

Discriminación directa "refleja" por razón de sexo (Denegación de licencia para atender a una familiar hospitalizada por parto).

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Macarena Ángel Quiroga

Investigadora Predoctoral de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

Resumen: *La STC 71/2020, de 29 de junio, resuelve el recurso de amparo interpuesto por una enfermera contra las resoluciones del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza y la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Bilbao, que le habían denegado la concesión de dos días de licencia por hospitalización de su hermana por razón de parto, declarando la vulneración de su derecho a no padecer discriminación por razón de sexo derivada de la interpretación del artículo 47 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo en el Servicio Vasco de Salud, que concede dos días de licencia por hospitalización de un familiar, salvo que la misma se produzca como consecuencia de un parto, según la interpretación del Servicio de Salud, confirmada judicialmente.*

Palabras clave: *Igualdad, discriminación directa e indirecta por razón de sexo, parto, días de licencia remunerada, recurso de amparo.*

Abstract: *The Constitutional Court's judgement number 71/2020, of June 29, resolves an application for amparo filed by a nurse, regarding discrimination on grounds of sex derived from the interpretation of article 47 of the regulatory agreement on working conditions in the Basque Health Service. That article grants two days of leave for hospitalization of a relative, unless it occurs as a result of childbirth, according to the interpretation of the health service.*

Keywords: *Equality, direct and indirect discrimination on grounds of sex, birth, days of paid leave, application for amparo.*

I. Introducción

La demandante de amparo, trabajadora con vínculo estatutario fijo como enfermera del hospital de Galdakano, dependiente del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, solicitó con motivo del parto de su hermana y sobre la base del artículo 47 del Decreto 235/2007, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo en el Servicio Vasco de Salud, licencia de dos días para poder atenderla. El citado precepto reglamentario regula la "licencia por enfermedad grave, hospitalización o fallecimiento de parientes", reconociendo en su apartado 1 c) el

derecho a dos días de licencia retribuida “en casos de hospitalización o enfermedad grave” de familiar dentro del segundo grado de consanguinidad, exigiendo como único requisito el de aportar justificante de hospitalización del familiar.

La dirección de personal del hospital rechazó su solicitud al entender que dicho precepto tan sólo resulta de aplicación para hospitalizaciones equiparables a enfermedades graves, pero no a hospitalizaciones derivadas de un alumbramiento ordinario, salvo complicaciones o enfermedades graves. La trabajadora recurrió tal decisión, primero ante el director gerente del hospital y, después, en alzada, ante la directora general de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, al considerarla constitutiva de un supuesto de discriminación, y nula de pleno derecho, por tratarse de un tipo de hospitalización que sólo afecta a las mujeres, argumentando que la interpretación del Servicio Vasco de Salud trata la hospitalización de la mujer por razón de maternidad de peor forma que la hospitalización de un hombre.

Agotada la vía administrativa, interpuso recurso contencioso-administrativo por procedimiento abreviado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Bilbao, solicitando el reconocimiento de la licencia y la compensación por las 22 horas trabajadas los días en los que debió disfrutarla con el mismo resultado negativo. En estas circunstancias, la recurrente interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue admitido a trámite por providencia de la Sala Segunda, Sección Cuarta, del Tribunal Constitucional, 15 de julio de 2019, “apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC), porque el asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social y económica [STC 155/2009, FJ 2 g)]” (Antecedentes de hecho, 4).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Segunda, Tribunal Constitucional.

Número de resolución judicial y fecha: 71/2020, de 29 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de amparo, núm.6369/2018.

ECLI: ES:TC:2020:71

Fuente: Boletín Oficial del Estado núm. 207, de 31 de julio de 2020.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Podemos resumir el conjunto de hechos probados de la presente sentencia en dos etapas principales; la primera, referente a la solicitud de licencia por parte de la trabajadora al Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, y la segunda, relativa al posterior recurso judicial ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de Bilbao.

1. Resoluciones del Servicio vasco de salud-osakidetza

El día 2 de mayo de 2017 la demandante de amparo (enfermera del hospital de Galdakao con vínculo estatutario fijo) solicitó dos días de licencia sobre la base del artículo 47 del Decreto 235/2007, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo en el Servicio Vasco de Salud, debido al parto de su hermana. El día 3 de mayo, la dirección de personal del hospital denegó la solicitud, alegando que el parto no se encuentra previsto entre los motivos del mencionado artículo que permiten obtener tal licencia de dos días. Frente a dicha decisión, la demandante interpuso reclamación ante el director gerente del hospital denunciando discriminación por razón de sexo, que fue resuelta en el mismo sentido que la anterior por resolución núm. 902-2017, de 12 de junio, del director gerente de la

organización sanitaria de Berrualde-Galdakao de Osakidetza, considerando que, para poder hacer uso de lo previsto en el artículo 47, la hospitalización por alumbramiento debe poder asimilarse a una enfermedad grave, sin que se cumpla este requisito en caso de parto ordinario. De nuevo, la trabajadora interpuso recurso de alzada, desestimado nuevamente por la directora general del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza por resolución núm. 1255-2017, de 10 de octubre.

2. Sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo núm.6 de Bilbao

Tras agotar la vía administrativa, la demandante de amparo interpuso, contra las anteriores resoluciones, recurso contencioso-administrativo por procedimiento abreviado, solicitando el reconocimiento de la licencia por el artículo 47 al tratarse de una hospitalización, por mucho que fuera por causa de parto, y compensación por las 22 horas trabajadas los días que debió disfrutar de tal licencia.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de Bilbao desestimó el recurso, remitiéndose a su sentencia 110/2016, de 11 de mayo de 2016, según la cual, para resultar de aplicación el artículo 47 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo en caso de parto, debería derivarse como consecuencia del mismo un supuesto de enfermedad grave, cesárea u otros, ya que, según jurisprudencia reiterada, se rechaza categóricamente la consideración de un parto como enfermedad. La sentencia núm. 408/2018, recurrida en amparo, concluye que “una interpretación armónica de tales artículos, integradora de los mismos, aconseja, que el término hospitalización contemplado en el art. 47, no sea aplicable a los supuestos de hospitalización por alumbramiento —al menos en los casos de alumbramientos ordinarios— pues este supuesto acoge una interpretación ajustada a su naturaleza en los art. 44 y 45 del acuerdo”.

