



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

# La protección de la libertad ideológica frente al trato discriminatorio en la relación jurídico-laboral

Marc-Abraham Puig Hernández



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement 3.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento 3.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution 3.0. Spain License.**



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política  
Línea de Investigación: Filosofía del Derecho

**LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD IDEOLÓGICA  
FRENTE AL TRATO DISCRIMINATORIO EN LA  
RELACIÓN JURÍDICO-LABORAL**

Director y Tutor: Dr. Ricardo García Manrique

MARC-ABRAHAM PUIG HERNÁNDEZ

BARCELONA, 2018



## **RESUMEN/ABSTRACT**

La presente tesis ofrece un estudio sistemático de la protección de la libertad ideológica frente al trato discriminatorio en la relación jurídico-laboral.

En primer lugar, se analiza el concepto del derecho a la no discriminación y se examina la regulación jurídica de la discriminación en el derecho español y europeo. En segundo lugar, se somete a estudio el derecho fundamental a la libertad ideológica y cómo esta libertad se protege frente al trato discriminatorio. Finalmente, se analiza la protección de esta libertad en el contexto jurídico de la relación laboral.

A través de este estudio se precisa el marco teórico de la libertad ideológica en nuestro ordenamiento jurídico. A diferencia de la libertad religiosa, el derecho fundamental a la libertad ideológica no ha sido objeto de regulación por medio de Ley Orgánica. Con el estudio de las garantías normativas y jurisdiccionales de este derecho fundamental se analizan los mecanismos jurídicos que permiten tutelar su ejercicio en el sector laboral.

Asimismo, se evalúa la coherencia en la protección de los motivos ideológicos frente al trato discriminatorio. En la CE y el CEDH se establece una fórmula similar para proteger las características o rasgos definitorios de la persona, no así con el TFUE. Así, es posible hallar rasgos personales de carácter ideológico expresamente protegidos en unos ámbitos y no en otros.

Con la investigación, se delimita el tipo de conflicto que surge en el trabajo por el ejercicio de la libertad ideológica. La problemática se analiza paradigmáticamente con la tensión entre la libertad ideológica y la libertad de empresa, que puede derivar en un trato discriminatorio por motivos ideológicos. A través de los requisitos profesionales resulta posible justificar este tipo de trato potencialmente dable en la relación de trabajo, aun cuando la ideología del trabajador está jurídicamente protegida y sea contraria a la que define a la empresa.

---

La present tesi ofereix un estudi sistemàtic de la protecció de la llibertat ideològica enfront del tracte discriminatori en la relació jurídic-laboral.

En primer lloc, s'analitza el concepte del dret a la no discriminació i s'examina la regulació jurídica de la discriminació en el dret espanyol i europeu. En segon lloc, se sotmet a estudi el dret fonamental a la llibertat ideològica i com aquesta llibertat es

protegeix enfront del tracte discriminatori. Finalment, s'analitza la protecció d'aquesta llibertat en el context jurídic de la relació laboral.

A través d'aquest estudi es precisa el marc teòric de la llibertat ideològica en el nostre ordenament jurídic. A diferència de la llibertat religiosa, el dret fonamental a la llibertat ideològica no ha estat objecte de regulació per mitjà de Llei Orgànica. Amb l'estudi de les garanties normatives i jurisdiccionals d'aquest dret fonamental s'analitzen els mecanismes jurídics que permeten tutelar el seu exercici en el sector laboral. Així mateix, s'avalua la coherència en la protecció dels motius ideològics enfront del tracte discriminatori. En la CE i el CEDH s'estableix una fórmula similar per protegir les característiques o trets definitoris de la persona, no així amb el TFUE. Així, és possible trobar trets personals de caràcter ideològic expressament protegits en uns àmbits i no en uns altres.

Amb la recerca, es delimita el tipus de conflicte que sorgeix en el treball per l'exercici de la llibertat ideològica. La problemàtica s'analitza paradigmàticament amb la tensió entre la llibertat ideològica i la llibertat d'empresa, que pot derivar en un tracte discriminatori per motius ideològics. A través dels requisits professionals resulta possible justificar aquest tipus de tracte potencialment factible en la relació de treball, tot i que la ideologia del treballador està jurídicament protegida i esdevingui contrària a la qual defineix a l'empresa.

---

This thesis offers a systematic study of the protection of ideological freedom, freedom of thought according to the ECHR, against discriminatory treatment in labor relations. In accordance with this theme, the following matters are analyzed:

First, the concept of the right to non-discrimination as well as the legal regulation of discrimination in Spanish and European law. Secondly, the fundamental right to ideological freedom and how this freedom is protected against discriminatory treatment. Finally, the exam of the protection of this freedom in the legal context of the employment relationship.

Through this study, the theoretical framework of ideological freedom is specified in our legal system. In contrast to religious freedom, this fundamental right has not been subject to regulation by means of a *Ley Orgánica*. With the study of the legal and jurisdictional guarantees of this fundamental right, the legal mechanisms that allow protecting the exercise of this freedom in the work sphere are examined.

Furthermore, coherence in the protection of ideological reasons against discriminatory treatment is assessed. In the SC and the ECHR, a similar formula is established to protect the defining characteristics or features of the person. It happens differently with the TFEU. Consequently, it is possible to find personal traits of an ideological nature that are specifically protected in some areas and not in others.

With this research, the type of conflict that arises in the work is delimited by the exercise of ideological freedom. The problem is analyzed paradigmatically with the tension between ideological freedom and freedom of enterprise, which can lead to discriminatory treatment for ideological grounds. Through occupational requirements, it is possible to justify this type of probable treatment in the employment relationship, even when the ideology of the worker is legally protected and that is contrary to the one that defines the company.



# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>5</b>
<b>I. Objeto</b>	<b>5</b>
I.1. Dimensión espacial	5
I.2. Dimensión temática	6
I.2.1. El concepto de libertad ideológica	6
I.2.2. El concepto de trato discriminatorio	7
I.2.3. El conflicto ideológico en la relación jurídica entre trabajador y empresario	8
I.3. Dimensión académica	9
<b>II. Fuentes</b>	<b>10</b>
II.1. Normativas	10
II.2. Jurisprudenciales	10
II.3. Bibliográficas	10
<b>III. Cuestiones metodológicas</b>	<b>11</b>
III.1. Método inductivo	11
III.2. Estructura	12
<b>IV. Objetivos</b>	<b>13</b>
<b>PRIMERA PARTE - EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN</b>	
<b>CAPÍTULO I – ELEMENTOS BÁSICOS PARA UNA TEORÍA GENERAL DE LA DISCRIMINACIÓN</b>	<b>17</b>
<b>I.1. Concepto de discriminación</b>	<b>18</b>
I.1.1. La fundamentación de las normas antidiscriminatorias	24
I.1.2. La preservación de la igualdad y la no discriminación	28
I.1.3. La tutela de los motivos protegidos	35
<b>I.2. Los tipos de discriminación</b>	<b>40</b>
I.2.1. Tipos jurisprudenciales de discriminación	41
I.2.1.1. Directa e indirecta	42
I.2.1.2. Múltiple, por asociación y por error	49
I.2.1.3. Acoso discriminatorio y delitos de odio y discriminación	54
I.2.2. Justificación del trato desigual	58
<b>I.3. La discrecionalidad</b>	<b>61</b>
I.2.3. Características de la prueba judicial en casos de discriminación	64
I.2.3.1. Diferencias entre los tipos de discriminación a efectos probatorios	65
I.2.3.2. Diferencias en la justificación de un trato discriminatorio y de un acto discrecional	67



## **CAPÍTULO II – EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL** **71**

<b>II.1. La prohibición de discriminación en la Constitución española</b>	<b>73</b>
II.1.1. La proclamación de la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminar	77
II.1.2. Los motivos protegidos y la cláusula abierta	80
II.1.3. Las dimensiones subjetiva y objetiva del artículo 14 CE	85
II.1.3.1. Sujetos activo y pasivo	85
II.1.3.2. Eficacia horizontal	93
II.1.3.3. Igualdad y prohibición de discriminación en casos iguales o similares. El test de razonabilidad	95
II.1.3.4. Garantías procedentes del artículo 53.2 CE	101
II.1.4. Aspectos judiciales sobre la determinación de discriminación	104
<b>II.2. La prohibición de discriminación en el Consejo de Europa</b>	<b>107</b>
II.2.1. El Consejo de Europa y el TEDH	108
II.2.1.1. El artículo 14 CEDH	109
II.2.1.2. El Protocolo Adicional 12 al CEDH y la prohibición genérica de discriminación	112
<b>II.3. La Unión Europea y el TJUE</b>	<b>117</b>
II.3.1. Principio General del Derecho Comunitario	119
II.3.2. Los motivos protegidos en las normas comunitarias: el Tratado de Lisboa y las Directivas comunitarias	122
II.3.3. Caracteres propios de la prueba en el ámbito comunitario	125
II.3.3.1. Justificación objetiva: requisitos profesionales y las causas objetivas	126
II.3.3.2. La prueba estadística y los términos comparativos	129
II.3.4. Los requisitos de las sanciones e indemnizaciones antidiscriminatorias	131

## SEGUNDA PARTE - LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD IDEOLÓGICA EN LA RELACIÓN LABORAL

## **CAPÍTULO III – LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS IDEOLÓGICOS** **137**

<b>III.1 – El concepto de libertad ideológica</b>	<b>139</b>
III.1.1. Libertad «ideológica» y términos afines	141
III.1.2. La relación entre la libertad ideológica y religiosa	150
<b>III.2. Las garantías del derecho fundamental a la libertad ideológica</b>	<b>156</b>
II.2.1. La relación entre los artículos 16 CE y 9 CEDH	157
III.2.1. la dimensión interna, la externa y el carácter relacional del derecho a la libertad ideológica	159
III.2.2. El límite del orden público	164
III.2.3. Límite a los poderes públicos	168
III.2.4. Implicaciones de las garantías del artículo 53.2 en la protección de la libertad ideológica	173

<b>III.3. La libertad ideológica y la prohibición de discriminación</b>	<b>179</b>
III.3.1. La igualdad de trato respecto al derecho a la libertad ideológica	180
<b>III.2. La relación de la libertad ideológica con los motivos protegidos frente al trato discriminatorio</b>	<b>183</b>
III.3.1. La prohibición de discriminación por motivos ideológicos en el ámbito comunitario	187
III.3.1. El exceso de requisitos en la protección de la libertad ideológica	188
III.3.2. La protección de datos ideológicos	190
<b>CAPÍTULO IV – LA LIBERTAD IDEOLÓGICA EN LA RELACIÓN LABORAL</b>	<b>193</b>
<b>IV.1. La relación laboral como contexto específico de la libertad ideológica</b>	<b>194</b>
<b>IV.2. Principal normativa antidiscriminatoria</b>	<b>198</b>
IV.2.1. Estatuto de los Trabajadores	199
IV.2.1.1. La prohibición de discriminación y la libertad ideológica en el artículo 4.2 ET	203
IV.2.1.2. Límites a las causas objetivas que extinguen la relación laboral	205
IV.2.1.3. Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público	208
IV.2.2. La Directiva 2000/78/CE	210
IV.2.2.1. La inversión de la carga de la prueba	212
IV.2.2.2. La garantía de indemnidad del trabajador	214
IV.2.2.3. Otros mecanismos	215
<b>IV.3. La variante colectiva de la libertad ideológica</b>	<b>216</b>
<b>IV.4. Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral</b>	<b>220</b>
<b>IV.5. Libertad ideológica, libertad de empresa y empresas de tendencia</b>	<b>224</b>
IV.5.1. La doble dimensión de la libertad ideológica	227
IV.5.2. Las empresas ideológicas o de tendencia	235
IV.5.3. Los requisitos profesionales	244
<b>IV.6. Discriminación laboral por motivos ideológicos</b>	<b>247</b>
IV.6.1. Trato discriminatorio y acoso moral	247
IV.6.2. Las respuestas administrativa y penal	256
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>263</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>279</b>



# INTRODUCCIÓN

## **I. Objeto**

El objeto de esta tesis es el análisis de la protección jurídica de la libertad ideológica frente al trato discriminatorio en la relación jurídico-laboral. La determinación de este objeto puede especificarse a través de tres dimensiones: la espacial, la temática y la académica.

### **I.1. Dimensión espacial**

El estudio se centra esencialmente en el Derecho positivo español. Ahora bien, ello supone tener en cuenta la normativa y la jurisprudencia europeas, muy relevantes en esta materia, y atender tanto al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como al Derecho Comunitario, y a su interpretación y desarrollo por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

En el CEDH, la libertad ideológica no está reconocida con este nombre, pero debe entenderse equivalente a la libertad de pensamiento y de conciencia, que es el término utilizado por el artículo 9 CEDH. Habrá que prestar atención a la jurisprudencia del TEDH para acreditar esa equivalencia.

En el Derecho Comunitario, a diferencia del carácter genérico de la protección otorgada por el CEDH, se ha desarrollado un instrumento normativo mucho más preciso, a saber, la Directiva 2000/78/CE, que se ocupa específicamente del trato discriminatorio que pueda tener lugar en el ámbito laboral.

### **I.2. Dimensión temática**

Esta tesis se ocupa de la libertad ideológica, de las diferentes esferas de protección de este derecho en la relación jurídico-laboral y, particularmente, frente al trato discriminatorio que en ésta se puede producir. Con el fin de acotar el tema, conviene formular tres precisiones: una, relativa al concepto de libertad ideológica; otra, relativa

al concepto de trato discriminatorio; y, finalmente, una última relativa al conflicto ideológico en la relación que une al trabajador con la empresa.

### **I.2.1. El concepto de libertad ideológica**

Un primer aspecto relativo al concepto de libertad ideológica es el terminológico. El derecho que se establece en la CE responde al nombre de «libertad ideológica», un nombre distinto al que usa el CEDH, el de libertad «de pensamiento y de conciencia». A pesar de esta diferencia, no ha surgido impedimento para que los términos sean considerados sinónimos, y de ahí que el análisis de uno y otro derecho pueda hacerse de manera unitaria, asumiendo que se trata del mismo derecho con dos nombres distintos.

El segundo aspecto es el del contenido del derecho a la libertad ideológica. Es cierto que los artículos 16 CE y 9 CEDH proclaman derechos análogos, sobre todo si la norma que protege la libertad ideológica de nuestra Constitución se interpreta de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH sobre la libertad de pensamiento y de conciencia. En cambio, el alcance de la libertad ideológica del art. 16 CE puede ser distinto del de derechos equivalentes reconocidos en otras constituciones. Así, por ejemplo, la libertad ideológica, en nuestro sistema, ampara en principio cualquier ideario del individuo, pero no sucede lo mismo en el sistema constitucional alemán, donde las ideas contrarias a la propia Constitución están proscritas. Estas diferencias ponen de manifiesto que la cuestión del contenido de la libertad ideológica no es pacífica y será necesario determinar cuáles son los límites que lo circunscriben.

Finalmente, debe destacarse un tercer aspecto del concepto de libertad ideológica: la fundamentación de esta libertad, que pone de relieve su conexión con la dignidad de la persona y su carácter de libertad pública esencial.

En primer lugar, la libertad ideológica es uno de los derechos más estrechamente vinculados con la dignidad individual. Esta libertad es el instrumento jurídico que reconoce y protege la capacidad intelectual que nos es característica, a través de la cual nos formamos una imagen del mundo a partir de la cual orientar nuestra conducta.

En segundo lugar, la libertad ideológica es una de las libertades públicas básicas, en la medida en que la manifestación externa de la ideología y creencias de los miembros de la comunidad se considera necesaria para la formación de una opinión pública de base plural. De este modo, la libertad ideológica tiene, por así decir, dos ámbitos de desarrollo: el interno, o esfera íntima, y el externo, público o social.

La fundamentación de la libertad ideológica permite comprender su sentido y de éste deriva el contenido del derecho. Como ya se apuntaba, será desde luego un contenido circunscrito, limitado por la concurrencia de otros derechos, pero que en todo caso se traducirá en ciertas facultades jurídicas concretas, como la de adoptar una concepción del mundo o una ética determinadas, la de no declarar sobre las propias ideas o la de no adherirse a un ideario ajeno y contrario al propio. Se trata de facultades, o derechos, ejercitables tanto frente a los poderes públicos como frente a terceros, en virtud de la eficacia horizontal *inter privatos* de los derechos fundamentales. De aquí que el ejercicio de la libertad ideológica y, cuando corresponda, también su tutela, pueda tener lugar en el ámbito de la relación jurídica que une a trabajador y empresario.

### **I.2.2. El concepto de trato discriminatorio**

El derecho a la no discriminación conlleva que la persona goce de una serie de garantías para hacer frente a aquel trato desigual y perjudicial motivado por una característica personal, por un rasgo definitorio de la persona. Entre estos tipos de rasgos se encuentra la ideología adoptada por el sujeto.

Con el trato discriminatorio no se pone de manifiesto cualquier tipo de desigualdad, sino solamente aquellas cuyo perjuicio recae necesariamente sobre una persona definida por un rasgo característico como, por ejemplo, ser mujer, de etnia gitana o musulmana. Son características personales que históricamente han dado lugar a la marginación y a la segregación de determinados individuos y colectivos.

El Derecho moderno proscribe el trato discriminatorio al identificar los motivos que convierten en discriminatorio a un trato. Las diferentes regulaciones positivas han armado, con todo tipo de mecanismos, la protección frente a este trato en ramas jurídicas determinadas, siendo la laboral una de ellas. Además, esta regulación ha sido desarrollada por una constante actividad jurisdiccional, a partir de la cual ha sido posible identificar con mayor precisión distintos tipos de trato discriminatorio. En este sentido, los tribunales no sólo aplican la prohibición de discriminación en el marco de cualquier relación jurídica, sino que han ido determinando diferentes formas en las que puede producirse este trato. Así cabe hablar, por ejemplo, de discriminación directa, indirecta, múltiple o por asociación.

En el ordenamiento jurídico español, la prohibición de discriminación ha sido proclamada en el artículo 14 CE. Recibe las mismas garantías que los derechos

fundamentales, aunque no figura, en sentido estricto, entre los derechos de la Sección I del Capítulo II del Título I del texto constitucional, sección expresamente prevista para esta categoría de derechos. Ahora bien, a pesar de esta formalidad, que para muchos autores no es más que una cuestión de estilo del constituyente, esta prohibición configura un mandato que irradia a todo el ordenamiento jurídico y vincula a todo poder público. De igual modo que el derecho fundamental a la libertad ideológica, se aplica a las relaciones jurídicas entre particulares, y no solamente se ve reducido a un derecho ejercitable frente a los poderes públicos del Estado.

