

## Cláusula de salvaguarda al derecho de igualdad en las administraciones públicas

**Carmen Perona Mata**

*Directora del Gabinete Jurídico FE.CCOO  
Doctora en Derecho. Abogada*

**Resumen:** *En este artículo se estudia la normativa, la doctrina y jurisprudencia del derecho a la igualdad y no discriminación en las Administraciones Públicas. La situación de discriminación en que se ha encontrado la mujer en la sociedad se ha traducido en numerosas medidas en el orden laboral, que han tratado de realizar una labor de finalidad protectora. Pero en este campo ha de llevarse a cabo, una distinción, con una cláusula de salvaguarda al derecho de igualdad, pese a los esfuerzos jurídicos y dinámicas sociales de transformación que innegablemente se están produciendo.*

**Palabras clave:** Cláusula de salvaguarda, derecho igualdad, no discriminación, Administración pública, mujer, laboral.

**Abstract:** *In this article, the norm, doctrine and jurisprudence are studied regarding the right of equality and no discrimination in Public Administrations. The situation of discrimination in which women have found themselves in society has been translated in numerous measures in the labour order which intended to protect them. Nevertheless, in this field of studies, a differentiation with a safeguard clause of the equality right is needed. In spite of juridical efforts and social dynamics of the undeniable changes that are being made.*

**Keywords:** Safeguard clause, equality rights, no discrimination, public administration, women's rights, labour law.

### I. El derecho a la igualdad en el orden jurídico internacional

El derecho de igualdad entre hombres y mujeres, así como la prohibición expresa de todo tipo de discriminación por razón de sexo, ha sido recogido en diferentes ámbitos legislativos. Ya en 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, (1) así en su artículo 1 refiere: «Realizar la cooperación internacional (...) en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión». A continuación en el artículo 7 establece: «(...) todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación».

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2) reconoce el deber de asegurar a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual. En el mismo sentido

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (3) que garantiza a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos, entre otros se refiere al acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas.

## Se prohíbe la discriminación en las condiciones de acceso al empleo

Asimismo, la Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976 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, (LA LEY 217/1976) prohíbe toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores públicos o privados en lo que refiere al acceso al empleo, a la formación profesional y a las condiciones de trabajo, que viene a recoger en su artículo 2, apartados 1 y 4:

*«1. El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar» ; «4. La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1»*

A mayor abundamiento, el artículo 14.1 de la Directiva 2006/54, del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (LA LEY 7671/2006) concreta los ámbitos en que no cabe discriminación, prohibiéndose las discriminaciones directas e indirectas en las condiciones de acceso al empleo, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación en el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, en la formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional. A continuación el artículo 15 señala que la mujer en permiso de maternidad tiene derecho, una vez finalizado el período de permiso a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no resulten menos favorables. Así pues, el artículo 15 de la Directiva de referencia dispone en términos claros, precisos e incondicionados que la mujer en permiso de maternidad tiene derecho, una vez finalizado el permiso de maternidad, a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

En cuanto a las relaciones laborales, el artículo primero del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (BOE de 4 de diciembre de 1968), define la discriminación como *«cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación»*.

## II. El principio de no discriminación en el ordenamiento jurídico interno

El derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra recogido en el Capítulo II de la Constitución española de 1978 (LA LEY 2500/1978) concretamente el artículo 14 prescribe 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»*.

Este artículo 14 CE (LA LEY 2500/1978) quiere otorgar tutela subjetiva, sin duda, pero, asimismo, modificar el estado de cosas, el modelo y la conciencia sobre la igualdad sustancial entre los seres humanos, entre los colectivos y ciudadanos, actuando contra el mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas 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 abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE. (LA LEY 2500/1978)

En este sentido no debe olvidarse que la expresa exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina, pues es ese colectivo el que ha sufrido y aún sufre la relegación social o jurídica estructural frente a la que la prohibición de discriminación por razón de sexo quiere salir al paso consagrando y atribuyendo el derecho que nos ocupa, como prueban, entre tantas otras manifestaciones en distintos ámbitos, las dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción e igualdad sustancial dentro del mismo, o para la conciliación, que todavía no han desaparecido.

En relación con el empleo público, el artículo 23.2 de la CE. (LA LEY 2500/1978) refleja que los ciudadanos *«tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes»*.

No obstante, en las diferentes Administraciones Públicas nos encontramos con actuaciones que implican una discriminación indirecta hacia la mujer, y ello es así por ignorar que, desde todas las esferas de la sociedad, la mujer es quien interrumpe su desarrollo profesional, trabajo e investigaciones por razones de embarazo, maternidad y/o cuidados de personas

dependientes, violencia de género etc. De este modo, en ocasiones las Administraciones se olvidan de aplicar criterios de género para paliar las desventajas que mayoritariamente padecen las mujeres.

