



Universidad
de Alcalá

EL TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LA DIFERENCIA DE TRATO

*Proportionality test about inequality
of treatment*

**Máster Universitario de
Acceso a la Profesión de Abogado**

Presentado por:

JOSÉ IGNACIO FERNÁNDEZ PÉREZ

Dirigido por:

MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS

Alcalá de Henares, a 13 de abril de 2021

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN:.....	- 2 -
EL PRINCIPIO DE IGUALDAD:	- 3 -
Actos discriminatorios	- 3 -
Principio genérico de Igualdad:	- 4 -
Prohibición a la discriminación:	- 7 -
La cláusula abierta del artículo 14	- 8 -
Exclusión de los extranjeros:	- 10 -
TIPOS DE DISCRIMINACIÓN:	- 11 -
Discriminación Directa:	- 12 -
Discriminación Indirecta:	- 13 -
Discriminación por indiferenciación:	- 15 -
La discriminación múltiple y la discriminación interseccional:	- 17 -
Las Acciones positivas y los Ajustes razonables:.....	- 19 -
JUICIO DE IGUALDAD	- 23 -
Fundamento y estructura del Juicio de Igualdad.....	- 23 -
Juicio de racionalidad de la clasificación legislativa:	- 24 -
Juicio de Proporcionalidad de la diferencia de trato:.....	- 26 -
Diferencia constitucional entre el juicio de razonabilidad y juicio de proporcionalidad:	- 28 -
ESTRUCTURA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD.....	- 30 -
Subprincipio de idoneidad:	- 32 -
Subprincipio de necesidad:	- 35 -
Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto:	- 38 -
CONCLUSIÓN:	- 41 -
BIBLIOGRAFÍA:.....	- 42 -

ABREVIATURAS:

- Art. Artículo

- C.E Constitución Española

- CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos

- F. J Fundamento jurídico

- LOREG Ley Orgánica del Régimen Electoral General

- LOTC Ley orgánica del Tribunal Constitucional

- STC Sentencia del Tribunal Constitucional

- TC Tribunal Constitucional

- TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- VIH Virus de la inmunodeficiencia humana

- *Op.cit* *opere citato* (En la obra citada)

RESUMEN:

El presente trabajo tiene como fin analizar el alcance y proceso del juicio de proporcionalidad de la diferencia de trato. Para ello, se plantea un análisis del derecho a la igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución Española, afrontando su alcance y sus vicisitudes. También será necesario como medio de introducción en este campo la exposición de los diferentes casos de discriminación a los que hoy en día una persona se puede enfrentar. Tras el estudio de estos ámbitos, se comienza a tratar el juicio de igualdad, su composición, magnitud, trascendencia y cómo lo entiende el Tribunal Constitucional. Como último objetivo del trabajo, se estudia el comportamiento del Alto Tribunal a la hora de aplicar el juicio de proporcionalidad de la diferencia de trato en sus diferentes estadios con el fin de comprender sus razonamientos y aplicarlos en consecuencia ante las posibles futuras cuestiones que lleguen a la Clínica Jurídica.

PALABRAS CLAVE:

Derecho antidiscriminatorio, derecho a la igualdad, principio de proporcionalidad, juicio de igualdad, test de proporcionalidad de la diferencia de trato, VIH/SIDA.

ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze the scope and process of the proportionality test about inequality of treatment. To do this, we propose an analysis an analysis of the right to equality included in article 14 of the Spanish Constitution, addressing its reach and its vicissitudes. In order to introduce the topic at hand, we also need to cover the different cases of discrimination that a person can face today. After studying these subjects, we begin to address the equality judgment by studying its composition, its magnitude, its significance and how is it understood by the Constitutional Court. As the last objective of the work, the behavior of the High Court is studied when applying the proportionality test about inequality of treatment in its different stages in order to understand its reasoning and apply it accordingly to possible future cases that may arise.

KEYWORDS

Anti-discriminatory law, equality right, principle of proportionality, equality judgment, proportionality test about inequality of treatment, HIV/AIDS.

INTRODUCCIÓN:

El fenómeno de la discriminación es una de las contrariedades más comunes a las que se enfrenta nuestra realidad social. Comporta una serie de tratos diferenciados considerados perjudiciales hacia un grupo de personas que suelen estar basados en varios motivos como raciales, de índole sexual, sobre la condición psíquica o física, etc. No obstante, no todos los tratamientos diferenciados se pueden considerar discriminatorios. Estos tratos a menudo vienen avalados por normas u órganos jurídicos que legitiman dicha actuación en pro de una finalidad constitucional, pero dichos tratos no pueden suponer un sacrificio excesivo a favor de un fin constitucionalmente admisible o deseable, de tal forma que de ser así serían considerados discriminatorios.

Para evaluar si las medidas no suponen un sacrificio desmesurado el Tribunal Constitucional examina el alcance de la diferenciación mediante el juicio de proporcionalidad del trato diferenciado. Este proceso analiza mediante tres subjuicios si la medida que ejecuta la diferenciación dentro de los grupos sociales que comportan nuestra realidad es proporcional a la propósito constitucional que se pretende alcanzar.

De la misma forma, a la Clínica Legal llegan con frecuencia casos en los que los posibles perjudicados dudan acerca de la legitimidad del trato diferenciado. Ante ello, se efectúa el test de proporcionalidad desde la misma perspectiva que el Tribunal Constitucional con el afán de poder determinar si los supuestos de hecho que hacen dudar sobre la posibilidad de un trato diferenciado discriminatorio se ajustan o no a la proporcionalidad exigida por nuestro Alto Tribunal.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD:

Actos discriminatorios

El propósito de este trabajo es concretar con ayuda del test de proporcionalidad cuándo nos encontramos ante actos o disposiciones discriminatorias en los supuestos que nos presentan a menudo en la Clínica Jurídica. A priori, parece una tarea sencilla si el *modus operandi* se basa en la tendencia común, que es considerar discriminatorio cualquier acto o norma que limite en modo alguno los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución sin una base razonable o sin perseguir un fin mayor. Sin embargo, es un error recurrir a este examen ordinario, provisto de escasa formalidad y no poca fiabilidad.

Antes de adentrarnos en el test es necesario analizar desde un punto de vista jurídico el significado de discriminatorio en nuestro ordenamiento y hasta dónde puede abarcar. Para ello, es necesario un estudio en profundidad del derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 14 de la Constitución, que establece lo siguiente:

- 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 social¹.

Este artículo de nuestra Carta Magna consta de una triple dimensión: En primer lugar, la igualdad como valor superior recogido en el artículo 1² de la C.E, esto significa que se configura como una de las normas básicas que obligan al Estado a desarrollar actos o leyes que las favorezcan. También, desde esta dimensión reprime cualquier tipo de legislación que pueda menoscabar su esencia. En segundo término, encontramos su función como principio, definido por ALEXY³ como mandato de optimización, representa una norma general y abstracta que suele tener carácter relacional ya que su satisfacción deriva en la aplicación respecto de otras normas. Y, por último, tiene una dimensión de derecho fundamental, un derecho según GIMÉNEZ GLÜCK⁴ que ocupa un lugar especial entre las normas por estar protegido por un procedimiento sumario y preferente ante los Tribunales ordinarios y por recurso de amparo.

¹ Constitución Española de 1978: Capítulo Segundo: Art.14

² Constitución Española de 1978: Título Preliminar: Art.1

³ Alexy, R. (2008) *Teoría de los derechos fundamentales*, Valencia. Editorial Bosch pág. 145

⁴ Giménez Glück, D. (2004) *op.cit.* pág.33

De este texto normativo se desprenden dos grandes pilares que ayudan a delimitar, por poco que sea, este derecho. En primer lugar, encontramos una cláusula del principio genérico de igualdad en “Los españoles son iguales ante la ley”, que se puede entender como el tradicional principio de que las leyes deben considerar iguales a todos los ciudadanos sin hacer entre ellos distinciones irracionales. Por otro lado, en el mismo enunciado encontramos “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” que es una prohibición contundente a la discriminación. A pesar de esta delimitación todavía siguen siendo dos bases algo abstractas que necesitan de una observación por separado.

Principio genérico de Igualdad:

Como raíz del artículo 14 encontramos el principio genérico de igualdad que conjetura una idea de homogeneidad de trato hacia los ciudadanos, que como explica la STC 49/1982⁵, es ante la ley y en la ley:

- La regla general de la igualdad ante la Ley contenida en el art. 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la Ley o igualdad en la Ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la Ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que, cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Es importante comprender esta distinción: la *igualdad ante la ley* es aquella que predica la igualdad en la aplicación de esta, tanto en su vertiente administrativa como judicial. Obliga a que la ley sea aplicada de modo igual a todos aquellos sujetos que se encuentren en una misma situación, dicho de otra manera, obliga a la no diferenciación de los aplicadores de forma arbitraria.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1982, de 14 de julio, FJ 2º

A modo de ejemplo, se puede apreciar desigualdad en la aplicación de la ley cuando una sentencia que proviene de un órgano jurisdiccional es resuelta de manera diferente conforme a otras que ante supuestos de hecho análogos y, ante el mismo órgano, obtuvieron otro tipo de resoluciones. Es importante destacar el papel del Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior, en su función de garante de la igualdad en la aplicación de la ley. Este propósito lo consigue mediante el recurso de casación para la unificación de doctrina, pues uno de los requisitos para el acceso a la casación es que la sentencia impugnada haya sido interpretada y aplicada de manera distinta a otras similares por otros órganos o el propio Tribunal Supremo.

Por otro lado, la *igualdad en la ley*, contempla la idea de igualdad como un derecho frente al legislador, es decir, frente al poder legislativo. Impide que el legislador pueda crear supuestos de hecho de la norma que deriven en un tratamiento distinto a personas que se encuentren en una misma situación. Un claro ejemplo aparece en la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964⁶, la cual introdujo en su artículo 58 una medida que excluía al conviviente *more uxorio* como sujeto beneficiado por la subrogación *mortis causa*, es decir, se excluía del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiera convivido fuera del matrimonio con el arrendatario fallecido. El Tribunal Constitucional en la STC 222/1992⁷ entendió que la protección de la familia que se pretendía salvaguardar conforme al art. 39.1 de la C.E no podía entenderse en una familia fundada en el matrimonio, dado que nuestra Carta Magna no ha reconocido que la familia a la que manda proteger tenga su origen en el matrimonio. De tal forma que el Tribunal apreció que el legislador había creado una norma discriminatoria basada en una protección indirecta del matrimonio y declaró la inconstitucionalidad de la misma.

Pero esta igualdad en la ley y ante la ley parece no significar que se pueda obtener siempre el mismo trato dado que, como así lo señalaba el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias, como la STC 30/1986⁸, existen las reglas de *igualdad relativa y no relativa*:

- El principio de igualdad ha de entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en relación con el que se invoca. Puede

⁶ Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5º

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 30/1986, 20 de febrero, F.J 5º

decirse, pues, que el principio de igualdad encierra una prohibición a la discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales. Solo podrá aducirse la quiebra del principio de igualdad cuando, dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los sujetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos.

