

Crónica de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre igualdad (año 2019)

Chronicle of the spanish constitutional court case on equality rights (year 2019)

RICARDO PEDRO RON LATAS

*Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidade da Coruña
Magistrado Suplente
Sala de lo Social del TSJ Galicia*

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5396>

Resumen. Este estudio aborda el análisis de las sentencias dictadas en aplicación del principio de igualdad y no discriminación por el Tribunal Constitucional el año 2019. El estudio se centra en el estudio de las sentencias más relevantes en este terreno que ha producido el Tribunal Constitucional en el año 2019.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, principio de igualdad de trato, no discriminación.

Abstract. This study tackle the analysis of judgments dictated in application of the principle of equal treatment and nondiscrimination by the Constitutional Court of Justice of Spain during the year 2019. The article will focus in the study of the most notable sentences in this terrain that has produced the Constitutional Court during the year 2019.

Keywords: Constitutional Court of Justice of Spain, principle of equal treatment, nondiscrimination.

El año 2019, en el ámbito de la jurisprudencia dictada en aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación que consagra el artículo 14 de la CE por el Tribunal Constitucional, pueden reseñarse cuatro resoluciones, aunque dos de ellas resultan ser sustancialmente idénticas, esto es, de nuevo un panorama parco en resoluciones.

1. Sentencia 2/2019 de 14 de enero. Permisos en supuestos de parto. Duración distinta de los permisos y duraciones según se trate del padre o de la madre

la primera de las sentencias del año 2019 que el Tribunal Constitucional ha dictado en materia de igualdad no contiene doctrina novedosa alguna. Se trata simplemente de la reproducción de la contenida en las SSTCo 111/2018, de 16 de octubre y 117/2018, de 29 de octubre. En ella se sigue abordando un tema ya clásico en la jurisprudencia constitucional (y también, como no, en la ordinaria) desde la creación del permiso de paternidad tras la promulgación de la —ya lejana— Ley 40/2007, de 4 de diciembre; norma ésta que, como se sabe, estableció como medida “innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral” el permiso de paternidad de trece días de duración, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo, y que a día de hoy el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, ha modificado, equiparando, en sus respectivos ámbitos de aplicación, la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores. Se trataba (y se trata), en cualquier caso, de un derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento. De igual modo, la norma introdujo como necesaria novedad la creación de la prestación económica por paternidad.

La cuestión objeto de la *litis* de nuevo venía a ser una decisión administrativa —confirmada en vía judicial— que no reconoció al demandante el derecho a disfrutar la prestación de seguridad social por paternidad tras el nacimiento de su hijo en las mismas condiciones que las establecidas para el permiso por maternidad. Y el Tribunal Constitucional acabó denegando al demandante su derecho, concluyendo de nuevo que siendo diferentes las situaciones que se traen a comparación, no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley la diferente duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la seguridad social que establece la legislación aplicada. La atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la seguridad social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón. La maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del art. 39.2 CE, que se refiere a la protección integral de las madres. Por tanto, las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre.

Como presupuesto previo de esa decisión final, el Tribunal Constitucional no duda (de manera honesta) en reconocer que “existe un prolongado debate social y político sobre la conveniencia de ampliar la duración del permiso por paternidad (y la prestación de la seguridad social correspondiente), incluso hasta su equiparación con el permiso por maternidad”, hasta el punto de que: 1) se “encuentra asimismo en tramitación parlamentaria una proposición de ley que pretende la equiparación plena de los permisos de maternidad y paternidad”; y 2) se halla en trámite una reciente propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores (2017/0085), que pretende introducir el

derecho de los padres a acogerse al permiso de paternidad durante un breve período, que no debe ser inferior a diez días laborables, con ocasión del nacimiento de un hijo.

Sobre esta base, pues, lo que debía decidir el alto tribunal era si la normativa actual (anterior al Real Decreto-ley 6/2019) puede considerarse conforme al derecho fundamental garantizado por el art. 14 CE. La respuesta, sin embargo, peca, a mi entender, de excesiva ortodoxia argumental. La resolución del problema debía partir, según el Tribunal Constitucional de su doctrina al respecto del principio de igualdad, conforme a la cual el mismo no exige 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 art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello. Sería además necesario, para que fuera 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. En consecuencia, aquí el juzgador se limitó a examinar si las situaciones que se llevaban a comparación podían considerarse iguales y, en caso de que así fuera, si la diferente duración de los permisos por maternidad y paternidad (y de las correlativas prestaciones económicas de la seguridad social) que establece la legislación aplicable tienen una justificación objetiva, razonable y proporcionada.