Entre los motivos protegidos, las características o rasgos definitorios de la persona protegidos en nuestro ordenamiento frente al trato discriminatorio, figuran los de talante ideológico, como ha sido advertido. Habitualmente, estas características son las creencias, la religión y la opinión del individuo, aunque pueden encontrarse otros términos en las normas, como las ideas o las convicciones políticas. De ahí debe señalarse que estas características cuentan con plenas garantías frente al trato discriminatorio y, además, con las garantías del derecho fundamental a la libertad ideológica. En definitiva, la protección de la ideología del trabajador deriva de la concurrencia de ambas figuras jurídico-subjetivas: libertad ideológica y derecho a la no discriminación.

Precisamente porque el trato discriminatorio está proscrito, el Derecho requiere que todo trato desigual sea convenientemente justificado si aquel que lo dispensa pretende evitar caer en el ámbito prohibido de la discriminación. Analíticamente, el trato discriminatorio debe ser comprendido como un tipo específico de trato desigual, donde la desigualdad esté motivada por una característica o condición definitoria de la persona. En cambio, el trato desigual no discriminatorio deberá estar justificado de manera «objetiva y razonable», que habrá de ser constatada judicialmente mediante la aplicación de un «test de racionalidad».

### **I.2.3. El conflicto ideológico en la relación jurídica entre trabajador y empresario**

Asunto central de este trabajo ha de ser el análisis del conflicto de la libertad ideológica con la libertad de empresa. Se parte de esta tensión latente o potencial como escenario paradigmático, aunque, por supuesto, ello no significa que el trabajador sea el único cuya libertad ideológica está garantizada. El empresario también es titular del

derecho a la libertad ideológica, puesto que nos hallamos ante un derecho fundamental cuya titularidad es universal, que incluso cabe extender a los entes dotados de personalidad jurídica propia. Por esta razón, también las empresas tienen la facultad de poder adoptar un ideario o una ética particular.

Dicha ética o ideario empresarial puede crear conflictos con la propia ética o ideología del trabajador. Por una parte, la empresa puede adoptar medidas y establecer obligaciones laborales destinadas a la consecución del fin legítimo que persigue, que puede ser de naturaleza ideológica. Y, por otra parte, el trabajador tiene una esfera inviolable de su libertad ideológica, protegida incluso frente al ideario empresarial. Es por ello que este tipo de contiendas quedan delimitadas: por la persecución de un fin legítimo por parte de la empresa, en función del cual puede imponer obligaciones laborales como la promoción de dicho ideario; y por el derecho fundamental del trabajador a la libertad ideológica, junto al derecho a no sufrir un trato discriminatorio por tener unas ideas contrarias a las adoptadas por la empresa.

Es entre estos márgenes que operan los denominados «requisitos profesionales». Un criterio objetivo con el que puede justificarse una diferencia de trato a un trabajador de acuerdo con la capacidad para llevar a cabo las obligaciones propias de su ámbito de trabajo.

### **I.3. Dimensión académica**

La determinación del tema de estudio ofrece ya los indicios suficientes como para comprender que el ámbito académico al que pertenece este trabajo ha de ser el de la dogmática jurídica. En efecto, lo que se pretende es un estudio sistemático de las normas vigentes que protegen la libertad ideológica con el fin de determinar el alcance y modalidades de dicha protección y de evaluar en qué medida es adecuada y en qué medida puede mejorarse. Es cierto, por otra parte, que no se trata de un estudio dogmático al uso, puesto que no se ciñe a una sola disciplina jurídica, sino que ha de participar de varias de ellas, puesto que la temática elegida exige hacer frente a cuestiones específicas de distintas ramas del Derecho. Ha sido necesario, por tanto, frecuentar la doctrina internacional, la constitucional, la administrativa, la penal, la procesal y, por supuesto, la laboral. Por eso, el trabajo que se presenta bien merece el calificativo de transversal, y tanto más cuanto que también se han tenido en cuenta aportaciones procedentes del ámbito de la filosofía del derecho.



## **II. Fuentes**

### **II.1. Normativas**

En el empleo de fuentes normativas, para delimitar el marco jurídico aplicable se parte de la Constitución Española, e inmediatamente hay que añadir que, a diferencia de otros derechos muy próximos como es el caso de la libertad religiosa, el derecho a la libertad ideológica no ha sido objeto de regulación por medio de una Ley Orgánica. Ello supone una mayor relevancia normativa del texto constitucional, por muy escueto que se nos presente. En cuanto al concreto contexto de la relación jurídico-laboral, la fuente primordial ha de ser el Estatuto de los Trabajadores, norma de referencia para la delimitación y regulación de la relación jurídica entre trabajador y empresario. Por otra parte, el análisis de la normativa europea relevante, tal como ya se avanzó, ocupará un lugar principal en este trabajo; dentro de ella, el texto clave en materia de prevención del trato discriminatorio en el ámbito laboral es la Directiva 2000/78/CE.

### **II.2. Jurisprudenciales**

Las fuentes jurisprudenciales manejadas vienen determinadas, como es lógico, por las normativas. De esta manera, en el nivel interno o nacional, se prestará atención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. En el nivel externo o europeo, se hará lo propio con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

### **II.3. Bibliográficas**

Para las fuentes bibliográficas se toman en cuenta los trabajos y estudios de juristas que han abordado la prohibición de discriminación, la libertad ideológica y las cuestiones relativas a su proyección sobre la relación de trabajo. El empleo de estas monografías contribuye al estudio, la explicación y la reflexión acerca de la efectiva protección que dispensa nuestro ordenamiento jurídico a la libertad ideológica en el marco de la relación laboral.

Los textos manejados son obras tanto de carácter genérico como monografías especializadas en el tratamiento de estas cuestiones. Se ha acudido a trabajos que tienen en la fundamentación y en la protección de los derechos su piedra angular.

A fin de dotar a este estudio de un carácter expositivo en torno a qué instrumentos configuran la materia analizada, la exhaustividad de las fuentes podría generar alguna que otra duda. Dado el carácter interdisciplinar de la investigación, la selección de fuentes es el reflejo de aplicar un criterio de idoneidad, lo adecuado de la explicación y de la aportación de una solución a la cuestión planteada. En efecto, al emplear este criterio para discriminar entre la bibliografía que debe acompañar al texto, el lector puede echar en falta alguna referencia particular. Es un riesgo asumido en la redacción del estudio, a fin de dotar a la explicación de homogeneidad y continuidad; para detenerse con mayor detalle en las cuestiones nacidas al realizar el estudio y no exhaustivamente en aquellas ya analizadas de manera suficiente por la doctrina jurídica.

La dimensión espacial del tema también ha tenido su incidencia sobre las fuentes bibliográficas empleadas en este trabajo. Al incorporar normas procedentes del Consejo de Europa y de la Unión Europea al ordenamiento jurídico español, en lo particular de la temática se acude a la doctrina propia de estas materias.

### **III. Cuestiones metodológicas**

La investigación que se presenta ha requerido la resolución de una serie de cuestiones metodológicas (o, al menos, que resultan tener un carácter metodológico a los efectos de este estudio), la mayoría de las cuales ya han sido puestas de manifiesto: la definición de los derechos a la libertad ideológica y a la no discriminación; la determinación de la relación jurídica en el seno de la cual se ejerce la libertad ideológica y se puede producir el trato discriminatorio; la transversalidad propia del estudio; o la selección de las fuentes.

Adicionalmente, es necesario hacer explícito tanto el método inductivo que hemos adoptado, como el orden o estructura de este trabajo.

#### **III.1. Método inductivo**

Esta investigación parte del ordenamiento jurídico positivo, de lo que se establece en las normas. Por ejemplo: se protege una determinada libertad con la figura del

derecho fundamental; se establecen determinados mecanismos de protección institucional y jurisdiccional; se formulan requisitos procesales que canalizan esta segunda; se estipulan ciertos límites al ejercicio de ese derecho en la relación de trabajo; o se exige un cierto tipo de justificación para que el trato desigual pueda ser considerado no discriminatorio. A partir de este material normativo, es posible ir construyendo hacia arriba lo que puede calificarse como el régimen jurídico de protección de la libertad ideológica en el marco de la relación laboral. A lo largo de ese proceso de construcción dogmática se introducen los elementos críticos a través de los que es posible detectar la presencia de defectos normativos, a saber, lagunas y antinomias. Lagunas que, por ejemplo, pueden consistir en vacíos parciales en el sistema de garantías, o antinomias como son las contradicciones entre las leyes vigentes o entre la normativa estatal y la europea.

### **III.2. Estructura**

El orden o estructura de esta tesis responde esencialmente a un criterio de desarrollo de lo general a lo particular (lo que permite afirmar que, junto al método inductivo que orienta toda la investigación, la pauta de exposición es, en cambio, deductiva). Así, se parte del concepto general del derecho a la no discriminación; se examina después su regulación genérica en nuestro ordenamiento, tanto a nivel estatal como europeo, y se aplica al caso del ejercicio de la libertad ideológica; para terminar con el examen del ámbito particular de lo laboral. De acuerdo con este criterio, el orden del trabajo queda determinado de la siguiente manera:

La primera parte introduce el concepto de discriminación y se compone de dos capítulos. En el Capítulo I se ofrece un concepto de discriminación y se explica de qué modo la no discriminación ha resultado objeto de regulación jurídica; en el Capítulo II se examina la regulación jurídica de la discriminación en el derecho español y europeo. La segunda parte analiza la protección de la libertad ideológica en la relación jurídico-laboral y, de igual modo, está compuesta por dos capítulos. El Capítulo III tiene por objeto el estudio del derecho fundamental a la libertad ideológica y cómo esta libertad se protege frente al trato discriminatorio. Finalmente, el trabajo se completa con el Capítulo IV, destinado a la protección de esta libertad en el contexto jurídico de la relación laboral.

#### **IV. Objetivos**

El objetivo global de este estudio es el análisis integral de la protección de la libertad ideológica frente al trato discriminatorio en el ámbito de la relación laboral y en el seno del ordenamiento jurídico español. Este objetivo puede desglosarse en los siguientes objetivos parciales:

1) Exposición sistemática de la normativa vigente, tanto española como europea (en tanto que vigente en España), con atención específica a los conceptos de «discriminación», «derecho a la no discriminación» y «libertad ideológica»; y a su aplicación en el marco laboral.

2) Examen pormenorizado del conflicto de derechos entre la libertad ideológica y la libertad de empresa.

3) Identificación de debilidades en el sistema de protección de la libertad ideológica: los aspectos no regulados (lagunas normativas); los aspectos mal regulados (lagunas axiológicas); y aspectos regulados de manera inconsistente (antinomias).

4) Evaluación del sistema de protección de la libertad ideológica en el ámbito laboral desde las perspectivas de: (i) su adecuación a los valores constitucionales; (ii) su consistencia interna; y (iii) su eficacia como mecanismo de tutela de los derechos fundamentales implicados.

---

Por último, resulta obligado expresar aquí mi agradecimiento a quienes, en mayor o menor medida, han contribuido a que esta investigación sea finalizada. La familia y los amigos, muchos de ellos del ámbito académico, han sido los primeros en ofrecer su apoyo durante todo el recorrido de la investigación.

Mención aparte merece mi más absoluto y sincero agradecimiento al Prof. Dr. Ricardo GARCÍA MANRIQUE, quien me ha distinguido con el privilegio de su magisterio y atención sin reservas, así como con sus incontables muestras de profesionalidad, rigor y humanidad.



PRIMERA PARTE

**EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN**



# Capítulo I – Elementos básicos para una teoría general de la discriminación

Este capítulo es una introducción al concepto de discriminación sobre el que se desarrolla el resto de la investigación. Con la finalidad de realizar una evaluación de las normas que permiten la protección de la libertad ideológica frente al trato discriminatorio característico del trabajo, debe ser expuesto previamente, a qué se hace referencia cuando se habla de discriminación y qué tiene que decir el Derecho frente a estas situaciones. En consecuencia, se presenta aquí una visión genérica del concepto de discriminación y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico, hecho, este último, por el que puede observarse una serie de garantías características que ofrece el conjunto del ordenamiento frente a este tipo de actos. Esto es, la denominada tutela frente al trato discriminatorio, a menudo también referida como tutela antidiscriminación<sup>1</sup>.

Por una parte, en este capítulo se hace referencia a una serie de elementos básicos que configuran una teoría general de la discriminación. El punto de partida, en este sentido, son aquellos elementos que constituyen el concepto de discriminación: aquellas diferencias de trato injustificadas y perjudiciales dadas a ciertas personas caracterizadas por sus condiciones individuales o sociales. Condiciones que a su vez han configurado, históricamente, el motivo de la marginalización de estos grupos. Entre estas condiciones de la persona se encuentran el sexo, la raza, la edad o, como se expone a lo largo de la investigación, la ideología. Se entiende que no es de recibo motivar un trato diferente e injustificado a una persona por el hecho de ser mujer, menor de edad o anciano, o tener opiniones diferentes. Los actos discriminatorios atentan contra los pilares básicos de cualquier sociedad democrática, plural e inclusiva del siglo XXI.

Por otra parte, la discriminación es un fenómeno recogido por el Derecho. El ordenamiento jurídico establece una serie de motivos protegidos frente a discriminación y, en este sentido, el género, la raza y otras condiciones personales están proscritas de

---

<sup>1</sup> Estas garantías suelen ser referidas habitualmente tanto por «tutela frente al trato discriminatorio» como por «tutela antidiscriminación». Ambos términos se encuentran acuñados en la doctrina jurídica, en la jurisprudencia española e incluso en publicaciones oficiales del Estado. El término más habitual es el primero, evitando así emplear un doble sustantivo. No obstante, a lo largo de la investigación se encuentra el uso de ambos términos indistintamente. En el Derecho comparado se encuentra el término antidiscriminación como sustantivo de uso adjetivado: *Non-discrimination Law*, *Antidiscrimination Act* o *Antidiskriminierungsrecht*. Por tanto, no debe resultar extraño encontrar el sustantivo «antidiscriminación», dado su empleo indistinto y con ya cierta extensión temporal, en el término “tutela antidiscriminación”.



los motivos que justifican un trato desigual. A raíz de esta prohibición, la aplicación de las normas antidiscriminatorias ha llevado a contemplar diferentes formas de producirse esta diferencia de trato injustificada y perjudicial.

La estructuración de la primera sección de este capítulo responde a estos dos momentos diferenciados: la configuración del concepto de discriminación, un hecho odioso, configurado por una serie de caracteres propios, y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico, dando lugar a una tutela jurídica frente a este tipo de situaciones. La segunda sección, por su parte, ofrece los diferentes tipos de discriminación que la jurisprudencia ha ido reconociendo en la aplicación de las normas antidiscriminatorias. Finalmente, un tercer epígrafe diferenciará el concepto de discriminación del de discrecionalidad, dado que el término discriminación tiene otro significado que puede dar lugar a confusión con respecto al término discrecionalidad. Por ello, se ofrecerá una distinción entre ambos términos a través de determinadas características probatorias que exige nuestro ordenamiento jurídico para cada tipo.

### **I.1. Concepto de discriminación**

Como se ha anunciado a modo introductorio, por discriminación se entiende que hay a una diferencia de trato injustificada y perjudicial sobre una persona, además, por razón de alguna característica personal que la define: por el sexo, por la raza, por profesar una religión o unas ideas determinadas, por algún supuesto de diversidad funcional, por la edad... Lo que presume esta noción de discriminación es que no puede establecerse una diferencia de trato en función de determinadas características; entre las personas debe haber un mismo trato, esto es, no tiene lugar un trato diferente del resto en función de ciertos caracteres personales. La discriminación expone que la persona no es tratada como persona; presentadas como iguales, las personas deben ser tratadas como iguales. No puede justificarse un trato diferente amparándose en motivos como el sexo o la raza. Estos motivos no constituyen suficiente razón para romper con la igualdad de trato que se exige para las personas en tanto que personas. La noción de discriminación, en este sentido, pone de manifiesto un trato desigual ante lo que debe ser tratado igual y que no ha sido justificado. En efecto, la discriminación expresa una

desigualdad que atenta contra las condiciones personales que definen a un individuo o un colectivo<sup>2</sup>.

De este concepto de discriminación destacan tres aspectos, tres características propias que van a ser recurrentes a lo largo de la investigación: 1) un trato diferente «injustificado»; 2) perjudicial en «comparación» con el trato dado a otros; y 3) para alguien definido por ciertas «características personales».

En primer lugar, se hace referencia a un trato diferente «injustificado». Con lo ya expuesto se ha advertido que la discriminación manifiesta un tipo de desigualdad de trato entre personas cuando no existe motivo o justificación para tratar a la persona de un modo diferente que al resto. La justificación de este trato es de caudal importancia: si resulta justificado dar un trato desigual a una persona por la característica que la diferencia del resto, se entiende que no existe discriminación. Por tanto, la justificación de un trato diferente debe aportar los criterios y razones que permitan romper con la máxima que predica «igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales» o, lo que es lo mismo, la fórmula que define a la justicia en dar a cada uno lo suyo. La discriminación condena la falta de justificación ante un trato diferente dado que no es de justicia tratar diferente a quien se presenta como igual. Luego, las personas son consideradas iguales en tanto que personas todas ellas, por tanto, se predica necesariamente un trato igual que se justifica en esa igualdad del ser: la universalidad de individuos y colectivos que el término «persona» abarca no son elementos distintivos para la consideración de persona, esto es, persona se es o no se es, y como tal, recibe el mismo trato, sin que esté justificado uno diferente por cualquier condición innata que pueda definir a la persona en tanto que persona.

Tal y como se afirma, se es o no se es persona. Ahora bien, en determinadas situaciones, las características o condiciones personales que definen a los individuos o grupos, esto es, la esencia de la persona, pueden ser elementos relevantes para esa determinada situación. En esos casos, se requiere un trato acorde a estos motivos. Luego, el trato justo girará en torno a la correcta consideración de la relevancia de esos motivos en esa determinada situación. De esta manera, en tanto las características de cada persona son relevantes para un caso determinado, el trato diferente se justificará en la medida en que se haya considerado relevante esa diferencia para esa concreta situación. En estos términos explicó el TEDH (STEDH 6 de enero 2005, *Hoojendijk vs.*

---

<sup>2</sup> Así define el diccionario de la RAE «discriminar», en tanto que «dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc.»