Las reglas de igualdad no relativas son aquellas que establecen unos derechos y deberes a las personas sin ninguna mención en relación a estas. En contraposición, las reglas relativas de igualdad trazan unas pautas dirigidas a una categoría específica de personas, que se encuentran en una situación determinada como pueden ser las acciones positivas que veremos más adelante. Se considera desigual cuando la aplicación de estas reglas conlleve un trato diferenciado, es decir, el límite de las diferenciaciones que permite el principio de igualdad se consagra en la prohibición de discriminación, pues el principio recogido por el artículo 14 no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica.

Un elemento importante a resaltar es el de la distinción entre la igualdad formal y la igualdad material. La igualdad formal se conoce como aquella que se debe de dar en lo estrictamente jurídico. Por otro lado, la igualdad material se consagra en el art 9.2 de la CE que establece:

- Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social⁹

Se entiende pues que esta igualdad obliga a los poderes públicos a la búsqueda de un equilibrio material, esto se puede apreciar como dice GIMENEZ GLÜCK¹⁰ “un mandato de que todos los ciudadanos posean los mismos bienes”, o desde una perspectiva capitalista, “como una justa distribución en la realidad social de los bienes sociales y materiales”. Lo destacable es que esta igualdad material no se integra en el principio de

⁹ Constitución Española de 1978, Capítulo Segundo: Art.14

¹⁰ Giménez Glück, D. (2004) *op.cit.* pág. 305

igualdad del art. 14 tal como indica la STC 49/1982¹², “la igualdad a la que el art. 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la Ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva”.

En resumidas cuentas, el principio de igualdad genérica demuestra que no todos los actos o normas que presentan una desigualdad inicial indican la presencia de un acto discriminatorio. Esta relatividad en las reglas de igualdad nos lleva a observar la prohibición de discriminación como el punto de inflexión determinante a la hora de conocer cuando nos encontramos ante una discriminación.

Prohibición a la discriminación:

Como hemos visto, el principio general de igualdad tiene como objetivo la igualdad jurídica, pero en su búsqueda puede aparecer algún que otro trato diferenciado. El segundo pilar del artículo 14 enfunda una taxativa restricción a la discriminación de la que cabe pensar que todo tipo de diferenciación en base a uno de los grupos vulnerables de los establecidos (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social¹³) está excluido de nuestro ordenamiento, es decir, que cualquier desigualdad basada en alguna de las razones que recoge la norma es ilegal, pero nada más lejos de la realidad. No toda desigualdad entraña una discriminación. Tal y como hemos visto con las reglas relativas de igualdad, existen supuestos en los que la igualdad es relativa puesto que están orientados a un determinado grupo o categoría, dándose así una desigualdad fáctica puesto que no todos reunimos las especificaciones de la regla relativa, pero no por ello se trata de un trato diferenciado ilegal.

La prohibición a la discriminación no significa una obligación de no realizar diferenciaciones, impide que las leyes dividan a la sociedad en grupos a los que aplicar diferentes consecuencias de forma arbitraria, esto significa, como establece la STC 166/1986¹⁴:

- este principio no prohíbe al legislador contemplar la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, porque la

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1982, de 14 de julio, F.J 2º

¹³ Constitución Española de 1978: Capítulo Segundo: Art.14

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1986, de 19 de diciembre, F.J 11º

esencia de la igualdad consiste, no en proscribir diferenciaciones o singularizaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable, enjuiciada en el marco de la proporcionalidad de medios al fin discernible en la norma diferenciadora

El objetivo de esas diferenciaciones es responder a unos valores constitucionalmente razonables y equilibrados que se ajusten a la realidad. Para valorar estas diferenciaciones el Tribunal Constitucional ha ido construyendo conforme al tiempo y a la jurisprudencia unos límites que son los que forman parte del llamado Juicio de Igualdad en la ley, compuesto por el juicio de razonabilidad y por el juicio de proporcionalidad, este último motivo de este trabajo.

La cláusula abierta del artículo 14

En un primer momento se puede llegar a pensar que el art. 14 establece una lista cerrada de supuestos de discriminación, pero la STC 176/1988¹⁵ desmintió que el precepto de igualdad recogiera unos supuestos tasados y únicos de discriminación. Si bien es cierto, el artículo 14 recoge, por un lado, una lista de supuestos concretos de discriminación de especial protección que son: nacimiento, raza, sexo, religión y opinión. Esta lista tiene un sentido y es establecer una prohibición directa de discriminación sobre aquellos rasgos que han supuesto una diferenciación histórica muy arraigada en nuestra sociedad. Mientras, por otro lado, en lo referente a *cualquier otra condición o circunstancia personal o social* entra en juego una cláusula abierta o general de discriminación. Con ello, el precepto pretende incorporar todas aquellos aspectos o rasgos que puedan generar una conducta sospechosa de discriminación. En consecuencia, han ido apareciendo paulatinamente en nuestra jurisprudencia nuevos motivos de discriminación como la discapacidad y el estado de salud como resalta la STC 269/1994¹⁶, “No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 C.E., es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación.”.

La diferencia entre los supuestos tasados del art. 14 y la cláusula abierta de la norma recae en la carga de la prueba. Para el Tribunal Constitucional las desigualdades específicas

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1988, de 16 de septiembre, F.J 3º

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 263/1994, de 3 de octubre, F.J 4º

conlleven una protección más estricta dado que los valores a proteger son de mayor importancia o más trascendencia histórica respecto de los que puedan acontecer de las desigualdades protegidas por la cláusula abierta. Existen leyes que han tenido en cuenta alguna de las causas específicas del precepto como por ejemplo la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que teniendo como base la prohibición de discriminación por sexo del artículo 14, desarrolla un conjunto de normas para poner fin a la discriminación salarial, en las pensiones de viudedad, contra la mayor tasa de desempleo femenino, etc. En los casos mencionados de la norma no es necesario hallar la razón del criterio de la desigualdad, sino que basta con advertir que existe una diferencia de trato. Será el poder público o el diferenciador el que retenga la carga de la prueba.

GIMENEZ GLÜCK¹⁷ reconoce en su estudio ciertos parámetros, a partir del Derecho comparado y la propia la jurisprudencia del TC, para la determinación de la pertenencia de un grupo o colectivo a la cláusula abierta del art. 14 de la CE. Estos son:

- *Compartir un rasgo común que los identifique:* Parece exigible que para que se pueda apreciar como colectivo sospechoso de discriminación por la cláusula abierta sea necesario que se comparta por parte del supuesto grupo sospechoso una cualidad o atributo por los cuales se les margine o se les cause perjuicios sociales.
- *La existencia de una historia de discriminación:* Este parámetro destaca a partir de la STC 166/1988¹⁸ FJ2 al establecer que “la exclusión de la discriminación por razón de sexo halla su razón concreta...en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina”. Por ello, y por ser una característica que se repite en los grupos protegidos específicamente por la C.E, además de manifestarse en el Derecho comparado de la misma manera, se puede decir que es un requisito necesario para constituir un colectivo especialmente protegido.
- *La existencia de perjuicios sociales negativos contra dichos grupos o colectivos:* Este criterio es el más débil de su estudio por la escasez de base doctrinal en

¹⁷ Giménez Glück, D. (2004) *op.cit.* pág. 230

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1988, de 26 de septiembre, F.J 2º

España, pero se puede apreciar que son estos perjuicios sociales negativos por los cuales existe una desconfianza hacia el legislador, esto quiere decir que, si la motivación de las cláusulas específicas del art. 14 es evitar perjuicios negativos o desventajas que padecen estos grupos sospechosos, parece posible que un condición para que se considere un grupo perteneciente a la cláusula abierta sea la existencia obstáculo social negativo que sufran los integrantes al grupo en cuestión.

Exclusión de los extranjeros:

Es una cuestión importante a responder que procede a partir del artículo 14 de la C.E, exactamente de “Los españoles son iguales ante la ley”. Así pues, nuestro ordenamiento reconoce el derecho a la igualdad como exclusivo a los españoles. No obstante, esta situación ha sido matizada con el reconocimiento genérico de los derechos fundamentales que establece el artículo 13 .1 y la jurisprudencia del T.C que desarrolla su aplicación

El artículo 13 establece que los “extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley¹⁹”, no obstante, la jurisprudencia del T.C comenzó desde el principio a limitar el alcance del precepto. En un primer momento, limitó los derechos de los extranjeros a un bloque estricto vinculado al artículo 10 de la C.E, es decir, la dignidad de la persona. Estos derechos no admitían un tratamiento diferenciado entre nacionales y extranjeros y eran: el derecho a la libertad, a la vida, a la integridad física, a la moral, y el derecho a no ser discriminado (STC 137/2000, de 29 de mayo). Más tarde, a partir de la STC 107/1984²⁰, destacó que, respecto al resto de derechos reconocidos en la Constitución, ésta no permite al legislador configurar libremente los derechos y limita la aplicación del artículo 13.1, en lo respectivo a “los tratados y la ley”, para habilitar condiciones adicionales para el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros.

Respecto al derecho de igualdad, el TC reconoció por primera vez en la STC 137/2000²¹ que el derecho no ser discriminado pertenece al grupo de derechos de los que goza plenamente el extranjero sin tratamiento diferenciado al incluir en el FJ1:

¹⁹ Constitución Española de 1978: Capítulo Primero: Art.11

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de diciembre, F.J 3º

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 137/2000, de 29 de mayo, F.J 1º

- A partir de la doctrina general que este Tribunal Constitucional ha elaborado en materia de extranjeros -especialmente en las SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, 99/1985, de 30 de septiembre, 115/1987, de 7 de julio, y 94/1993, de 22 de marzo- se garantizan a todas las personas, y no sólo a los españoles, los derechos "imprescindibles para la garantía de la dignidad humana" (STC 107/1984, FJ 3) y no hay duda de que entre éstos debe inducirse el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Esto significa que los extranjeros se encuentran en una situación de doble status sobre el principio de igualdad: por un lado, respecto a los supuestos de no discriminación recogidos por las cláusulas específicas, su tratamiento es el mismo al de los españoles. Por otro lado, en lo relativo al principio general de igualdad gozan del resto de derechos constitucionales en la forma que establece el artículo 13.1, es decir, de la manera que así lo establezcan los tratados y las leyes.

No obstante, existe un determinado bloque de derechos que se reconoce con exclusividad a los españoles. Esta excepción se recoge en el artículo 13 .2 de la C.E y está vinculado a los derechos relacionados con la participación en los asuntos públicos como son los referidos en el artículo 23: el derecho al sufragio y el derecho a acceder a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad. Dicho de otra manera, para el Alto Tribunal solo los derechos del artículo 23 de la C.E son de titularidad exclusiva de los españoles, exceptuando una única posibilidad que se permite, que es el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. Dicho derecho fue reconocido gracias al Tratado de la Unión Europea de 1992 para todos los ciudadanos de la Unión y conllevó una reforma constitucional el 27 de agosto de 1992 en nuestro país.