Y siendo así, resulta obvio que no la tienen, de ahí la ausencia (de nuevo) de valentía jurídica en la fundamentación del tribunal. Porque, para este en el supuesto de parto (“maternidad biológica”), la “finalidad primordial” que persigue desde siempre el legislador es “la protección de la salud de la mujer trabajadora”. O, dicho de otro modo, el legislador ha juzgado como situación merecedora de protección en materia laboral y por el régimen público de la seguridad social el supuesto de parto, “en el que la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de la legislación laboral pretende preservar la salud de la trabajadora embarazada sin detrimento de sus derechos laborales, y la prestación económica por maternidad de la seguridad social atiende a sustituir la pérdida de rentas laborales de la mujer trabajadora durante ese periodo de descanso (obligatorio como mínimo en las seis semanas inmediatamente siguientes al parto)”. En cambio, el derecho del padre resulta ser un “un derecho individual y exclusivo del padre en el supuesto de parto..., independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad regulados en el art. 48.4 LET”. De ahí que, según el Tribunal Constitucional, “*fácilmente se desprende de lo razonado ... que la finalidad que persigue el legislador en la protección laboral y de seguridad social dispensada en el supuesto de parto es diferente en atención a que se trate de la madre o del padre*”.

Ninguna diferencia supone por lo tanto el hecho de que “los progenitores deben corresponsabilizarse en el cuidado de los hijos comunes, conforme exige el art. 39.3 CE”, por cuanto que “la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse

discriminatorias para el hombre”. El hecho diferencial, pues, lo supone las diferentes situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación, al no ser efectivamente homogéneas o equiparables. De nuevo, en esta ocasión, sin embargo, “debemos descartar que esa diferencia de trato en cuanto a la duración de los permisos y prestaciones incurra en vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) pues se trata de situaciones diferentes en la consideración de la finalidad tuitiva perseguida por el legislador, por lo que no concurre siquiera un término de comparación adecuado”. Y es que, “siendo diferentes las situaciones que se traen a comparación, no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) la diferente duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la seguridad social que establece la legislación aplicada en las resoluciones administrativas y judiciales que se impugnan en amparo”. La atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la seguridad social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón, al encontrarnos aquí con “realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del art. 39.2 CE, que se refiere a la protección integral de las madres”.

2. Sentencia 91/2019 de 3 de julio (y sentencia 92/2019 de 15 de julio). Diferencia de trato de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo en el cálculo de la pensión por jubilación

La segunda de las resoluciones anunciadas nos trae de vuelta a una vieja amiga: la diferencia de trato de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo en el acceso a la pensión por jubilación. Y es que, ya en su momento el Tribunal Constitucional en su sentencia 61/2013, de 14 de marzo, declaró la inconstitucionalidad del inciso inicial de la letra a) de la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social, por posible vulneración del art. 14 de la CE, ya que conforme a la misma “para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización”.

Para el Tribunal Constitucional, en efecto, el cálculo de los períodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial en atención exclusiva a las horas trabajadas carecía de justificación razonable, produciendo resultados desproporcionados en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social. No sólo eso, la norma evidenciaba sin lugar a dudas la presencia de discriminación indirecta, o lo que es igual, un 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 género, en el caso de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social es posible apreciar; y es que, aunque la disposición cuestionada

constituía una norma neutra, aplicable con independencia del sexo de los trabajadores, lo cierto es que los datos estadísticos permitían constatar que el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta predominantemente al sexo femenino, con el consiguiente mayor impacto que la aplicación de la norma cuestionada puede tener sobre las trabajadoras, sin que haya quedado acreditado que la medida responda a una determinada política social que actúe como justificación suficiente, habiendo quedado constatado por contra que la medida produce un efecto adverso y carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo, o no resultar idónea para el logro de tal objetivo; en otras palabras, la norma daba lugar a discriminación indirecta al no estar justificada objetivamente ni ser proporcionada al objetivo perseguido.

