición impugnada realmente produce un impacto desigual sobre las mujeres. Así, en esta fase inicial del procedimiento, la carga de la prueba recae sobre la trabajadora, y la obligación de que el empresario (o el legislador, en su caso) presenten justificación para una práctica o una política aparentemente neutral surge solamente si se aporta dicha prueba.

³⁰ SSTJCE de 1 de febrero de 2005, asunto C-203/2003, Comisión/República de Austria, y de 30 de junio de 1998, asunto C-394/1996, Brown.

³¹ Apartado 3 del artículo 2.

³² Artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207; *vid.* SSTJCE de 15 de mayo de 1986, asunto 222/84, Johnston, y de 11 de enero de 2000, asunto C-285/98, Kreil.

³³ SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto C-33/1989, Kowalska, y de 23 de octubre de 2003, asuntos acumulados C-4/2002 y C-5/2002, Schönheit y Becker.

³⁴ Artículo 4 de la Directiva 97/80.

II. LA CLÁUSULA GENERAL DE IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN NUESTRA CONSTITUCIÓN. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el orden de las disposiciones jurídico-positivas, conviene recordar que según el artículo 14 de nuestra Constitución (en adelante CE):

«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».

También el artículo 9.2 de la CE alude a la cláusula general de igualdad, en cuanto afirma 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».

A juicio de la jurisprudencia constitucional, el contenido del artículo 9 de la CE no es algo diferente del principio establecido en el artículo 14 antes indicado, sino que constituye una matización o desarrollo del mismo.

2.1. La cláusula general o principio de igualdad.

La jurisprudencia constitucional no contrapone igualdad formal a igualdad material, por más que aluda a ellas diferenciándolas, sino que las trata como posibles aspectos teóricos a contemplar desde el mandato constitucional de respeto al principio de igualdad. Extremo en el que con evidencia acierta, siendo tal precisión encomiable pues aquellas diferentes enunciaciones del principio de igualdad alteran la raigambre lógica y, consecuentemente, racional, del principio de igualdad.

La cláusula general o principio de igualdad se nuclea en el artículo 14 de la CE, que enuncia un derecho subjetivo público. Conviene recordar que dicho precepto constitucional ha sido objeto de una concreta interpretación jurisprudencial por la jurisprudencia constitucional, a cuyo tenor:

- a) 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».

b) No obstante, el mandato del aquel artículo 14 de la CE «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»³⁵.

Según aquella jurisprudencia constitucional, «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»:

- «Porque lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados», y
- «Porque también es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos».

Esto es, según nuestra jurisprudencia constitucional «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»³⁶, concibiéndose primariamente como igualdad ante o en la Ley, y como aquel principio no es la mera formulación de un ideario político, sino que a pesar de todo mantiene su raigambre lógico-matemática.

La operatividad de la cláusula general de igualdad en ese ámbito *inter privatos*³⁷ (*drittwirkung der Grundrechte* o *state action*) se reconoce primero en Alemania (Nipperdey) y solo reticente y tardíamente por nuestra jurisprudencia constitucional, que la mantiene en el ámbito de los idearios políticos del iluminismo, del enciclopedismo y de las revoluciones burguesas del 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 contraponerse, impropia y desacertadamente, a la libertad individual y a su corolario, la autonomía contractual (autonomía privada o de la voluntad).

³⁵ Siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en relación con el art. 14 CEDH).

³⁶ 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.

³⁷ *Vid.* sobre el tema MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., «Decisiones empresariales y principio de igualdad», Cedecs Editorial, SL, Barcelona, 1998, págs. 101 y ss.

Cuestión de extrema importancia práctica a los efectos de la plena operatividad de aquella igualdad en las relaciones entre sujetos privados encierra el «juicio de igualdad»³⁸, especialmente en su aplicación a sujetos privados, dado el carácter relacional del principio de igualdad, llevando a una alteración del principio general de imposición de la «carga de la prueba». Al respecto, la doctrina jurisprudencial constitucional ha construido la denominada prueba indiciaria³⁹, de constante aplicación cuando de la acusación de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas se trata⁴⁰.

2.2. La prohibición de discriminación.

Establece la jurisprudencia constitucional el siguiente «principio básico en la materia»⁴¹:

«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 discriminación⁴², 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»⁴³.

³⁸ Sobre el tema con detalle MARTÍNEZ ROCAMORA, *op. cit.*, pág. 154.

³⁹ Por todas, *vid.* STC 342/2006, de 1 de diciembre.