El artículo 9.2 de nuestra Norma Fundamental prescribe que : *«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud ...»*

Igualmente, la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LA LEY 2543/2007) distingue entre discriminación directa e indirecta, aportando la siguiente definición de esta tipología: *«1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. 2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. 3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo»*

En el artículo 5, acerca de la igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo, establece lo siguiente : *«El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas».*

**Los poderes públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres**

También se debe tomar en consideración el artículo 6, que conceptúa la discriminación indirecta en su número 2: *«Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.»*

A su vez, se debe tener en cuenta el artículo 11, sobre acciones positivas, prescribiendo en su apartado 1 que :*«Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. La discriminación indirecta concurre precisamente por omisión de acción positiva.»*

Dicha Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (LA LEY 2543/2007) transpone a nuestro ordenamiento interno la Directiva en materia de igualdad de trato 2002/73/CE (LA LEY 11316/2002) de reforma de la Directiva 76/207/CEE,( LA LEY 217/1976) 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, tal como recoge la exposición de motivos de la ley orgánica citada.

Por lo tanto, del artículo 9.2 de la Constitución española se deriva y lo impone la ley, en concreto el mentado artículo 11 de la LO 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LA LEY 2543/2007) al prescribir que los poderes públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres.

El artículo 55.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) (LA LEY 16526/2015) con fundamento en el artículo 23. 2 de Nuestra Carta Magna, establece que: *«todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico».* Este derecho nace del cumplimiento de las normas legales o reglamentarias que disciplinan en cada caso el acceso al cargo o a la función en concreto.»

**III. La no discriminación por razón de sexo cuando aún no ha sido formalizada la relación laboral**

Expuesta la normativa sobre la efectividad del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo, y su finalidad tuitiva y pedagógica de respuesta histórica en favor de la parificación social y jurídica que precisa la población femenina, también en el ámbito laboral, se impone ahora tratar la problemática en el acceso al empleo público, esto es, la prohibición de discriminación por razón de sexo cuando no ha sido aún formalizada la relación contractual.

Debemos recordar la doctrina constitucional al respecto, como señalara la STC 214/2006 de 3 de julio, (LA LEY 70567/2006) que ha apreciado la vulneración del derecho a la no discriminación en relación con decisiones empresariales en materia de contratación, «aun sin encontrarse vigente una relación laboral». Asimismo, la STC 173/1994, de 7 de junio (BOE de 9 de julio de 1994). declaró que no puede sostenerse en modo alguno que *«solo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza» discriminatoria, puesto que, de mantenerse la postura anterior, añadiría este último pronunciamiento, «quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el art. 14 CE no cabe dudar (art. 10.2 CE)».*

En suma, no cabe dudar de que la discriminación por razón de sexo puede ocasionarse con carácter previo a la formalización del contrato de trabajo, por cuanto se encuentra amparada por el artículo 14 CE. (LA LEY 2500/1978) con la prohibición de discriminación directa o indirecta garantizada por su contenido esencial.

#### **IV. La administración debe garantizar la no discriminación a la mujer con fórmulas tuitivas y flexibles**

La Administración debe garantizar la no discriminación a la mujer con fórmulas tuitivas y flexibles. En este caso cabe incidir en el debate sobre la determinación de *quién* tiene el deber de garantizar la protección de la maternidad, como factor biológico tutelado, en su conexión íntima con la prohibición de discriminación que nos ocupa.

Como es sabido, en desarrollo de la doctrina constitucional relativa al art. 14 CE, (LA LEY 2500/1978) se aprobó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LA LEY 2543/2007) distingue al prescribir que los poderes públicos adoptarán medidas específicas tal como recoge su exposición de motivos. El artículo 51, que encabeza el capítulo I del título V dedicado al principio de igualdad en el empleo público, establece los criterios de actuación de las Administraciones públicas, disponiendo, entre otras cosas, que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán: (i) remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional y (ii) facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional.

En consecuencia, las Administraciones públicas, están obligadas a adoptar medidas o fórmulas flexibles que impidieran que las consecuencias de ser mujer fuera un obstáculo para el acceso al empleo público, ofreciendo medidas alternativas razonables a la situación específica que la impida incorporarse al puesto de trabajo, por ejemplo por causa de la maternidad, cuando realmente no se renuncia a la plaza, sino que exista una reserva de la misma hasta el momento en que se pudiera incorporar. Así se deduce de la STJUE de 6 de marzo de 2014, *asunto Napoli*, fundada en la necesidad de que la Administración neutralice una posible vulneración del principio de no discriminación.