Como consecuencia de la desestimación de su recurso contencioso-administrativo, la trabajadora interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue admitido a trámite.

IV. Posición de las partes

1. Parte recurrente: enfermera con vínculo estatutario fijo con el hospital de Galdakao, dependiente del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza

La demandante de amparo alega en su recurso que la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de Bilbao, confirmatoria de las resoluciones administrativas del Servicio Vasco de Salud denegando la licencia, vulnera su derecho, proclamado en el artículo 14 de la Constitución Española a la igualdad de trato y no discriminación, de forma directa e indirecta. Defiende que se produce un supuesto de discriminación por razón de sexo directa, al ser las mujeres las únicas hospitalizadas por alumbramiento y, por tanto, las únicas que se ven privadas de los cuidados de sus familiares por esta causa, e indirecta, porque, si la hospitalización afectase a un familiar hombre, el Servicio de Salud tan sólo solicitaría a sus parientes el certificado de la misma, pero no indagaría sobre el motivo que la justifica. La demanda denuncia también la vulneración por la citada sentencia de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al sostener una interpretación de la disposición aplicada contraria al artículo 14 CE.

Asimismo, destaca el parecido entre el tenor del mencionado artículo 47 y del artículo 37.3 b) del Estatuto de los Trabajadores, interpretado este último por el Tribunal Supremo (en su sentencia núm. 4425/2009, de 23 de abril de 2009, de la Sala Cuarta de lo Social) entendiéndose que la empresa no puede entrar a valorar la causa que motiva la hospitalización, sin que sea posible excluir la hospitalización producida por el alumbramiento, por lo que, de denegarse la concesión de la licencia en caso de que ésta se deba a un parto, se incurriría en una vulneración del artículo 14 CE, privando a las mujeres, únicas que son hospitalizadas por alumbramiento, de la protección y cuidado de sus familiares.

Por todo ello, solicita que se le otorgue el amparo, se declare la nulidad de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de Bilbao, y se le reconozca compensación en tiempo libre por las 22 horas trabajadas durante el periodo de licencia que debía haber disfrutado o, en su defecto, se le indemnice.

En su posterior escrito de alegaciones, la demandante de amparo reitera las vulneraciones constitucionales denunciadas en su demanda, causadas tanto por las resoluciones administrativas como por la resolución judicial impugnadas, solicitando la estimación del recurso en sentencia.

2. Parte recurrida: Servicio Vasco de Salud-Osakidetza

En el trámite de alegaciones ante el Tribunal Constitucional el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza interesa que se desestime el recurso de amparo, entendiendo que, conforme a lo previsto en los artículos 6 y 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, no se produce un caso de discriminación directa ni indirecta.

Además, para el caso de parto, están previstos los artículos 44.4 y 45 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de Osakidetza-servicio vasco de salud, que reconocen licencia en caso de alumbramiento de descendientes en primer grado de consanguinidad o afinidad y la licencia de paternidad por nacimiento, acogimiento y adopción, que, aunque resulten de disfrute para otros sujetos, constituyen una norma especial, que debe prevalecer sobre la general. Considera que el artículo 47.1.c) de dicho acuerdo regulador no está pensado para un alumbramiento, defendiendo que no tiene por qué conllevar hospitalización si la mujer no quiere, y que realmente el mismo hace referencia a una hospitalización derivada de un proceso de enfermedad, intervención quirúrgica, etc., que no se da en caso de parto, por no constituir éste una enfermedad. Asimismo, rechaza la aplicación de la sentencia núm. 4425/2009, de 23 de abril de 2009, de la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo, por tratarse de personal laboral en el ámbito de la jurisdicción social y de un colectivo de trabajadores (Alcampo) al que se aplica el convenio colectivo de grandes almacenes.

Por último, defiende que no se ha producido discriminación alguna por razón de sexo, ya que Osakidetza aplica la medida por igual, sean hombres o mujeres los que soliciten la licencia de dos días del artículo 47.1.c) por caso de parto de un familiar, no habiéndose acreditado en el caso diferencia de trato en su aplicación, con resultado peyorativo para la demandante de amparo.

3. Ministerio Fiscal

Solicita el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho de la demandante a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 CE). Precisa que el recurso de amparo que el recurso ha de entenderse formulado por el cauce del artículo 43 LOTC, y no por el previsto en el artículo 44 LOTC, pese a dirigirse formalmente en el encabezamiento y suplico de la demanda contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de Bilbao, porque la infracción constitucional se produjo por las resoluciones administrativas, que la sentencia no reparó.

En cuanto al fondo, entiende que le asiste la razón a la recurrente al destacar la similitud existente entre el artículo 47.1.c) del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de Osakidetza-servicio vasco de salud y el artículo 37.3 b) del Estatuto de los Trabajadores, estando la cuestión resuelta por la sentencia citada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que consideró discriminatoria la interpretación conducente a la exclusión de las hospitalizaciones por razón de alumbramiento del tenor literal del precepto. El Ministerio Fiscal analiza el marco normativo aplicable a los empleados públicos y concluye que el artículo 48.1 a) 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 el que se regulan los “permisos de los funcionarios públicos”, no contempla como tal un permiso por hospitalización de familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Además, recuerda la consolidada doctrina constitucional en torno al artículo 14 CE, en especial la STC 91/2019, de 3 de julio, y concluye que la interpretación ahora cuestionada del artículo 47.1.c) del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de Osakidetza-servicio vasco de salud comporta una consideración diferente de mujeres y hombres hospitalizados, e impide a los familiares de la parturienta obtener la licencia y poder atenderla. Por todo ello, considera que se trata de un supuesto de discriminación indirecta, ya que ha sido la interpretación de la norma la que ha producido una serie de efectos adversos en la solicitante de amparo, sin que los poderes públicos hayan podido demostrar que la norma, que así interpretada ofrece un trato diferenciado a hombres y mujeres, responde a una medida de política social justificada por razones objetivas y ajenas a discriminación por razón de sexo.