En la sentencia que nos ocupa ahora (STCo 91/2019 de 3 de julio, seguida por STCo 92/2019 de 15 de julio en idéntico sentido), el precepto controvertido resulta ser el mismo. Porque en su momento el legislador decidió modificar la normativa en cuestión, revisando su literalidad, pero sin llegar a la equiparación total de ambos colectivos de trabajadores, lo que ha acabado provocado de nuevo que se haya planteado cuestión de inconstitucionalidad respecto de la regla tercera, letra c), de la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Y el tema de nuevo vino a ser la posible contradicción con el art. 14 CE.

Las dudas que ofrece el precepto acerca de su adecuación al principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, en perjuicio de estos últimos, tienen por causa, según el auto de planteamiento: 1) el hecho de que para el cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial prevé una reducción del periodo de cotización, y con este método de cálculo, el periodo de cotización para un trabajador a tiempo parcial no se corresponderá en ningún caso con el que “de manera natural” deriva de los meses y años materialmente cotizados por él durante el tiempo de sus contratos en alta, a diferencia de lo que sí sucede con los trabajadores a tiempo completo, y además el método así implementado castiga, sobre todo, a los trabajadores con menos porcentaje de parcialidad a lo largo de su vida laboral, esto es, a quienes conforman el eslabón más débil del mercado de trabajo; 2) no existe una justificación objetiva y razonable de esta diferenciación; 3) si la obligación de cotizar y con ello su repercusión contributiva en el sistema de previsión social, se mantiene desde el principio y durante toda la vida laboral del trabajador a tiempo completo o parcial (dejando aparte la eventualidad de periodos en los que no haya habido obligación de cotizar, los cuales tienen su propio método de integración legal, que no ha sido aquí aplicado), puede ser contrario a los propios principios de dicho sistema, desconocer en parte el tiempo de cotización solo para este último colectivo de trabajadores, restándolo del periodo real de cotización para fijar la cuantía de su jubilación, en los términos del precepto aquí cuestionado; y 4) existen dudas fundadas sobre la inconstitucionalidad del precepto cuestionado

también por discriminación indirecta por razón de género, en perjuicio de la mujer trabajadora a tiempo parcial, ya que el porcentaje de mujeres que desempeñan un trabajo a tiempo parcial es claramente superior al de los hombres.

En suma, el auto de planteamiento de la cuestión interna de inconstitucionalidad considera que el precepto cuestionado, cuya regulación se contiene actualmente en el art. 248.3 del vigente texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, podría vulnerar el art. 14 CE desde una doble perspectiva: por un lado, en la medida en que vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, pues contiene una diferencia de trato de los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a tiempo completo; y por otro lado, por discriminación indirecta por razón de sexo, al evidenciarse estadísticamente que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres, ocasionándoles la norma cuestionada un efecto perjudicial.

Y, como no podía ser de otro modo, el Tribunal Constitucional acepta ambas tachas de inconstitucionalidad, tal y como viene haciendo desde hace años con relación al tema que nos ocupa. Así, por lo que se refiere en primer lugar a la diferencia de trato, el examen del precepto objeto de la cuestión “revela que no se adecua al principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, en perjuicio de estos últimos”, ya que en el cálculo del período de carencia para el acceso a la pensión de jubilación, mientras que en los trabajadores a tiempo completo el tiempo se computa por años y meses de cotización sin practicar sobre ellos ningún coeficiente o fórmula reductora, para los trabajadores a tiempo parcial, en cambio, la disposición adicional séptima LGSS de 1994 prevé una reducción del periodo de cotización, resultando así evidente que, con este método de cálculo, el periodo de cotización para un trabajador a tiempo parcial no se corresponderá con el que de manera natural deriva de los meses y años materialmente cotizados por él durante el tiempo de sus contratos en alta, a diferencia de lo que sí sucede con los trabajadores a tiempo completo.

De ello “se deriva no solamente una diferencia de trato en la fijación del periodo de cotización, para unos de manera natural, en función del tiempo real (trabajadores a tiempo completo) y para otros artificialmente a partir de un valor reductor (trabajadores a tiempo parcial), sino que el método así implementado castiga, sobre todo, a los trabajadores con menos porcentaje de parcialidad a lo largo de su vida laboral, esto es, a quienes conforman el eslabón más débil del mercado de trabajo”, sin que exista una justificación objetiva y razonable de esta diferenciación. En consecuencia, para el Tribunal Constitucional “falta el primero de los requisitos exigibles para una desigualdad de trato constitucionalmente admisible, su justificación objetiva y razonable. Además, se rompe también con la proporcionalidad desde el momento en el que, a una reducción razonable de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, añade una reducción también del periodo de cotización para fijar la cuantía de la prestación (porcentaje sobre la base), lo que no se hace con el trabajador a tiempo completo”.