Países Bajos) que la discriminación se observa cuando se trata diferente a personas o colectivos en una situación idéntica y, asimismo, cuando se trata igual a personas o grupos en situaciones diferentes.

En segundo lugar, la discriminación evoca a un elemento «comparativo» entre la situación que da lugar a un trato desigual e injustificado, respecto a otras situaciones similares. Se ha de poder comparar el trato dado a una persona con el trato dado a otras personas en una situación análoga o similar. Y en este sentido, la comparación entre los diferentes tipos de trato ha de poner de manifiesto una desventaja o, en otras palabras, del trato ha de poder observarse un efecto perjudicial. Los términos comparativos traen a colación el daño que es creado a partir de un trato desigual. Por esta razón, la discriminación debe ser entendida como un perjuicio para aquellos individuos o colectivos definidos por alguna característica personal. En este sentido, ha sido explicado que la discriminación actúa como un instrumento de segregación social, donde la diferenciación de un grupo produce o reproduce que sea marginado respecto al conjunto de la sociedad<sup>3</sup>.

En tercer y último lugar, la discriminación atenta contra los individuos o colectivos definidos por una «característica» o condición personal. Sin la presencia de este último motivo, la característica o condición personal, todo lo anterior no dejaría de ser válido en términos de igualdad. En este sentido, sería injusto tratar diferente a lo igual, aunque de ello no resultaría la posibilidad de definirlo en los términos de una discriminación. En todo caso, en esa situación se afirmararía que existe una desigualdad de mayor o menor envergadura: todo trato diferente a lo igual consiste fuera de dudas, en una desigualdad. Ahora, cuando la razón de esta desigualdad se identifica con una característica personal, de la persona por ser persona, la desigualdad en el trato constituye una discriminación, porque el trato injustificado y perjudicial repercute sobre un determinado grupo social y sus miembros, marginalizándolos, segregándolos por definirse en función de una característica propia de la esencia de la persona.

Estas diferencias de trato no son ajenas al Derecho, que reconoce la importancia de regular ciertas características por las que no puede realizarse un trato desigual. Estas características, o motivos protegidos frente a discriminación, responden a las cualidades personales que se han visto históricamente desfavorecidas en lo que debería ser un trato

---

<sup>3</sup> Cfr. GARCÍA-PERROTE y MERCADER UGUINA, 2017. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (STEDH de 3 de octubre de 2013, asunto *I.B. vs. Grecia*), ha definido el perjuicio originado en el trato diferencial de una forma similar: como la «marginación y estigmatización» de estos colectivos.

igual entre las personas. En este sentido, el trato diferente no es un fenómeno nuevo para el Derecho. Así resulta posible encontrar precedentes normativos de circunstancias o cualidades personales que fueron objeto del derecho positivo, para protegerlas frente a un posible trato diferenciado. Un ejemplo de ello es el artículo 25 de la Constitución Española de 1931. En este artículo se describían una serie de causas por las que no se podía constituir «fundamento de privilegio alguno». A través de este artículo, el texto constitucional expresaba que no podía justificarse un trato desigual por ciertos motivos como la naturaleza humana, el sexo, la clase social o las ideas políticas. Este texto expresaba que las personas no podían ser tratadas diferente, para su beneficio o privilegio, por una razón como pertenecer a un género determinado, a una clase social determinada o por pensar diferente que el resto de personas. En este artículo se expresó la diferencia de trato injustificada y perjudicial para ciertos colectivos a través de una fórmula diferente a lo que se ha definido por el concepto de discriminación hasta el momento. La Constitución de 1931 establecía la prohibición de un trato diferente en función del privilegio. De esta manera, el privilegio o mérito como ser varón o ser poseedor de un título nobiliario no constituían razones suficientes para diferenciarse del resto de personas, en lugar de configurar el motivo de exclusión o marginación.

El Derecho contempla que ciertas condiciones personales no son suficientes para justificar un trato diferenciado entre personas. Si en una determinada época no resultaba posible eludir a un trato diferenciado por características, circunstancias, méritos o privilegios personales, ahora, las características que definen a la persona en tanto que persona no justifican que ésta reciba un trato diferenciado, injustificado y perjudicial. Este cambio de perspectiva en lo normativo, el paso de lo que no es meritorio a lo que no debe excluirse en la prohibición de toda discriminación se produce en un momento concreto. Detenerse a explicar este momento ayuda a resaltar la importancia de tutelar las características personales históricamente desfavorecidas frente a tratos discriminatorios. Como explicó George RUTHERGLEN, el reconocimiento de derechos relativos a la no discriminación y la igualdad en los ordenamientos jurídicos estatales dio inicio al finalizar la Segunda Guerra Mundial y al producirse, posteriormente, la internacionalización de los derechos humanos. La génesis de este reconocimiento halla su fundamento en las diferentes experiencias sociales surgidas tanto al final de la guerra como en las luchas de movimientos sociales por conseguir derechos civiles igualitarios. Lo que en otras palabras se explica por los movimientos de los colectivos marginalizados para salir de los espacios socialmente odiosos. Es a partir

de entonces cuando se procede, por parte de los Estados, a regular sofisticadamente el Derecho antidiscriminatorio, a crear normas de derecho positivo para garantizar la igualdad de trato entre las personas respecto de esas características que habían sido motivo de marginación<sup>4</sup>. Este fundamento social hace, según el autor, que un determinado Derecho, como el antidiscriminatorio, nunca aparezca aislado, sino que el sistema de normas antidiscriminatorias hará referencia en mayor o menor medida a los ámbitos de la sociedad donde se demanda la tutela frente a discriminaciones. Por ejemplo, en el inicio del Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea, el ámbito tutelado frente al trato discriminatorio se anclaba en las relaciones económicas socio-laborales y, además, por razón de género: la relación de las normas antidiscriminatorias con ámbito social se daba por las diferencias de trato entre hombres y mujeres en el trabajo, según el contexto económico europeo. En este sentido, Alexander SOMEK explicó que estas primeras normas antidiscriminatorias aparecieron como un mecanismo auxiliar y complementario del principio de integración comunitario, principio de carácter marcadamente económico<sup>5</sup>.

Gran parte del fundamento de la tutela frente al trato discriminatorio procede de la doctrina internacional de derechos humanos<sup>6</sup>. Por esta razón, todas las jurisdicciones trabajan sobre una noción comúnmente homologable de discriminación, hecho especialmente observable desde el prisma europeo. Por discriminación se identifica una diferencia injustificada de trato motivada en una característica definitoria de la persona. Se identifica esta noción y no otro concepto, como podría ser el de desigualdad en un sentido genérico. Es en dicho sentido que el concepto de discriminación resulta válido para cualquier Estado europeo y para las diferentes jurisdicciones europeas, las de los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo.

En efecto, la discriminación es un fenómeno contemplado por el Derecho. La incorporación de este concepto a los ordenamientos jurídicos puede analizarse desde diferentes perspectivas, aunque en la presente investigación va a destacarse

---

<sup>4</sup> RUTHERGLEN, 2013: 116 y ss.

<sup>5</sup> SOMEK, 2011: 47-50. En una misma línea explicó Robin C. A. WHITE (2004: 18 y ss.) la convergencia de la jurisprudencia comunitaria con la libre circulación de mercancías, personas y servicios propios del contexto económico, luego, en garantía del funcionamiento del mercado interior. Dicha convergencia se llevó a cabo a través de la prohibición de discriminación, además de la prohibición de los obstáculos injustificados a la libre circulación.

<sup>6</sup> Como puede apreciarse en FERNÁNDEZ, LLAMAS Y PECES-BARBA (2001: 123 y ss.), para el reconocimiento y protección jurídica internacional de la discriminación, el punto de inflexión temporal se sitúa tras la IIª Guerra Mundial y gracias a la actividad y desarrollo de las Organizaciones Internacionales más importantes, como las Naciones Unidas, para la protección del derecho a la igualdad y a no ser discriminado.

principalmente por la normativista. En atención a que el Derecho consiste esencialmente en un cuerpo formado por normas, puede afirmarse que el concepto de discriminación adquiere plena relevancia jurídica desde que se incorpora al derecho positivo<sup>7</sup>; en tanto forma parte del Derecho positivo, se desprenden efectos jurídicos del concepto de discriminación.

Este enfoque normativista del concepto de discriminación puede verse a partir del artículo 14 de la Constitución española, en donde se proclama que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna...», de una forma similar a muchas otras normas que contemplan el concepto de discriminación, por ejemplo, el artículo 14 del CEDH. En artículos como el de la CE, el concepto de discriminación se contempla respecto a una prohibición: si bien el concepto de discriminación evoca a una diferencia de trato determinada, la norma prohíbe en cualquier caso este tipo de trato. Dicho en otras palabras, por una parte, con el concepto de discriminación se define un comportamiento, una acción, una conducta humana... en este caso, un tipo de diferencia de trato; y, por otra parte, en las normas jurídicas se regula esa determinada conducta, esto es, si es posible o no realizarla, en qué supuestos, qué consecuencias se derivan de esta conducta, etcétera. Por tanto, el Derecho, al regular esta conducta, prohíbe un trato que no debe producirse bajo ninguna circunstancia: la discriminación está prohibida por el Derecho. En estos términos se conviene el concepto de discriminación en el ordenamiento jurídico español: una conducta reprochable castigada por el orden jurídico. Como señaló nuestro Tribunal Constitucional, en el ordenamiento jurídico español:

«El derecho a la igualdad constituye, por imperativo constitucional, un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna, esto es, a no ser tratada jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentren en su misma situación, sin que exista una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato<sup>8</sup>».

---

<sup>7</sup> No sería así, por ejemplo, para el llamado «realismo jurídico», que tiende a identificar el Derecho no con la norma jurídica, sino con la conducta llevada a cabo. De esta manera, según esta doctrina, realizar un acto determinado, esto es, una diferencia de trato injustificada por razón de ciertas características personales, sería Derecho y, por tanto, esta conducta ya estaría por sí misma revestida de una connotación jurídica. En contraposición se encuentra el normativismo jurídico, por el que se dice que esta conducta es jurídica en tanto está prevista en ordenamiento jurídico. Como señaló ATIENZA (2012: 25): “el normativismo, la idea de que el Derecho consiste esencialmente en normas, es, de una u otra forma, la concepción del Derecho dominante entre los juristas”.

<sup>8</sup> STC 126/1986, de 22 de octubre. Cabe señalar que esta explicación del TC fue realizada a partir del término igualdad y esta jurisprudencia resulta observable en resoluciones posteriores, por ejemplo, como la STC 69/2007, de 16 de abril.

Con el artículo 14 CE se establece un mandato que irriga el conjunto del ordenamiento jurídico. De ahí se derivan más consecuencias que la prohibición de una determinada conducta, por ejemplo, como garantías observables en la práctica judicial por las que se debe justificar rigurosamente los cambios jurisprudenciales en la aplicación de cualquier norma del ordenamiento, en el sentido de favorecer la tutela del derecho a la no discriminación. En este último sentido, el Tribunal Constitucional dejó sentado que:

«el mandato antidiscriminatorio contenido en el art. 14 de la Constitución obliga a una aplicación e interpretación de las normas procesales, orientadas a propiciar la más efectiva y favorable tutela del derecho fundamental. Por ello, cuando el Alto Tribunal se ha pronunciado en relación con discriminaciones indirectas, de cierta semejanza con el caso ahora enjuiciado, ha insistido en el especial deber de atención que han de prestar los órganos judiciales ante la situación de discriminación<sup>9</sup>».

### **I.1.1. La fundamentación de las normas antidiscriminatorias**

Con las normas antidiscriminatorias, de las normas que regulan aspectos sobre la prohibición de discriminación, se plantea una cuestión relativa a aquello que incorporan al ordenamiento jurídico. Como se ha expuesto, las normas que abordan la discriminación regulan una conducta, un comportamiento determinado, pero, además, surge la duda de si se incorporan al ordenamiento jurídico, a través de su regulación, otros elementos como pueden ser los principios.

El autor Tarunabh KHAITAN acudió a la fundamentación de las normas, aunque señaló que, en particular, la fundamentación del Derecho antidiscriminatorio puede resultar esquiva o imprecisa en la respuesta de qué otros elementos incorporan las normas antidiscriminatorias. Ello es consecuencia de las tensiones que afectan a las diferentes teorías normativas. Teorías como, por ejemplo: el individualismo frente a la justicia social; si proceden políticas de justicia distributiva o de justicia correctiva; o el clásico debate de igualdad frente a libertad. Según el autor, a partir de estas tensiones se puede llegar a destacar que el valor importante del Derecho antidiscriminatorio sea uno y no otro y, a partir de ahí, derivar algún principio relevante en la aplicación de tales normas. Para unos, la principal virtud de este Derecho residirá en la igualdad; para

---

<sup>9</sup> STC 41/1999, de 22 de marzo.

otros, en la libertad o la autonomía del individuo; y, para otros, el ilícito de la discriminación se hallará en el atentado a la dignidad de la persona<sup>10</sup>.

Según el autor, esta tensión desaparece al evidenciar que los diferentes valores que fundamentan a las normas y a los principios normativos como el de no discriminación tienen relevancia en los diferentes niveles normativos. Esto es, los diferentes niveles de la jerarquía normativa de un ordenamiento jurídico. En cada uno de estos niveles, estos valores o ideales básicos deben ser explicados. De esta manera, KHAITAN señaló que:

«una simple alusión a ideales amplios, vagos y abstractos no bastará. Es cierto que estos ideales abstractos sustentan la mayoría de nuestros valores concretos. También es cierto que el fundamento del Derecho antidiscriminatorio probablemente va a implicar cierta variación, o combinación, de ideales básicos como la igualdad, la libertad y la dignidad. En un nivel genérico, no puede eludirse la referencia a al menos uno de estos ideales. Sin embargo, cuando nos basamos en estos valores fundamentales, éstos tienen que concretarse en algún tipo de concepción que seamos capaces de captar. Resulta así necesario explicar y proporcionar algún detalle sobre lo que la igualdad, la libertad o la dignidad implican (o deberían implicar)<sup>11</sup>»<sup>12</sup>.

Lo que señala el autor hace referencia a los problemas de justificación, o fundamentación *stricto sensu*, del Derecho: cuáles son los criterios determinantes del Derecho o qué aspectos son determinantes desde unos ideales determinados. Para este autor, cuando se hace valer un determinado ideal abstracto en una situación, éste debe ser explicado en cada caso. Por ejemplo, al invocar el ideal abstracto de igualdad, subsiguientemente debe explicarse algún detalle de qué implica esa igualdad, en otras palabras, debería explicarse en función de qué va a considerarse la igualdad y por qué: por ejemplo, si de personas en tanto que personas, de ciudadanos, de residentes o de cualesquiera otros criterios. Cuando se hace referencia a la discriminación sucede de forma similar, aunque en un sentido negativo: con la discriminación se apartan del debate una serie de características personales por las que no puede establecerse ningún criterio para realizar un trato diferente. Por un lado, cuando se hace valer el ideal de igualdad se requiere establecer algún criterio para justificar su aparición y, por otro lado, al hacer valer la discriminación se retiran criterios por los que no se puede dar cabida a una justificación de un trato diferente.

Junto a ello, destaca que la fundamentación de las normas antidiscriminatorias está fuertemente arraigada en la fundamentación de los derechos humanos. Como explicó

---

<sup>10</sup> KHAITAN, 2015: 8-12.

<sup>11</sup> KHAITAN, 2015: 9.

<sup>12</sup> Todas las traducciones son propias salvo indicación en contrario.



RUTHERGLEN, las normas sobre derechos humanos nacidas después de la Segunda Guerra Mundial introdujeron el germen de la tutela frente al trato discriminatorio tanto en los Estados como en las diferentes Organizaciones Internacionales, como, por ejemplo, la Unión Europea. El Derecho español y la Constitución Española de 1978 también son deudoras de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), por lo que puede afirmarse que nuestro texto constitucional es el reflejo español de esta norma de derechos humanos en lo tocante a los derechos fundamentales. Aunque, por otra parte, tal afirmación requiera ser precisada.

En efecto, la Constitución española resulta un texto promulgado con posterioridad a la DUDH y, como explicaron AMÉRIGO y SUÁREZ, consecuentemente, este hecho propició la introducción de una dogmática jurídica diferente en nuestra Constitución a la que tradicionalmente había caracterizado al constituyente español<sup>13</sup>. Especialmente en lo relativo a contemplar valores y principios de derechos humanos en el ordenamiento jurídico español.

Benito DE CASTRO explicaría este cambio en la Constitución como un hecho predeterminado por el sistema de valores filosóficos, políticos, religiosos, económicos y culturales procedentes de los Estados parte de la Organización Internacional de las Naciones Unidas. Un sistema que procede de la convergencia de la fundamentación teórica de la DUDH<sup>14</sup>: como sucede en el caso del ordenamiento jurídico español, las constituciones democráticas posteriores a la DUDH incorporaron los postulados de esta fundamentación.

De lo anterior nace la cuestión relativa a qué tipo de valores o sistema ideológico había incorporado nuestra Constitución de 1978. Si el texto constitucional incorporó un sistema concreto y, por tanto, exclusivo de valores o ideales o, por el contrario, un tipo amplio e inclusivo. Gregorio PECES-BARBA, uno de los padres de la Constitución, negó en un artículo cualquier tipo de vinculación a un sistema excluyente o predominante<sup>15</sup>, que a continuación justificaría en un libro tanto por la crítica que se

---

<sup>13</sup> AMÉRIGO y SUÁREZ, 2006: 254-256. Esta dogmática destaca, además, por tener un contenido normativo que resulta “muy frecuente en el ámbito del Derecho comparado. Aparece, en efecto, en los textos constitucionales de la República italiana (art. 3º), de la República Federal Alemana (art. 3º), de la República Portuguesa (art. 13º) ...”.

<sup>14</sup> DE CASTRO, 1980: 124-125.

<sup>15</sup> PECES-BARBA, 1978a: 26-30.

había hecho a la vinculación de los derechos humanos con la ideología liberal clásica, como por las voces que emergieron en pos del iusnaturalismo tradicional<sup>16</sup>.

Aun sin la sujeción a un sistema concreto de ideales, lo cierto es que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español una fundamentación teórica de derechos humanos, donde el derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación del texto constitucional no se ve exento de la misma. En este sentido, un sector de la doctrina constitucionalista define el papel del derecho a la igualdad y a la no discriminación dentro del ordenamiento jurídico en una triple dimensión: de valor, de principio y de derecho fundamental<sup>17</sup>.