Solicita así que se disponga la nulidad de las resoluciones administrativas del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, que denegaron la reclamación y el recurso de alzada de la demandante de amparo, y de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Bilbao, que desestimó íntegramente su recurso contencioso-administrativo.

V. Normativa aplicable al caso

Constitución Española

Artículo 14

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.

Artículo 24.1

Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión

Estatuto de los Trabajadores

Artículo 37.3.b). Descanso semanal, fiestas y permisos

(...)

3. El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente

(...)

b) Dos días por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días

Decreto 235/2007, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo en el Servicio Vasco de Salud

Artículo 44.4. Licencia por gestación, alumbramiento, lactancia, adopción y acogimiento

(...) Los trabajadores de Osakidetza podrán disfrutar de una licencia de un día en caso de alumbramiento de sus descendientes en primer grado de consanguinidad o afinidad, que deberá disfrutarse dentro del período de hospitalización.

Artículo 45. Licencia de paternidad por nacimiento, acogimiento o adopción

Tendrá una duración de quince días naturales, a disfrutar por el padre o el otro progenitor a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

La Administración abonará los subsidios complementarios a la prestación de paternidad del INSS para que el trabajador perciba el 100% de las retribuciones según su cartelera durante ese periodo. Cuando el empleado no tenga derecho a las prestaciones económicas, la Administración no realizará ningún abono, sin perjuicio de la autorización del permiso.

Esta licencia es independiente del disfrute compartido de la licencia por gestación, alumbramiento, lactancia, adopción y acogimiento del artículo 44.

El tiempo transcurrido durante el disfrute de esta licencia se computará como de servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos durante todo el periodo de duración de la licencia de paternidad por nacimiento, acogimiento o adopción, y, en su caso, durante los periodos posteriores al disfrute de ésta, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del periodo de disfrute de la licencia.

Habiendo hecho uso de la licencia de paternidad por nacimiento, acogimiento o adopción, se tendrá derecho, una vez finalizado el periodo de licencia, a reintegrarse a su puesto de trabajo en términos y condiciones que no les resulten menos favorables al disfrute de la licencia, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

Artículo 47.1.c)

Licencia por enfermedad grave, hospitalización o fallecimiento de parientes.

1.- La licencia a que tendrá derecho el personal por este concepto, contiene los siguientes periodos de duración:

(...)

c) Familiares dentro del segundo grado, o de grado más lejano siempre que haya convivencia estable debidamente acreditada.

Tres días naturales en caso de fallecimiento. Dos días hábiles en caso de hospitalización o enfermedad grave. En ambos casos, dos días hábiles más, si los hechos que lo motivan se producen a más de 150 kms. del lugar de residencia del solicitante.

En los casos de hospitalización, deberá aportarse certificado que justifique dicha circunstancia.

En todos los supuestos anteriores de hospitalización o enfermedad grave, se tendrá derecho a una segunda licencia de 2 días naturales, sin la ampliación, pasados 30 días consecutivos desde la finalización de la primera licencia.

Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación

Artículo 2.1

A efectos de la presente Directiva se entenderá por: a) «discriminación directa»: 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; b) «discriminación indirecta»: la 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; (...)

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ley que incorpora el acervo comunitario sobre igualdad de sexos

Artículo 6: Discriminación directa e indirecta

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.*

Artículo 8. Discriminación por embarazo o maternidad

Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.

VI. Doctrina básica

1. *Sobre la delimitación de su objeto y la modalidad de recurso de amparo*

La STC 71/2020 acoge la precisión formulada en el trámite de alegaciones por el Ministerio Fiscal y considera que el recurso de amparo, que resuelve, ha de entenderse -pese a dirigirse su encabezamiento y suplico de la demanda contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 6 de Bilbao- presentado por el cauce del art. 43 LOTC, y no del art. 44 LOTC, pues la demanda imputa las lesiones del artículo 14 de la CE a las decisiones administrativas del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, y no a la resolución judicial frente a la que no se denuncia ninguna vulneración constitucional autónoma, sino la consistente en no reparar las vulneraciones del derecho fundamental a no padecer discriminación por sexo, ni directa ni indirecta, causadas por las resoluciones administrativas.

Y recuerda su tradicional doctrina sobre los actos de las Administraciones públicas lesivos de derechos fundamentales y el carácter instrumental de la necesidad de agotar la vía judicial previa para garantizar la subsidiariedad del recurso de amparo constitucional y el valor de las decisiones judiciales desestimatorias dictadas en el previo proceso judicial, que “no alteran la situación jurídica creada por el acto de la Administración presuntamente lesivo de un derecho fundamental y no son, por tanto, en sí mismas causa de lesión. Otra interpretación llevaría a entender, en definitiva, que no hay más actos u omisiones atacables en vía de amparo constitucional que los actos u omisiones de los órganos judiciales [...]” (FJ 2, con cita de decisiones anteriores).

Consiguientemente el fallo de la sentencia, al otorgar el amparo a la demandante por vulneración de su derecho a no padecer discriminación por razón de sexo, ha de llevar sus efectos anulatorios a las decisiones administrativas causantes de la lesión constitucional apreciada.