⁴⁰ Siguiendo la STC 342/2006, de 1 de diciembre, puede afirmarse que la prueba indiciaria en el ámbito de las relaciones laborales «se articula en un doble plano. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia. Bajo esas circunstancias, el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada». Dicho de otro modo, continúa indicando aquella jurisprudencia constitucional, «para que opere este desplazamiento de la carga probatoria no basta que el trabajador tache de discriminatoria la decisión empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato. Ahora bien, una vez producida esta prueba indiciaria, la empresa demandada asume ya la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación–, sino la de acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. Por este motivo es exigible un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehementemente de la discriminación». Baste con la cita de las SSTC 17/2003, de 30 de enero, de 2 de junio, y 175/2005, de 4 de julio.

⁴¹ SSTC 39/2002, de 14 de febrero de 2002, y 233/2007, de 5 de noviembre.

⁴² Siguiendo a la STC 75/1983, de 3 de agosto.

⁴³ Como exponen las SSTC 128/1987, de 16 de julio, 166/1988, de 26 de septiembre, y 145/1991, de 1 de julio.

Afirmando aquella jurisprudencia constitucional que, «bien con carácter general ⁴⁴ en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular ⁴⁵», ha de considerarse «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 CE».

No obstante, añade aquella jurisprudencia constitucional que no puede excluirse que «los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica» ⁴⁶; si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación».

La separación que la jurisprudencia constitucional advierte entre la cláusula general de igualdad y las prohibiciones concretas de discriminación que aparecen en el artículo 14 de la CE, no es más que una consecuencia de su huída o desapego del mundo de la racionalidad estricta para acomodarse al de los «valores», poniéndolo de manifiesto cuando afirma lo siguiente:

«A diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad» ⁴⁷.

Por ello, aquella jurisprudencia constitucional no deja de proyectar tal diferencia también en el plano procesal estableciendo que «la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del artículo 14 de la CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el artículo 14 de la CE concreta para vetar que

⁴⁴ Con carácter general respecto al listado del artículo 14 CE, SSTC 83/1984, de 8 de febrero; 20/1991, de 31 de enero, y 176/1993, de 27 de mayo.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ En relación con el sexo SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, 128/1987, de 26 de julio; 229/1992, de 14 de diciembre, y 126/1997, de 3 de julio. En relación con las condiciones personales o sociales, SSTC 92/1991, de 6 de mayo, y 90/1995, de 8 de julio. En relación con la edad, STC 75/1983, de 3 de agosto. En relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero.

⁴⁷ 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.

en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones»⁴⁸.

III. LA PROSCRIPCIÓN DE LA DESIGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO

La jurisprudencia constitucional tiene reiteradamente establecido que el artículo 14 de la CE, junto a la cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley con la que inicia su contenido, «contiene la prohibición de una serie de motivos concretos de discriminación que 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 artículo 10.1 de la CE»⁴⁹.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional «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 CE, como (...) la discriminación por razón de sexo»⁵⁰.

Habida cuenta de que el concepto de discriminación por razón de sexo y sus diferentes proyecciones (directa e indirecta) han sido establecidos fundamentalmente en la normativa comunitaria, y trasladados a nuestra legislación ordinaria⁵¹, por más que aquella discriminación cuente con su proscripción por nuestra Constitución, puede establecerse la siguiente cronología:

⁴⁸ STC 81/1982, de 21 de diciembre.

⁴⁹ SSTC 128/1987, de 16 de julio; 166/1988, de 26 de septiembre; 145/1991, de 1 de julio; 17/2003, de 30 de enero, 214/2006, de 3 de julio y 342/2006, de 11 de diciembre.

Según el artículo 1 (Dignidad humana) de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea: «La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida».

Se indica en las referidas «Explicaciones» a la mencionada Carta lo siguiente: «La dignidad de la persona humana no solo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagra la dignidad humana en su Preámbulo: "... Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". En su sentencia del 9 de octubre de 2001 en el asunto C-377/98, Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo, (...), el Tribunal de Justicia confirmó que el derecho fundamental a la dignidad humana forma parte del Derecho de la Unión. Se deduce de ello, en particular, que ninguno de los derechos inscritos en la presente Carta podrá utilizarse para atentar contra la dignidad de otras personas y que la dignidad de la persona humana forma parte de la esencia de los derechos inscritos en la presente Carta. Por lo tanto, no podrá atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho».

⁵⁰ 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; 126/1997, de 3 de julio; 214/2006, de 3 de julio; y 342/2006, de 11 de diciembre.