Esta afirmación ciertamente tiene carácter normativo si se atiende a los preceptos constitucionales que sustentan esta triple dimensión. Así, la igualdad y la no discriminación adquiere una dimensión de principio<sup>18</sup> en relación a los mandatos establecidos en los artículos 9, 10 y 14 CE<sup>19</sup>, artículos a partir de los que la doctrina constitucional ha establecido una triple perspectiva: el principio de igualdad ante la ley, el de igualdad en aplicación de la ley y el de la proscripción de discriminación por determinadas características personales<sup>20</sup>, que incluye la garantía frente a represalias en el ejercicio de acciones para hacer efectivo el derecho a la igualdad<sup>21</sup>. Por otro lado, la igualdad y la no discriminación adquieren una dimensión de derecho fundamental. Tal afirmación puede ser afirmada, normativamente, desde un punto de vista práctico, siendo una dimensión procedente de las garantías establecidas en el artículo 53.2 CE. Esto es, resulta posible hablar de derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación en tanto que reciben la tutela especial de los derechos fundamentales<sup>22</sup>.

---

<sup>16</sup> Sobre la negación a los postulados liberales, *vid.* PECES-BARBA, 1978b: 173-178. Sobre lo propio con el iusnaturalismo, *ibíd.*:180-186.

<sup>17</sup> Además, según la tesis de Fernando REY (1995: 138 y ss.), a partir de esta concepción resultará posible superar la mera distinción entre igualdad formal e igualdad material. Asimismo, el autor considera a estas tres dimensiones (de valor, de principio y de derecho fundamental) de la igualdad como la democrática, la social y la liberal, respectivamente.

<sup>18</sup> Véase un análisis más extenso de la dimensión de principio y derecho fundamental de la igualdad y no discriminación en siguientes puntos de la presente investigación.

<sup>19</sup> Estos artículos definen la igualdad y la no discriminación como principios, ejes de actuación, para alcanzar los fines establecidos, exigiendo a los poderes públicos eliminar cualquier lastre u obstáculo que impidan alcanzar la igualdad «real y efectiva». En palabras de Magdalena NOGUEIRA (2009: 56), la prohibición de discriminación “debe ser corregida y eliminada exigiendo, incluso, un trato desigual compensador o acción positiva para lograr que la igualdad de los colectivos marginados sea real y efectiva”.

<sup>20</sup> La expresión «proscripción de discriminación» está acuñada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 11/2016, de 1 de febrero).

<sup>21</sup> NOGUEIRA, 2009: 54.

<sup>22</sup> En mi opinión, sería más correcto hablar de la dimensión de «derecho subjetivo fundamental» de la igualdad y la no discriminación. Como se analiza en la tesis más adelante, la ubicación de este artículo constitucional no está formalmente situada dentro del elenco de derechos fundamentales, sino como la

Finalmente, de la igualdad y la no discriminación puede afirmarse una dimensión de valor si se atiende al artículo 1 de la Constitución. El tenor del precepto señala que la igualdad es un valor superior del ordenamiento jurídico español. No obstante, realizar esta última afirmación no resulta una cuestión tan sencilla. Como se intentará demostrar a continuación, en efecto, una expresión normativa de esta magnitud trae grandes consecuencias para un ordenamiento jurídico y lo que debe ser ese ordenamiento, pero no significa que sea consecuencia de que la igualdad sea, en sí misma, un valor.

### **I.1.2. La preservación de la igualdad y la no discriminación**

En el artículo 1 de la CE, la igualdad se proclama como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español. El propio texto constitucional sitúa este valor superior en un contexto de Estado social y democrático de Derecho. El TC ha interpretado este artículo del texto constitucional y ha quedado recogido en su jurisprudencia que “toda situación de desigualdad deviene incompatible con el sistema de valores que incorpora la Constitución<sup>23</sup>”.

Explicó PECES-BARBA que la proclamación realizada en este artículo establece la «preservación» de su valor para el ordenamiento jurídico en su conjunto y que sirve, además, de criterio interpretativo para el resto de normas<sup>24</sup>. De estos aspectos resulta reseñable la «preservación de su valor» en el ordenamiento jurídico, pues de esta explicación se pueden realizar dos lecturas: una negativa y una positiva.

La primera y más evidente, sería una lectura de carácter negativo, acerca del respeto, o no injerencia, que debe tener el resto del ordenamiento jurídico con la igualdad. Constitucionalmente se puede efectuar la siguiente afirmación: «las normas del ordenamiento jurídico preservan la igualdad». Por tanto, las que no preservan la igualdad (en sentido lato, porque, como se explica más adelante, resulta posible

---

antesala de los derechos fundamentales y libertades públicas. Atendiendo a esta formalidad, estrictamente no resulta un derecho fundamental, como tal proclamado en el texto constitucional, aunque en la práctica alcance esta dimensión de derecho a disposición de los sujetos y, además, pese a no materializarse como un derecho fundamental «absoluto». Es decir, el «derecho fundamental» a la igualdad y a la no discriminación no resulta de aplicación en sí mismo, es «relativo»: si alguien establece una pretensión alegando meramente «he sido discriminado», el Derecho se pregunta «discriminado respecto a qué» para desplegar la tutela jurídica. Por tanto, resulta un derecho fundamental que actúa siempre en función de otro derecho, sobre el cual se ha producido un trato discriminatorio y perjudicial para la persona caracterizada por un rasgo personal.

<sup>23</sup> STC 8/1983, de 18 de febrero.

<sup>24</sup> PECES-BARBA, 1984: 42-43.

promulgar normas que establezcan desigualdades e, incluso, ciertas discriminaciones) son contrarias a ella y se tildan de inconstitucionales.

La segunda lectura tiene un carácter positivo, que se identifica con el quehacer del legislador y cualquier poder público. De la preservación de la igualdad puede desprenderse un «deber ser» para el ordenamiento jurídico: «las nuevas normas deben preservar la igualdad, de lo contrario, serán declaradas inconstitucionales». Por tanto, la igualdad demanda un tipo de acción concreta por parte de los poderes públicos. Este deber ser puede materializarse a través de un objetivo a perseguir tanto con la promulgación de determinadas normas jurídicas como con el establecimiento de determinadas políticas. Esto es, la igualdad demanda un tipo de actuación concreta por parte de los poderes públicos y, por tanto, en su preservación, la propia igualdad resultaría uno de los posibles objetivos a perseguir.

De esta lectura positiva de la preservación de la igualdad pueden establecerse demandas relativas a la no discriminación. De esta manera, la no discriminación resultaría un objetivo perseguible y ello no es, ni mucho menos, una idea ajena al deber ser del Derecho. Un precedente que lo ilustra son los Objetivos para el Desarrollo del Milenio (ODM) de la ONU.

Estos objetivos son conocidos por los *Millennium Development Goals* (MDP) y responden a una iniciativa promovida por Naciones Unidas. Fueron fijados en el año 2000 y los Estados Miembros de la ONU acordaron conseguirlos para el año 2015. De estos objetivos, el Octavo Objetivo fijó los propósitos de política general que deben ser fomentados por la Asociación Internacional para el Desarrollo (GPD<sup>25</sup>), es decir, se instó a los Estados a desarrollar los objetivos, aunque con cierta falta de rigidez en el apremio. Así, como explicó Margot SALOMON, el principal motivo que enumeró este Octavo Objetivo era:

«seguir desarrollando un sistema comercial y financiero basado en normas, predecible y no discriminatorio, simplemente ‘incluyendo’ un compromiso de buena gobernanza, desarrollo y reducción de la pobreza a nivel nacional e internacional<sup>26</sup>».

La autora explicó que ello no reviste algún tipo de políticas específicas que deban seguir los Estados Miembros de Naciones Unidas, sino que éstos deben perseguir dicho objetivo en la medida de lo posible y, en cualquier caso, no dejar de hacerlo. Por otro

---

<sup>25</sup> A esta asociación se suele hacer referencia bajo las siglas GPD, que proceden de su denominación en inglés *Global Partnership for Development*.

<sup>26</sup> SALOMON, 2008: 57-58.

lado, en función de este objetivo marcado y que deben perseguir los Estados, la autora concluye que resulta posible fundamentar la idea de «beneficio común» del sistema comercial y financiero global en torno a la noción de no discriminación. Tradicionalmente, la idea de beneficio común solía verse fundamentada a través de las bases del beneficio para todos que emanan de las reglas de comercio multilaterales y que esconden tras de sí, según afirma la autora, la falsa ideología del beneficio mutuo, que en realidad comporta situaciones de desigualdad<sup>27</sup>. Por tanto, la fijación de un objetivo lleva a que la no discriminación sea respetada y desarrollada en algún grado en las reglas del sistema comercial y financiero.

En una línea similar se pronunciaron MELAMED y SAMMAN, cuando citaban a STIGLITZ, en su informe publicado anterior a la fecha de 2015 que había fijado la ONU como límite para alcanzar los ODM. Estas autoras aseguraron que el colapso de la cohesión social está asociado con la intolerancia, la discriminación contra los demás, la corrosión del «Estado de Derecho»<sup>28</sup> y las identidades nacionales, dando paso a un círculo vicioso. Las autoras llegan a la conclusión que un exceso de desigualdad ataca los cimientos de la democracia<sup>29</sup>. En el caso de estas autoras, las exigencias en torno a la no discriminación venían fundamentadas en la demanda social de reducir los niveles de desigualdad. No obstante, la afirmación de estas autoras difiere en la fundamentación del deber ser para el ordenamiento: por un lado, SALOMON explicaba que el objetivo marcado por los ODM exigía un tipo de actuación por parte de los Estados que, en último término, debe cambiar ciertas reglas del comercio a partir de respetar la no discriminación; por otro lado, contrariamente, la fundamentación de MELAMED y SAMMAN procede de la cohesión social. Según estas autoras, el mandato de los ODM está justificado en la cohesión social, que exige el respeto a no ser discriminado. En este sentido, se pone de manifiesto la concordancia entre el objetivo que persiguen los ODM y las demandas exigidas para la cohesión social.

Ahora bien, es interesante ver que si, en efecto, la no discriminación en tanto que objetivo puede determinar el deber ser del ordenamiento, por otro lado, pueden resultar vacía de contenido. Una de las principales críticas a los objetivos como el de no discriminación consiste en que, en efecto, tal objetivo puede estar fijado en diferentes

---

<sup>27</sup> SALOMON, 2008: 58.

<sup>28</sup> Literalmente expresan «*Rule of Law*», una aseercción habitual en el *Common Law* que en los textos jurídicos puede ser traducida tanto por «Estado de Derecho» como por «Imperio de la Ley». En este caso, me tomo la licencia de emplear Estado de Derecho, al delimitar éste un ámbito más amplio que el de Imperio de la Ley, dado el contexto internacional descrito por el informe original de las autoras.

<sup>29</sup> MELAMED Y SAMMAN, 2013: 7.

programas y que, sin embargo, termine por diluirse y no llevarse a la práctica por más que se proclame una y otra vez. En este sentido, en lo relativo a la no discriminación, la principal crítica a los ODM procedió del discurso hacer del derecho al desarrollo, el denominado *right to development* (RTD) o *human right to development*. Esta crítica argüía porque se da la ausencia, en la práctica, del propio derecho al desarrollo a pesar de su proclamación en diferentes estrategias, normas y programas. Sobre esta línea, Stephen MARKS señaló:

«si bien muchos de los principios fundamentales del derecho al desarrollo en materia de equidad, no discriminación, participación, transparencia y rendición de cuentas pueden encontrarse a lo largo de sus programas, estrategias y temas de desarrollo, ni los derechos humanos ni el propio derecho al desarrollo forman parte explícitamente del enfoque del DAC (*Development Assistance Committee* de la OCDE) para la cooperación al desarrollo<sup>30</sup>».

En esta línea crítica, Arjun SENGUPTA, crítico independiente de Naciones Unidas, afirmó que además de la proclamación en los ordenamientos, los derechos deben llevarse a la práctica de algún modo. Según el autor, es la implementación del derecho, como el derecho al desarrollo la que se entrelaza con situaciones como la liberación de la pobreza, a través del establecimiento de las condiciones sociales, políticas y económicas que permiten a los pobres prosperar<sup>31</sup>. Lo que pone de manifiesto el autor es que, si se establece un objetivo como la no discriminación y de éste se derivan ciertos derechos, como el derecho al desarrollo, además debe aportarse algún criterio, mecanismo o fórmula para poder llevarlos a la práctica. De lo contrario, la proclamación de ciertos derechos que acompañan al objetivo quedan vacíos de contenido. Sobre la afirmación de este autor, Thomas POGGE destacó la importancia de una cuestión terminológica: debe, además, definirse con precisión los términos contenidos en los ODM, como la noción de qué es ser pobre, dado que permitiría avanzar con mayor firmeza hacia el logro de esos objetivos<sup>32</sup>.

El carácter positivo de la preservación de la igualdad y su relación con la no discriminación queda latente tanto en los discursos favorables a los ODM como en las críticas procedentes del derecho al desarrollo. En tanto un objetivo queda establecido, los poderes públicos tienen ciertas exigencias de respetarlo, deben preservarlo de algún

---

<sup>30</sup> MARKS, 2004: 152.

<sup>31</sup> SENGUPTA, 2007: 323 y ss.

<sup>32</sup> POGGE, 2007: 2.

modo, aunque los elementos que acompañen al objetivo y la vaguedad de los términos dificulten su puesta en marcha.

Tal y como se ha hecho mención, la fundamentación de la igualdad y la no discriminación procede en gran parte de la fundamentación de los derechos humanos. Este vínculo también puede verse a partir de los ODM, a fin de justificar que con la preservación de la igualdad y la no discriminación, se evidencia asimismo un compromiso con los derechos humanos. Este vínculo o relación fue explicado por Philip ALSTON (2004: 3), el Asesor Especial del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los ODM, quien señaló expresamente que los ODM debían incorporar la dimensión de los derechos humanos en su promoción<sup>33</sup>.

Cuando se fija un objetivo como el de la no discriminación, en el desarrollo del deber ser del ordenamiento jurídico se manifiesta una conexión con los derechos humanos. Posteriormente al plazo de 2015 fijado por la ONU para alcanzar los ODM, la propia organización reformuló los principios centrándose esta vez en promover la defensa de la dignidad de la persona. A pasar del cambio, para el logro de este objetivo aparece de nuevo el principio de no discriminación como un referente para la Justicia<sup>34</sup>, entendiendo por Justicia el sistema de Justicia de un Estado. Ban KI-MOON, quien fuere Secretario General de la ONU, había presentado ante la Asamblea General de la ONU un informe que contenía la agenda de objetivos post-2015 para el desarrollo, el cual fuere presentado ante la Asamblea General de la ONU. En el informe explicó que a través de la Justicia estatal se deben promover sociedades seguras y pacíficas y con instituciones fuertes. En el informe se pone de manifiesto el compromiso con el objetivo de igualdad y de no discriminación y, asimismo, el vínculo con la dimensión de los derechos humanos. En este sentido, el Secretario General detalló que:

---

<sup>33</sup> Explica el autor que esta dimensión “incluye: la ventaja de aprovechar las obligaciones legales ya voluntariamente asumidas por los gobiernos que han ratificado los tratados de derechos humanos; el potencial obligacional del discurso de los derechos; el valor añadido y la credibilidad de los ODM mediante la aplicación de normas de no discriminación e igualdad para garantizar que los enfoques agregados no descuiden a los individuos; la especificidad dada en términos vagos como la «participación» y el «empoderamiento» cuando se invocan normas particulares de derechos civiles y políticos; el papel potencial de las instituciones de derechos humanos que ya existen a nivel nacional en muchos países; y la posible contribución de mecanismos de rendición de cuentas internacionales cada vez más sofisticados en la esfera de los derechos humanos”

<sup>34</sup> *Cfr.* Informe Sobre Desarrollo Humano 2016, que consiste en el último publicado por la ONU y donde se citan los obstáculos a la dimensión universal del desarrollo humano. Estos obstáculos se enumeran en «las privaciones y desigualdades, la discriminación y la exclusión, los valores y las normas sociales, así como los prejuicios y la intolerancia». *Vid.* JAHAN Y JESPERSEN, 2016: iii.

«una gobernanza eficaz para el desarrollo sostenible exige que las instituciones públicas en todos los países y a todos los niveles sean inclusivas, participativas y responsables ante el pueblo. Las leyes y las instituciones deben proteger los derechos humanos y libertades fundamentales. Todo y todos libres de miedo, violencia y discriminación (...). El acceso a sistemas justos de Justicia, las instituciones responsables de la gobernabilidad democrática, las medidas para combatir la corrupción y frenar los flujos financieros ilícitos y las salvaguardias para proteger la seguridad de la persona son parte integral del desarrollo sostenible. Debe garantizarse un entorno propicio en virtud del Estado de Derecho para el compromiso libre, activo y significativo de la sociedad civil y de sus defensores, que refleje las voces de las mujeres, las minorías, los grupos LGTB, los pueblos indígenas, los jóvenes, los adolescentes y las personas mayores (...). El imperio de la ley debe ser fortalecido tanto a nivel nacional como internacional para garantiza la justicia de todos<sup>35</sup>».

Finalmente, con ello se expone que el respeto del contenido de un objetivo se garantiza, además, de una manera determinada: a través de las garantías propias del sistema de Justicia. En este sentido, la preservación de la no discriminación exige el respeto de los Estados a través de un papel primordial del sistema de Justicia estatal.

Sin embargo, pese a que la preservación de la igualdad y la no discriminación puede tener grandes connotaciones para el ordenamiento jurídico, en ningún momento ha quedado claro que la preservación sea de un determinado valor a la igualdad. Se ha puesto de manifiesto cómo puede preservarse la igualdad, la no discriminación y en último término, que ello implica un vínculo con los derechos humanos, pero todo ello no implica la preservación del supuesto valor de la igualdad o del de la no discriminación. Esta cuestión no es tan sencilla, como se expone a continuación.

### **La cuestión del valor de la igualdad**

Como se ha expuesto a lo largo del texto, el artículo 1 de la CE expresa que la igualdad es un valor superior del ordenamiento jurídico. Asimismo, se ha visto que se preserva en el ordenamiento y puede configurar el deber ser del mismo. Y a pesar de todo ello, no queda claro en qué consiste el valor de la igualdad o cuál es el valor que de ella se desprende.