2. *Sobre el derecho fundamental a la no discriminación por sexo femenino y la interpretación discriminatoria de la Administración sanitaria*

Llevada la indiscutida apreciación de la trascendencia constitucional del recurso - por ser la cuestión constitucionalmente relevante y poseer una general repercusión social y económica, según la taxonomía de la iniciática STC 115/2009, FJ 2- a los antecedentes de hecho, según la práctica general más reciente del Tribunal Constitucional, la Sentencia 71/2020 recuerda la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a la no discriminación por sexo *femenino* y las manifestaciones, directa e indirecta, de dicha discriminación ex artículo 14 CE, tarea a la que destina su

FJ 3. Parte esa exposición doctrinal de la decisiva y temprana identificación de dos distintos derechos fundamentales en el artículo 14 de la Constitución por la jurisprudencia constitucional: el derecho a la igualdad legislativa, normativa o “jurídica” y el derecho a su sufrir discriminación por causas declaradas injustificadas para diferenciar por el propio precepto constitucional en una relación abierta que la propia jurisprudencia constitucional va completando.

El enjuiciamiento del fondo del asunto se sitúa con absoluta corrección por el Tribunal Constitucional en la interpretación efectuada por el Servicio Vasco de Salud del artículo 47.1 c) del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo, interpretación de la que ha resultado un trato de la mujer hospitalizada por parto desigual del que se otorga al hombre hospitalizado, desigualdad basada en el hecho biológico del parto que únicamente afecta a las mujeres. La desigualdad resulta del criterio interpretativo empleado por la Administración sanitaria vasca de la norma de aplicación, que traía origen de la comisión paritaria del acuerdo -de 13 de febrero de 2004-, que restringió la interpretación más amplia de la literalidad de la norma, que permitía separar conceptualmente los casos de hospitalización de los de enfermedad grave a efectos de la concesión de la licencia a los familiares dentro del segundo grado, mediante la definición de la hospitalización por su asimilación a la enfermedad grave. Esta interpretación restrictiva dejaba los partos fuera de los supuestos de hospitalización, salvo que se acreditase que con el parto concurría “otra causa para la hospitalización o una enfermedad grave”, lo que explicaba la práctica de la Administración sanitaria de solicitar la justificación de la causa de hospitalización de las mujeres y no de los hombres. Con la finalidad de excluir de la cobertura de la licencia de cuidados familiares los partos, que no son una enfermedad. Con el resultado que con toda facilidad la Sentencia constata: se priva “a los empleados y empleadas del Servicio de Salud Vasco de una licencia a la que tienen derecho conforme al acuerdo regulador vigente”, al tiempo que “a las mujeres hospitalizadas por esta razón se les priva de que sus familiares puedan facilitarles asistencia durante la hospitalización por parto [...]”.

La conclusión primera de la sentencia no podía ser otra que la de considerar incurso la interpretación de la Administración en la discriminación por sexo constitucionalmente prohibida, sin justificación posible por la existencia de licencias para padres y abuelos en caso de alumbramiento, porque esa interpretación administrativa conducía a destinar las ayudas de familiares a todos los casos de hospitalización, excepto los debidos al “alumbramiento de la mujer que necesita esa ayuda” [FJ 4.b)].

3. Sobre la naturaleza de la discriminación: discriminación directa refleja por sexo femenino

La Sentencia advierte de que, en el caso, el resultado discriminatorio por sexo lesivo para la recurrente de amparo “no encaja fácilmente en las categorías de discriminación directa o indirecta”, de acuerdo a la doctrina constitucional.

En la lógica de su fundamentación descarta, en primer lugar, que la denegación de la licencia denunciada pudiera acogerse a la tipología de las discriminaciones indirectas -como había sostenido del Ministerio Fiscal-, pues el criterio seguido por la Administración Vasca de Salud para no fue “neutro”, sino abiertamente excluyente de su aplicación a las hospitalizaciones de mujeres por parto. A lo que añade que los tratos desfavorables para las mujeres motivados por el embarazo y la maternidad constituyen una discriminación directa por sexo, según la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (artículo 8) y la jurisprudencia constitucional. El Tribunal de Justicia ha reiterado esa calificación, que ha seguido la Directiva 2006/54/CE, considerando (23) y artículo 2.2.c).

La singularidad de esta discriminación directa por sexo femenino (alumbramiento) es que su resultado lesivo se traslada al ámbito jurídico-patrimonial de las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del acuerdo regulador con independencia de su sexo, aunque en el caso sea mujer la peticionaria de la licencia que la ha resultado denegada por la interpretación y aplicación discriminatoria del Servicio Vasco de

Salud. Podía haber sido un hombre. La discriminación no ha tenido lugar por el sexo de la persona discriminada, sino “por razón del sexo de su familiar hospitalizado [...] De modo que la recurrente no es discriminada por razón de su condición como mujer, sino por razón de la condición de mujer de su hermana hospitalizada, al excluirse los supuestos de alumbramiento en la concesión de dicha licencia [...]” [FJ 4.c)].

Expuesta su *ratio decidendi* la sentencia está en condiciones de pronunciarse sobre la naturaleza de la discriminación proscrita por sexo apreciada: es una discriminación refleja, ya que son los familiares quienes sufren las consecuencias peyorativas de la discriminación por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE, “de manera refleja, por su vinculación familiar con la mujer que está hospitalizada por parto” [FJ 4.d)]. La persona discriminada no es titular de la condición constitucionalmente protegida a través de su conversión en causa de discriminación prohibida -aquí el sexo femenino-, pero por su relación con la titular de la característica de diferenciación proscrita *ex constitutione* soportan los tratamientos lesivos o peyorativos de la discriminación.