Por lo que se refiere a la discriminación indirecta por razón de género, el Tribunal Constitucional entiende igualmente que concurre la misma. Como es bien sabido, esto sucede cuando: 1) “una disposición aparentemente neutra determina para las personas

de un sexo determinado una particular desventaja respecto de las personas de otro sexo, salvo que dicha disposición pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y los medios para alcanzarla sean adecuados y necesarios (art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y art. 2.1 b) de la 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); y 2) conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional “el tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio, del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre los trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo ..., obviamente, salvo que este tratamiento responda a una finalidad legítima y utilice medios proporcionados, adecuados y necesarios para conseguirla”. Por lo tanto, el concepto de discriminación indirecta constituye un elemento clave para procurar una igualdad efectiva, material o sustancial, entre el hombre y la mujer, superando una desigualdad histórica que puede calificarse de estructural, pues la igualdad sustantiva es un elemento definidor de la noción de ciudadanía en nuestro orden constitucional.

Sobre esta conocida base legal y jurisprudencia, el alto tribunal estima necesario recordar que “el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino”, lo que obliga a examinar con mayor cautela el impacto de la regla sobre cómputo de periodos de carencia contenida en la norma cuestionada, pues, acreditada estadísticamente la realidad sociológica indicada, esto es, que la medida afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres, para descartar la existencia de una discriminación indirecta prohibida por el art. 14 CE habría que constatar que esa medida se explica por razones objetivamente justificadas de política social sin carácter discriminatorio, y eso resulta ser algo que no sucede (ni sucedía en casos precedentes) en esta ocasión, por cuanto no existen circunstancias objetivas ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo que justifican la regulación del cálculo de la pensión de los trabajadores a tiempo parcial en el concreto aspecto aquí cuestionado. En particular (dice el Tribunal Constitucional) no se ha probado que “la norma que dispensa una diferencia de trato responda a una medida de política social, más allá de las consideraciones relativas al carácter contributivo de nuestro sistema de Seguridad Social”.

En este mismo sentido, para el Tribunal Constitucional “lo que no resulta justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, no ya en cuanto a la reducción de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, sino en cuanto a la reducción adicional de la base reguladora mediante un porcentaje derivado de un “coeficiente de parcialidad” que reduce el número efectivo de días cotizados, diferenciación que no solo conduce a un resultado perjudicial en el disfrute de la protección de la Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial, sino que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos”.

El Tribunal Constitucional, en consecuencia, para reparar la lesión del inciso segundo del art. 14 CE declara finalmente “la inconstitucionalidad únicamente de la remisión que el

párrafo primero de la letra c) de la regla tercera (“Bases reguladoras”) realiza, en relación con la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación, al párrafo segundo de la letra a) de la regla segunda (“Períodos de cotización”) de la misma disposición adicional séptima. Para ello basta declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “de jubilación y” que se contiene en el mencionado párrafo primero de la regla tercera, de forma que en la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación no se aplique el coeficiente de parcialidad previsto en el segundo párrafo de la letra a) de la regla segunda de la disposición adicional séptima, apartado 1, LGSS de 1994 y que, en consecuencia, una vez acreditado el periodo de cotización mínimo previsto en la mencionada regla segunda, se aplique la correspondiente base reguladora con su correspondiente escala general, sin reducir el periodo de alta con contrato a tiempo parcial mediante el coeficiente de parcialidad”.

3. Sentencia 108/2019 de 30 de septiembre. Discriminación por razón de género con carácter previo a la formalización del contrato de trabajo