⁵¹ La Ley 62/2003, en su 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 Constitución, circunstancia que sin embargo no quita 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

- Inicialmente la primera norma comunitaria que se ocupa de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, no definió los conceptos de discriminación directa o indirecta. Posteriormente, en base al artículo 13 del Tratado se adoptaron las Directivas 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, y 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, que ya sí definieron la discriminación tanto directa como indirecta.
- La transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE en el Derecho español se verificó por las Leyes 51/2003, de 2 de diciembre⁵², y 62/2003, de 30 de diciembre⁵³.
- La Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (adoptada en el marco del art. 141.3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea), modificó la Directiva 76/207/CEE, incluyendo las definiciones de discriminación directa e indirecta por razón de sexo, en la línea de las definiciones contenidas en las Directivas de 2000 antes citadas.
- La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006⁵⁴, prohíbe cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sexo, definiendo la «discriminación directa» como «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable» [art. 2.º 1 a)], y la «discriminación indirecta», como aquella «situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios» [art. 2.º 1 b)].
- La prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo o una vez empleados se ha recogido, de modo expreso, en los artículos 4.º 2 c) y 17.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET), redactados conforme a lo dispuesto por el artículo 37 de la citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, distinga entre:

- 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», y
- 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».

⁵² De igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

⁵³ De medidas fiscales administrativas y del orden social.

⁵⁴ Relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que refundió las diversas Directivas en la materia, entre ellas la 76/207/CEE modificada por la 2002/73/CE.

3.1. Discriminación directa por razón de sexo.

En relación con la concreta prohibición de discriminación por razón de sexo, resulta que aquella exclusión tiene razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer⁵⁵. Por tanto, en contraste con el principio genérico de igualdad⁵⁶, la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos solo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres⁵⁷.

Esta conducta discriminatoria directa se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en ella de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE)⁵⁸. Tal clase de discriminación «comprende sin duda aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca»⁵⁹. Por ello:

- a) «La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de este, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto».
- b) «Aquella protección de la mujer se procura también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, (y) condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que (las) medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora».
- c) La protección de la mujer afianza «todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado»⁶⁰.

La protección «de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo»⁶¹, por ello «un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad constituye una discriminación (directa por razón de sexo)»⁶².

⁵⁵ STC 166/1988, de 26 de septiembre.

⁵⁶ Que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato.

⁵⁷ SSTC 229/1992, de 14 de diciembre; y 17/2003, de 30 de enero.

⁵⁸ STC 342/2006, de 11 de diciembre.

⁵⁹ SSTC 173/1994, de 7 de junio; 136/1996, de 23 de julio; 20/2001, de 29 de enero; 41/2002, de 25 de febrero; 17/2003, de 30 de enero; 98/2003, de 2 de junio; y 175/2005, de 4 de julio.

⁶⁰ SSTC 17/2003, de 30 de enero; 161/2004, de 4 de octubre; y 214/2006 de 3 de julio.

⁶¹ STC 182/2005, de 4 de julio

⁶² Conclusión 32 de las presentadas el 15 de marzo de 2007, por la Abogada General Sra. Juliana Kokott, en el asunto C-116/2005.

3.2. La discriminación indirecta por razón de sexo.

Dado que la discriminación directa por razón de sexo comprende cualesquiera «tratamientos peyorativos» que se funden no solamente en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino que incluye aquellos otros que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca»⁶³, con relativa coherencia se distingue entre discriminación directa y discriminación indirecta.

La discriminación indirecta o de impacto adverso acaece cuando «aun siendo formalmente neutros (los criterios de diferenciación) aplicados, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo»⁶⁴. Esto es, «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo»⁶⁵.

Ordinariamente, la discriminación indirecta por razón de sexo afecta preponderantemente a las mujeres⁶⁶, y para ponderar las exigencias que el artículo 14 de la CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo, basta con atender a las dos circunstancias siguientes:

- a) Al «embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres»⁶⁷.
- b) Al «hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto (comporta) desventajas reales (...) para la conservación de su empleo (que) soporta la mujer a diferencia del hombre».

Puesto que, en aquellos supuestos, se puede comprobar «por datos revelados por la estadística» si es mayor «el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta(s) circunstancia(s) a diferencia de los varones»⁶⁸, así como si existe una «mayor dificultad para (que) la mujer con hijos de corta edad (pueda) incorporarse al trabajo o permanecer en él»⁶⁹.

⁶³ STC 173/1994, de 7 de junio; 136/1996, de 23 de julio; 20/2001, de 29 de enero; 41/2002, de 25 de febrero; y 17/2003, de 30 de enero.

⁶⁴ STC 41/1999, de 22 de marzo.

⁶⁵ Según el artículo 2 de la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997. Indicándose por la STC 3/2997, de 15 de enero, que «el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha entendido que no existía discriminación indirecta por razón de sexo, por estar justificadas las diferencias de trato por motivos de política social, en medidas tales como la no inclusión de los trabajadores a tiempo parcial en alguno de los regímenes de la Seguridad Social (STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto Megner y Schffel) o la falta de cobertura de determinadas prestaciones de Seguridad Social (STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto Nolte).

⁶⁶ STC 3/2007, de 15 de enero, que seguimos a lo largo de todo este subepígrafe.