Por lo tanto, las Administraciones deben favorecer cualquier alternativa viable que garantizase de forma compatible con la prohibición de discriminación por razón de sexo, como la jurisprudencia y la ley orgánica citada requieren.

#### **V. La intencionalidad lesiva.**

La vulneración de los derechos fundamentales puede darse aunque no existe «intencionalidad lesiva». Así lo ha manifestado la STC 11/1982, de 8 de abril (BOE de 25 de abril de 1981): *«En efecto, el examen de constitucionalidad que es propio del recurso de amparo, como se infiere del art. 53 CE, gravita alrededor de la garantía de dicho contenido esencial, esto es, supone un examen sobre si el mismo ha sufrido o no, sobre si han quedado o no afectadas las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo abstracto y preexistente al que pertenece, y sin las cuales dejaría de pertenecer a ese tipo y tendría que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, y, además, sobre si ha sido dañado el contenido del derecho que es absolutamente necesario para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al mismo, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De*

*este modo, en suma, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria.»*

### Es indiferente que quedase o no acreditado el elemento intencional

Todo ello descarta, como exigencia para la apreciación de la lesión, la exigencia de la concurrencia de una «intencionalidad» lesiva en el agente que haya afectado al derecho. Lo único relevante es que el contenido esencial, haya resultado o no menoscabado. Lo cual, traducido al ámbito que nos ocupa de la prohibición de discriminación por razón de sexo, supone que bastará con que quede probado que el factor protegido estuvo en la base del perjuicio o minusvaloración laboral sufrido por la mujer trabajadora.

La STC 2/2017 de 16 de enero de 2017 (LA LEY 390/2017) recordaba ese parámetro reiterado en nuestra doctrina, caracterizador de todo juicio sobre la incidencia sobre un derecho fundamental, y que consiste, por tanto, en que puede declararse la lesión del derecho fundamental aunque no haya ánimo lesivo, en este caso discriminatorio, al bastar la objetividad del perjuicio.

Por lo tanto, el hecho de no poder acceder a una plaza en el empleo público, el perjuicio es patente, al no haber podido acceder a la plaza que obtuvo en el proceso selectivo, siendo indiferente que quedase o no acreditado el elemento intencional o la motivación discriminatoria de la Administración, ya que la decisión debe ser examinada de forma objetiva y objetivamente el perjuicio se ha producido en razón de la maternidad.

Más aún, es de ese modo cuando también la STC 162/2016, de 33 de octubre (BOE de 15 de noviembre de 2016) ha establecido que en la apreciación de la vulneración de la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo no tienen «valor legitimador» otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado contrario al art. 14 CE. (LA LEY 2500/1978). Como ya se dijo en la STC 182/2005, de 4 de julio de 2005, (LA LEY 1577/2005) en que la conducta empresarial fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo no puede ser valorada como un mero acto de libertad o como el ejercicio de facultades habilitadas por el Derecho, lo mismo que el interés empresarial latente en ese tipo de decisiones, sea del tipo que sea, no puede legitimarse a través de medidas contrarias al mandato constitucional de prohibición de la discriminación de la mujer.

## VI. La irrelevancia del término de comparación

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 154/2006, de 22 de mayo (LA LEY 53576/2006) *entendió que* cualquier comparación que se realice, o pauta relacional que se incorpore, a un juicio de discriminación no puede emplearse como sustento de la negación de su concurrencia, sino, a lo más, como apoyo en la acreditación de su existencia. Sencillamente porque el juicio sobre la discriminación del segundo inciso del art. 14 CE. (LA LEY 2500/1978) no requiere un término de comparación que lo desvele. Basta constatar que el factor protegido ha sido soslayado objetivamente o intencionalmente dañado, provocando un perjuicio o minusvaloración a la mujer trabajadora, aspectos sobre los que ya nos hemos pronunciado en el presente caso.

Es irrelevante, por tanto, que se contratara a otra mujer o que a esta le fueran reconocidos derechos propios de su condición de madre trabajadora. La prohibición de discriminación no exige un contraste con nadie, con un tercero, sino solo la verificación de la concurrencia del factor protegido y el perjuicio que a él haya quedado asociado. Utilizando declaraciones literales de nuestra doctrina: la prohibición de discriminación «no requiere necesariamente un término de comparación, por más que la discriminación pueda concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de este para ser apreciadas» (por todas, STC 171/2012, de 4 de octubre de 2012 (LA LEY 154269/2012 FJ 5)