La STCo 108/2019 de 30 de septiembre se ocupa del viejo tema de la discriminación por razón de género de una trabajadora embarazada, ahora con carácter previo a la formalización del contrato de trabajo, y lo que resulta más sangrante aun, en el seno del Instituto Nacional de Estadística. En esta ocasión se trataba de una trabajadora que obtuvo en el citado organismo una plaza de personal laboral de técnico superior de gestión y servicios comunes, pero que presentó escrito comunicando al INE su imposibilidad de incorporarse al trabajo por haber dado a luz una hija, manifestando expresamente que no renunciaba a la plaza y solicitando la reserva de la misma hasta el momento en que se pudiera incorporar, sin que se procediera, por tanto, a la adjudicación de la plaza a la siguiente candidata. En fecha 5 de agosto de 2015, la secretaria general del INE comunicó a la actora por escrito que debía procederse, “según el espíritu que recogen estas bases de convocatoria, a formalizar el contrato con la persona, que encontrándose en la mejor posición pueda realizar el trabajo de manera inmediata; siendo esta inmediatez y urgencia en la prestación de servicios la que ha motivado que la Dirección General de la Función Pública haya autorizado, de manera excepcional, el proceso selectivo referido”. Sobre esta base fáctica, lo que el Tribunal Constitucional debió dilucidar fue si ello constituía una vulneración de la trabajadora a no ser discriminada por razón de género. Y como es fácil suponer acabó dando la razón a la trabajadora.

Así, la resolución que nos ocupa comienza afirmando que para hacer efectiva la cláusula de no discriminación por razón de género del art. 14 CE, se 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 el Tribunal Constitucional (por citar una de tantas, STCo 182/2005, de 4 de julio), “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". Y finaliza asegurando, entre otras cosas, que "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".

Expuesta la doctrina constitucional 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, la sentencia estima que existen una serie de factores que concurren singularmente en este caso, que le dotan de una singularidad que debe ser abordada, que serían, en primer lugar, que la controversia se localiza en el estadio del acceso al empleo, en concreto en los momentos anteriores a la formalización de la relación contractual. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional en sentencia 214/2006, de 3 de julio, ya dejó escrito que puede existir 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 STCo 173/1994, de 7 de junio, 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, para la sentencia "no cabe dudar de que la discriminación por razón de sexo puede ocasionarse con carácter previo a la formalización del contrato de trabajo, de suerte que la afectada estará amparada por el art. 14 CE en ese estadio con la prohibición de discriminación directa o indirecta garantizada por su contenido esencial".

En segundo lugar, aquí nos encontramos con el deber de la Administración Pública de garantizar la no discriminación a la mujer con fórmulas tuitivas y flexibles, tal y como se deduce de lo dispuesto en los arts. 3, 8 y 51 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Y si a ello añadimos la amplia normativa y jurisprudencia sobre el particular existente en la UE, la única consecuencia posible no es otra que la necesidad de que la Administración Pública adopte medidas o fórmulas flexi-

bles que impidan que la maternidad sea un obstáculo para el acceso al empleo público de la mujer trabajadora, ofreciendo medidas alternativas razonables a la situación específica derivada de la maternidad, que es justo lo que no sucedió en el caso enjuiciado, porque la Administración, lejos de evitar una posible vulneración del principio de no discriminación del art. 14 CE, decidió apartar a la trabajadora sin ofrecerle ninguna alternativa flexible que permitiera, atendiendo a su maternidad, el acceso al empleo, y adjudicando el puesto de trabajo a la siguiente candidata de las que superaron el proceso selectivo.

Esta situación discriminatoria se produce, en tercer lugar, incluso aunque no existe “intencionalidad lesiva”. La idea aquí de esencialidad del derecho (el contenido esencial al que se refiere el art. 53.1 CE) es lo que subyace en esa doctrina. Y es que, 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 protección.

De este modo, 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 de la prohibición de discriminación por razón de género, 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; puede declararse la lesión del derecho fundamental aunque no haya ánimo lesivo, en este caso discriminatorio, al bastar la objetividad del perjuicio. Y desde este prisma, 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 parte demandada en el proceso judicial (el INE), ya que la decisión debe ser examinada de forma objetiva y objetivamente el perjuicio se ha producido en razón de la maternidad.

En último término, para el Tribunal Constitucional resulta irrelevante 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 la doctrina del propio tribunal: “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” (STCo 171/2012, de 4 de octubre).

En consecuencia, se encuentra fuera de toda duda la obligatoriedad de la formalización del contrato, que afecta a todo concursante en un proceso de selección independientemente de su género, 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, 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. Y de todo ello resulta, en fin, que la actuación del INE ocasionó una discriminación directa contraria al art. 14 CE, por ser mujer en estado de maternidad la afectada, resultando esta perjudicada por esa causa, al habersele impedido con fundamentos incompatibles con el segundo inciso del art. 14 CE su derecho de acceso a la plaza que obtuvo en el proceso selectivo, colocándola en una clara desventaja por ser mujer trabajadora y madre.