⁶⁷ Afirma la STC 182/2005, de 4 de julio.

⁶⁸ STC 109/1993, de 25 de marzo.

⁶⁹ STC 128/1987, de 16 de julio.

Los casos de discriminación indirecta también incluyen supuestos en donde lo que se compara «no son individuos», sino «grupos sociales» en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el artículo 14 de la CE.

En conclusión, puede afirmarse ⁷⁰, al hilo de la jurisprudencia constitucional ⁷¹, que «la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el artículo 14 CE (...) contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio ⁷², comprensivo no solo de la discriminación directa sino también 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 miembros de un determinado sexo» ⁷³.

3.3. Consecuencias procesales de la proscripción constitucional de la discriminación por razón de sexo.

Cuando el derecho que se dice vulnerado no es el derecho a la igualdad *in genere*, sino su concreción en el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el artículo 14 de la CE, no resulta necesario aportar en todo caso un *tertium comparationis* para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos supuestos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta.

Por ello, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta con que exista una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva por trabajadoras femeninas, y que se constate ese trato desfavorable estadísticamente, siendo además de aplicación la prueba indiciaria ⁷⁴.

⁷⁰ STC 3/2007, de 15 de enero.

⁷¹ STC 240/1999, de 20 de diciembre.

⁷² Citando la STC 41/1999, de 22 de marzo.

⁷³ Refiriéndose a las SSTC 145/1991, 286/1994 y 147/1995 y 198/1996.

⁷⁴ Desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, «cuando se prueba indiciariamente que una (actuación) contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales (...), incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada (SSTC 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).

Se afirma, con acierto, que la actividad probatoria es «el banco de prueba de la garantía constitucional de la no discriminación. El polimorfismo propio de la conducta discriminatoria y la variedad de matices que puede adoptar explica esa importancia»⁷⁵, de ahí la trascendencia que en estos procesos asume la prueba indiciaria.

IV. LA MATERNIDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN EN NUESTRA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Como se ha indicado, la jurisprudencia constitucional confirma que la discriminación por razón de sexo no comprende solo «aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada», sino que también engloba «estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca»⁷⁶, produciéndose una expansión de la prohibición de discriminación por razón de sexo, protegiéndose tanto el embarazo de la mujer trabajadora como su maternidad, pues «el embarazo o la maternidad es algo distinto de la condición sexual, aunque esté íntimamente ligado al sexo femenino»⁷⁷.

Efectivamente, tal sucede con el embarazo, en el que el elemento o factor diferencial, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres⁷⁸, «partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el artículo 14 de la CE»⁷⁹. Situación no sustancialmente diferente es la relativa a la maternidad, bien que, por una parte, sea «concebible un incumplimiento de la Ley que regula los derechos y garantías de la trabajadora ejercitante del derecho asociado a la maternidad que no tenga una motivación discriminatoria y que no ocasione, tampoco, perjuicios que quepa encuadrar en la prohibición de discriminación del artículo 14 CE en los términos anteriormente indicados»⁸⁰, y, por otra parte, que la exclusiva predicación de la maternidad respecto de la mujer pueda ser compensada, al menos parcialmente, con la paternidad.

⁷⁵ MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *op. cit.*, pág. 171.

⁷⁶ SSTC 175/2005, de 4 de julio, 182/2005, de 4 de julio, y 214/2006, de 3 de julio.

⁷⁷ Precisa MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *op. cit.*, pág. 182.

⁷⁸ SSTC 173/1994, de 7 de junio, 20/2001, de 29 de enero, 41/2002, de 25 de febrero, 17/2003, de 30 de enero, 98/2003, de 2 de junio, 175/2005, de 4 de julio, 214/2006, de 3 de julio, y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3.

⁷⁹ Doctrina jurisprudencial constitucional, estimada también en relación con decisiones no causales, a saber, en concreto en relación con la resolución del contrato de trabajo en periodo de prueba, SSTC 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre, o la no renovación de contrato de trabajo temporal, STC 173/1994, de 7 de junio.

⁸⁰ Precisando que «sería el caso de las infracciones legales que resultaran desvinculadas del factor constitucionalmente protegido o que no llevaran aparejados un trato peyorativo en las condiciones de trabajo o una limitación o quebranto de los derechos o expectativas económicas o profesionales de la trabajadora. Se estaría en tales supuestos en presencia de situaciones antijurídicas, en tanto que revelarían la inaplicación de la ley, pero que carecerían (por hipótesis) de dimensión constitucional. De otro modo el artículo 14 CE no ampararía frente a las situaciones de discriminación por razón de sexo, sino ante toda desatención de la ley que se produzca en casos en los cuales la prohibición de discriminación *prima facie* pudiera entrar en juego aun cuando, en definitiva, materialmente no resultase comprometida».