TIPOS DE DISCRIMINACIÓN:

Una vez esclarecido mínimamente el alcance del derecho a la igualdad del art. 14 y la cláusula de prohibición a la discriminación, lo conveniente es conocer ante qué tipos de tratamientos diferenciados nos podemos encontrar. Por ello, es conveniente reunir una lista de modelos de discriminación que por desgracia siguen sucediendo a día de hoy.

Discriminación Directa:

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece la discriminación directa como una diferencia de trato entre personas que se hallen en situación análogas o similares. REY la define como la discriminación que “se produce cuando una persona es tratada de modo menos favorable que otra que está en una situación análoga a causa de su género, raza, etc”²². Este tipo es el más frecuente y sus condiciones son muy patentes: se trata en primer lugar, como requisito principal, un trato menos favorable que suele plantearse por la doctrina alemana entre dos supuestos: *los procesos de selección y las decisiones aisladas*.

En el primero de los supuestos existe discriminación cuando no se tiene en cuenta a la víctima al tomar la decisión en el proceso de selección, a causa de una exclusión premeditada desde el principio o porque no se lleva a cabo una selección real. En cuanto, al segundo supuesto, se trata de una decisión individual basada en alguno de los rasgos sospechosos de discriminación que causa un trato desfavorable. Es más difícil de demostrar en comparación al anterior tipo dado que no depende de la mera apreciación del afectado, sino que es necesario un tercero objetivo en la misma situación.

Por último, requiere que el trato sea menos favorable respecto de otros individuos que se encuentran en una situación similar. Por lo tanto, el requisito es la *situación comparable*, una realmente significativa que pueda servir de prueba de trato menos favorable, es decir, es necesario un elemento comparador que demuestre que el afectado ha sido objeto de un trato menos favorable respecto de otras personas que se sitúen en una posición análoga u ostenten las mismas condiciones o cualificaciones.

Así pues, en base a los supuestos anteriores, encontramos un ejemplo de discriminación de *procesos de selección* en los cuadros médicos de las convocatorias de acceso al Cuerpo de la Guardia Civil, Cuerpo de Policía Nacional, etc. Estos cuadros excluyen del proceso a las personas que tengan la enfermedad del VIH, que se trata de *un retrovirus que ataca al sistema inmunitario de la persona infectada*, cuya forma de transmisión principal suele ser a través de comportamientos sexuales sin protección o por el uso de jeringas o agujas. Actualmente, el tratamiento de esta enfermedad se realiza mediante el uso de medicamentos antirretrovirales que evitan la multiplicación del virus en la sangre,

²² Rey Martínez, F. (2017) “Igualdad y Prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”: *Revista de derecho político*, 2017, Vol. 1(100). Pág. 140

reduciendo así la carga viral hasta ser indetectable (se considera así cuando la carga viral se sitúa por debajo de las 50 copias/ml) lo que significa que es intrasmisible.

Sin embargo, a pesar de los avances científicos en el tratamiento y de las evidencias que confirman su intransmisibilidad, continúan los estereotipos y estigmas sobre esta enfermedad como podemos reseñar en los cuadros médicos de puestos públicos que, siguiendo los requisitos antes descritos, tratan de forma menos favorable a una persona con VIH que, recibiendo el tratamiento antirretroviral, estaría en una situación similar frente a otras personas que no tienen el virus produciéndose así una discriminación directa. En 2018, el Ministerio de Sanidad emitió un informe²³ sobre la exclusión de las personas con VIH del acceso a los Cuerpos de Fuerza y Seguridad del Estado y las Fuerzas Armadas con el objetivo de recomendar la revisión de estos cuadros médicos con el fin de evitar la discriminación en estas convocatorias.

Por otro lado, un ejemplo de nuestra jurisprudencia sobre la discriminación directa de *decisiones aisladas* por razón de género aparece en la STC 7/1983²⁴, de 14 de febrero. En dicho supuesto, los contratos de las trabajadoras de la Compañía Telefónica Nacional de España contenían una cláusula que suspendía el contrato por causa de matrimonio. Esto suponía una discriminación directa por razón de género pues no producía los mismos efectos sobre el personal masculino. Finalmente, el TC determinó la discriminación y estimó el amparo solicitado por las trabajadoras.

Discriminación Indirecta:

Tras una gran influencia del Derecho Comunitario en la creación de esta figura jurídica, en la STC 145/1991²⁵ de 1 de julio, el Tribunal Constitucional incluyó por primera vez en la prohibición de discriminación del art. 14 CE la discriminación indirecta, cuyo concepto ha ido apareciendo paulatinamente en nuestra legislación, como en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres o en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto

²³ Ministerio de Sanidad (2018) “Criterios médicos para el acceso a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y a las Fuerzas Armadas”

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1983, de 14 de febrero, F.J 2º

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991, de 1 de julio, F.J 3º

Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

La discriminación no solo existe en los casos donde el trato es diferenciado existiendo situaciones análogas entre individuos, sino que son también discriminatorios aquellos actos que en un primer momento suponen una disposición o práctica con una orientación neutral pero inconscientemente generan una desventaja manifiesta en personas vulnerables por razones diversas, como son el género, la raza, la discapacidad, etc. Son también denominadas discriminaciones de impacto, pues como dice REY *suponen una comparación del distinto impacto que una diferencia jurídica de trato produce sobre los miembros a proteger*²⁶. Es un tipo de discriminación que deviene de la falta de entendimiento de la igualdad aristotélica. La igualdad se configura como un principio de justicia en el pensamiento clásico y que Aristóteles concibe ésta como “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”. Política (Lib. II, 1280^a)

Por consiguiente, los factores de este modelo de discriminación comienzan con una disposición aparentemente neutra, que no recae en protección de ningún grupo en especial sea un colectivo vulnerable o no. Debe afectar de un modo considerable a un grupo vulnerable como son las mujeres o discapacitados en comparación con otras personas en una situación similar. Y, por último, esta falta de trato diferenciado debe suponer una desventaja que no esté justificada por razones objetivas. Así pasó en la STC 58/1994²⁸, donde el Convenio colectivo de la empresa establecía una tabla de salarios aparentemente neutrales, pero no tenía en cuenta que los puestos de mayor salario siempre eran reservados a personal masculino mientras que los de menor salario eran ocupados por mujeres. No existía ninguna razón o impedimento físico por el cual las mujeres no pudieran realizar el trabajo de dichos puestos y al no haber un requerimiento específico para la ocupación de los puestos que justificase la asignación masculina se producía una diferenciación en el salario en perjuicio de las mujeres al ocupar los puestos de categoría salarial infravalorada. El TC determinó el derecho de las trabajadoras a no ser discriminadas por el convenio colectivo y declaró el derecho, a percibir el complemento de cantidad y calidad en la misma cuantía que el asignado a los profesionales de 1. y 2. de industria, respectivamente.

²⁶ Rey Martínez, F. (2017) *op.cit.* pág. 141

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1994, de 28 de febrero.

Asimismo, un caso de discriminación indirecta que se produce actualmente en España es el referido a los estudiantes extracomunitarios que desean desarrollar sus estudios de Grado o Posgrado en nuestro país. Nuestro orden jurídico vigente encargado de regular la estancia para los estudios de personas extracomunitarias establece que estos deben solicitar un visado en su país en cuyos requisitos de expedición aparece la obligación de contratación de un seguro público o privado de enfermedad con alguna entidad autorizada para operar en España. El problema reside en que la legislación no tiene en cuenta que muchos de estos estudiantes no pueden exportar su cobertura sanitaria y que los seguros privados que pueden contratar excluyen la prestación farmacéutica²⁹. Esto implica que personas con VIH tengan problemas para poder venir a estudiar a España dado que los seguros que contratan no incluyen el tratamiento antirretroviral y tampoco tienen acceso al sistema sanitario español debido a su condición de extracomunitarios. Esto obliga a estos estudiantes a tener que pagar por su tratamiento antirretroviral en España, ya sea en hospitales públicos o privados, o a tener que esperar a que le puedan enviar la medicación del tratamiento o a desistir de sus estudios en España.

Este supuesto comienza de nuevo con una legislación que es en principio de aplicación neutra pues se aplica a todos los estudiantes extracomunitarios por igual respetando el derecho a la igualdad y a la intimidad, pero como se ha expuesto anteriormente, la aplicación sin tener en cuenta las diferencias de los estudiantes ocasiona desventajas particulares en grupos sensibles como en personas con VIH. El factor a tener en cuenta en este caso es la salud de las personas que quieren solicitar su visado y la falta de apreciación supone una falta de trato diferenciado que causa una desventaja palpable e injustificada por razones objetivas, produciéndose de este modo una discriminación indirecta.

Discriminación por indiferenciación:

Es un tipo de discriminación que descansa en la idea del derecho de tratar de modo diferente a personas o grupo de personas que se encuentran en situaciones diferentes, una idea aristotélica vista anteriormente. La diferencia entre la discriminación indirecta y por indiferenciación radica en que la primera se muestra ante una legislación aparentemente

²⁹ Ramiro Avilés, M.A Ramírez Carvajal, P. (2020) *Informe de las consultas recibidas en la Clínica Legal CESIDA-UAH 2019-2020*. pág. 43

neutra que afecta a todos pero no tiene en cuenta las situaciones de personas o grupos vulnerables produciéndose una desventaja clara, mientras que, por otro lado, en la discriminación por indiferenciación se basa en la negativa o inactividad de legislar normativa que atienda directamente a ciertas personas o grupos vulnerables a diferencia de otras que sí gozan de tales normativas, produciéndose así la discriminación. En definitiva, lo que se pretende proteger *in prime facie* es un derecho a la desigualdad de trato para individuos que se encuentran en situaciones particulares de desventaja social y que su desatención provoca una discriminación.

Un ejemplo de este tipo de discriminación se puede apreciar en el ámbito de las enfermedades. Como hemos visto anteriormente, podemos encontrar en nuestro ordenamiento legislación orientada a la protección de personas con discapacidad como es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuyo objetivo es garantizar la igualdad del artículo 14 y evitar todo tipo de trato diferenciado hacia las personas con discapacidad así como promocionar otros aspectos como la autonomía personal, el acceso al empleo, etc. Sin embargo, respecto de las personas con enfermedades crónicas, no se puede encontrar legislación actual que les otorgue la misma protección que a las personas con discapacidad, de tal forma, que, ante la inactividad o pasividad legislativa, se produce una situación de vulnerabilidad al ser desatendidos frente a otros que, estando en situaciones paralelamente semejantes, como son las enfermedades discapacitantes, sí se encuentran protegidas por el ordenamiento jurídico de forma directa.

Ante ello, el Tribunal Constitucional ha mencionado de forma reiterada que el art. 14 de la CE no ampara el derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales. Para la doctrina del Alto Tribunal, el art. 14 no abarca la discriminación por indiferenciación, pero sí entiende que los poderes públicos, con ánimo de velar por el mandato de optimización del art. 9.2, establezcan medidas de trato diferenciado para ciertos colectivos vulnerables promoviendo que la igualdad entre los miembros que se encuentren en dichos colectivos sea real y efectiva.