Esta incógnita ha sido planteada y explicada por Ricardo GARCÍA MANRIQUE, quien aboga por que en el discurso práctico se renuncie al uso del valor de la igualdad, dado que, según los casos, el término igualdad designa el valor de la justicia o el valor

---

<sup>35</sup> KI-MOON, 2014: 19.



de la libertad. Ello lleva a crear confusión y, por tanto, dificultad en el correcto análisis normativo.

En primer lugar, igualdad designaría el valor de justicia. Ante esta afirmación debe tenerse clara la definición aristotélica de justicia del trato igual para los iguales y desigual para los desiguales. El autor parte de identificar la aparición de la igualdad de tres maneras distintas en las diferentes teorías de los derechos: lógica, o normativa, en una teoría que contiene normas; axiológica, en una teoría de la justicia; y fáctica, en determinados aspectos relevantes, por los que se predica la igualdad de los seres humanos. Sobre la misma conclusión a la que el autor llega en el plano fáctico (no del normativo, plano del que se desprende que lo normativo es igualitario, lo que no convierte a la igualdad en un valor ni se lo presupone), en el plano axiológico explica:

«A menudo, cuando la igualdad es considerada como un valor, lo que se quiere decir precisamente es que el trato igual para los iguales y desigual para los desiguales es un valor, esto es, que la justicia es un valor. En estos casos, o bien los términos «justicia» e «igualdad» se usan como sinónimos o bien el término «igualdad» se usa para designar lo que aquí hemos llamado «justicia» y el término «justicia» se usa para designar alguna otra cosa»<sup>36</sup>.

Cuando se hace referencia al término igualdad en las teorías de los derechos, en tanto se haga referencia a su valor, éste consiste genuinamente en el de la justicia.

En segundo lugar, la igualdad designaría el valor de libertad. Este enfoque viene a propósito del ideal de igualdad material, que habitualmente se ha presentado como el valor que fundamentaría los derechos sociales. No obstante, los únicos valores requeridos para realizar una argumentación que fundamente los derechos sociales son la justicia y la libertad. En este sentido, el autor cuestiona el supuesto valor de la igualdad en la atribución de derechos sociales, donde en tal atribución debe responderse a dos preguntas: 1) qué se entiende por vida libre y 2) la necesidad de disponer de determinados bienes, tales como la educación o el trabajo, para poder llevar esta vida. Ante ambas cuestiones, GARCÍA MANRIQUE explica que:

«Responder a estas dos preguntas es una tarea básica para cualquier intento de justificación de los derechos sociales, pero ahora lo que importa es darse cuenta que ni una ni otra involucran una discusión sobre el valor de la igualdad. La primera es una pregunta acerca de la libertad y tiene carácter normativo. La segunda es una pregunta acerca de qué bienes sociales son necesarios para la vida libre y trata sobre hechos e instrumentos, no sobre valores. Por eso, los partidarios de los derechos sociales no

---

<sup>36</sup> GARCÍA MANRIQUE, 2010: 597.

necesitan del valor de la igualdad para justificar su causa y, al no necesitarlo, la refuerzan, porque pueden alegar con razón que los derechos sociales sólo buscan realizar el mismo fin a que sirven los derechos liberales, el fin de la libertad»<sup>37</sup>.

Con todo lo anterior debe dejarse sentado que la igualdad no es en sí misma un valor. En todo caso, según el contexto designará el valor de la justicia, el de la libertad o ambos. Por consiguiente, de igual modo sucede con la no discriminación, en todo caso el valor de la no discriminación se justificará por el valor de la justicia y/o el de la libertad, aunque no es el objeto de investigación de este trabajo determinar cuál es el valor que la justifica.

### **I.1.3. La tutela de los motivos protegidos**

Se ha puesto ya de manifiesto que la discriminación consiste en la diferencia de trato padecida por una persona. Una persona que, además se define por alguna característica personal que constituye un motivo protegido en las normas antidiscriminatorias: el sexo, la raza o etnia, la edad, la religión... Se explica en la jurisprudencia del TEDH que en una diferencia de trato, estas características o rasgos personales son el elemento diferencial en los términos comparativos<sup>38</sup>. Esto es, la justificación del trato discriminatorio pivota sobre términos comparativos: una persona recibe un trato diferente con respecto a otra persona en la misma situación. Claro que ese trato diferente, según el TEDH, también significa que una persona es tratada de forma igual a otra cuando la situación personal es diferente. En la comparación de la persona discriminada respecto a la otra en la situación, los motivos protegidos son el elemento que determina si el trato es discriminatorio. En los rasgos que caracterizan a esa persona se identifica la «discriminación». Si en la situación de trato desigual e injustificado no lidia un motivo protegido, tal situación será referida en términos de «desigualdad», sin que pueda ser (*prima facie*<sup>39</sup>) tributaria de la tutela frente al trato discriminatorio.

---

<sup>37</sup> GARCÍA MANRIQUE, 2010: 618.

<sup>38</sup> STEDH de 27 de noviembre de 2007, *Luczak vs. Polonia*.

<sup>39</sup> La prohibición de discriminación contiene tanto la enumeración de motivos protegidos frente a discriminación como una cláusula final que establece «o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», la cual permite tutelar bajo las normas antidiscriminatorias determinados rasgos personales como la diversidad funcional. No obstante, un análisis específico de esta cláusula se encuentra en el epígrafe II.1.2. de la presente tesis, dada la conveniencia de explicarse bajo el análisis del precepto constitucional.

La tutela antidiscriminación establece mecanismos específicos para garantizar las características personales que son susceptibles de devenir objeto de discriminación y que no están previstas expresamente en el ordenamiento. En España, además de las características personales protegidas frente a este trato que están específicamente descritas en el texto constitucional, se ha avanzado considerablemente en torno a la tutela de la diversidad funcional. Uno de los instrumentos o mecanismos que han permitido este avance es el denominado «ajuste razonable» (*reasonable accommodation*<sup>40</sup>). El Tribunal Supremo explicó que el mecanismo del ajuste razonable se aplica en una relación al colectivo de diversidad funcional, y no sobre cualquier otro tipo de enfermedad o dolencia, de la siguiente manera:

«Parece claro, a la vista de las indicaciones anteriores, que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades»<sup>41</sup>.

Con ello, el Tribunal Supremo aclaró que los mecanismos se derivan expresamente de un motivo protegido. Bajo este motivo resulta posible llevar a cabo ciertos cambios en el ámbito de trabajo para encontrar acomodo a un individuo caracterizado por algún tipo de diversidad funcional. Ante esta persona, se da lugar a aplicar el denominado ajuste razonable, por el cual se toman las medidas necesarias para que esta persona definida por el motivo pueda desempeñar su labor en el puesto de trabajo como cualquier otro trabajador. Estas medidas responden a las necesidades derivadas del motivo protegido y, además, de acuerdo con la lógica derivada de los términos comparativos: para realizar la faena igual que cualquier otro trabajador, la persona caracterizada por alguna diversidad funcional requiere que se dé respuesta a una serie de necesidades particulares, por ejemplo, el espacio necesario para la silla de ruedas en la oficina. De acuerdo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los ajustes razonables deben ser fundamentados en la necesidad probada del individuo y, además, sin que éstos supongan una carga desproporcionada o indebida.

---

<sup>40</sup> Noción jurídica que nace en EEUU con la *Civil Rights Act* de 1964.

<sup>41</sup> STS, Sala 4ª de lo Social, 22 de enero de 2008, Rec. 3995/2006.

La noción de ajustes razonables procede del Derecho norteamericano, pero la puesta en marcha de este mecanismo por parte de las jurisdicciones continentales ha otorgado más margen de maniobra a este mecanismo en Europa que no en el caso de EEUU. Es preciso ahondar en los ajustes razonables y el caso de los tribunales americanos para dejar constancia de las implicaciones de la actividad judicial en la tutela de cualquier característica personal por la que puede producirse un trato discriminatorio, esto es, de los motivos protegidos.

Para aplicar este mecanismo, los tribunales juegan un papel esencial en su implementación y, en este sentido, si el Tribunal Supremo no hubiera identificado el ajuste razonable como un mecanismo de garantía frente al motivo protegido de diversidad funcional, no podría afirmarse que fuera un mecanismo propio de la tutela; sería, en todo caso, un tipo de garantías genéricas que ofrece el Derecho a cualquier persona que padezca una enfermedad y no a un colectivo determinado. Y lo más importante, el Tribunal Supremo no se limitó a especificar qué es la diversidad funcional o establecer algún requisito para su consideración, se limitó a identificar una condición personal permanente que requiere determinadas necesidades en el ámbito laboral. En cambio, cuando los ajustes razonables llegaron a debatirse en el foro americano, no sucedió de igual modo. Como explicó Samuel R. BAGENSTOS, en 1990 se aprobó la «Ley para los Estadounidenses con Discapacidad», la *Americans with Disabilities Act (ADA)*. Este mecanismo fue interpretado por el Tribunal Supremo Norteamericano de acuerdo con las normas antidiscriminatorias tradicionales de su ordenamiento jurídico, privándole de gran parte de su utilidad para afrontar situaciones ciertamente discriminatorias. Es decir, el tribunal interpretó la norma tan al pie de la letra que terminó por establecer unos requisitos que privaron a la normativa de poder hacer frente a muchas barreras estructurales<sup>42</sup>. A esta eventualidad se suma un hecho propiciado por la propia norma jurídica. Explica BAGENSTOS que esta normativa introdujo una noción de discapacidad por la cual una persona quedaba relacionada a un colectivo minoritario: ello impidió abordar situaciones individuales de desigualdad si la persona no era previamente etiquetada como «discapacitada»<sup>43</sup>.

Sin embargo, a pesar de estos contratiempos para la tutela frente al trato discriminatorio de la diversidad funcional en Estados Unidos en comparación con

---

<sup>42</sup> Esta corriente doctrinal fue denominada *Originalism* y procedía de la idea que la Constitución debía ser interpretada de acuerdo con su sentido literal originario. No obstante, se considera superada (o, salvo excepciones, muy cerca de ello): al respecto, *cf.* SHAMAN, 2010.

<sup>43</sup> BAGENSTOS, 2009: 122.

nuestro ordenamiento jurídico, estos mismos tribunales establecieron otros mecanismos de gran relevancia para la tutela del resto de motivos protegidos. Por ejemplo, con el denominado Nuevo Federalismo Judicial<sup>44</sup>, muchos Estados redescubrieron sus facultades judiciales para promulgar e interpretar sus propias constituciones con independencia de la Constitución Estadounidense. En consecuencia, como explica Jeffrey M. SHAMAN, a medida que el fenómeno del Nuevo Federalismo Judicial avanzaba, mostraba evidencias de que la protección de los derechos y libertades individuales dependía, también, de una fuente jurídica como el Derecho Constitucional propio de cada Estado. Este fenómeno sí que permitió, al contrario que en el caso de la diversidad funcional, hacer efectivos los preceptos legales de las constituciones estatales contra la discriminación motivada por razón de sexo, así como proscribir *de facto* la segregación. En este sentido, a partir del

«surgimiento del Nuevo Federalismo Judicial, algunos Estados han creado un concepto de igualdad que trasciende al modelo federal de protección igualitaria. Si bien la noción federal de igualdad se ha vuelto relativamente estática, su contraparte estatal resulta dinámica y, por tanto, responde a las necesidades evolutivas de una sociedad cambiante»<sup>45</sup>.

De esta manera, la actividad de la Justicia americana representa una fuente significativa para la creación de precedentes judiciales, un mecanismo judicial que en la práctica actúa como una auténtica norma antidiscriminatoria. En tanto los particulares pueden invocar precedentes para demandar justicia a un tribunal, éstos actúan como normas, los cuales permiten avanzar en la consolidación de mecanismos de tutela de un determinado motivo protegido.

La tutela de motivos protegidos a través de precedentes judiciales puede parecer chocante si se toma como una referencia la máxima que aboga porque el juez tiene prohibido hacer derecho. Incluso en los jueces de EEUU resulta posible escuchar, de tanto en tanto, esta expresión. Larry YACKLE explicó que, en los discursos para el nombramiento de jueces al Tribunal Supremo de Estados Unidos, resulta frecuente escuchar que los jueces no deben crear Derecho, sino reforzar los derechos emanados por la Constitución. Contrariamente, según este autor, la máxima enunciada topa

---

<sup>44</sup> El *New Judicial Federalism* consiste en término que pone el foco sobre el papel desempeñado por los Tribunales Supremos Federales a principios de los años 70, fecha correspondiente al giro del Tribunal Supremo de Estados Unidos hacia una postura más conservadora. Para una explicación más extensa de este tema, *vid.* MORAWA, 2011: 42-43.

<sup>45</sup> SHAMAN, 2008: 25-26.

frontalmente con el hecho que los jueces llevan a cabo una actividad judicial denominada «instrumentalismo racional» (*rational instrumentalism*) por la cual crean derechos constitucionales individuales a partir de derechos, objetivos, principios, estándares, intención del legislador o fines proclamados a lo largo del texto constitucional<sup>46</sup>. En este sentido, el autor escribe que

«los casos que llegan a la Corte Suprema requieren tomar decisiones difíciles y por ello invitan al desacuerdo a lo largo del tribunal. Los magistrados debaten igualitariamente si un reglamento sirve a un objetivo gubernamental “legítimo” y, por tanto, deciden si resulta válido ante cualquier estándar de revisión (...). El instrumentalismo racional llama a los magistrados a considerar no sólo los medios que elige el gobierno, sino también los fines a los cuales esos medios puedan servir, y claramente hace que el propósito gubernamental acaezca como una característica esencial del contenido de los derechos sustantivos»<sup>47</sup>.

En cualquier caso, los precedentes judiciales permiten solventar dificultades planteadas en la aplicación de las normas antidiscriminatorias. Lo que permite, a fin de cuentas, tutelar ciertos motivos protegidos con mayor número de mecanismos judiciales. Gracias a esta actividad judicial se establece un mecanismo suficiente para dar respuesta a un conflicto generado por un trato discriminatorio (al menos este tipo de conflicto es el objeto de esta investigación, pero esta consecuencia puede ser realizada para cualquier tipo de conflicto, sirva de ejemplo los precedentes judiciales sobre las cláusulas suelo<sup>48</sup>) cuando en las leyes se encuentran trabas que impiden la tutela efectiva de un determinado motivo protegido. En tanto existe un precedente sobre protección de un motivo protegido específico, el resto del colectivo definido por la misma característica personal pasa a tener garantías en el caso de un supuesto idéntico o similar.

En el ordenamiento jurídico español, de cada uno de los motivos protegidos se desprenden mecanismos concretos para hacer frente al trato discriminatorio. Por ejemplo, la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, esto es, por razón de sexo. Debido a ello, no existe una regulación ordenada, sistemática y uniforme para abordar los casos discriminación más allá de un concepto general de qué se entiende por trato discriminatorio en referencia a algún determinado motivo protegido. Este hecho presenta un problema armónico para la tutela antidiscriminación:

---

<sup>46</sup> YACKLE, 2007: 126-152.

<sup>47</sup> YACKLE, 2007: 125.

<sup>48</sup> RAMÍREZ MORA, 2015: 34-39.

un motivo protegido puede verse tutelado por una normativa que abarca una gran amplitud de supuestos (como así sucede, por ejemplo, por razón de sexo); mientras que, al mismo tiempo, otro motivo protegido cuenta con una tutela derivada de las normas de estándares frente al trato discriminatorio (como sucede, por ejemplo, con los motivos ideológicos y la edad). Los precedentes judiciales permiten reducir esta distancia entre motivos protegidos. Ante la falta de sincronía entre los instrumentos normativos que tutelan distintos motivos protegidos, los precedentes judiciales cumplen esta función en tanto asientan la jurisprudencia para un supuesto determinado. Por tanto, los precedentes fijan una igualdad de trato para supuestos de hecho similares, al no poder dar un trato desigual injustificado a través de decisiones contrarias para dos supuestos de hecho iguales o similares. De lo contrario, se presentaría una doble discriminación: el trato discriminatorio del supuesto de hecho y el trato desigual e injustificado de la Justicia que no da la misma respuesta a los mismos supuestos.

## **I.2. Los tipos de discriminación**

En la primera sección de este capítulo se han dado una serie de elementos básicos y definitorios del trato discriminatorio, asimismo, contemplados en el Derecho y que permiten configurar una teoría general de la discriminación. La intención de esta sección es dar continuidad a esos elementos a través de los diferentes tipos de trato discriminatorio que han sido recogidos en la jurisprudencia. Así, se ilustran unos tipos de discriminación de origen judicial, los cuales también configuran el concepto jurídico de discriminación. En el ordenamiento jurídico español, el concepto jurídico de discriminación adquiere un sentido «genérico», el trato desigual, injustificado y perjudicial para una persona definida por un motivo protegido por el Derecho, pues se completa con los «específicos» que la actividad judicial ha definido como tipos de trato discriminatorio. A ellos se destina un epígrafe que lleva por nombre tipos «jurisprudenciales», aunque actualmente puedan encontrarse recogidos en distintas normas antidiscriminatorias.

El TEDH explicó que la finalidad de las normas antidiscriminatorias consiste en ofrecer garantías jurídicas ante los distintos tipos posibles de trato desigual, injustificado y perjudicial por razón de un motivo o característica determinada<sup>49</sup>. El

---

<sup>49</sup> STEDH de 6 enero 2005, asunto *Hoogendijk* vs. Países Bajos.

elemento comparativo yace en los distintos tipos de trato discriminatorio que se exponen a continuación: se comparan los efectos perjudiciales del trato discriminatorio de un caso respecto a situaciones análogas; si existe un trato diferente ante situaciones iguales o un trato igual ante situaciones diferentes. En cualquiera de los tipos, la justificación de la igualdad o diferencia de trato no se determina por las cualidades personales que constituyen los motivos protegidos. En consecuencia, en todos los tipos de discriminación se observan, necesariamente, dos elementos: por un lado, la diferencia de trato injustificada y perjudicial que constituye una situación de desigualdad y, por otro, las características personales protegidas por el ordenamiento.

### **I.2.1. Tipos jurisprudenciales de discriminación**

En la presente sección se presentan diferentes tipos judiciales de discriminación, aunque ello no supone que sean los únicos tipos existentes. La doctrina jurídica ha elaborado, también, ciertas categorías de discriminación. Sirvan de ejemplo, para una referencia a estas otras categorías, los tipos conocidos por «discriminación genética<sup>50</sup>», consecuencia del uso de las nuevas tecnologías sobre el colectivo específico de futuros recién nacidos, o la «discriminación al no-ciudadano<sup>51</sup>» por parte de un Estado, que evidencia una situación de discriminación institucional.