No obstante, es lo cierto que, dado el estado de evolución cultural actual y el «estado de la ciencia y de la técnica biomédica», resulta que «la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de este, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado»⁸¹.

Si el embarazo de la mujer trabajadora puede constituir causa de discriminación, también puede constituirlo su maternidad, al extremo que «la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de las mujeres tiene el hecho de la maternidad otorga una caracterización constitucional a la regulación de los derechos que, ligados a esta en los términos expuestos, contempla la Ley, en cuanto responden a la idea de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo y para la conciliación de su vida laboral y familiar soporta la mujer a diferencia del hombre»⁸².

Es cierto, precisa la jurisprudencia constitucional, que el artículo 14 de la CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad⁸³, pero no es menos cierto que «sí excluye toda distinción, trato peyorativo y limitación de derechos o legítimas expectativas de la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias, por lo que puede causar una vulneración del artículo 14 de la CE la restricción de los derechos asociados con la maternidad o la asignación de consecuencias laborales negativas al hecho de su legítimo ejercicio, visto que el reconocimiento de esos derechos y sus garantías aparejadas están legalmente contemplados para compensar las dificultades y desventajas que agravan de modo principal la posición laboral de la mujer trabajadora»⁸⁴.

En la protección de la maternidad no solo se protege y considera la situación biológica de la mujer, sino que están «comprometidos asimismo intereses y valores familiares que la Constitución acoge (señaladamente en el art. 39 CE), consiguientemente cualesquiera actuaciones deben adecuarse a ellos, pues los principios rectores de la política social y económica (entre los cuales se encuentran los consagrados en el citado art. 39 CE), no son meras normas sin contenido»⁸⁵, de tal modo que «una decisión que se adopte desconociendo la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad conforme a dichos principios rectores de la política social y económica acentuaría su falta de justificación»⁸⁶.

Aquella conjunción de intereses dignos de tutela constitucional, con la maternidad, no impide que deba afirmarse que «la restricción de los derechos ligados a la maternidad o la atribución de

⁸¹ SSTC 17/2003, de 30 de enero, y 17/2007, 12 de febrero.

⁸² STC 3/2007, de 15 de enero.

⁸³ STC 182/2005, de 4 de julio.

⁸⁴ STC 233/2007, de 5 de noviembre.

⁸⁵ STC 19/1982, de 5 de mayo.

⁸⁶ SSTC 95/2000, de 10 de abril, y 154/2006, de 22 de mayo.

efectos laborales desfavorables a su ejercicio conecta íntimamente con la prohibición de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras (art. 14 CE)», por ello las consideraciones que se efectúen en torno a la misma «no pueden situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tienen que ponderar y valorar (ese) derecho fundamental en juego»⁸⁷.

Como ejemplo de derechos que se mueven dentro del ámbito de cobertura constitucional de la maternidad, puede aludirse al derecho a la excedencia por el cuidado de hijos que regula el artículo 46.3 de la LET, norma que si bien, precisa la jurisprudencia constitucional, «no limita su reconocimiento a las mujeres, configurándose como un derecho de los trabajadores, hombres o mujeres»⁸⁸, pero que, en una perspectiva constitucional⁸⁹ sigue en el presente vinculada singularmente con la maternidad y, a través de ella, con el artículo 14 de la CE, porque «hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos»⁹⁰. Siendo entonces «patente (...) que ese derecho y su ejercicio pueden quedar comprometidos por prácticas discriminatorias».

Para poder determinar si algunas actitudes empresariales respecto de la excedencia de la mujer trabajadora por cuidado de hijos violentan la prohibición de discriminación por maternidad, ha de tomarse en consideración tanto la conexión causal entre la medida empresarial controvertida y la prohibición de discriminación por maternidad, como si acaso se produce una minusvaloración o un perjuicio laboral para la mujer trabajadora que ejercita ese derecho.

Con la utilización de las pautas o criterios antes indicados alude la jurisprudencia constitucional a diversos supuestos discriminatorios, bien que sin pretensiones de exhaustividad, que, en esencia, se reconducen a un mismo concepto básico de contenido constitucional determinado por la existencia de una discriminación por razón de sexo. A saber:

- a) La negación a la mujer trabajadora del disfrute de un derecho asociado a su maternidad, que «constituirá un primer supuesto de discriminación». A esa tipología respondería tanto la denegación de una excedencia para el cuidado de hijos⁹¹ como la denegación de reducción de jornada para cuidado de un hijo menor de seis años⁹². Aquellas denegaciones constituirían restricciones conducentes a hacer desaparecer la cobertura que el ordenamiento jurídico ofrece, con la consecuencia contraria al artículo 14 de la CE de consolidar la desigual posición laboral de la mujer, la cual resultaría perjudicada al desatenderse factores que singularmente inciden en ella conforme a la realidad social del presente momento histórico, y a la que se privaría de la compensación de la desigualdad que procura la regulación de derechos como los puestos en cuestión⁹³.