Esta misma perspectiva acerca de la discriminación por indiferenciación la recoge el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, salvo por una excepción, el caso *Thlimmenos*

contra Grecia³⁰, de 6 de abril de 2001. En dicho caso, Thlimmenos quería ejercer como censor de jurado en la función pública, pero fue rechazado legalmente por haber sido condenado penalmente por haberse negado a llevar uniforme militar. Esta negativa se produjo con motivo de la creencia religiosa del señor Thlimmenos, que era testigo de Jehová. Ante esto, el Tribunal entendió que no existía justificación objetiva y razonable para no tratar de manera diferente al señor Thlimmenos y que de esta forma se vulneraba el art.14 del Convenio de Roma, es decir, el derecho a la igualdad, y el derecho a la libertad religiosa del art. 9. Sin embargo, este caso es el único representativo acerca del derecho por indiferenciación que resalta en la jurisprudencia, pero suele ser visto como una excepción a la regla.

La discriminación múltiple y la discriminación interseccional:

Este apartado pretende analizar las diferencias conceptuales entre las expresiones discriminación múltiple y discriminación interseccional que a menudo se confunden. El concepto de discriminación múltiple suele responder a aquellos supuestos donde dos o más rasgos de discriminación se vulneran al mismo tiempo. Se trata de un delimitación conceptual amplia en la cual se intenta reflejar el trato diferenciado injustificado que pueden llegar a sufrir ciertos colectivos al reunir más de un rasgo sospechoso de discriminación, pero dicha definición, motivada por los mecanismos tradicionales de lucha antidiscriminatoria, invisibiliza ciertos supuestos de discriminación frecuentes.

Por otro lado, la discriminación interseccional nace como una crítica al Derecho antidiscriminatorio dominante³¹ durante la década de los 80, a partir del análisis de la discriminación desde el punto de vista del feminismo negro, en especial de la jurista estadounidense Kimberlé Crenshaw, que puso en relieve la tendencia a concebir la raza y el género como categorías excluyentes. Crenshaw trataba de advertir como las mujeres negras eran excluidas de la teoría feminista y de la política debido a que ambos discursos carecían de información suficiente sobre la interacción entre la raza y el género entre sí, es decir, explicaba que la lucha contra la discriminación racial trazaba una única línea que

³⁰ Sentencia del TEDH, D^a 4369/1997, del 6 de abril de 2001

³¹ Barrère, M.º y Morondo, D (2011), «Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, N^o45, pág. 15-42.

solo amparaba la protección de los hombres negros y que la discriminación de género realizaba el mismo tratamiento en relación con las mujeres blancas.

En consecuencia, explicaba que la *experiencia interseccional* es mayor que la suma de la raza y el género, algo más específico que la discriminación múltiple por pertenencia a varios grupos sospechosos de discriminación. Se trataba pues de cuestionarse la particularidad de la subordinación a la que se encontraban sometidas las mujeres negras, esto significaba que era necesario hacer visible que las mujeres negras podían sufrir una doble discriminación por los efectos de la raza y el género, pero también existe una categoría de discriminación especial que sufren y que el Derecho antidiscriminatorio no visualiza o no tiene en cuenta a la hora de aplicar los mecanismos antidiscriminatorios.

Es un concepto que a día de hoy sigue siendo controvertido por la doctrina, pero se puede apreciar que el término de discriminación interseccional “busca poner de manifiesto que los distintos factores de discriminación pueden presentarse “a la vez”, dando lugar a una expresión de la discriminación que, por sus características, merece un análisis particular”³². Así parece también apreciarlo REY, que la define como “aquellos supuestos en los que concurren dos o más rasgos sospechosos configurando una discriminación específica que no sufren ni los miembros del grupo mayoritario, ni los miembros del grupo minoritario”³³.

En el plano europeo, se recogen dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos donde se reconoció la discriminación múltiple. La primera es la Sentencia de 24 de julio de 2012, asunto B.S contra España³⁴, un supuesto en el cual una mujer de raza negra demandó una ausencia de investigación efectiva respecto a una denuncia de malos tratos por parte de funcionarios de la policía mientras ejercía la prostitución. La demandante alegaba haber sido discriminada con motivo de expresiones racistas recibidas por los policías en el momento de su denuncia, mientras que otras mujeres que se encontraban en el mismo sector ejerciendo la misma actividad, al tener un fenotipo europeo, no fueron interpeladas por la policía. Lo que apreció la demandante fue una especial vulnerabilidad a los ataques discriminatorios debido a su condición de mujer de

³² Salomé Resurrección, L.M. (2017) “La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural” *Pensamiento Constitucional* N°22, pág. 271.

³³ Rey Martínez, F. (2017). *op.cit.* pág. 143

³⁴ Sentencia del TEDH, D^a47159/08, de 24 de julio de 2012

raza negra ejerciendo la prostitución y que no se tuvo en cuenta por los órganos jurisdiccionales españoles a la hora de conocer el asunto. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que reconoció en la sentencia la falta de legislación sobre la discriminación múltiple, también lo entendió así y falló a favor de la demandante entendiéndolo que se había incurrido en una violación del artículo 14 del CEDH³⁵

La segunda es la Sentencia de 25 de julio de 2017, asunto Carvalho Pinto de Sousa³⁶ contra Portugal supuesto en el que la demandante tras una operación tuvo problemas de movilidad y un impedimento de por vida para mantener relaciones sexuales. Inició entonces un procedimiento civil contra el hospital y obtuvo una indemnización de 172.000 euros. Más tarde, tras el recurso del hospital, se redujo a 50.000 por el Tribunal Supremo Administrativo. Las razones de esta reducción se basaban en que ya había tenido dos niños y que, con 50 años, según el órgano judicial, la actividad sexual no es tan importante y añadió que la demandante *no necesitaría realmente una empleada del hogar a tiempo completo porque, dada la edad de sus hijos, solo tenía que cuidar a su esposo*³⁷.

Ante esta sentencia del Tribunal Supremo la demandante manifestó que se había incurrido en una discriminación singular a la hora de aplicar la nueva indemnización puesto que la reducción parte de ignorar la importancia de su vida sexual por ser una mujer mayor. Así lo entendió también el TEDH al considerar que los estereotipos del Tribunal Supremo vinculaban la importancia de la sexualidad a las mujeres jóvenes prescindiendo manifiestamente de la relevancia física y psicológica que la actividad sexual trasciende en las mujeres adultas.

Las Acciones positivas y los Ajustes razonables:

Tanto España como otros países de la Unión Europea han ido reconociendo la justificación del trato diferencial a favor de los colectivos protegidos. A estos tratos justificados se les conoce como medidas específicas o especiales, entre las cuales encontramos las *acciones positivas o afirmativas y los ajustes razonables*.

³⁵ Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

³⁶ Sentencia del TEDH, D^a17484/15 de 25 de julio de 2017

³⁷ Muñoz Rodríguez, M.C. (2018) Crónica de Derecho Internacional Público: *Revista electrónica de estudios internacionales*. Núm.36, pág.14.

Se consideran acciones positivas “todas aquellas medidas, diversas en sus manifestaciones, que tienen como destinatarios directos a personas que están o han estado discriminadas o que se hallan en una situación de desventaja estructural como consecuencia de su pertenencia a cierto colectivo”³⁸ sospechoso de discriminación. Estas acciones positivas derivan en nuestro ordenamiento del artículo 9.2 de la C.E, del párrafo “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”³⁹ que describe un mandato de igualdad material, aunque a menudo estas acciones se relacionan con la igualdad que proviene del artículo 14.

En nuestra jurisprudencia se ha planteado en más de una ocasión si las acciones positivas vulneraban el derecho a la igualdad, pero el Tribunal Constitucional aclaró las dudas como en la STC 216/1991⁴⁰ donde resalta el fundamento jurídico 5 que dice: “el art. 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial”.

Del mismo modo, en el Derecho de la Unión se consideran una excepción a la prohibición de la discriminación, así pues, la DIRECTIVA 2000/43/CE⁴¹ relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato, en su artículo 5, habla de las acciones positivas como medidas garantes de la igualdad:

- Con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto.

³⁸ Martín Vida, M.A (2003) Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva. Madrid, Editorial Civitas, pág. 39

³⁹ Constitución Española: Título Preliminar: art. 9.2

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 216/1991, de 14 de diciembre, F.J 5º

⁴¹ Directiva 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.

Estas acciones positivas a menudo se confunden con la *discriminación positiva*. La diferencia se encuentra en que las acciones positivas se identifican con la adopción o estimulación de medidas específicas a favor de colectivos vulnerables con el fin de acabar con la desigualdad material sin que suponga una excepción al derecho de igualdad. Como ejemplo de grupos vulnerables objeto de estas medidas, encontramos las mujeres, las personas con discapacidad, etc. Y, por otro lado, la discriminación positiva son tratos jurídicos diferentes y favorables a los miembros de un grupo en desventaja que producen el correlativo efecto de desventaja en el grupo mayoritario. Estas discriminaciones positivas pueden limitar derechos fundamentales, pero han de respetar las garantías como el reconocimiento por ley, ser tanto transitorias como excepcionales y además han de ser proporcionales.

Por otro lado, encontramos los denominados *ajustes razonables* en el plano de las personas con discapacidad que, a menudo, se identifican erróneamente con acciones positivas. Sin embargo, a pesar de que tienen el mismo objetivo que es acabar con los casos de discriminación indirecta por la falta de atención a las diferenciaciones sustanciales, estos ajustes se definen como “medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”⁴². Por lo tanto, se diferencian de las acciones positivas en que los ajustes tratan de contestar la desigualdad de trato que una persona con discapacidad puede llegar a padecer en referencia al empleo, en todos los aspectos, estableciendo medidas particulares para situaciones concretas con el fin de igualar las condiciones con los demás empleados, como puede ser el acceso a un entorno, a un servicio o en el ejercicio de algún derecho. Por el contrario, las acciones positivas no intentan igualar las condiciones, actúan como medidas específicas generales que suponen un trato diferenciado en favor de las personas vulnerables para compensar las posibles desventajas de partida, es decir, mejoran las condiciones a favor del colectivo vulnerable con el fin de promover la igualdad material.

No obstante, la aplicación de los ajustes razonables es todavía un problema en nuestra sociedad debido en parte a la ambigüedad del término y de los textos legales que lo

⁴² Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (2010) Manual de legislación europea contra la discriminación. Luxemburgo

conforman. Así pues, desde la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha realizado numerosas observaciones sobre los preceptos que componen dicho texto normativo. En lo relativo a los ajustes razonables han dejado claro que son “obligaciones de carácter individual y se aplican de manera inmediata a todos los derechos, pero pueden verse limitadas dado que rige la carga desproporcionada o indebida”⁴³ pero que la denegación de los mismos es una causa de discriminación. De esto se entiende que los ajustes razonables son una obligación jurídica entre la persona con discapacidad y el garante de los derechos y constituyen una adaptación adecuada o razonable para garantizar los derechos de una persona siempre que no supongan un carga desproporcionada para el garante, por tanto, los requisitos de los ajustes son la razonabilidad y la proporcionalidad y por ello es importante saber cuándo se cumplen estas condiciones.