---

<sup>50</sup> A través del papel que juegan las nuevas tecnologías en la actualidad, Iulia Voina MOTOC se preguntó hasta qué punto la facultad de elección indiscriminada afecta o compromete al ideal básico de la dignidad humana. A día de hoy, resulta posible escoger, incluso, el color del iris para un futuro recién nacido. Una facultad de elección que lleva a cuestionarse si las nuevas tecnologías representan, en efecto, una amenaza para los derechos humanos. En su obra, la autora tomó el precedente de la eugenesia realizada por parte del régimen nazi durante la Segunda Guerra Mundial, para así dar respuesta a la compleja relación entre las tecnologías con la dignidad humana, en particular, y con la garantía de los derechos humanos, en general. Con este precedente, afirma que, ante la posibilidad de comprometer a todo derecho humano, la respuesta procedente consiste en una mejor regulación en torno a los problemas planteados por el uso de las nuevas tecnologías. Por ello, apela a una regulación internacional que aborde la discriminación genética, pues es la cuestión de fondo del problema. En consecuencia, MOTOC aboga por determinar el contenido de una norma jurídica, con el cual se daría respuesta a una situación que compromete a la dignidad y, por extensión, a los derechos humanos. En este sentido, explica MOTOC (2009: 223) que “debemos responder consciente y deliberadamente a la eugenesia no sólo para evitar repetir los errores del pasado, sino también para que el temor injustificado y la culpa no nos hagan incapaces tanto para acoger debidamente como para incorporar información genética en nuestra estructura social, nuestras políticas y nuestros ordenamientos jurídicos”.

<sup>51</sup> La categoría de no-ciudadano consiste en una noción amplia que incluye solicitantes de asilo, quienes solicitan asilo y resulta rechazado, inmigrantes, trabajadores migrantes con permiso temporal de residencia, refugiados, apátridas o víctimas de la trata de personas. Explica David WEISSBRODT (2008: 18-25 y 45-70) quem a menudo, los no-ciudadanos deben hacer frente a la discriminación institucional. Según el autor, esta situación se vio empeorada desde el 11 de septiembre de 2001, cuando los gobiernos detuvieron a personas violándoles sus derechos más básicos. Estas personas se encontraban en la situación de no-ciudadano (en alguna de las categorías relatadas anteriormente) y este trato recibido fue motivado a propósito del temor al terrorismo. Jurídicamente, la tesis del autor parte de que normas como



En la jurisprudencia se encuentran distintos tipos de actos que han sido considerados discriminación. En función de la forma, estos distintos tipos pueden observarse según cómo se produce el trato. A continuación, se destacarán los tipos de discriminación directa e indirecta, la discriminación múltiple, la discriminación por asociación y error, la noción de acoso discriminatorio, los delitos de odio y discriminación, la discriminación positiva y la posibilidad de discriminar. Se procede, no obstante, sin olvidar que estos tipos de discriminación no configuran una lista cerrada.

### **I.2.1.1. Directa e indirecta**

Con la discriminación directa se escenifica ciertamente el trato desigual y perjudicial dado a una persona o colectivo, y que ha sido motivado por alguna característica personal que les define. Contrariamente, con la discriminación indirecta se observa un trato desigual en las consecuencias discriminatorias que se derivan de un acto aparentemente neutro. La diferencia entre ambos tipos ha sido explicada por Magdalena NOGUEIRA de la siguiente manera:

«Cuando las diferencias contenidas en la ley utilizan directa o indirectamente rasgos expresamente prohibidos por la Constitución la actuación legislativa deviene especialmente sospechosa de discriminación y se ve sometida a un ‘juicio estricto de igualdad en la ley’, es decir, de presunción contra el legislador, el juicio estricto de igualdad supone que la finalidad legislativa de trato diferente ‘perjudicial’ de los colectivos que histórica y socialmente se han visto marginados se presume

---

el Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos no se aplican para resolver los problemas a los que deben hacer frente los no-ciudadanos. Para realizar esta afirmación, el autor argumenta la afirmación con fuentes del Derecho Internacional como el *Ius Cogens*, la Costumbre Internacional, ciertos Tratados Multilaterales o el Material Interpretativo procedente de los Comités establecidos para la interpretación de Tratados Internacionales sobre derechos humanos. En una postura similar, Daniel MOECKLI realizó un estudio de Derecho comparado de las leyes antiterroristas posteriores a los atentados terroristas del 11S en tres Estados basados en una democracia liberal: EEUU, Reino Unido y Alemania. Su estudio reveló que el impacto de las leyes antiterrorismo sobre los derechos humanos consistía especialmente en medidas restrictivas para la libertad de los individuos. En aras de la denominada «Guerra contra el Terror», tales medidas se imponían a minorías, extranjeros y determinados grupos raciales, étnicos y religiosos. Sus consecuencias plantean serias cuestiones en relación al derecho a la no discriminación, dada la diferencia de trato hacia estas personas sin que las medidas versaran sobre motivos objetivos y razonables. En otras palabras, acerca de la justificación a un trato diferente ante situaciones iguales impuesta por los estándares de las normas antidiscriminatorias como el CEDH. En palabras del MOECKLI (2008: 5-6): “las medidas antiterroristas que implican un tratamiento dispar plantean cuestiones fundamentales relativas al derecho a la igualdad y no discriminación, una de las piedras angulares sobre las que descansan tanto el concepto de democracia liberal como el de derechos humanos. El derecho a la igualdad y a la no discriminación exige que todos gocen de los mismos derechos y libertades; el trato diferenciado basado en criterios como el estatuto de ciudadanía, la nacionalidad, la raza, la etnia, el origen nacional o la religión solamente reviste admisibilidad si existen motivos objetivos y razonables para ello”.

inconstitucional. En el momento en que se utilizan los rasgos que cohesionan a estos grupos, como ocurre con el sexo, en la clasificación legislativa existe la sospecha de que la finalidad de la diferencia de trato es la de perjudicarlos (discriminación directa); lo que se predica igualmente cuando pese a no hacerse referencia a dichos rasgos prohibidos se produce un impacto negativo en el colectivo que los reúne (discriminación indirecta)<sup>52</sup>.

Esta referencia doctrinal debe completarse con las apreciaciones que se observa en la jurisprudencia, las cuales, partiendo de esta noción, establecen una serie de elementos para completar la configuración jurídica de ambos tipos de discriminación.

En la jurisprudencia relativa a la prohibición de discriminación tanto del TEDH como del TJUE, cuando se evidencia el tipo de «discriminación directa» deben poderse apreciar los siguientes tres elementos<sup>53</sup>: 1) diferencia de trato, 2) en una situación de igualdad o similar, 3) donde se identifican motivos protegidos<sup>54</sup>.

En primer lugar, debe existir una diferencia de trato. Una persona resulta desfavorecida por un acto en el que se la trata diferente. Como se observa en nuestra jurisprudencia, resulta esencial analizar la diferencia de trato del acto particular, contrastando su justificación con el principio de igualdad y de no discriminación<sup>55</sup>. Nuestro Tribunal Supremo ha sentado una doctrina uniforme y monolítica sobre este aspecto, señalando que

«la jurisprudencia constitucional española ha establecido las pautas del análisis judicial de las denuncias de discriminación, sosteniendo que el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato denunciada tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, como si se tratara de un problema relativo a la cláusula general de igualdad, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como

---

<sup>52</sup> NOGUEIRA, 2009: 57.

<sup>53</sup> Como ejemplos de jurisprudencia: STEDH, 29 abril de 2008, *Burden vs. Reino Unido*; y STJUE, 27 abril de 2006 (asunto C-423/04), *Richards vs. Secretary of State for Work and Pensions*.

<sup>54</sup> Asimismo, de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo resulta posible extraer las mismas premisas: “Según se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la apreciación de la violación del principio de no discriminación exige demostrar la existencia de un trato menos favorable respecto de personas o colectivos que se hallen en una situación sustancialmente similar y comparable, consecuencia de no respetar motivos protegidos, o que se trata de forma idéntica a personas o colectivos que se hallen en situaciones diferentes que les produzca unos efectos desproporcionadamente perjudiciales, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (STCE 23 de octubre de 2003, 1 de abril de 2008, 17 de julio de 2008, 23 de septiembre de 2009 y 21 de julio de 2011)”, *vid.* STS, Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de septiembre de 2012, Rec. 177/2010. Y en idéntico sentido, STSJ Madrid 938/2016, sala de lo Contencioso, de 7 de diciembre de 2016.

<sup>55</sup> Como se observa en la jurisprudencia, este requisito se aplica con exhaustividad. Tal es así que este hecho puede catalogarse como uno de los puntos innegociables para el análisis de la jurisprudencia relativa a la prohibición de discriminación. *Cfr.* punto 7 en el comentario ALONSO GARCÍA, 2017, sobre la STJUE de 14 de septiembre de 2016 acerca del criterio que permite al tribunal catalogar el trato como discriminatorio.

una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria art. 14 CE<sup>56</sup>».

Un trato diferente rompe con el principio de igualdad, de ahí la necesidad de justificar el cambio de criterio para realizar ese trato desigual ante una situación similar. Se da la necesidad de justificar por qué a unas personas se las trata uniformemente, de una manera determinada y no así a otras. El cambio de criterio hacia uno desigual requiere justificarse. Si el motivo no permite razonar el cambio, se cataloga esa desigualdad como trato injustificado. El TS explica que, si el trato habitual es uno determinado, cuando éste sufra alguna alteración, deberá estar suficientemente razonado como para justificar el imperativo de tratar igual a dos situaciones iguales: debe haber razones concretas en el caso para justificarlo.

En segundo lugar, ha de poderse observar que la situación de discriminación se produce entre personas en una situación de igualdad o notablemente similar. Este aspecto pone de manifiesto el elemento comparativo sobre esa situación: se crea un perjuicio, una discriminación, a una persona en comparación con las demás que están en esa misma situación. En realidad, jurídicamente, se ponen de manifiesto dos aspectos: 1) la propia situación, en otras palabras, el elemento comparativo en sentido estricto: se ha tratado a una persona de una manera determinada cuando al resto, en esa misma situación, no se les ha tratado así. Y 2) el perjuicio, o el daño, creado a raíz del acto, esto es, el trato menos favorable.

Debe tenerse presente que si bien la diferencia de trato, el primero de estos aspectos, lleva a discutir sobre la justificación del cambio de criterio, en cambio, aquí se discute el elemento comparativo. Se compara la situación particular con el trato dado, que resulta menos gravoso. Por tanto, en la comparación yace la idea de demostrar el perjuicio creado mediante un trato diferente. Si el resultado final de ese trato continúa siendo el mismo, la situación comparada no es discriminatoria, en todo caso, un trato desigual en la forma de producirse. Sirva de ejemplo el caso de la STJUE de 13 de enero de 2004, asunto *Allonby*, un caso en el que no se renovó el contrato a una profesora de universidad. La profesora, ante este hecho, se dio de alta en una empresa que asignaba profesores a centros educativos. Se dio la casualidad de asignársele la misma universidad, debiendo desempeñar el mismo trabajo que el realizado cuando estaba allí contratada, aunque con un salario ostensiblemente menor. Luego, esta

---

<sup>56</sup> STS 283/2015, Sala 4ª de lo Social, de 10 de enero de 2017.

profesora cobraba un salario menor en comparación con el resto de profesores de la universidad por realizar la misma faena, por tanto, una desigualdad manifiesta. No obstante, el TJUE entendió que no consistía un caso de discriminación por motivo de género, en tanto la situación de la profesora no era comparable con la del resto: si bien el salario de los profesores era consecuencia de la relación laboral directa con la universidad, el salario de esta profesora era consecuencia de la relación laboral con una empresa externa. El salario diferente no procedía del mismo empleador; de ahí que, para el tribunal, no hubiera una conexión suficiente con el sujeto denunciado por esta profesora, en este caso la universidad.

El resultado es un perjuicio en comparación con otros, de ahí la importancia que las normas jurídicas han dado al elemento comparativo. Al respecto, en el Real Decreto Legislativo 1/2013, Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, se han empleado los términos jurisprudenciales de «situación de igualdad, o similares». Así ha sido reflejado en la aplicación de esta norma, puesto que la jurisprudencia destaca, en referencia a la discriminación directa, que “es la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad”<sup>57</sup>. Con ello, la jurisprudencia pone de manifiesto las circunstancias personales de la víctima, las características por las que no puede darse una diferencia de trato; no puede ponerse en una situación desfavorable a estas personas.

Finalmente, en tercer lugar, se habla de discriminación directa debido a una característica concreta que define a una persona, y es lo que recibe la denominación de «motivo protegido». Como ya se ha hecho referencia, estas características vienen enumeradas en la legislación que proscribe la discriminación. No obstante, en las diferentes legislaciones no suele establecerse una lista cerrada, instaurando, así, un sistema de *numerus apertus*. Si en el trato diferente, injustificado y perjudicial no lidia alguno de estos motivos, se estará hablando de una situación de desigualdad, no de discriminación. Como explicó el Tribunal Constitucional, la protección de estos motivos representa

«una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los Poderes Públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo

---

<sup>57</sup> STSJ Cataluña 7108/2015, Sala de lo Social, de 1 de diciembre de 2015.

desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la CE»<sup>58</sup>.

En otro orden, cuando se habla de «discriminación indirecta», la jurisprudencia también ha destacado una serie de aspectos relevantes<sup>59</sup>: 1) discriminación producida a través de una disposición, criterio o práctica neutras, 2) una situación desventajosa particular y 3) de acuerdo con algún motivo protegido.

En primer lugar, la principal diferencia entre la discriminación directa y la discriminación indirecta consiste en la existencia de una disposición, un criterio o una práctica neutras. Es decir, la actividad tiene que estar habilitada por la existencia de un tipo de requisito aplicable a todas o a un conjunto amplio de personas. Entre otras normas, el concepto de discriminación indirecta se recoge, por ejemplo, en la Directiva 2002/73/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo. Esta norma, pese a tratar el motivo específico de sexo permite observar una clara definición de este tipo de trato discriminatorio, pues en ella se prohíbe «todo trato desfavorable o práctica aparentemente neutra que suponga una desventaja particular con respecto a personas de otro sexo en condiciones objetivamente iguales para el acceso al empleo, la promoción profesional, la participación en los órganos de representación de la empresa, y en el resto de las condiciones de trabajo, como la protección frente al despido». Esta Directiva recogió la jurisprudencia comunitaria sobre discriminación indirecta e introdujo una definición de este tipo de trato en sus normas<sup>60</sup>.

Las disposiciones, los criterios o las prácticas que definen este trato discriminatorio suelen presentarse como un acto aparentemente neutro, como, por ejemplo, la fórmula matemática de una norma para poder realizar el cálculo de las pensiones<sup>61</sup>. El siguiente

---

<sup>58</sup> STC 166/1988, e 26 de setiembre de 1988.

<sup>59</sup> De acuerdo a la jurisprudencia nacional: STSJ Galicia 7395/2015, 22 diciembre 2015; STSJ Cantabria, 14 noviembre 2005, REC. 905/2005; y Sentencia 336/2007 del Juzgado Social de Barcelona.

<sup>60</sup> La jurisprudencia comunitaria ha sido constante al referirse a la discriminación indirecta. Sirva de ejemplo la STJCE C-317/1991, de 30 de noviembre de 1993, asunto *Kirsammer-Hack*.

<sup>61</sup> En España, la jurisprudencia ha mostrado las diferencias estructurales de cálculo en el sistema de Seguridad Social, que afecta peyorativa y sistemáticamente a las pensiones de las mujeres, al emplear un criterio de cálculo que pondera entre la relación de la edad de jubilación y el periodo de cotización. Según el instituto Nacional de Estadística, las mujeres tienen una esperanza de vida mayor que los hombres y ello crea el siguiente problema: su pensión inicial, menor que la del hombre debe ser repartida durante más tiempo. Por ello, las mujeres deben soportar mayor riesgo a causa de la mayor esperanza de vida. En palabras de Maria Luisa DE LA FLOR (2016: 122-123), resulta “palmaria la discriminación indirecta que

ejemplo ayuda a profundizar en esta idea de discriminación indirecta. En referencia a la discriminación por razón de sexo, la doctrina iusfilosófica se cuestionó por qué la legislación positiva relativa a la prohibición de discriminación tiene un impacto tan pequeño en la sociedad. Sandra FREDMAN se lo preguntó a finales del s. XX acerca de la diferencia salarial entre hombres y mujeres. A día de hoy, su pregunta sigue siendo válida: por qué, a pesar de todas las leyes y normas antidiscriminatorias, los datos del Eurostat mostraban el 8 de marzo de 2017 una brecha salarial de 35% entre el sueldo de hombres y mujeres en España y el Foro Económico Mundial (FEM) de Ginebra no prevé dicha igualdad salarial hasta dentro de 170 años. Al respecto, FREDMAN identificó dos fuentes de la problemática y por las que debería reflejarse una discriminación indirecta de carácter sistemático.

La primera de ellas señaló a un problema estructural del Derecho. Para justificarse, la autora realizó un análisis de las fuentes no solamente jurídicas, sino de las de teoría política y de la historia social. A través de su estudio, la reflejó las limitaciones del Derecho para hacer frente al estatus social de las mujeres, asegurando que

«con las limitaciones del marco jurídico actual se pone de manifiesto que la incapacidad de la ley para efectuar cualquier cambio sustancial en la condición de la mujer viene causada por la amalgama paradójica de los principios liberales y las declaraciones de status pre-liberales. De esta manera, mientras que la diferencia estigmatiza a las mujeres como seres primordialmente reproductivos y objetos sexuales, la igualdad opera negando el valor de la reproducción en la sociedad»<sup>62</sup>.

La segunda cuestión que destaca la autora focaliza el rol de las mujeres en el hogar como el factor que mayoritariamente contribuiría a perpetuar una retribución dispar, dada una aportación diferente de capital de trabajo de las mujeres respecto a los hombres. Ante esta situación, el Derecho no puede conformarse simplemente con asegurar la incorporación de las mujeres a las estructuras sociales e institucionales existentes, pues ello comportaría una devaluación de las otras responsabilidades. Por tanto, la autora asegura que el verdadero cambio resultaría con una reestructuración del trabajo asalariado por la que tanto hombres como mujeres fuesen participantes activos tanto del trabajo retribuido como de la vida familiar<sup>63</sup>.