⁸⁷ STC 233/2007, de 5 de noviembre.

⁸⁸ «Por lo que podría decirse que estimula cambios en la cultura familiar, sensibilizando en el reparto de las responsabilidades y en la modificación de patrones socioculturales de conducta», afirma la STC 233/2007, de 5 de noviembre.

⁸⁹ Véase nota 87.

⁹⁰ STC 203/2000, de 24 de julio.

⁹¹ STC 240/1999, de 20 de diciembre.

⁹² STC 3/2007, de 15 de enero.

⁹³ Véase nota 87.

- b) Además de esos casos en los que la trabajadora ve limitado un derecho asociado a la maternidad, indica la jurisprudencia constitucional, «pueden darse otros en los que resulten apreciables prácticas discriminatorias posteriores que tengan lugar pese al inicial reconocimiento y ejercicio del derecho»⁹⁴. Así sucedería en efecto y habría también discriminación «cuando, reconocido sin mermas el derecho asociado a la maternidad, se (causase) sin embargo a la trabajadora, como consecuencia o en relación con su ejercicio, un perjuicio efectivo y constatable que (consistiese) en un trato peyorativo en sus condiciones de trabajo o en una limitación o quebranto de sus derechos o legítimas expectativas económicas o profesionales en la relación laboral»⁹⁵.

Situaciones de esa naturaleza, indica la jurisprudencia constitucional⁹⁶, podrían llegar a presentarse, tanto en supuestos en los que a la trabajadora se le niegan o limitan garantías que la Ley conecta directamente al derecho ejercitado asociado a la maternidad (por ejemplo, la reserva de puesto de trabajo que establece el art. 46.3 LET), como en casos en los que se produjera una privación o limitación de otros derechos que no están conectados específicamente en la norma con aquel (como por ejemplo la falta de ocupación efectiva tras la reincorporación al trabajo).

En aquellas hipótesis, prosigue la misma jurisprudencia, la privación o la limitación de derechos o garantías laborales causará la vulneración del artículo 14 de la CE, no ya por la constatación formal de la infracción de la ley, sino, en perspectiva constitucional, cuando ese incumplimiento produzca de por sí o implique adicionalmente un menoscabo de carácter discriminatorio en el patrimonio jurídico de la mujer trabajadora, esto es, un trato peyorativo en sus condiciones de trabajo o una limitación o quebranto de derechos o legítimas expectativas económicas o profesionales por la exclusiva razón del ejercicio previo del derecho asociado a la maternidad.

- c) El artículo 14 de la CE resultará también lesionado, insiste la misma jurisprudencia constitucional, si se acredita que el incumplimiento del régimen legal tiene una motivación discriminatoria. Es decir, «habrá de apreciarse la existencia de una vulneración constitucional cuando la limitación o la restricción de garantías del derecho ejercitado, o de otros derechos laborales consagrados en la ley, represente una reacción o represalia empresarial frente al disfrute previo por la mujer trabajadora de un derecho asociado a su maternidad», afirma aquella jurisprudencia constitucional, pues «en esa perspectiva el incumplimiento normativo determina la lesión del artículo 14 de la CE por la motivación discriminatoria en la que encuentra su fundamento».

En conclusión, y según la doctrina jurisprudencial expuesta, resulta que puede discriminarse a una mujer a raíz del ejercicio de derechos asociados a su maternidad:

⁹⁴ STC 233/2007, de 5 de noviembre.

⁹⁵ Véase nota anterior.

⁹⁶ Véase nota 94.

- En primer lugar, «por la restricción de los que legalmente se le conceden en atención a esta».
- En segundo término, «por las limitaciones o denegaciones de otros derechos o garantías (específicos o inespecíficos)».

Siempre que, tanto en uno como en otro caso, se generen perjuicios o minusvaloraciones de la mujer trabajadora o se acredite que las conductas contempladas responden a motivaciones discriminatorias»⁹⁷.