Aunque el Comité considera que el término de “ajustes razonables” es un único término y no debería separarse también entiende que la razonabilidad de un ajuste hace referencia a “su pertinencia, idoneidad y eficacia” que se puede resumir en que si el ajuste logra el objetivo de su diseño y si este satisface las necesidades de la persona con discapacidad será entonces razonable. Por otro lado, ante la cláusula de la “carga desproporcionada o indebida”, el Comité considera que son un único concepto y trata de englobar un límite en la aplicación de los ajustes cuando estos puedan suponer una “carga excesiva o injustificable” para el garante de los derechos. De esta forma, si se cumplen dichos requisitos de razonabilidad y proporcionalidad es una obligación para el garante de los derechos la aplicación de los ajustes, suponiendo entonces su denegación una discriminación.

⁴³ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018) “*Observación general núm. 6 sobre la igualdad y la no discriminación*”.

JUICIO DE IGUALDAD

Fundamento y estructura del Juicio de Igualdad

El juicio de igualdad nace como medio de control constitucional para garantizar el cumplimiento del artículo 14 CE. Este juicio constitucional opera en una doble manifestación, vista anteriormente: por un lado, exige la igualdad en ley, esto significa que el TC mantiene un control frente al legislador, pues la norma le obliga a cumplir tanto la cláusula de igualdad como la prohibición de no discriminación, de tal manera que, impide configurar al poder legislativo o reglamentario supuestos de hecho que adopten un trato distinto a individuos que se encuentren en una misma situación. Por otro lado, el TC reivindica la igualdad ante los aplicadores de la ley, el cual identifica como aplicadores a las Administraciones Públicas y al Poder Judicial. Este control reprime cualquier actuación por parte de los aplicadores de diferenciar supuestos de hecho en sus resoluciones de forma arbitraria.

Es necesario añadir que, en el mismo juicio, en su vertiente estricta explicada más adelante, entra a examinar las posibles medidas discriminatorias entre particulares. El TC, en la STC 108/1989⁴⁴, diferencia claramente la exigencia de los particulares del principio general de igualdad y las cláusulas específicas de no discriminación al señalar que “el respeto de la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada solo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional” que son las referidas a las cláusulas expresas de discriminación del art. 14. Esto significa que el Alto Tribunal extiende la eficacia de las cláusulas de no discriminación a las relaciones entre particulares, limitando con ello la voluntad de las partes, tanto si las relaciones provienen del sector público como del sector privado.

El Tribunal Constitucional compone la estructura del juicio de igualdad en dos juicios: el juicio de razonabilidad, que viene a suponer un examen sobre si la diferenciación en cuestión tiene una justificación objetiva y razonable, y el juicio de proporcionalidad, motivo del trabajo, que trata de valorar si la diferenciación de trato ha sido proporcional.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1989. 8 de junio, F.J 1º

A pesar de que esta división del juicio de igualdad por el TC es incuestionable, se tiende a explicar su estructura desde otro punto de vista, que es: el juicio de racionalidad de la clasificación legislativa y el juicio de proporcionalidad en la diferencia de trato. Se realiza esta división con el afán de obtener una mejor comprensión de los parámetros con los que examina el Tribunal en el juicio de razonabilidad dado que se trata de un examen que ha ido fluctuando conforme al tiempo y a menudo comprende varios juicios a la vez, tal y como expone GIMENEZ GLÜCK: “el juicio de razonabilidad es una construcción demasiado omnicomprendiva, una categoría donde se incluye el juicio de racionalidad, el juicio de idoneidad y elementos valorativos extrajurídicos”⁴⁵. Por ello, con el fin de concebir y delimitar la doctrina del TC sobre el juicio de igualdad, se tiende a dividirla entre *juicio de racionalidad* y *juicio de proporcionalidad*.

Otro punto a destacar es su aplicación a diferentes niveles. El TC aplica este juicio en dos categorías: en primer lugar, aplica un juicio de igualdad llamado *juicio de mínimos* que supone una manifestación ordinaria del juicio de igualdad aplicada a las diferenciaciones normativas en general. Su estructura sigue siendo la misma, pero supone un juicio generalmente más condescendiente en su doble manifestación, tanto en el juicio de racionalidad como en el juicio de proporcionalidad. En segundo lugar, aplica el *juicio estricto de igualdad* a aquellas situaciones que versen sobre la cláusulas expresas de no discriminación (“sexo, raza, opinión, religión, nacimiento y cualquier otra condición o circunstancia personal o social”) y las que traten sobre el resto de derechos fundamentales. Se trata de un examen más endurecido debido al objeto de protección que se pretende con este juicio.

Juicio de racionalidad de la clasificación legislativa:

El juicio de racionalidad comienza a partir de la propuesta del *tertium comparationis* o termino de comparación alegado por el actor. El art. 14 de la CE según señala la STC 90/1989⁴⁶ prohíbe “que se dé un tratamiento desigual tanto en previsiones normativas como en su aplicación concreta por un poder público a quienes se encuentren en situaciones similares”. Por lo tanto, si los supuestos de hecho entre los que se sitúan el

⁴⁵ Giménez Glück, D. (2004) *op.cit.* pág. 55

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 90/1989, de 11 de mayo, F.J 4º

demandante y los otros sujetos son diferentes la norma será constitucional, pero si por el contrario la diferenciación se produce ante supuestos de análoga apariencia supondría una vulneración del derecho a la igualdad.

Para determinar si los supuestos de hecho son equivalentes el perjudicado o quien ostente la desventaja debe utilizar el término de comparación con el fin de reflejar que su situación de perjuicio es similar a otra que ubica de una manera más beneficiada el trato legal. Como ejemplo del término de comparación viene a colación la STC 45/1989⁴⁷, en la cual se basaba en la responsabilidad solidaria de todos los sujetos de la unidad familiar en lo referente a la obligación de realizar de forma conjunta con acumulación de rentas en el IRPF, mientras que, por otro lado, ni la misma obligación ni la misma responsabilidad solidaria se daba en las uniones de hecho. Por tanto, en el supuesto de hecho se refleja que un colectivo está siendo perjudicado al padecer ciertas obligaciones y responsabilidades que para otro grupo de similares características no se aplican, demostrando una situación análoga y una diferenciación que causa una desventaja.

En definitiva, el objetivo del término de comparación es observar si junto con la situación jurídica impugnada existe otra situación jurídica igual cuyas consecuencias jurídicas son profundamente diferentes. En la práctica, como dice GIMENEZ GLÜCK acaba siendo “un juicio sobre la similitud o diferencia entre los supuestos de hecho”⁴⁸.

Una vez admitido como válido el término de comparación entra el juicio de racionalidad a examinar si los supuestos de hecho en los que la norma divide a la sociedad son diferentes conforme al fundamento en los que la ley permite dividirlos o suponen situaciones jurídicas homogéneas. Esto significa que trata de averiguar si la diferenciación de los supuestos tiene un fundamento permitido por el ordenamiento jurídico. Para ello, utiliza dos parámetros:

- La clasificación legislativa ha de tener una razón de ser o fundamento constitucionalmente admisible: Se le impele al legislador que los valores que trata de proteger con la norma sean lícitos, es decir, que estén dentro del marco constitucional. Para ello, no es necesario que la razón de ser venga establecida por la Constitución, debe ser adecuada en función de los valores constitucionales recogidos por la CE o que sean fundamentos constitucionalmente deseables.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1989 de 20 de febrero

⁴⁸ Giménez Glück, D. (2004) *op.cit.* pág. 85

- Respecto a esa razón de ser, las situaciones jurídicas han de ser diferentes: Se ha de determinar si las diferencias se fundamentan en la razón de ser de la norma, es decir, se trata de determinar si los supuestos en los que divide la norma la sociedad son realmente diferentes o no conforme a los fundamentos constitucionalmente admitidos y no sobre las diferencias fácticas entre los supuestos de hecho. Por lo tanto, este parámetro trata de comprobar si la diferenciación está vinculada a la razón de ser de la norma.

Juicio de Proporcionalidad de la diferencia de trato:

Es el tema principal del trabajo y uno de los métodos que se usan en la Clínica Jurídica cuando acontecen tratos diferenciados de los cuales se duda su legitimidad. Los tratos diferenciados son mecanismos de tratamiento que avalan las normas con los que se pueden dividir la sociedad en diversos grupos. Estos grupos son afectados de forma distinta, por un lado, están los beneficiados por las normas quienes obtienen ciertas ventajas en algún aspecto, y, por otro, los perjudicados, a quienes se les niegan las ventajas de los grupos beneficiados. Estos tratamientos diferenciados sobre los diversos grupos corresponden a una finalidad. De acuerdo con ello, para conocer si el tratamiento está debidamente aplicado es necesario examinarlo bajo el control del principio de proporcionalidad.

Este principio es un mecanismo fundamental para el control de los derechos fundamentales y el derecho de la igualdad es solo una de las materias donde dicho principio se aplica. Nace en el Derecho Administrativo prusiano como medio de prohibición de exceso de la Administración, pero será el Tribunal Constitucional Federal Alemán quien a través de su doctrina realice las aportaciones más importantes a este principio. Se fundamenta el uso de este examen en la revisión de la actividad limitadora de los derechos fundamentales de las actuaciones de la Administración y del legislador. Este principio pasó rápidamente a otros países europeos y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sin embargo, la recepción de la jurisprudencia española de este principio no fue hasta los años noventa. Aunque antes la jurisprudencia ya había planteado que el sacrificio

excesivo y de forma desproporcionada era contraria a la Constitución, no había desarrollado aún una técnica completa sobre las exigencias de la proporcionalidad. El fundamento de la aplicación de este principio aparece de la interpretación del artículo 1.1 de la CE, como así lo estableció la STC 85/1992⁴⁹ al definir el criterio de la proporcionalidad como un principio inherente del Estado de Derecho: “es importante destacar que, al efectuar la ponderación debe tenerse muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho”.

Dentro del juicio de igualdad, el principio de proporcionalidad tiene como fin determinar si la relación entre los medios empleados y la finalidad de la norma es la adecuada, es decir, trata de evaluar si los medios empleados no comportan un sacrificio excesivo respecto a la finalidad que se pretende alcanzar. La consecución de la finalidad por el legislador a menudo plantea limitaciones de derechos fundamentales, y con ello normalmente generan un enfrentamiento entre los mismos pues las normas o resoluciones que establezcan nuevos alcances de algún derecho pueden crear un conflicto de efectos entre unos derechos y otros. Por ello, corresponde al Tribunal Constitucional, como órgano garante de la Constitución, realizar un examen o test previo que determine que los medios empleados responden a la finalidad de la medida y no se exceden en su aplicación.