En la conclusión de la sentencia, impecable en su enjuiciamiento constitucional de la lesión denunciada del derecho fundamental concernido, el Servicio Vasco de Salud aplicó un criterio directamente discriminatorio causante de un perjuicio laboral a la demandante de amparo, no por razón de su sexo, sino por el de su hermana, respecto de la cual la demandante de amparo solicitaba una licencia para atenderla con motivo de su parto. De esta manera, el rechazo de la concesión de licencia se produjo por tratarse de una hospitalización derivada de parto, que tan sólo afecta a las mujeres, y causa restricciones o perjuicios en el patrimonio jurídico de sus familiares, que no pueden acudir a asistirlos, como ocurrió en el caso de la recurrente.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Constitucional decide otorgar el amparo a la demandante “y, en su virtud:

1º Declarar que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a no padecer discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

2º Anular, en consecuencia, la sentencia de 29 de octubre de 2018, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Bilbao, dictada en el procedimiento abreviado número 4104/2017, así como la resolución núm. 902-2017, de 12 de junio, del director gerente de la organización sanitaria integrada de Barrualde-Galdakao de Osakidetza; y la resolución núm. 1255-2017, de 10 de octubre, de la directora general de Osakidetza.

3º Ordenar el restablecimiento de la recurrente en la integridad de su derecho con la adopción de las medidas apropiadas.

Ordena la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial del Estado (núm. 207, de 31 de julio de 2020).

VIII. Pasajes decisivos

Fundamento jurídico 4º b)

“En este caso, la administración sanitaria autonómica lleva a cabo una interpretación del art. 47.1 c) del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo que implica, como constata el Ministerio Fiscal, un trato de la mujer hospitalizada por razón de alumbramiento que es diferente del que se otorga al hombre hospitalizado. Trato desigual que se fundamenta en un hecho biológico, el parto, directamente asociado al embarazo y la maternidad y que, por tanto, incide de forma exclusiva sobre las mujeres.

Tal interpretación trae causa de los criterios adoptados en la reunión de la comisión paritaria del acuerdo celebrada el día 13 de febrero de 2004, que considera que “existe hospitalización cuando ésta sea asimilada a la enfermedad grave”, y en virtud de los

cuales el Servicio Vasco de Salud considera que entre los supuestos que dan derecho a la licencia del art. 47 acuerdo regulador de las condiciones de trabajo no está incluida la hospitalización por parto, salvo que se acredite que a raíz del mismo concurre otra causa para la hospitalización o una enfermedad grave. Ello pese a que el art. 47.1 c) del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo recoge como dos supuestos diferenciados por los que solicitar la licencia, por una parte, la enfermedad grave y, por otra, la hospitalización, sin distinguir entre las causas que motivan esta última ni condicionar el disfrute de la licencia a la concurrencia de otro requisito. De modo que del tenor literal de la misma no se infiere que quepa interpretar que la hospitalización ha de serlo por enfermedad, y que se excluye la hospitalización por parto, por no ser el parto una enfermedad.

Su aplicación en estos términos supone una diferenciación que implica un trato menos favorable tanto para las mujeres hospitalizadas como para los empleados o empleadas del Servicio Vasco de Salud que solicitan la licencia por hospitalización de mujeres de su familia. A diferencia de lo que ocurre cuando se solicita la licencia por hospitalización de un hombre, cuando un empleado o empleada solicita la licencia por hospitalización de una mujer la Administración requiere que se justifique no solo el ingreso hospitalario del familiar, sino también el motivo de dicho ingreso a fin de determinar si se trata de un caso de hospitalización por alumbramiento en el que no concurra enfermedad grave de la mujer, y denegar la licencia en estos casos. De modo que, por una parte, se priva en estos supuestos a los empleados y empleadas del Servicio de Salud Vasco de una licencia a la que tiene derecho conforme al acuerdo regulador vigente. Por otra, a las mujeres hospitalizadas por esta razón se les priva de que sus familiares puedan facilitarles asistencia durante la hospitalización por parto, con el apoyo de esta medida.

El criterio que utiliza la Administración en la interpretación y aplicación de esta norma se basa en uno de los motivos de diferenciación prohibidos por el art. 14 CE por lo que, conforme a la doctrina expuesta en el fundamento jurídico tercero, a), se le aplica un juicio de irrazonabilidad ex constitutione. En contra de lo que argumenta el servicio vasco de salud, no puede entenderse que la diferencia de trato está justificada por el mero hecho de que existan otras licencias para los casos de alumbramiento, de las que ya son beneficiarios bien el padre (art. 45 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo) o los abuelos (art. 44.4 de este acuerdo). Esta argumentación no tiene en cuenta que, con independencia de esas otras licencias, en ésta la única razón por la que se excluye su aplicación a los familiares de la madre es que bajo el concepto de hospitalización se cubren todos los supuestos en que una persona debe ser ingresada en un hospital, excepto aquel en que la hospitalización tenga como causa el alumbramiento de la mujer que necesita esa ayuda.”

Fundamento jurídico 4º c)

“En este caso, sin embargo, la lesión del art. 14 CE por discriminación por razón de sexo que alega la recurrente no encaja fácilmente en las categorías de discriminación directa o indirecta conforme a la doctrina expuesta en el fundamento jurídico tercero, b), por las razones que exponemos a continuación:

(i) Comenzando por la discriminación indirecta, como se ha puesto de relieve en los antecedentes el Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso por considerar que se trata de “un caso evidente de discriminación indirecta, habida cuenta de que ha sido una interpretación o aplicación de la norma la que ha producido los efectos desfavorables”. Sin embargo, la interpretación y aplicación del art. 47.1 c) del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo no puede categorizarse como una discriminación indirecta a la luz de la doctrina constitucional ya expuesta, ni de la definición que de dicho concepto hace el art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007. En este caso no se está ante una interpretación o criterio formulado de manera neutra ni “aparentemente neutra”, pero que perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres. De hecho, el criterio seguido por el Servicio Vasco de Salud para denegar a la recurrente el derecho a la licencia del art. 47 del citado acuerdo regulador no es, en absoluto, neutro o aparentemente neutro. Muy al contrario, excluye

abiertamente la aplicación de esta medida a los supuestos de hospitalización por razón de parto cuando, obviamente, solo las mujeres son hospitalizadas por esta razón para recibir la asistencia médica necesaria.