V. RELACIÓN SUSTANCIAL ENTRE LA DISCRIMINACIÓN POR EMBARAZO Y LA DISCRIMINACIÓN POR MATERNIDAD

Según el artículo 2, letra a), de la Directiva 92/85/CEE, «trabajadora⁹⁸ embarazada» es cualquier trabajadora encinta que «comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales». De ello se desprende que el legislador comunitario quiso proporcionar una definición comunitaria del concepto de «trabajadora embarazada», aun cuando en lo relativo a uno de los aspectos de dicha definición, a saber, las modalidades de comunicación del estado de la trabajadora al empresario, se remitiera a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

Precisa la jurisprudencia comunitaria que a una trabajadora que, antes de acogerse a su permiso o excedencia para el cuidado de hijos, hubiese tenido activa una relación laboral no puede negársele la condición de trabajadora para poderse amparar en los derechos reconocidos por la Directiva 92/85/CEE, ejercitados después de haber obtenido el permiso o excedencia referidos (para el cuidado de hijos) y mientras permanezca en su disfrute, puesto que el permiso para el cuidado de hijos no le ha hecho perder, en principio, tal condición, pues «a este respecto debe señalarse (...) que la Directiva 92/85/CEE no excluye de su ámbito de aplicación la situación de las trabajadoras que ya se hayan acogido a un permiso como el permiso para el cuidado de hijos».

⁹⁷ STC 233/2007, de 5 de noviembre.

⁹⁸ Ha de recordarse que el concepto de trabajador/a, según reiterada jurisprudencia, no puede recibir una interpretación que varíe según los Derechos nacionales, sino que tiene un alcance comunitario. Este concepto debe definirse según criterios objetivos que caractericen la relación laboral teniendo en cuenta los derechos y deberes de las personas afectadas. Pues bien, la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución (SSTJCE de 3 de julio de 1986, asunto 66/85, Lawrie-Blum, de 13 de abril de 2000, asunto C-176/96, Lehtonen y Castors Braine, de 23 de marzo de 2004, asunto C-138/02, Collins, de 7 de septiembre de 2004, asunto C-456/02, Trojani, y de 26 de abril de 2007, asunto C-392/05, Alevizos). Además, también conviene precisar que el Tribunal de Justicia ha declarado que la naturaleza jurídica *sui generis* de la relación laboral con respecto al Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador/a a efectos del Derecho comunitario (SSTJCE de 23 de marzo de 1982, asunto 53/81, Levin, de 31 de mayo de 1989, asunto 344/87, Bettray, de 19 de noviembre de 2002, asunto C-188/00, Kurz, y de 7 de septiembre de 2004, asunto C-456/02, Trojani).

Ciertamente, añade la jurisprudencia comunitaria, según sus considerandos primero, quinto y sexto, la Directiva 92/85/CEE tiene por objeto la mejora del medio de trabajo con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores y, en particular, de la mujer. Ahora bien, según el decimocuarto considerando de dicha Directiva, «el legislador comunitario consideró que la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia hacía necesario el derecho a un permiso de maternidad».

Efectivamente, el legislador comunitario quiso proteger, de modo general, a las trabajadoras embarazadas o que hubieran tenido un hijo frente a los riesgos que puede suponer el ejercicio de su actividad profesional, reconociéndoles el derecho a un permiso de maternidad que les permita ausentarse temporalmente de su trabajo, siendo incontrovertible que no supeditó ese derecho al requisito de que la mujer que solicite dicho permiso se encuentre necesariamente expuesta a tales riesgos. Por consiguiente:

«El hecho de que el objetivo de la Directiva 92/85/CEE consista en la mejora de la protección en el trabajo de la mujer (principalmente de la mujer embarazada) no permite, en sí mismo, considerar que el legislador comunitario quisiera excluir del permiso de maternidad a una trabajadora que se encuentre temporalmente ausente del ejercicio de su actividad profesional, en virtud de otro permiso, cuando plantea acogerse al régimen del permiso de maternidad».

Especialmente intensa es la relación entre el embarazo y la maternidad durante el período de permiso o descanso «por maternidad» o «suspensión por parto»⁹⁹, pues a pesar de su denominación conceptualmente son estados que se encuentran indiferenciados en su transcendencia jurídica, y en ellos «se mantiene la relación de trabajo entre el trabajador y su empleador»¹⁰⁰, por lo que, «durante dicho período, el beneficiario de tal permiso continúa siendo un trabajador en el sentido del Derecho comunitario». Además, el Derecho comunitario¹⁰¹ concede a los trabajadores (hombres o mujeres), un derecho individual a un permiso de una duración mínima de tres meses. Este permiso se concede a los progenitores para que puedan cuidar de su hijo. A dicho permiso puede accederse hasta una edad determinada del hijo¹⁰², bien que delegue en los Estados miembros y/o los interlocutores sociales la definición del régimen del contrato o situación laboral durante el período del permiso previsto en aquel ordenamiento.

La relación entre el embarazo y la maternidad se pone de manifiesto por la jurisprudencia comunitaria en los siguientes términos:

⁹⁹ *Vid.* artículos 45.1 d) y 48.4 ET.

¹⁰⁰ *Vid.* cláusula 2, punto 7, del Acuerdo marco, los Estados miembros y/o los interlocutores sociales en la que se definió el régimen del contrato o de la situación laboral para el período de permiso parental previsto en el Acuerdo marco, con aquella previsión que ha de aplicarse a la interpretación de la Directiva 96/34, adoptada para la aplicación de aquel Acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CEPS.