---

se esconde en la aparente objetividad de una compleja fórmula matemática, por cuanto perjudica al importe inicial de la pensión de los sujetos con mayor esperanza de vida y con carreras profesionales más cortas”.

<sup>62</sup> FREDMAN, 1998: 418.

<sup>63</sup> FREDMAN, 1998: 405 y ss.).

En segundo lugar, con la discriminación indirecta sucede igual que en la directa: la práctica neutra debe crear una situación de desventaja particular. La práctica debe crear una situación peyorativa para esas personas o grupo caracterizados por un mismo rasgo personal. Como se ha expuesto en relación a la discriminación directa, esta desventaja particular proviene del elemento comparativo entre la persona perjudicada por el criterio o práctica y el resto de personas que se ven afectadas por esta práctica. Ahora bien, en cuanto a la discriminación indirecta, la demostración de este aspecto crea mayores problemas. En este tipo de discriminación debe demostrarse un trato desfavorable a partir de las consecuencias del acto. Contrariamente, en la discriminación directa, la diferencia de trato se localiza en la acción que recae sobre personas caracterizadas por un mismo rasgo definitorio<sup>64</sup>.

El criterio o la práctica remiten a la aparente neutralidad u objetividad del acto, de ahí que en la jurisprudencia se explique que la desventaja se produce “a tenor del injustificado impacto negativo” del acto sobre el colectivo definido por algún motivo protegido<sup>65</sup>. El impacto negativo, o la consecuencia de la práctica neutra, obliga a los tribunales a incidir en la justificación de ese acto para desvirtuar cualquier indicio de discriminación. En la jurisprudencia del TJUE se pone de manifiesto que en esta justificación debe atenderse a

«si la diferencia de trato dimanante de una norma aparentemente neutra que puede ocasionar, de hecho, una desventaja particular a determinadas personas está justificada objetivamente con la finalidad de seguir un régimen de neutralidad y si los medios para alcanzar dicha finalidad son adecuados y necesarios»<sup>66</sup>.

Finalmente, en tercer lugar, se produce discriminación indirecta cuando el trato se motiva en alguna de las características de la persona protegidas frente a la discriminación. De nuevo, sin la concurrencia de un motivo protegido, el criterio o la práctica neutros llevaría a hablar de una situación de desigualdad, no de discriminación. Sirva de ejemplo el siguiente supuesto. Con la finalidad de apartar a unos niños de la educación general y adscribirlos a escuelas especiales donde recibieran la educación idónea para llegar a un mínimo de aprendizaje, se realizó una prueba de inteligencia a

---

<sup>64</sup> Por ejemplo, en la fórmula matemática para calcular la pensión, se demostró que sistemáticamente ésta creaba un perjuicio para las mujeres

<sup>65</sup> STSJ Canarias 281/2017, sala de lo Social, de 2 de mayo.

<sup>66</sup> STJUE 154/2017, de 7 de marzo de 2017, asuntos acumulados C-157/15 *Achbita*, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding* y *G4S Secure Solutions* y C-188/15 *Bougnaoui* y *Association de défense des droits de l'homme (ADDH)*.

todos los niños susceptibles de tener dificultades en el aprendizaje. En tanto se aplicó la misma prueba a todos los niños en la misma situación, la medida se presentaba como aparentemente neutra: todo niño completa la prueba y el que no la apruebe, se le adscribe a un centro especial adecuado a su aprendizaje. Este es el supuesto de la STEDH, de 13 de noviembre de 2007, *D.H. vs. República Checa*. Cuando se estableció la prueba común, ésta había sido diseñada en función de la población general checa, de modo que el resultado repercutió prácticamente en su totalidad sobre el colectivo de estudiantes de etnia gitana, hecho que llevó al TEDH a concluir que se trataba de una discriminación indirecta, dado que la única consecuencia de esta práctica fue excluir del sistema educativo general a la población gitana. De no haberse producido un resultado abrumador y perjudicial para los niños gitanos, aproximándose el noventa por ciento, la medida hubiera sido correcta, incluso al establecerse la prueba a partir de un criterio apoyado en la idea de la población general de ese país, dado que una prueba genérica y común requiere cierto nivel de abstracción y generalidad.

En conclusión, el criterio aparentemente neutro debe constituir un resultado desventajoso para la persona respecto a las otras que se encuentran en la misma situación; deben estar todos cubiertos por los mismos requisitos que se establecen en esa práctica y, además, la persona perjudicada debe caracterizarse por un rasgo personal que no tengan el resto de personas abarcados por dicha práctica.

### **I.2.1.2. Múltiple, por asociación y por error**

El concepto de «discriminación múltiple» procede de la doctrina anglosajona y es conocido por el término *intersectional discrimination*. En este tipo de discriminación concurren diversos motivos protegidos. Constituye un concepto íntimamente relacionado con los movimientos sociales que defienden y reivindican derechos civiles. Especialmente los movimientos feminista y racial. En este sentido, como explica MAKKONEN, la mujer deviene el sujeto paradigmático de la discriminación múltiple, concurriendo con este hecho alguna otra causa como el color de la piel, algún tipo de diversidad funcional, la edad o la religión<sup>67</sup>.

El término discriminación múltiple resulta un tanto conflictivo: al no existir unanimidad terminológica. En el Derecho Comparado hay variedad en los términos, y

---

<sup>67</sup> MAKKONEN, 2002: 1-2.



aunque todos ellos hacen referencia al fenómeno que aquí se está denominando «discriminación múltiple»<sup>68</sup>. Por ejemplo, las referencias a neologismos como «discriminación doble» o «triple», «discriminación compuesta» o «discriminación acumulada», no indican más que un fenómeno subsumible dentro del tipo de discriminación múltiple.

Como se ha puesto de manifiesto, en los supuestos de discriminación múltiple concurren dos o más motivos protegidos. El perjuicio se produce por un trato diferenciado donde dos o más características protegidas aparecen simultáneamente. En este sentido, deben coincidir los motivos en el mismo acto y momento temporal. Por tanto, queda excluida la acumulación continuada de motivos<sup>69</sup>. En este momento es donde resulta importante la noción de interseccionalidad<sup>70</sup>, aunque la discriminación múltiple engloba esta noción. La interseccionalidad se caracteriza por la conjunción de motivos y, además, por la posibilidad de analizar estos motivos conjunta o separadamente<sup>71</sup>. Si se produce un trato discriminatorio por diversos motivos, pero el trato dispensado a cada uno de éstos se produce en momentos distintos, no es posible abogar por un caso de discriminación múltiple, sino de discriminación por cada uno de éstos en un momento concreto.

Tradicionalmente, la discriminación múltiple consistía en una situación que el Derecho español no se había encargado de proteger como un tipo diferenciado de discriminación. Se contemplaba como un fenómeno discriminatorio que podía producirse a través del trato desigual motivado por una característica específica; Actualmente, el término y la definición de discriminación múltiple aparece regulado en el derecho positivo, en normas como el artículo 1 de la Ley 2/2016 de la Comunidad de Madrid o el artículo 4 de la Llei 11/2014 catalana. Pero hasta la promulgación de este tipo de normas, no existía una norma jurídica con referencias la discriminación múltiple de una forma específica o en un ámbito determinado. En consecuencia, los tribunales se

---

<sup>68</sup> En 2007 el *Danish Institute for Human Rights* elaboró un estudio preparado por la Comisión Europea. Este estudio tomó como principal referencia la obra citada de MAKKONEN. No obstante, en este estudio, en lugar de «intersectional» se empleó el término «*multiple discrimination*». Cfr. *Takling multiple discrimination*, Danish Institute for Human Rights y Comisión Europea, Luxemburgo, 2007. La razón para usar en la tesis el término «discriminación múltiple» y no cualquier otro es su empleo en la jurisprudencia del TC. Como se ha hecho referencia, en el Derecho anglosajón, origen del concepto, se refiere al mismo fenómeno por «*intersectional discrimination*», aunque este uso también difiere del Derecho Comunitario, donde se ha acuñado, como en España, bajo el término «*multiple*».

<sup>69</sup> CATALÁ, A., 2010: 10-11.

<sup>70</sup> Existen autores como Óscar PÉREZ DE LA FUENTE (2014: 292) que diferencian entre el concepto de «discriminación interseccional», «discriminación compuesta» y «discriminación múltiple» a raíz de diferenciar los tipos de acto discriminatorio.

<sup>71</sup> REY, 2008: 266.

remitían a las normas que tutelaban cada uno de los motivos. Como explicó Alejandra DE LAMA, la situación de la discriminación múltiple en el ordenamiento jurídico español se referenció en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, describiendo las dificultades, no los motivos protegidos concretos, por las que pasa la mujer en un supuesto de doble discriminación<sup>72</sup>. De igual modo sucedió con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 3 de diciembre de 2013, nuevo Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Esta ley especifica los colectivos especialmente vulnerables a una discriminación múltiple de acuerdo con este motivo protegido concreto, sin entrar en más detalle que la mera referencia terminológica a este tipo de trato<sup>73</sup>. Por todo ello, diferentes voces de la doctrina jurídica española abogan por el establecimiento de un régimen jurídico propio sobre discriminación múltiple que establezca las garantías específicas para este tipo de discriminación<sup>74</sup>.

Lo anterior pone de manifiesto una problemática generalizada sobre la tutela antidiscriminación. Cuando se establecen los mecanismos que permiten tutelar un motivo concreto, la tendencia del legislador le lleva a apegarse a enumerar los mecanismos de protección de ese motivo. Una tendencia por la que caen en el olvido aquellos tratos diferenciados como el de la discriminación múltiple, que difícilmente encajan en un solo motivo<sup>75</sup>.

El concepto de «discriminación por asociación» procede de la jurisprudencia comunitaria<sup>76</sup>. Es un concepto que surge a raíz del trato discriminatorio padecido por

---

<sup>72</sup> DE LAMA, 2013: 284-287. En su estudio de la Ley Orgánica 3/2007, la autora menciona, además, que el supuesto descrito hace referencia a los grupos de riesgo concreto sin hacer referencia directa a los motivos.

<sup>73</sup> Vid. ROMERO GALLARDO, 2015: 40-41. En mi opinión, la mera referencia a la discriminación múltiple de esta ley es consecuencia de haber armonizado la norma española de acuerdo con las disposiciones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Las referencias al término discriminación múltiple que no entran en detalle a qué hace referencia, puede verse también en la doctrina jurídica. Así, en GARCÍA GARNICA Y ROJO (2014: 35) se puede leer que: “Asimismo, se refuerza la consideración especial de la discriminación múltiple, para garantizar los derechos de quienes pueden estar en esta situación de acusada vulnerabilidad”.

<sup>74</sup> Por ejemplo, en el caso de las mujeres gitanas víctimas de discriminación múltiple, vid. HERMIDA, 2015: 231 y ss. También es señalado que, cuando los motivos protegidos no son considerados en su conjunto, las situaciones de discriminación tienden a reproducirse en ese sector social, vid. HERRANZ, 2015: 239-247.

<sup>75</sup> Esta opinión coincide con el comentario a la Ley Orgánica 3/2007 de Diego ÁLVAREZ ALONSO y M. Antonia CASTRO ARGÜELLES (2007: 110), en el que afirman que “el excesivo apego de algunas normas y de la generalidad de operadores jurídicos a la tipificación expresa de las causas de discriminación prohibidas hace que, a menudo, queden huérfanas de tutela aquellas distinciones de trato que no es posible reconducir a uno u otro factor discriminatorio concreto, pues resultan de una más o menos compleja interacción entre dos o más de ellos”.

<sup>76</sup> Cfr. STJUE de 17 de julio de 2008, asunto *Coleman* (C-303/06).

una persona vinculada a otra, que es la realmente caracterizada por uno de los motivos protegidos frente a discriminación. Por ejemplo, el trato desigual y perjudicial hacia una mujer que tiene un hijo en silla de ruedas. Es el supuesto analizado en la jurisprudencia comunitaria. En este caso, se discriminó a una persona asociada a la «discapacidad»<sup>77</sup> de su hijo. Sobre este asunto, el TJUE entendió que las garantías de la tutela antidiscriminación frente a la diversidad funcional alcanzan a proteger a las personas asociadas, estrechamente vinculadas con el sujeto caracterizado por la diversidad funcional y siendo, además, el motivo que da origen al trato discriminatorio. En este caso, la madre del varón a quien prestaba cuidados y asistencia pidió permiso en el trabajo para realizar estas funciones. Posteriormente fue despedida<sup>78</sup>.

A partir de esta sentencia, el TJUE estableció dos criterios interpretativos sobre la discriminación por asociación. Como explican BARRIOS y PÉREZ CAMPOS, estos criterios están ceñidos al ámbito laboral y el daño: “1º) Que constituye discriminación directa el trato menos favorable dispensado a trabajador como consecuencia de la discapacidad padecida por su hijo. 2º) Que la prohibición de discriminación no sólo opera cuando el trabajador es, él mismo, discapacitado sino que también lo hace cuando la discapacidad afecta a su hijo”<sup>79</sup>.

En la legislación estatal, la Ley General de las personas con discapacidad y de su inclusión social contiene, en su artículo 2, una serie de definiciones relativas a los términos relacionados con la discriminación por motivo de discapacidad. En dicho artículo se recoge la doctrina judicial comunitaria sobre discriminación por asociación. Ahí se establece que «existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad».

---

<sup>77</sup> El propio término “discapacidad” esconde connotaciones discriminatorias. En este sentido, discapacidad refiere a minusvalía y, por tanto, está latente la consideración de la persona como “menos válida”, dejando de prestar atención a la persona en términos equitativos y faltando, a su vez, a la dignidad, consecuencia de la inconcreción de qué o para qué resulta incapaz y en qué sentido. Por esta razón resulta más adecuado emplear términos valorativamente «neutros» como el de «diversidad funcional» (PALACIOS y ROMANACH, 2006: 135 y ss.). Esta perspectiva que no fue incorporada por el legislador español cuando entró a definir el término discapacidad en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, sobre la Ley General de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En su artículo 2 se establece: «A efectos de esta ley se entiende por: a) Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

<sup>78</sup> MUÑOZ RUIZ, 2009: 322.

<sup>79</sup> BARRIOS y PÉREZ CAMPOS, A.I., 2016: 35.

De una manera similar se presenta la «discriminación por error». En este tipo, el sujeto discriminado padece el trato desigual en relación a una característica personal que no la define: la persona es discriminada por un motivo, aunque no se caracterice por ese rasgo. La primera referencia normativa a la discriminación por error se encuentra en el Proyecto del Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación<sup>80</sup>. En el artículo 6.2 de este proyecto de ley se definía la discriminación por error como «aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas».

En el ámbito catalán, sin embargo, resulta posible contemplar una definición de este término en la Llei 11/2014 de 10 d'octubre del Parlament de Catalunya, que garantiza los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales a fin de erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia<sup>81</sup>. En su artículo 4 se define la discriminación por error como aquella situación «en la que una persona o un grupo de personas son objeto de discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género como consecuencia de una apreciación errónea».

Pese a que la ley autonómica explica este tipo discriminatorio de acuerdo con la característica personal de identidad sexual, resulta posible extraer la premisa de que, con la «discriminación por error», se castiga el trato discriminatorio motivado por algún rasgo personal, aunque haya error en la persona perjudicada por hecho. En otras palabras, se castiga la conducta discriminatoria, indiferentemente de si la persona se caracteriza por alguno de los rasgos protegidos frente a este tipo de trato.

También existen otras normativas como la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación, de la Comunidad de Madrid, que además de incorporar en su primer artículo las definiciones de cada tipo de igualdad, añade nuevos tipos como las «represalias discriminatorias», el efecto

---

<sup>80</sup> Consiste en una Ley no nata debido a una procelosa tramitación parlamentaria, coincidiendo con el último cambio de Gobierno. El Anteproyecto de esta Ley se aprobó el 7 de enero de 2011 por el Consejo de Ministros, pasó los preceptivos trámites y el 27 de mayo de 2011 el mismo Consejo la remitió a las Cortes como proyecto de ley y solicitó su tramitación de urgencia. No obstante, la Mesa del Congreso rechazó la solicitud, pues este tipo de leyes deben encauzarse por el procedimiento ordinario de tramitación legislativa. El 11 de junio de 2011 el Proyecto de Ley fue publicado en el BOE. En ese impase, se convocaron elecciones generales para el 20 de noviembre de 2011 quedando su tramitación en suspensión hasta la constitución de las Cortes para la siguiente legislatura. El resultado electoral produjo un cambio de Gobierno al otorgar la mayoría absoluta en el Congreso al Partido Popular -el anterior Gobierno estaba formado por el Partido Socialista Obrero Español-. Finalmente, la andadura de esta ley terminó el 11 de septiembre de 2012, cuando el Congreso en Pleno rechazó la propuesta de tramitación del anteproyecto que había quedado suspendido. En este Proyecto de Ley, la discriminación por asociación y la discriminación por error venían definidas conjuntamente en el artículo 6.

<sup>81</sup> DOGC núm. 6730, de 17 de octubre de 2014.

negativo o adverso cuando la persona ha iniciado un trámite para poner fin a la situación discriminatoria o acoso que está padeciendo, o la «victimización secundaria», referente a la atención inadecuada por parte de cualquier agente o institución pública.

### **I.2.1.3. Acoso discriminatorio y delitos de odio y discriminación**

La noción de «acoso discriminatorio» se introduce en el ordenamiento jurídico español a través de la promulgación de la Ley 62/2003, que traspuso las Directivas 2000/78/CE y 2000/43/CE. En el artículo 28 de esta Ley se entiende por acoso discriminatorio «toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un ambiente humillante u ofensivo»<sup>82</sup>.

El hecho de tratarse de una Ley de aplicación al Orden Social ha conllevado que la noción de acoso discriminatorio se halla desarrollado notoriamente en el ámbito laboral. En este sentido, ya existía una noción acerca del «acoso laboral», en sentido genérico, que hace referencia, como señala la doctrina laboral, al «hostigamiento, el abuso de poder son fenómenos ligados a las relaciones desiguales de poder» y conocido por *mobbing*<sup>83</sup>. Entiende ampliamente la doctrina laboral que el acoso discriminatorio, junto al acoso sexual, es un tipo diferenciado del acoso laboral<sup>84</sup>. No obstante, la diferencia no resulta solamente terminológica. Mientras que en el acoso laboral, que se manifiesta como acoso moral y psicológico, pueden lidiar elementos discriminatorios y motivos protegidos, el acoso discriminatorio requiere el elemento comparativo y la presencia de algún motivo protegido<sup>85</sup>. Es decir, la situación de comparación entre la persona discriminada respecto a otra en una situación análoga o similar. De ahí que, en presencia

---

<sup>82</sup> De igual manera se definía al acoso discriminatorio en el artículo 8 del Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación.