Se trata, en definitiva, de una interpretación que se fundamenta en un motivo directamente relacionado con el embarazo y la maternidad y que, en principio, implica una discriminación directa de la mujer hospitalizada conforme al art. 8 de la Ley Orgánica de igualdad y a la doctrina constitucional ya expuesta sobre el art. 14 CE.

(ii) Ahora bien, aquí la característica o condición que conlleva la discriminación directa por razón de sexo (el alumbramiento) no se sitúa en la persona que solicita acogerse a la licencia como medida, sino que la discriminación tiene lugar por razón del sexo de su familiar hospitalizado: en efecto, la interpretación del art. 47 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo en cuestión se aplica indistintamente a las mujeres y hombres empleados por el Servicio Vasco de Salud que soliciten dicha licencia. De modo que la recurrente no es discriminada por razón de su condición como mujer, sino por razón de la condición de mujer de su hermana hospitalizada, al excluirse los supuestos de alumbramiento en la concesión de dicha licencia. De hecho, tal circunstancia lleva al Ministerio Fiscal a excluir que la recurrente —que podría haber sido igualmente un hombre— haya sufrido ella misma una discriminación directa por razón de sexo.”

Fundamento jurídico 4º d)

“Estas circunstancias especiales no obstan para concluir que se ha vulnerado el art. 14 CE por incurrir la Administración en una discriminación directa por razón de sexo. La particularidad de este caso reside en que lo determinante en las decisiones de la Administración por las que se denegó la licencia a la recurrente es una interpretación del art. 47.1 c) del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo que se funda en un criterio directamente discriminatorio por razón de sexo en relación con los supuestos de hospitalización que dan derecho a dicha licencia (al excluir la hospitalización por alumbramiento y, en definitiva, por causa de maternidad, un valor protegido conforme a nuestra jurisprudencia). Como ya se ha advertido, tal discriminación proyecta también consecuencias negativas o perjudiciales, además, sobre las empleadas o empleados del Servicio Vasco de Salud que solicitan la licencia por asistir a su pariente hospitalizada. Se les deniega así, por un motivo discriminatorio prohibido por el art. 14 CE, la posibilidad de acogerse a dicha licencia para prestarles su ayuda, menoscabando a su vez sus derechos. En definitiva, dichos familiares sufren las consecuencias de una discriminación por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE, de manera refleja, por su vinculación familiar con la mujer que está hospitalizada por parto.

A la luz de las peculiaridades de este caso, es pertinente tener en consideración que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han admitido que se incurre en discriminación refleja cuando una persona es tratada de forma menos favorable por causa de su vinculación o asociación con otra que posee uno de los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas), pese a no poseer dicha característica en quien alega el trato discriminatorio.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en su sentencia de 17 de julio de 2008 (asunto C-303/06, Coleman) ha procedido a una interpretación amplia del alcance de los supuestos protegidos por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, al declarar que se incurre en discriminación directa cuando una persona es tratada de forma menos favorable por razón de uno de los rasgos o características protegidos, aunque no concurren en ella misma, si el motivo del trato menos favorable se fundamenta en dicha característica. En el mencionado asunto Coleman, en el que la Gran Sala aborda en concreto un supuesto de discriminación por razón de discapacidad, se declara que los objetivos y el efecto útil de esta Directiva “se verían comprometidos si un trabajador

que se encuentre en una situación como la de la demandante en el litigio principal no pudiera invocar la prohibición de discriminación directa establecida en el artículo 2, apartado 2, letra a), de la misma Directiva cuando se haya probado que ha recibido un trato menos favorable que el que recibe, ha recibido o podría recibir otro trabajador en situación análoga, a causa de la discapacidad de un hijo suyo, y ello aunque el propio trabajador no sea discapacitado” (párrafo 48).

De igual forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en su sentencia de 22 de marzo de 2016 (asunto Guberina contra Croacia, párrafo 79) que el trato menos favorable recibido por el recurrente por causa de la discapacidad del hijo a su cuidado es una forma de discriminación por razón de discapacidad, prohibida por el art. 14 del Convenio europeo de derechos humanos, aunque el propio recurrente no sufra de discapacidad alguna.”

Fundamento jurídico 4º e)

“En el supuesto objeto de este recurso de amparo se da la circunstancia de que el factor prohibido (la discriminación por razón de sexo) constituye el fundamento de la denegación de la licencia solicitada por la recurrente conforme al art. 47.1 c) del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo, ocasionándole también un perjuicio laboral aunque no sea en ella, sino en su hermana, en quien concurra la condición que da lugar a la discriminación (la hospitalización por razón de parto). En esas circunstancias, y para hacer efectiva la prohibición de discriminación por razón de sexo contenida en el art. 14 CE, es preciso una vez más “abundar en esa protección, ampliar y desplegar su sentido profundo” (STC

108/2019, FJ 3) concluyendo, en consecuencia, que la aplicación en estos términos del art. 47.1 c) del acuerdo tantas veces citado por el Servicio Vasco de Salud en las resoluciones por las que denegó a la recurrente la licencia por hospitalización de su hermana, es contraria a la prohibición constitucional específica de actos discriminatorios por razón de sexo, lesionando a su vez de manera refleja el derecho de la recurrente a la igualdad y a la no discriminación.”

IX. Comentario: sobre las discriminaciones reflejas, por asociación o vinculación

La Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2020 es prueba de la irresistible vocación expansiva de los derechos fundamentales, justificada en que tienen en la persona y en su dignidad el fundamento de la legitimación política de los sistemas democráticos. Es necesario hacer una breve referencia a la importancia del significado de la tutela antidiscriminatoria para corregir diferencias contrarias a la dignidad humana en sociedades no solo progresivamente diversas, sino profundamente desigualitarias e intolerantes.