Es importante destacar que es un canon reservado al Tribunal Constitucional puesto que, una vez examinada la proporcionalidad, decidirá sobre su constitucionalidad. Esto significa que no le es exigible a otros órganos jurisdiccionales que en sus decisiones no hayan planteado el juicio de proporcionalidad, como así lo resalta la STC 111/2018⁵⁰ FJ 3, al explicar:

- no cabe reprochar a los órganos judiciales que no hayan aplicado el correspondiente juicio de proporcionalidad cuando se trata de analizar una medida restrictiva de un derecho fundamental. Los órganos judiciales no albergaban dudas sobre la constitucionalidad de esa regulación legal, pues de otro modo resultaba obligado plantear cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal, de conformidad con los artículos 163 CE y 35 LOTC. Su aplicación al caso determinaba inevitablemente la desestimación de la pretensión del demandante.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 85/1992, de 8 de junio, F.J 4º

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre, F.J 4º

Existe un requisito previo importante que no pertenece propiamente al juicio de proporcionalidad de la diferencia de trato y es la *determinación de la legitimidad de la finalidad*. No forma parte del juicio, pero es imprescindible para el Tribunal Constitucional dado que sería contraproducente el análisis del sacrificio entre medio y finalidad cuando la misma está vulnerando el marco de acción permitido por la C.E. Para ello, el Tribunal se reserva una amplia libertad para determinar la finalidad de la norma, pudiendo encontrar la misma alegada por el legislador o varias finalidades y diferentes a las defendidas por él. Su campo de acción es dilatado y es en base a la finalidad o finalidades que el Tribunal decida sobre la cuales se ejecutará el juicio de proporcionalidad de la diferencia de trato.

Su estructura, que profundizaremos en el capítulo siguiente, se compone de 3 subprincipios o exámenes que como establece la STC 151/2017⁵¹:

- a) si la medida es idónea o adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, antes enunciado (juicio de idoneidad);
- b) si la medida idónea o adecuada es, además, necesaria, en el sentido de que no exista otra medida menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia (juicio de necesidad); y,
- c) si la medida idónea y menos lesiva resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto. (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Diferencia constitucional entre el juicio de razonabilidad y juicio de proporcionalidad:

El juicio de igualdad responde a la demanda de control sobre tratamientos diferenciados que puedan vulnerar la igualdad que promueve el art. 14 de la C.E. Sin embargo, el control de este juicio se divide en dos juicios distintos que no se aplican a la vez siempre, es decir,

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 151/2017, de 21 de diciembre, F.J 7º

cada un responde a un determinado supuesto. Por un lado, la igualdad en general se satisface cuando el tratamiento diferenciado es razonable de tal forma que el canon de razonabilidad es preciso en este ámbito, mientras que, cuando se trata de analizar los tratos diferenciados de supuestos que hablan de discriminaciones especiales este canon no es el más riguroso.

La igualdad en general y la prohibición de discriminación son conceptos distintos que necesitan de diferentes exámenes para su control. La igualdad en general promueve el trato jurídico de manera semejante, pudiendo verse cumplido también aun tratando de manera diferente, pero siempre bajo ciertas condiciones. La prohibición de discriminación en cambio responde a perfiles específicos dentro del derecho a la igualdad y por ello no puede responder al mismo examen de control que una discriminación en sentido amplio. Como dice REY:

- Si para entender que ha habido una lesión de la igualdad general, una discriminación en sentido amplio, basta con comprobar que no hay ningún fundamento razonable de la diferencia jurídico de trato entre dos o más situaciones de hecho semejantes, cuando dicha diferencia jurídica de trato es el género, la raza, etc., no basta el canon de la mera razonabilidad y el examen se transforma en el astringente criterio de proporcionalidad que acompaña el enjuiciamiento de cualquier límite de un derecho fundamental⁵².

En definitiva, se puede decir que para resolver los conflictos sobre los actos o normas que vulneren el respeto al principio de igualdad en sentido amplio es válido el juicio de razonabilidad o juicio de la racionalidad de la clasificación legislativa, pero para casos en los que se valora la existencia de discriminación específica es necesario un canon más exigente, como es el juicio de proporcionalidad. Así lo defiende la STC 126/1997⁵³ que advierte:

- si el principio de igualdad "no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato", las prohibiciones de discriminación, en cambio, imponen como fin y generalmente como medio la parificación de trato legal, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica (STC

⁵² Rey Martínez, F. (2019) *Derecho Antidiscriminatorio*. pág.47

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio, F.J 8º

229/1992, fundamento jurídico 4º). Lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto y que implica un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad.

No obstante, a pesar de la necesidad del canon de proporcionalidad para los casos de prohibición de la discriminación, si el Alto Tribunal examina que la medida legislativa sobre la que se basa el juicio no supera el test de razonabilidad, no llega a plantearse siquiera si la medida es proporcional o no. Esto significa que de no superar la cláusula general de igualdad el TC no se detiene a reconocer que la medida no se ajusta a la prohibición de discriminación. Esto se aprecia en la STC 99/2019 cuando el Tribunal señala:

- La vulneración de la proporcionalidad —ha señalado este Tribunal— podría declararse ya en un primer momento del análisis “si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes”

ESTRUCTURA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Para analizar todos los subprincipios desde un lado más práctico expondremos un supuesto de hecho sobre el VIH, una enfermedad que adolece de un estigma que en ocasiones puede ser tan devastador como la propia enfermedad en sí. ONUSIDA define este estigma como un *proceso de desvaloración*⁵⁴ que sufren las personas que conviven con la enfermedad y produce grandes impedimentos para el acceso universal a la prevención y tratamiento de la enfermedad. Como consecuencias directas de este estigma aparecen hechos como el abandono del cónyuge o de la misma familia, el aislamiento social, la pérdida de trabajo, negación de prestaciones sanitarias, incluso la violencia. A raíz de estas consecuencias o al temor de sufrirlas es más difícil que las personas recurran

⁵⁴ ONUSIDA (2008) “Reducir el estigma y la discriminación por el VIH: una parte fundamental de los programas nacionales del sida”. pág. 10

a realizarse las pruebas de detección de VIH para revelar su estado serológico, desbaratando con ello la lucha contra la transmisión de la enfermedad además de impedir el acceso a tratamiento adecuado a las personas que poseen el VIH influyendo negativamente en su estado de salud.

Este estigma afecta también a los que, en principio, no tienen la enfermedad y se debe a que *las actitudes estigmatizantes* están relacionadas directamente con la negación del riesgo lo que supone que las personas eviten con frecuencia los servicios y comportamientos preventivos del VIH. Así pues, el estigma continúa perpetuándose y la detección del virus se ralentiza, así como se facilita su transmisión.

Asimismo, este proceso de desvaloración que sufren las personas con VIH agrava los efectos en aquellos grupos sociales más vulnerables que incluyen profesionales del sexo, hombres que mantiene relaciones con otros hombres, personas toxicómanas, presos, etc. Estos grupos que ya padecen de una estigmatización por la mera pertenencia a su colectivo se ven doblemente discriminados y apartados de la sociedad debido a la continua estigmatización de la enfermedad del VIH. El resultado es el retraso al tratamiento o a la búsqueda de los servicios necesarios por temor a que sea revelado su estado serológico y con ello sean marginados o humillados e incluso en ciertos casos encarcelados.

Este estigma no solo se da en países pobres, es una práctica común en el mundo y que en España también concurre. El supuesto de hecho a pesar de que en principio puede aparentar ser superficial es un suceso que se repite a menudo en los casos que llegan a la Clínica Jurídica como es posicionar a una persona con VIH en la última posición de la lista de operaciones. Es un caso particularmente problemático a raíz de la legislación vigente y la carga de la prueba.

Como hemos visto anteriormente en el apartado de las cláusulas específicas del artículo 14, el Tribunal ha señalado que las causas de discriminación especialmente señaladas en la norma requieren, en atención a su histórico arraigo social, de un tratamiento más exigente, por ello, la carga de la prueba recae sobre los Poderes Públicos o particulares de los cuales emana el tratamiento diferenciado. Ante ello, gracias a la jurisprudencia del TC, se han ido incorporando nuevas condiciones como específicas causas de prohibición de discriminación, como la discapacidad, que invierten la carga de la prueba sobre quien promueve las medidas. Ahora bien, el problema con el VIH reside en el Real Decreto

Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social pues no incluye a las personas con VIH/SIDA como personas con discapacidad, es decir, del texto normativo se desprende que para ser considerado persona con discapacidad es necesario el requisito del 33%⁵⁵ que se valora en función de las afecciones discapacitantes. Esto hecho acota la protección antidiscriminatoria para las personas con VIH/SIDA dado que las personas seropositivas sin ningún grado de minusvalía no pueden alcanzar el 33% exigido de tal forma que se les restringe el acceso a estas prestaciones antidiscriminatorias.

Entendiendo esto, volviendo al caso, en el campo hospitalario con ánimo de frenar la pandemia del VIH se siguen unas medidas de prevención de las cuales se desprende la práctica de ubicar en última posición de la lista de operaciones diarias a las personas con VIH/SIDA. Ante la desprotección anteriormente resaltada, la personas con VIH que padecen de estas condiciones no pueden verse amparadas por la inversión de la carga de la prueba, por lo que deben demostrar por sí mismas que esta práctica es un tratamiento discriminatorio.

Subprincipio de idoneidad:

Este principio es el más flexible de los 3 grupos que componen el test de proporcionalidad. La exigencia de idoneidad viene descrita en la STC 66/1995⁵⁶ que describe que la medida debe ser “susceptible de conseguir el objetivo propuesto como garantía del orden público sin peligro para personas y bienes”. Esto significa que el requisito de la idoneidad se basa en precisar si la medida que supone el trato diferenciado es lo suficientemente adecuada para alcanzar la finalidad que pretende.

En nuestra jurisprudencia no parece ser una cuestión que revista mucha importancia dado que las medidas que normalmente limitan algún derecho con algún fin constitucional suelen cumplir su cometido, pero siempre es conveniente su revisión ya que de no existir congruencia entre la medida impugnada y el fin perseguido el principio de proporcionalidad se vería incumplido y con ello el derecho a la igualdad. Esto conduce a determinar que es un subprincipio tolerante en la práctica dado que las medidas suelen

⁵⁵ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1995, de 8 de mayo. FJ 5º

ser siempre adecuadas al fin, sin embargo, aquellas que no son capaces de superar este subprincipio de la proporcionalidad son manifiestamente inconstitucionales.