¹⁰¹ Cláusula 2, punto 1, del Acuerdo marco antes citado.

¹⁰² STJCE de 14 de abril de 2005, asunto C-519/03, Comisión/Luxemburgo.

- a) Por una parte, es innegable que (el embarazo) modifica las relaciones en el seno de la familia y que los riesgos que conlleva, tanto para la madre como para el feto, afectan a la disponibilidad de la (trabajadora) para otras labores,
- b) Por otra parte, no puede ignorarse que el embarazo evoluciona ineludiblemente y que, durante el período inmediatamente anterior al parto y en las primeras semanas posteriores al mismo, la mujer sufre necesariamente unas modificaciones en sus condiciones existenciales de tal envergadura que constituyen un obstáculo a sus posibilidades de realizar determinadas tareas.

El legislador comunitario «atiende precisamente a dicha evolución al conceder a las trabajadoras embarazadas un derecho especial, a saber, el derecho al permiso de maternidad previsto en la Directiva 92/85/CEE, que tiene por objeto:

- a) Por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de este, y,
- b) Por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones ¹⁰³.

Por ello, concluye aquella jurisprudencia, «los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para que las trabajadoras disfruten de un permiso de maternidad de, como mínimo, catorce semanas ¹⁰⁴», afirmándose por la jurisprudencia comunitaria lo siguiente:

«El derecho al permiso de maternidad reconocido a favor de las trabajadoras embarazadas debe considerarse un medio de protección del Derecho social que reviste particular importancia ¹⁰⁵. El legislador comunitario entendió que las modificaciones

¹⁰³ SSTJCE de 29 de noviembre de 2001, asunto C-366/99 Griesmar, de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/01, Merino Gómez, y de 14 de abril de 2005, asunto C-519/03, Comisión/Luxemburgo.

¹⁰⁴ En virtud del artículo 8 de la Directiva 92/85. Con ello el legislador comunitario quiso atenerse de este modo a los objetivos de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989. El artículo 136 CE hace igualmente referencia a la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, de la que son parte contratante todos los Estados miembros por haberse adherido a la misma bien en su versión original, bien en su versión revisada o bien en ambas versiones. El artículo 8 de la Carta Social Europea, dedicado al derecho de las trabajadoras a la protección por maternidad, tiene por objeto garantizar a éstas el derecho a un permiso de maternidad cuya duración mínima ha pasado de doce semanas en la versión original a catorce semanas en la versión revisada».

¹⁰⁵ Como precisa en sus conclusiones 56 y 57, de las presentadas el 15 de marzo de 2007, por la Abogada General Señora Juliana Kokott, no puede olvidarse que «la finalidad del permiso de maternidad consiste en asegurar, por un lado, la protección de la condición biológica de la mujer y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad perturbe dichas relaciones», que «la concesión del permiso de maternidad en el sentido del artículo 8 de la Directiva 92/1985, junto con las garantías económicas con arreglo a los artículos 11 y 12 de la misma Directiva, deben contribuir a evitar que una trabajadora se exponga a sí misma y a su hijo a mayores cargas y riesgos por la continuación de su actividad laboral» y que consecuentemente «el permiso de maternidad está especialmente concebido para evitar la doble carga del embarazo y del ejercicio de la actividad laboral».

sustanciales en las condiciones existenciales de las interesadas durante el período limitado de al menos catorce semanas que precede y sigue al parto constituyen un motivo legítimo para suspender el ejercicio de su actividad profesional, sin que ni las autoridades públicas ni los empresarios puedan cuestionar en modo alguno la legitimidad de dicho motivo».

VI. CONCLUSIONES

Las sentencias objeto de comentario ponen de manifiesto que estamos todavía lejos de la efectiva realización de la cláusula general de igualdad, constituyendo la discriminación por maternidad uno de sus test ejemplares.

Por más que en la literalidad de la formulación jurídico-positiva constitucional de la cláusula general de igualdad (como «principio de igualdad», en los arts. 14 y 9.2 CE) no consagre la promoción de la maternidad ni de la natalidad, las sentencias objeto de comentario ponen de manifiesto que sí es deducible de aquella cláusula la prohibición de toda distinción, trato peyorativo y limitación de derechos o legítimas expectativas de la mujer en la relación laboral con fundamento en dichas circunstancias.

Con la protección de la maternidad no solo se ampara esa situación biológica de la mujer y al niño, sino que se está defendiendo el embarazo y al feto (*nasciturus*), al ser el parto su natural evolución, poniéndose en definitiva a cubierto de destrucción del núcleo mismo de la institución de la familia y con ella de las sociedades actuales.