La Sentencia presenta la particularidad de ser la primera en que el Tribunal Constitucional, tras cuarenta años de vida, aprecia una discriminación directa *refleja o por asociación o por vinculación*. De este modo, la Sentencia comentada dice “hacer efectiva la prohibición de discriminación por razón de sexo contenida en el art. 14 CE”, para lo que “es preciso una vez más “abundar en esa protección, ampliar y desplegar su sentido profundo”, con cita de la STC 108/2019, de 30 de septiembre, FJ 3. Es de recordar que la sentencia citada destacó el propósito transformador y evolutivo de la consagración constitucional del derecho fundamental a la no discriminación en orden a “la afirmación del modelo de convivencia que la norma fundamental refleja”. Con sus palabras: “El art. 14 CE, dicho en otros términos, 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” (siempre, FJ 3).

En el caso de la STC 71/2020, la lesión del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por sexo femenino de la demandante de amparo se ha producido “de manera refleja” por su vinculación familiar con mujer cuya hospitalización por parto no daba lugar al disfrute de la licencia para el cuidado por hospitalización de familiares dentro del segundo grado de parentesco, en la interpretación de la Administración sanitaria que debía concederla.

En su concepción teórica las discriminaciones reflejas rompen el tratamiento unitario entre la titularidad de la condición o característica personal diferenciadora, protegida al prohibir la Constitución (y la ley) que esa característica sea causante de tratamientos peyorativos, y la titularidad de la esfera jurídica en que se producen los efectos negativos de los tratamientos perjudiciales o peyorativos prohibidos por la técnica funcional de la tutela antidiscriminatoria con causa en esa característica de diferenciación juzgada ilegítima por la propia Constitución o por su interpretación judicial, y de manera especialmente autorizada por el Tribunal Constitucional, al no ser cerradas las causas de discriminación en sociedades en transformación permanente con constituciones vivas (art. 14 CE). Como dice la Sentencia comentada, quien alega el trato discriminatorio no tiene que poseer necesariamente la característica protegida frente a la discriminación si resulta dañada por la discriminación prohibida. Además, hay que añadir que es preciso acreditar que el trato discriminatorio tiene su causa en la causa de discriminación prohibida a través de las reglas de la prueba indiciaria y que las discriminaciones reflejas pueden ser directas o indirectas, aunque en el caso se trate de una discriminación directa acreditada y, consiguientemente, la Sentencia no se vea en la necesidad de abordar la entera problemática de las discriminaciones reflejas.

Importa llamar la atención sobre el hecho de que la operación conceptual que se traduce en la identificación de las discriminaciones reflejas tiene como consecuencia ampliar el ámbito subjetivo del derecho a la no discriminación, cuestión sobre la que ha venido insistiendo el Tribunal de Justicia a propósito del ámbito de aplicación *ratione personae* de las Directivas 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

La STC 71/2020 se muestra en sintonía con la jurisprudencia sobre la discriminación refleja del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y trae a su argumentación la pionera y conocida Sentencia *Coleman*, del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 17 de julio de 2008 (C-303/06)^[1], y la Sentencia *Guberina contra Croacia*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Segunda, de 22 de marzo de 2016^[2].

Se recordará que la Sentencia *Coleman* resolvió, en un litigio sobre discriminación y acoso empresarial de la trabajadora por razón de la discapacidad de su hijo, las cuestiones prejudiciales formuladas por el *Employment Tribunal, London South*, que plantearon abiertamente si en el contexto de la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad la Directiva 2000/78/CE protegía sólo a las propias personas discapacitadas frente a la discriminación directa y el acoso o también a las personas trabajadoras que sin estar discapacitadas reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación a una persona discapacitada. La respuesta del Tribunal de Justicia fue que la Directiva no sólo protege a las personas discapacitadas, sin perjuicio de contener en su cuerpo normativo disposiciones específicamente dirigidas a las personas discapacitadas (como las acciones positivas o la obligación empresarial de ajustes razonables en el trabajo), sino también frente a la discapacidad como causa de discriminación: “la Directiva tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y al trabajo, combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad. En efecto, el principio de igualdad de trato que en esta materia consagra la citada Directiva *no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma [...]*” (apdo. 38, reiterado en su apdo. 50):

de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el empleo y la ocupación, motivos, esto sí, tasados en la interpretación del Tribunal de Justicia de las normas del legislador europeo. La tutela antidiscriminatoria, sin abandonar las categorías de personas que protege, se “objetiva” en sus causas y motivos y extiende sus efectos a la protección subjetiva de las personas frente a los motivos o causas de discriminación. Sigue siendo irremediamente una técnica de protección selectiva y subjetiva, pero sus causas o motivos toman vida propia para la realización de la igualdad real o sustantiva, que en la feliz expresión de la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, “es un elemento definidor de la noción de ciudadanía en nuestro orden constitucional” (FJ 4).

Así, la Sentencia *Coleman* declara que la prohibición de discriminación directa y de acoso que establecen los artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a), y 3, de la Directiva 2000/78 “no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas”, sino que protege también a las que resultan discriminadas o acosadas por la discapacidad de otras con las que se relacionan (en el caso, una trabajadora discriminada y acosada por causa acreditada de la discapacidad de un hijo al que “prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere”: apdos. 56 y 63).

La Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, de 16 de julio de 2015 (C-83/14)^[3], confirmaría esa línea interpretativa expansiva o no restrictiva del principio de igualdad de trato y de no discriminación, al no limitar el ámbito de protección de la Directiva 2000/43 al origen racial o étnico de la persona demandante de tutela (a “su” origen racial o étnico) y ampliarlo a la persecución de toda discriminación “basada en el origen racial o étnico” de otros, y dirá: el concepto de “discriminación basada en el origen étnico”, en el sentido de la Directiva 2000/43 y, en particular, de sus artículos 1 y 2, apartado 1, “debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del asunto principal, en las que todos los contadores eléctricos en un barrio habitado principalmente por personas de origen gitano están instalados en postes del tendido eléctrico aéreo a una altura de seis a siete metros, mientras que en los otros barrios los contadores están situados a una altura menor de dos metros, dicho concepto es aplicable con independencia de que esa medida colectiva afecte a las personas que tienen un origen étnico específico o a las que, sin tener ese origen, sufren junto con las primeras el trato menos favorable o la desventaja particular derivada de esa medida” (apdos. 60 y 65).

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Guberina contra Croacia*, concluyó, siguiendo su jurisprudencia anterior “amplia”, que “el supuesto trato discriminatorio del demandante debido a la discapacidad de su hijo, con quien mantiene estrechos vínculos personales y a quien cuida, es una forma de discriminación basada en la discapacidad cubierta por el artículo 14 de la Convención” (apdos. 77, 78 y 79).

El legislador español ha acogido la categoría “discriminación por asociación” en la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social^[4], definiéndola como la que “existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad” [art. 2.e)].

La doctrina jurisprudencial y judicial española ha aplicado también estas discriminaciones reflejas, por asociación o *per relationem* por sexo (de hija en relación con la discriminación de la madre pensionista del SOVI sobre la prestación a favor de familiares; acoso discriminatorio y moral del marido por el acoso sexual de su mujer) y por actividad sindical (despido de trabajadora por la actividad sindical de su pareja sentimental)^[5].

En definitiva, se trata de una Sentencia que expresa la jurisprudencia constitucional evolutiva. Bien argumentada, únicamente es preciso llamar la atención acerca de la construcción de su fundamentación sobre la discriminación por sexo femenino, no por género, al radicar la discriminación de base o principal que se refleja en el tratamiento

peyorativo de la demandante de amparo, por consecuencia, relación o reflejo de aquélla, en el parto, en la maternidad biológica, “un elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres”, produciendo una forma de discriminación directa por su sexo, y “un valor protegido conforme a nuestra jurisprudencia” [FFJJ 3.b) y 4.b).c.i) y d)].

X. Apunte final

Llevando lejos el eco de la Sentencia comentada, la discriminación refleja o por vinculación es una categoría doctrinal y jurisprudencial que, aun sin resolver todos los problemas, debiera ser tenida en cuenta en la aplicación de la discriminación por sexo a presuntos perjuicios o tratos peyorativos sufridos por hombres al no haber constituido el sector de la población en posición desventajosa y contraria a la dignidad humana por motivo del sexo y existir, en consecuencia, obstáculos teóricos a su acomodo en la categoría constitucional “discriminación por sexo”, tal como fue definida, hace más de treinta años, por la STC 128/1987, de 16 de julio: como “explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas”, que encuentra su razón de ser “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 [...]” (FJ 5). La cuestión es de toda relevancia, pues afecta a la definición y delimitación material del derecho fundamental a la no discriminación por sexo.

Sin embargo, es sabido que los intérpretes jurisdiccionales europeos han dispensando la protección del derecho a la no discriminación por sexo a los hombres al enjuiciar medidas de acción positiva en favor de las mujeres, que, en su opinión, han extravasado las limitaciones del derecho a la igualdad formal o a la igualdad de trato como concepto formal -estrechando el principio eurounitario de igualdad de oportunidades y su virtualidad en la lucha contra la brecha de género-, o han reproducido estereotipos de género favorables a las mujeres y perjudiciales a los hombres. Sin entrar aquí en un tratamiento pormenorizado, que no es del caso y nos llevaría, aquí si, mas lejos de lo debido, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en particular, del Tribunal de Justicia hay decisiones sobre “varones discriminados”, en que esa discriminación se ha opuesto a la estructural por género de las mujeres y a las medidas normativas adoptadas para corregirla y hacer real las oportunidades en la formación, el empleo, el trabajo y la protección social.

El Tribunal Constitucional ha dado la cuestión por supuesta o la ha abordado tangencialmente. En la Sentencia 229/1992, de 14 de diciembre, dijo que pese al “carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios” (FJ 2), y ha reconocido en numerosas ocasiones la preterición material de las mujeres a la que sirve la tutela antidiscriminatoria. En la Sentencia 26/2011, de 14 de marzo, justificó la trascendencia constitucional del recurso de amparo en la posibilidad de perfilar, “como consecuencia del surgimiento de nuevas realidades sociales”, la doctrina constitucional sobre el derecho a la no discriminación en el ámbito laboral, cuando es un varón el que insta una modificación de sus condiciones de trabajo para el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar” (FJ 2), lo que después no hizo al reconocer que el demandante no había sido objeto de una diferencia de trato por razón de sexo, pues la denegación de su pretensión no se había fundamentado en ser varón, lo que excluía “una hipotética discriminación directa por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE”, pero *a sensu contrario* la permitiría en las decisiones negativas por sexo masculino.

La doctrina científica ha formulado diversas propuestas para el debate, en el plano de la constitucionalidad, al analizar la jurisprudencia constitucional y de los Tribunales europeos: discriminación refleja de base de la mujer, discriminación indirecta de la mujer, vulneración del derecho a la igualdad normativa por falta patente de justificación (arbitrariedad).

El debate sigue abierto.

Referencias:

1. [^] [ECLI:EU:C:2008:415](#).
2. [^] [Núm. 23682/13](#).
3. [^] [ECLI:EU:C:2015:480](#).
4. [^] *Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.*
5. [^] *Sentencias de la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:416), confirmatoria de la la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 2 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TSJICAN:2017:131); de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TSJGAL:2018:2484); de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 29 de agosto de 2019 (ECLI:ES:TSJICAN:2019:2116).*