Para conocer la importancia de este subjuicio lo conveniente es mostrar su uso en algunas sentencias como la STC 151/2017⁵⁷ que versa sobre una cuestión de inconstitucionalidad acerca del artículo 197 de la LOREG que estableció un incremento del quorum cuando, en el caso de mociones de censura, alguno de los proponentes hubiera formado parte del grupo político municipal. Esta norma tenía como objetivo evitar el transfuguismo político, pero alteraba el principio de igualdad. Por ello, el TC encontró preciso “abordar el juicio de la norma cuestionada desde un prisma de igualdad y proporcionalidad de la diferencia de trato”, sin embargo, como hemos adelantado anteriormente, suele ser un juicio de paso o flexible al que no se dedica demasiado tiempo, el cual, como en esta sentencia, se emplea de forma rápida y directa:

- Por lo pronto, cabe afirmar que la modalización del derecho de promoción de la moción de censura en el ámbito local, tal y como aparece definida en la norma cuestionada, permite la consecución del fin perseguido, toda vez que el incremento del quórum de iniciativa tiene como efecto derivado el de dificultar la exigencia de responsabilidad política y remoción del alcalde por quienes les invistieron de la confianza para serlo, entorpeciendo de ese modo la verificación de cambios que incidan en la estabilidad en la vida municipal.

Como vemos, normalmente el Tribunal Constitucional no entra en demasiado detalle para determinar si el precepto que origina la diferenciación de trato cumple con el objetivo que el legislador se propone. Para superar el subjuicio le basta con que el precepto cumpla de manera objetiva con su fin previsto, sin dificultades, de manera que sea evidente desde un punto de vista natural que la norma se ajusta a su finalidad.

En lo relativo a la Clínica Jurídica, analizaremos la medida de posicionar en última lugar de la lista de operaciones a las personas con VIH/SIDA bajo el juicio de idoneidad. Antes de ello, como requisito previo es necesario identificar cuál es la finalidad de la medida. Como hemos visto el TC tiene la obligación de identificarla y de observar si es constitucionalmente admisible o deseable, pero en ese caso solo observaremos a qué responde la medida. Se podría entender que estos ajustes tienen como finalidad la

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 151/2017, de 21 de diciembre. FJ 7º

prevención de la transmisión durante la operación y control del VIH/SIDA una vez finalizada tanto en los pacientes como en el personal sanitario, pudiéndose resumir en la protección de la salud de terceros y de la *salud pública* entendiendo ésta última como “la ciencia y el arte de promover la salud, prevenir la enfermedad y prolongar la vida mediante esfuerzos organizados de la sociedad⁵⁸”

Una vez reconocida la finalidad el objetivo es examinar si la medida es lo suficientemente adecuada para responder a la finalidad. Para este análisis es necesario tener en cuenta la evidencia científica y los tratamientos actuales contra la enfermedad, Así pues, en primer lugar, es necesario conocer la situación actual del VIH; este virus se transmite principalmente a través de comportamientos sexuales sin protección (solo en España el 88,9% de los nuevos diagnosticados de VIH en 2019 fueron por transmisión sexual⁵⁹) y por el uso compartido de jeringas o agujas. Desde el año 2003, hasta el 2019, se han notificado un total de 56.748 nuevos diagnósticos de infección por VIH en España⁶⁰, sin embargo, los avances científicos en el tratamiento de la infección mediante medicamentos antiretrovirales han puesto en relieve que “por debajo de cierto umbral de carga viral plásmica (<1500copias/ml), la transmisión prácticamente nunca se produce”⁶¹. Esto significa que una persona con VIH que mantiene el tratamiento antiretroviral logrando situar su carga viral a niveles indetectables supone una bajada del riesgo de transmisión a prácticamente 0, es decir, indetectable equivale a intransmisible. En segundo lugar, otro dato a tener en cuenta ante la medida de la controversia es el problema del diagnóstico del VIH. El virus puede tardar varios años en manifestarse, por tanto, su seguimiento se complica y con ello se dificulta la lucha contra la transmisión. En España se calcula que del 100% de personas que tienen el VIH solo el 82% están diagnosticadas⁶².

⁵⁸ Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (2019) *La infección por el VIH en España en 2019*

⁵⁹ Dirección General de la Salud Pública. (2019) *Vigilancia epidemiológica del VIH y SIDA en España*

⁶⁰ Dirección General de la Salud Pública. (2019) *Vigilancia epidemiológica del VIH y SIDA en España*

⁶¹ Ramiro Avilés, M.A Ramírez Carvajal, P. (2016) “Discriminación por razón de VIH: Los casos de la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá y CESIDA en 2015” *Revista multidisciplinar del SIDA* Volº4

⁶² Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (2019) *La infección por el VIH en España en 2019*

Por consiguiente, a la luz de estos datos sobre el VIH podemos comenzar a examinar si el trato diferenciado es lo suficientemente idóneo para alcanzar el fin que lo justifica. La medida tiene como finalidad garantizar que se toman las precauciones debidas tras el operatorio y durante el mismo para así evitar una posible transmisión del virus. En un primer momento puede parecer que el tratamiento diferenciado logra su finalidad, pero destaca el problema del desconocimiento de las personas que tienen VIH. Como hemos visto, no todas las personas que tienen VIH están diagnosticadas, lo que supone que puede haber personas que accedan a operarse sin conocer su estado respecto al virus, de lo cual se desprende que la medida no es totalmente congruente.

En definitiva, a pesar de la flexibilidad del subprincipio, siguiendo la línea que traza la STC 66/1991 cuando dice que “a las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo que pretendan”⁶³, en este caso como hemos podido comprobar no son lo suficientemente adecuadas para con el fin constitucionalmente perseguido.

Subprincipio de necesidad:

El subjuicio de necesidad o intervención mínima consiste en evaluar si la medida que causa el trato diferenciado es necesaria o, mejor dicho, imprescindible para alcanzar la finalidad de la norma. Está relacionada directamente con el subjuicio de idoneidad porque se debe concluir que la medida diferenciadora es idónea material y funcionalmente pero también hay que examinar bajo el mismo juicio que no existe otra medida menos gravosa con la que alcanzar la finalidad constitucional. Esto significa que este subjuicio responde a dos parámetros:

1. Encontrar una medida que sea adecuada para la finalidad al mismo nivel que la que produce el trato diferenciado
2. Que la medida o medidas propuestas idóneas sean menos gravosas que la que está siendo examinada

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1991, de 22 de marzo. FJ 2º

La exigencia requiere por tanto que no exista ninguna otra medida que sea de aplicación y que resulte menos gravosa que la existente, de tal forma que, de encontrar una medida que se adapte mejor a la finalidad constitucional y suponga menor restricción la medida diferenciadora no superaría el subjuicio de necesidad y con ello sería desproporcional y discriminatoria.

Por el momento, el Tribunal aplica este juicio de una forma moderada, bajo un razonamiento lógico o datos empíricos no controvertidos. Así puede apreciarse en la STC 66/1995, que fue una de las primeras en trazar las primeras líneas de este examen en nuestro entorno jurisprudencial en un caso sobre a la limitación del derecho a la reunión que versaba sobre una convocatoria de congregación en una zona de elevada circulación de vehículos:

- El problema se centra en determinar si cumple los otros dos requisitos enunciados, y, muy especialmente el relativo a la necesidad de la medida o, más concretamente, a si la prohibición total del ejercicio del derecho resultaba imprescindible o cabía en este caso la adopción de medidas menos drásticas e igualmente eficaces para la consecución del fin perseguido, como la propuesta de la modificación de las circunstancias de celebración de la concentración, relativas al lugar, a la hora o al modo de realización de la misma prevista en el art. 10 de la Ley Orgánica 9/1983. La respuesta a esta cuestión debe ser positiva, ya que, en este caso concreto, no podía exigirse a la autoridad gubernativa la propuesta de medidas menos restrictivas del derecho de reunión, puesto que, tal como plantearon la concentración sus promotores, toda propuesta de modificación del lugar o la hora hubiera desvirtuado el objetivo perseguido por los mismos.

En relación a la aplicación de este juicio al supuesto de hecho de la Clínica Jurídica, recordando que la medida se trata de posicionar en último lugar a las personas infectadas con VIH, hay que tener en cuenta, por un lado, la carga viral indetectable y por otro las medidas universales de prevención de la transmisión.

En primer lugar, como antes se ha expuesto en el juicio de idoneidad, cuando una persona con VIH recibe tratamiento antirretroviral y sitúa por debajo de un umbral su carga viral (<1500 copias/ml) pasa a ser indetectable, que es equivalente a intrasmisible. Ante ello destaca que de las personas diagnosticadas en España, el 93,4% de ellas reciben el tratamiento antirretroviral y el 90,4% mantiene su carga viral negativa, esto significa que

la mayoría de las personas que saben que tienen el VIH y mantienen el tratamiento no transmiten el virus, por lo tanto, las medidas de prevención como la del supuesto que se fundan en la posible transmisión serían innecesarias dado que una persona con VIH intransmisible se encontraría en una situación equivalente a la de una persona sin infección.

En segundo lugar, en el caso de que los datos anteriores fueran insuficientes, existen *las medidas universales de prevención de transmisión* (MUPT)⁶⁴ que son unas pautas que tienen como principio que todos los pacientes y sus fluidos corporales, con independencia de su diagnóstico, son considerados como potencialmente infectantes y se deben tomar las precauciones adecuadas para su transmisión⁶⁵. Por consiguiente, estas medidas de prevención tratan a cualquier paciente como un posible infectado por algún agente transmisible y obligan a los trabajadores del hospital a actuar en consecuencia, bajo ciertas precauciones, y de la misma manera con independencia del diagnóstico por el cual el paciente haya entrado en el hospital. Así pues, existen medidas alternativas menos gravosas que la que se analiza en el caso, puesto que, las MUPT son unas medidas que actúan con independencia del diagnóstico y con el mismo propósito, la prevención de la transmisión.

En base a estos datos, si analizamos bajo los parámetros anteriores la medida encontramos que existen medidas idóneas para la consecución del fin como son las MUPT pues son los suficientemente adecuadas para la consecución de la finalidad, y, además, suponen no un trato menos gravoso, sino un trato totalmente igualitario sin ninguna diferenciación.

En definitiva, podría decirse que en nuestro ejemplo el principio de necesidad respecto al tratamiento diferenciado no resulta superado, En este caso, el principio de necesidad tiene una especial importancia, pues como dice GIMÉNEZ GLÜCK⁶⁶, cuando lo que se limita son *intereses de los miembros de los colectivos protegidos también se debería exigir que el perjuicio fuera el menos gravoso posible para alcanzar la finalidad legislativa, dada la especial posición de inferioridad social en la que se encuentran estos colectivos.*

⁶⁴ Ramiro Avilés, M.A Ramírez Carvajal, P. (2013) *VIH y Privacidad*. Proyecto de Clínica Legal de CESIDA

⁶⁵ Organización Mundial de la Salud (1998) *Promoción de la Salud-Glosario*. pág. 12

⁶⁶ Giménez Glück, D. (2004) *op.cit.* pág.116

Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto:

De todos los exámenes que se tratan en el juicio de igualdad, este es el más subjetivo de todos, y se da una vez superados los otros dos, dado que, si las medidas no son idóneas o existen otras más adecuadas y menos gravosas al fin, es carente de interés entrar a razonar sobre la proporcionalidad o ponderación de la medida diferenciadora.