En todo caso, en la línea que desarrolla con detalle la STC 162/2016, de 3 de octubre de 2016 (BOE de 15 de noviembre de 2016), y aceptando a efectos puramente dialécticos la aproximación fundada en el *test but for* o de la sustitución, utilizado por el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo, que consiste en cambiar el sexo u otra circunstancia personal del sujeto para contrastar si las consecuencias jurídicas habrían sido las mismas en ese caso, la conclusión no varía. Esta fuera de duda, en efecto, la obligatoriedad de la formalización del contrato, que afecta a todo concursante en un proceso de selección independientemente de su sexo, pero también que la maternidad fue lo determinante y, solo en ella, la diferencia en el resultado producido. Un factor protegido, por tanto, que serviría tanto en el contraste con varones como, asimismo, con la persona que fue contratada, mujer como la recurrente pero que, en cambio, no se encontraba en una situación equivalente a la examinada. Lo demuestra que a esta última nada le impidiera la prestación del servicio, o que la recurrente no se opusiera a la formalización de contrato, como ya se dijo, sino que manifestara su imposibilidad de prestar la actividad en ese momento y su voluntad de hacerlo al final del período de maternidad correspondiente, siendo el INE el que decidió que no podría entonces acceder al empleo, sin ofrecerle una vía que garantizara el derecho que obtuvo en el proceso de selección.

## VII. La doctrina del Tribunal Constitucional: valedora del respeto al principio de no discriminación

La doctrina constitucional ha declarado de forma reiterada y constante que este tipo de discriminación comprende no solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, y por referirnos a la última que lo afirma en esos estrictos términos, STC 2/2017, de 16 de enero (LA LEY 390/2017), vinculando particularmente con esto último el embarazo y su incidencia en las condiciones de trabajo de la mujer, toda vez que se trata de un elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. En este sentido, se afirma que *«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»*.

Ciertamente, como destaca la ya citada STC 2/2017, de 16 de enero (LA LEY 390/2017) : *«el artículo 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad (STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4), pero 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 art. 14 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»*.

En relación con todo ello, la STC 233/2007, de 5 de noviembre de 2007 (LA LEY 179755/2007) recordaría que, *«para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de la mujer en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como "la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquella tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)" (SSTC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 203/2000, de 24 de julio, FJ 6; 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4, y 3/2007, de 15 de enero, FJ 2), y a que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 10, o 214/2006, de 3 de julio, FJ 6, por añadir otros pronunciamientos a los ya citados)» (FJ 6)*.

Prosigue esta STC 233/2007 de 5 de noviembre de 2007 (LA LEY 179755/2007, declarando que *«de esa necesidad de compensación de las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre se deduce la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo cuando se produzcan decisiones empresariales contrarias al ejercicio de un derecho de maternidad en sentido estricto, así como también cuando se den otras que resulten contrarias al ejercicio por parte de la mujer de derechos asociados a su maternidad. En efecto, el ordenamiento jurídico, además de los derechos que atribuye a las mujeres por su maternidad, reconoce otros que, si bien se conceden a ambos padres, inciden por razones sociales de modo singular en las mujeres, como demuestran los datos estadísticos»*

Por ello, para hacer efectiva la cláusula de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE (LA LEY 2500/1978), el Tribunal Constitucional ha establecido un canon mucho más estricto y riguroso que el de la mera razonabilidad y proporcionalidad que, desde la perspectiva genérica del principio de igualdad, se exige para la justificación de la diferencia normativa de trato, que no puede confundirse, aunque sea tan común tantas veces ver que se incurre en ello.

En efecto, como ha tenido ocasión de declarar en STC 182/2005, de 4 de julio (LA LEY 1577/2005), *«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»*.

Tiene pleno sentido en consecuencia, y tanto la demanda social como las intervenciones normativas así lo desvelan y reclaman, abundar en esa protección, ampliar y desplegar su sentido profundo ligado a la dignidad de la persona y valor de todo ser, y tutelar y favorecer el cambio de conciencia y convivencia que solo la paridad garantiza, fortaleciendo la tutela

siempre que se constate una desigualdad histórica que pueda calificarse de «estructural», pues la igualdad sustantiva es un elemento definidor de la noción de ciudadanía en nuestro orden constitucional, como señalara el Pleno del Tribunal Constitucional en la STC 91/2019, de 3 de julio de 2019 (LA LEY 88541/2019)

En definitiva, como señala la STC 66/2014, de 5 de mayo de 2014 (LA LEY 51148/2014) *«la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio».*

## NOTAS

- (1) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981.
 

Ver Texto
- (2) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 a (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 3 de enero de 1976.
 

Ver Texto
- (3) Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. (BOE de 30 de abril de 1977)
 

Ver Texto