Por otro lado, es el más trascendente de los tres y por ello a menudo la doctrina se refiere a él simplemente como principio de proporcionalidad, sin el matiz de sentido estricto. Los parámetros para determinar dicha proporcionalidad en el juicio de igualdad son los mismos que se utilizan en la aplicación del principio de proporcionalidad en relación a otros principios y se basan en un juicio de valores, tratando de establecer la conveniencia del fin ponderando las medidas frente a los intereses tanto individuales como los colectivos.

Su función viene fundamentada en diferentes sentencias como la STC 75/1983 que señala que ha de existir una “razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”⁶⁷. Conlleva entonces a una doble ponderación:

1. se han de valorar las consecuencias jurídicas que se pretenden alcanzar con la medida que produce el trato diferenciado
2. y evaluar si son ajustadas a la medida que produce la desventaja o el trato discriminado, buscando tanto en las consecuencias como en el trato una fundamentación proporcional y razonable.

Esto significa que el juicio comprende la ponderación de las consecuencias jurídicas que deriven de la medida de trato diferenciado con el fin de demostrar que son equilibradas o, por el contrario, que resultan excesivamente gravosas para con el fin pretendido. La forma de hallar ese equilibrio se encuentra perfectamente descrita en la STC 43/2014⁶⁸ que define de manera más clara este juicio al establecer que la medida será equilibrada cuando pueda “derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1983, de 3 de agosto. FJ 2º

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 43/2014, de 27 de marzo, FJ 2º

perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”. De esta forma, las variables a examinar son más visibles: En primer lugar, se han de demostrar las ventajas que las medidas pretenden salvaguardar con el trato diferenciado. Y, en segundo término, se debe ponderar si estos beneficios suponen para el interés general un verdadero avance o desarrollo respecto de los valores que se ven disminuidos con las medidas.

Un claro ejemplo, en el plano de la igualdad, de que la aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto es sumamente trascendente, se puede apreciar en la cuestión de inconstitucionalidad de la STC 89/2017 ⁶⁹ donde se enjuicia la constitucionalidad de varias normas de la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2010, de 7 de julio, del cine relativas a obligaciones lingüísticas; estas normas establecían la obligación a las empresas exhibidoras de realizar el 50 por 100 de las proyecciones dobladas o subtituladas al catalán y que las empresas distribuidoras repartieran el 50 por 100 de todas las copias analógicas que se doblen o subtitulen e incorporar en las copias digitales el acceso lingüístico catalán. Esto suponía un sobreesfuerzo económico para las empresas además de que la norma no hacía distinciones entre los diferentes tamaño de las empresas.

En el supuesto se analiza la norma autonómica bajo el juicio de proporcionalidad y como hemos visto anteriormente, el requisito previo es determinar la finalidad a la que responde la medida; en este caso la norma autonómica tiene como orientación la protección y estímulo de un bien cultural como es la lengua en el ámbito de las actividades artísticas y culturales. Una vez determinada la finalidad, el Tribunal considera que el juicio de idoneidad se cumple al ser una medida lo suficiente adecuada para con el fin constitucionalmente admitido. También considera que cumple con el requisito de la necesidad al no existir otras medidas idóneas y menos restrictivas o invasivas económicamente para llevar a cabo la medida, pero en cuanto al subjuicio de congruencia, el Tribunal Constitucional consideró que la medida no superaba este examen. Tras revisar el supuesto determinó que los beneficios que se trataban de obtener respecto de la norma no eran equilibrados por establecer porcentajes excesivos de proyecciones dobladas o subtituladas al catalán y por no establecer diferenciaciones suficientes entre los diversos tamaños de empresa para que se puedan adaptar a la finalidad de la norma, produciendo así un daño desproporcionado.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 89/2017, de 4 de julio.

En lo relativo al supuesto de hecho que se propone desde el ámbito de la Clínica Jurídica, como hemos visto no sería necesario entrar a examinar la proporcionalidad en sentido estricto porque el juicio de proporcionalidad de la diferencia de trato ya se vería vulnerado al no superar los juicios de idoneidad y de necesidad. Sin embargo, por concluir que el tratamiento es discriminatorio en todos sus aspectos aplicaremos el subjuicio de ponderación.

Como se ha visto anteriormente, el tratamiento antirretroviral del VIH ha alterado sustancialmente el paradigma de la enfermedad, pero no ha acabado ni con los estereotipos ni con el estigma social que aún se revela en actos o tratos como el de este supuesto. Así pues, para realizar la ponderación se deberían hallar los beneficios que se tratan de obtener por la medida para poder establecer una ponderación adecuada frente al tratamiento diferenciado que se produce. En este caso sería la prevención de la transmisión, una finalidad constitucionalmente deseable; el problema radica en que no se puede demostrar que esos beneficios son fruto de la medida dado que, como se ha explicado anteriormente, la mayoría de las personas en España diagnosticadas de VIH reciben el tratamiento retroviral de forma adecuada consiguiendo bajar su carga viral hasta el mínimo que supone que el virus es indetectable⁷⁰, por consiguiente, no podrían transmitir el virus, con o sin medidas. De tal forma que, no se puede concluir una relación causal directa entre los beneficios y las medidas diferenciadoras, de las cuales sí se pueden apreciar unos daños ciertos y actuales sobre las personas con VIH.

En definitiva, no se puede demostrar que exista un equilibrio entre los beneficios obtenidos frente al daño que producen las medidas diferenciadoras, vulnerando una vez más el juicio de proporcionalidad de trato y, con ello, discriminando a un colectivo especialmente vulnerable.

⁷⁰ Ramiro Avilés, M.A Ramírez Carvajal, P. (2016) *op.cit*

CONCLUSIÓN:

El presente trabajo ha desarrollado uno de los mecanismos antidiscriminatorios más importantes que nuestro propio ordenamiento jurídico vigente dispensa como medio de defensa contra las diferenciaciones injustas que perpetúan la desigualdad día tras día. Como hemos visto, la ambigüedad del principio de igualdad recogido por el artículo 14 de nuestra Carta Magna no permite *in prima facie* reconocer cuando nos encontramos ante tratos discriminatorios, que a menudo son difíciles de detectar, incluso algunos aún no han sido admitidos por nuestra jurisprudencia, como la discriminación por indiferenciación. Por ello, es importante resaltar el juicio de igualdad, en concreto, el juicio de proporcionalidad del trato diferenciado.

Se trata pues de un medio constitucional que a menudo se desconoce pero que permite fácilmente reconocer los tratos discriminatorios que abundan en nuestra realidad social gracias a 3 subjuicios que determinan: la idoneidad de la medida, la necesidad de la misma y la proporcionalidad entre los beneficios y los daños resultantes de las medidas diferenciadoras.

No obstante, tal y como se ha visto en los supuestos expuestos, es un mecanismo que en la práctica a veces no completa su cometido, véase en los supuestos de medidas discriminatorias en los casos de personas con VIH; medidas que no superarían el juicio de proporcionalidad pero que aún siguen estigmatizando a un colectivo vulnerable.

BIBLIOGRAFÍA:

- Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (2010) *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo
- Alexy, R. (2008) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- Barrère, M.^a. y Morondo, D (2011), «Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, N°45, pág. 15-42.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018) “Observación general núm. 6 sobre la igualdad y la no discriminación”.
- Dirección General de la Salud Pública. (2019) *Vigilancia epidemiológica del VIH y SIDA en España*
- Escobar Roca, G., Rey Martínez, F., Arango, R., García Manrique, R., Salado Osasuna, A., López Ahumad, J.L., (2012) *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*. Thomson Reuters
- Giménez Glück, D. (2004) *Juicio de Igualdad y el Tribunal Constitucional*. Valencia. Editorial Bosch
- Martín Vida, M.A (2003) *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*. Madrid, Editorial Civitas,
- Ministerio de Sanidad (2018) “*Criterios médicos para el acceso a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y a las Fuerzas Armadas*”
- Muñoz Rodríguez, M.C. (2018) “Crónicas de Derecho Internacional Público”: *Revista electrónica de estudios internacionales*, Núm.36.
- Muñoz Rodríguez, M.C. (2018) *Crónica de Derecho Internacional Público: Revista electrónica de estudios internacionales*. Núm.36
- ONUSIDA (2008) “*Reducir el estigma y la discriminación por el VIH: una parte fundamental de los programas nacionales del sida*”

- Organización Mundial de la Salud (1998) “*Promoción de la Salud-Glosario*”.
- Salomé Resurrección, L.M. (2017) “La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural” *Pensamiento Constitucional* N°22
- Ramiro Avilés, M.A (2008) “El VIH/SIDA y el principio de igualdad” *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. N°18
- Ramiro Avilés, M.A Ramírez Carvajal, P. (2013) VIH y Privacidad. Proyecto de Clínica Legal de CESIDA.
- Ramiro Avilés, M.A Ramírez Carvajal, P. (2020) Informe de las consultas recibidas en la Clínica Legal CESIDA-UAH 2019-2020.
- Ramiro Avilés, M.A Ramírez Carvajal, P. (2016) “Discriminación por razón de VIH: Los casos de la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá y CESIDA en 2015” *Revista multidisciplinar del SIDA* Volº4
- Rey Martínez, F. (2017) “Igualdad y Prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”: *Revista de derecho político*, Vol. 1(100).
- Rey Martínez, F. (2019) *Derecho antidiscriminatorio*. Navarra, Aranzadi.
- Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (2019) La infección por el VIH en España en 2019
- Sowell, T. (2006) *La discriminación positiva en el mundo: estudio empírico*, Editorial Gota a Gota.

JURISPRUDENCIA CITADA:

Sentencia del TEDH, Dª 4369/1997, del 6 de abril de 2001

Sentencia del TEDH, Dª17484/15 de 25 de julio de 2017

Sentencia del TEDH, Dª47159/08, de 24 de julio de 2012

Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de diciembre, F.J 3º

Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1989. 8 de junio, F.J 1º

Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre, F.J 4º

Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio, F.J 8º

Sentencia del Tribunal Constitucional 137/2000, de 29 de mayo, F.J 1º

Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991, de 1 de julio, F.J 3º

Sentencia del Tribunal Constitucional 151/2017, de 21 de diciembre, F.J 7º

Sentencia del Tribunal Constitucional 151/2017, de 21 de diciembre. FJº7

Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1986, de 19 de diciembre, F.J 11º

Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1988, de 26 de septiembre, F.J 2º

Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1988, de 16 de septiembre, F.J 3º

Sentencia del Tribunal Constitucional 216/1991, de 14 de diciembre, F.J 5º

Sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5º

Sentencia del Tribunal Constitucional 263/1994, de 3 de octubre, F.J 4º

Sentencia del Tribunal Constitucional 30/1986, 20 de febrero, F.J 5º

Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1989, de 15 de febrero, F.J 8º

Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1989 de 20 de febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1982, de 14 de julio, F.J 2º

Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1982, de 14 de julio, FJ 2º

Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1994, de 28 de febrero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1995, de 8 de mayo. FJº5

Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1983, de 14 de febrero, F.J 2º

Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1983, de 3 de agosto. FJº2

Sentencia del Tribunal Constitucional 85/1992, de 8 de junio, F.J 4º

Sentencia del Tribunal Constitucional 90/1989, de 11 de mayo, F.J 4º