<sup>83</sup> Realmente el *mobbing* consiste en un fenómeno con muchas referencias terminológicas relativas al acoso laboral. En este sentido, sería más correcto traducir *mobbing* por “acoso moral”. Sobre este hecho, Pedro RODRÍGUEZ LÓPEZ (2004: 19) explicó que “cada vez son más frecuentes en el mundo laboral, dado el incremento de la competitividad en el seno de las relaciones laborales, situaciones que atentan contra la dignidad y la integridad física y psíquica del trabajador. Estas situaciones y acciones se han venido a denominar por psicólogos y psiquiatras como acoso moral. Así, el hostigamiento, arrinconamiento o vejación que se produce entre compañeros de trabajo, subordinados, y en algunos casos, dirigido a superiores, obtiene el calificativo de acoso moral si hay persistencia en el tiempo, dado que se trata de un atentado contra la dignidad del individuo acosado”.

<sup>84</sup> Vid. URRUTIKOETXEA, 2014; MARTÍNEZ ATIENZA, 2011; FABREGAT, 2015; CUBILLO, 2008.

<sup>85</sup> Vid. “Aspectos Teórico-Generales del Mobbing o Acoso laboral”, en MARTÍNEZ ATIENZA, 2011: 90-91.

de estos elementos, el acoso moral sea concebido como un tipo de acoso discriminatorio.

Por su parte, la jurisprudencia resulta ilustrativa respecto a la existencia de aspectos derivados de un acto discriminatorio en el acoso moral o laboral. La discriminación puede resultar el motivo del acto de acoso laboral, puesto que las órdenes del empresario pueden manifestarse a través de

«un fin discriminator y de represalia (...) y para que pueda considerarse la situación de mobbing o acoso (...) se precisa, en definitiva, el concurso de las siguientes circunstancias: a) Comportamientos negativos graves contra el trabajador afectado; b) Prolongados a lo largo del tiempo; c) Provocados por los compañeros y/o superiores, colectiva o individualmente; d) Que repercutan sobre el trabajador afectado mediante dolencias físicas o psicológicas; e) Que su finalidad última sea que el trabajador afectado dimita de su puesto de trabajo»<sup>86</sup>.

Tal y como se ha indicado, la noción de acoso discriminatorio procede de las citadas Directivas europeas. De ellas, la doctrina laboral española ha identificado tres bloques normativos de protección jurídica frente al acoso discriminatorio<sup>87</sup>.

El primer bloque responde al motivo protegido de discapacidad<sup>88</sup>. Un segundo bloque está dedicado al acoso por razón de sexo<sup>89</sup>. Finalmente, un tercer bloque

---

<sup>86</sup> STSJ Galicia 5859/2003, Sala de lo Social, de 4 de noviembre.

<sup>87</sup> CUBILLO, 2008: 57 y ss.

<sup>88</sup> Procedente de la Directiva 2000/78/CE, el acoso discriminatorio por razón de discapacidad ilustra un concepto incorporado al Derecho positivo español a través de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Una norma derogada en su día por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Actualmente, la normativa vigente 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.

<sup>89</sup> Procedente de la Directiva 2002/73/UE, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo incorporó las medidas comunitarias sobre el acoso en el trabajo por razón de sexo. La noción de acoso discriminatorio ofrece nuevas posibilidades de abordar el acoso sexual. Por ejemplo, en Estados Unidos, la noción de acoso sexual puede ser subsumida como una modalidad de discriminación por razón de sexo, pues evidencia una noción similar a la de acoso discriminatorio. Ello les permite enjuiciar situaciones que pueden resultar controvertidas o limitadas por la propia norma, como, por ejemplo, el acoso sexual entre personas del mismo sexo. En palabras de Janet HALLEY (2008: 182-183): “el Tribunal Supremo ha sostenido que el acoso sexual del mismo sexo puede ser discriminación sexual dentro del ámbito del Título VII. La decisión del tribunal en el caso *Oncale v. Sundowner Offshore Services* nos dice que la conducta de acoso entre personas del mismo sexo que cumple con otros criterios en el esquema doctrinal (de acoso) deviene definitivamente discriminación sexual cuando está motivado por la atracción erótica. De esta manera, el Tribunal Supremo indica que las propuestas eróticas entre personas del mismo sexo en el trabajo pueden ser discriminación sexual e invita a los tribunales inferiores a probar el contenido erótico en la indagación acerca de la orientación sexual del individuo acusado”.

normativo engloba al resto de motivos protegidos (ideológicos, etnia, edad<sup>90</sup>...) en el orden social<sup>91</sup>.

Además de los tres bloques señalados por la doctrina, el ordenamiento jurídico español puede observarse un cuarto bloque. En este sentido, debe ser mencionado del supuesto de la trasposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE en la Ley 62/2003, que esta ley ofrece unas medidas dispares en la protección frente al acoso discriminatorio. Las medidas diferencian entre los motivos de origen racial o étnico de los demás previstos, otorgándole a los primeros una efectividad que alcanza el ámbito de la educación, los servicios públicos o el acceso a bienes y servicios. Contrariamente, los mecanismos de protección del resto de motivos quedan encuadrados bajo el contexto de la relación laboral.

Con los «delitos de odio y discriminación», el elemento significativo de este trato se centra en el motivo: el odio generado con un prejuicio acerca de cualquier rasgo

---

<sup>90</sup> El motivo protegido de edad resulta uno de los casos complejos de discriminación en España. En el X Curso de Gerontología Social celebrado en la Universidad de la Rioja en noviembre de 2011 se puso de manifiesto que la discriminación por edad no se concibe con la misma intensidad como sí ocurre con el resto de motivos protegidos frente a cualquier forma de discriminación. La nota de prensa realizada por Joaquín GIRÓ, profesor titular de Sociología de la misma universidad, en el Diario La Rioja a 23 de noviembre de 2011 sobre el Curso impartido en la Universidad de la Rioja, describió este hecho de la siguiente manera: “(1)a discriminación por edad es un mal en ascenso en nuestra sociedad. El extinto Ministerio de Igualdad señalaba que más del 40% de las personas mayores de 65 años sufrían discriminación por edad. En cierta medida ha calado en la sociedad la idea de que, al menos en teoría, no se puede ni debe discriminar a nadie por su sexo, orientación sexual, raza, ideología y religión; y, sin embargo, no ha calado de la misma manera la idea de que la edad es y puede ser un factor de discriminación igual de execrable que los factores mencionados. El principal obstáculo a la igualdad entre todas las edades es que esta discriminación no se reconoce entre los propios ciudadanos. Es un problema de convivencia generacional que impregna la vida cotidiana. Reconociendo la complejidad de la realidad social, una manera de entender la vida a partir de la propia experiencia es precisamente «esa experiencia», la que las generaciones actuales marginan no incorporándola tanto a la vida política como social y familiar. Porque envejecer no significa necesariamente que la persona se deslice inevitablemente hacia el deterioro físico y mental, hacia la soledad, hacia el abandono, hacia la no participación en la vida socio-política de la comunidad en la que vive”. A su vez, este hecho no ha sido pasado por alto en la doctrina jurídica anglosajona. Jonathan HERRING (2009: 342-347) estudió el fenómeno de la discriminación por razón de edad señalando ciertos aspectos contradictorios del Derecho respecto a este tipo de discriminación, como la dificultad, por ejemplo, de la ley laboral para proteger a las personas mayores en situaciones de vulnerabilidad y explotación más allá de las directrices estándar de las normas comunitarias y, en síntesis, se las trata de forma paternalista por otro tipo de normas jurídicas. El autor se decanta por señalar la necesidad de interdependencia en cualquier etapa de la vida, a cualquier edad, más allá del énfasis predominante en la promoción de la independencia como una meta alcanzada especialmente con la vejez y la jubilación.

<sup>91</sup> En este caso, el bloque resulta de la trasposición de dos directivas. En primer lugar, de la Directiva 2000/78/CE, al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que incorporó medidas para la tutela antidiscriminación del acoso sobre los motivos protegidos de discapacidad, ideología, religión y edad, no contemplados anteriormente en la normativa laboral. En segundo lugar, la Directiva 2000/43/CE y su previsión de acoso discriminatorio fueron incorporados al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, una ley que ya en sí misma contiene todos los motivos protegidos en el texto constitucional, a excepción de la razón de sexo.

definitorio de la persona. Según Christian STROHAL, director de la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR, de sus siglas en inglés), los delitos de odio representan la “manifestación más insidiosa de intolerancia y discriminación, basada en la raza, el sexo, el lenguaje, la religión, la creencia, el origen racial o social, la orientación sexual, la discapacidad o en otras materias similares”<sup>92</sup>.

El término «delitos de odio» procede del término inglés *hate crimes* contenido en diversas normas internacionales. Sirva de ejemplo la Decisión Marco 913/2008/JAI del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia. Recibe la denominación de delito porque el orden penal resulta el encargado de velar por la protección de estos colectivos. Los delitos de odio se encuentran tipificados en el artículo 510 del Código Penal a raíz de su modificación legislativa de 2015<sup>93</sup>; hecho sobre el que el autor Javier VALLS explica que “nos encontramos con tres modalidades de conceptos que la doctrina incluye en el 510, delitos de odio, delitos de discriminación y delitos de racismo y xenofobia”<sup>94</sup>.

En los delitos de odio, la conducta del autor viene definida por una «animosidad» (odio, propiamente dicho) reforzada sobre la persona definida por uno de los motivos protegidos contra toda forma de discriminación<sup>95</sup>, lo que hace diferenciar este tipo de delitos de los delitos de discriminación. De acuerdo con la doctrina judicial, la norma penal no autoriza el odio basado en la intolerancia e impuesto a través del uso de la violencia<sup>96</sup>.

La lucha contra los delitos de odio y discriminación ha llevado a la creación de Fiscalías especializadas para su enjuiciamiento. Entre ellas, destacan las Fiscalías de Barcelona, Madrid y Málaga<sup>97</sup>. Ello ha contribuido a que la doctrina jurídica se haya especializado, ahondando en la diferenciación entre los objetos de protección de los delitos de odio y los delitos de discriminación<sup>98</sup>.

---

<sup>92</sup> STROHAL, 2005: 7.

<sup>93</sup> JAÉN, M. y PERRINO, A.L., 2015: 177.

<sup>94</sup> VALLS, 2015: 865.

<sup>95</sup> VÁZQUEZ, 2015: 99.

<sup>96</sup> La Audiencia Nacional realizó esta observación a través de la interpretación del TEDH sobre la libertad de expresión y la difusión del odio. *Vid.* Auto de la AN, de 1 de octubre de 2015, sobre el recurso 255/2015.

<sup>97</sup> A propósito de esta cuestión, *vid.* “La discriminación racial de los gitanos en España y en el ámbito de la Unión Europea”, en HERMIDA, 2015: 227.

<sup>98</sup> GÜERRI, 2015: 6.



## I.2.2. Justificación del trato desigual

La «discriminación positiva» o inversa consiste en la diferencia de trato que compensa la situación de desigualdad de un colectivo definido por un rasgo personal protegido frente a discriminación. Habitualmente se acompaña con la realización de políticas públicas para favorecer un determinado colectivo en el acceso y el beneficio de servicios y en el disfrute de oportunidades. La principal característica de la discriminación positiva es que pretende lograr una «igualdad sustantiva o de facto»<sup>99</sup>, a través de la realización de medidas y acciones necesarias para hacer efectiva la igualdad entre las personas definidas por una característica personal y las demás.

La noción de discriminación positiva procede del término acción «afirmativa», también denominada «positiva», que es considerada un paso previo a la aplicación de las leyes sin ningún tipo de distinción y, en cualquier caso, la doctrina explica que alude a “reconocer la existencia de diferencias injustas para, inmediatamente, borrar sus consecuencias a través de un trato preferente que debería conducir a la no diferenciación”<sup>100</sup>.

El término «acción afirmativa» es originario de la *Civil Rights Act* estadounidense, de 1964, que fue una norma programática, esto es, en donde se estipulan una serie de medidas concretas relativas a la igualdad y previstas para la población negra, en virtud de la cual se pretendía alcanzar una igualdad en los resultados, no meramente en la declaración de igualdad de condiciones<sup>101</sup>. Pese al origen del concepto de discriminación positiva en el de acción positiva, no sugieren exactamente el mismo presupuesto. Según explicó Santiago LESMES, se

«conoce como Discriminación Positiva a aquellas medidas dirigidas a un grupo determinado, con las que se pretende suprimir y prevenir una discriminación o compensar las desventajas resultantes de actitudes, comportamientos y estructuras existentes, aunque ello suponga una ventaja respecto a otro grupo social. La cuestión estriba en dilucidar si esta ventaja supone una discriminación para otro grupo social o para personas concretas y si existiendo esta ventaja es o no legal»<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> Por ejemplo, la Recomendación General nº25 de la ONU, sobre el párrafo 1 del artículo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, en su punto II.9 establece: «La igualdad de resultados es la culminación lógica de la igualdad sustantiva o de facto», que se diferencia del «enfoque jurídico o programático puramente formal» (II.8).

<sup>100</sup> ABAD CASTELOS, BARRANCO AVILÉS y LLAMAZARES CALZADILLA, 2015: 231.

<sup>101</sup> MARTÍN VIDA, 2003: 187 y ss.

<sup>102</sup> LESMES, 2005: 58-59.

La acción positiva consiste es la actividad Estatal justificada en la exigencia del principio de igualdad y que ha sido concebida como una concreción específica del denominado Estado Social. Es decir, la acción positiva se produce por la intervención de los poderes públicos cuya finalidad es superar situaciones de desigualdad real de grupos o colectivos caracterizados por estar en una posición desventajosa respecto al resto de la sociedad<sup>103</sup>.

En este sentido, como se extrae de la obra de ALEXY, del principio de igualdad y no discriminación surge el derecho a recibir acciones positivas por parte del Estado<sup>104</sup>. Al respecto, José María SECO escribió que la discriminación positiva sirve

«para recibir además tratamientos jurídicos diferenciados en atención a su situación objetiva de desigualdad social. La igualdad de hecho se configura, por tanto, como un verdadero derecho subjetivo a recibir un trato desigual y favorable, especialmente por quienes se encuentren en inferioridad o pertenezcan a colectivos especialmente discriminados u olvidados»<sup>105</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, las acciones positivas constituyen un mandato a los poderes públicos, en virtud del artículo 9.2 CE, para establecer las condiciones reales y efectivas de igualdad, pues los poderes públicos deben erradicar cualquier tipo de obstáculo que impida alcanzar este fin. Sobre ello, el Tribunal Constitucional sentó doctrina *ex profeso* declarando que “lo proclamado en el repetido artículo 9.2 puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial”<sup>106</sup>.

Establecida la relación entre discriminación positiva y acción positiva, precisa dejar constancia de las implicaciones de este tipo de discriminación. La discriminación positiva se afirma en los términos la máxima aristotélica de «igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales», debido a que se realiza un trato desigual para las personas caracterizadas por un motivo protegido, a fin de dar con una situación social de igualdad real.

Una reflexión en torno a esta máxima procede del ámbito comunitario y las leyes antidiscriminatorias. De la igualdad para los iguales y la desigualdad para las desigualdades se extraen una serie de consecuencias formales, es decir, dicha máxima implica un modo específico de actuación, una formalidad en sentido estricto, en tanto

---

<sup>103</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, 2009: 29.

<sup>104</sup> ALEXY, 1986: 417-418.

<sup>105</sup> SECO, 2017: 68.

<sup>106</sup> STC 19/1988, de 16 de febrero.

existe un trato determinado para cada situación. De ahí, cuando se afirma que es una formalidad, la máxima evoca a un requisito para la ejecución del trato: o igual o desigual. En función de esta formalidad, esta máxima se extrapola al ámbito judicial al seguir la lógica que los casos similares deben tener respuestas judiciales iguales, a no ser que exista algún tipo de razón objetiva para no hacerlo. Y, por tanto, deba motivarse, se deba aportar una justificación al trato diferente de lo igual.

Como señalan Evelyn ELLIS y Philippa WATSON, a través de este *telos* justificativo resulta posible realizar diferencias de trato en determinados supuestos iguales. Por ejemplo, a partir del «principio del mérito» se justifica el pago de salarios diferentes a trabajadores que están cualificados idénticamente para un mismo puesto de trabajo. En este caso, los individuos son tratados de acuerdo con sus méritos profesionales y no “de acuerdo con los prejuicios estereotípicos realizados acerca del grupo social al que pertenecen”<sup>107</sup>. Como señalan estas autoras, la norma jurídica resulta la encargada de señalar qué tipo de situaciones y decisiones son susceptibles de que se les aplique algún principio diferenciador como el del mérito. En un supuesto como la diferencia de trato entre dos trabajadores motivada por la diferente ideología entre los mismos, las únicas excepciones justificadas al principio de no discriminación vendrían determinadas por los requisitos que permiten justificar el trato en la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

En efecto, la discriminación positiva descansa sobre la noción de igualdad o diferencia de trato justificada. Hecho que se recoge en nuestra jurisprudencia, que ha desarrollado el contenido sustancial del principio de igualdad y no discriminación que contiene el artículo 14 de la Constitución. En la interpretación de este principio, el Tribunal Constitucional explicó que la igualdad de trato no puede diferenciar *prima facie* entre dos o más personas bajo la misma situación y consecuencias jurídicas. Sin embargo, la igualdad de trato puede implicar una segunda variante: un trato diferente ante situaciones y categorías personales diferentes. No obstante, según describe el Tribunal, esta actividad requiere tener en cuenta que el motivo por el cual se produce esta diferencia debe ser razonable y debe atender en todo momento a las circunstancias particulares de cada caso<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> ELLIS y WATSON, 2013: 5-6.

<sup>108</sup> STC 61/2013, de 14 de marzo.

Pese a concebirse como una forma genérica de posibilidad de discriminar en favor de grupos determinados, la discriminación positiva no es la única forma posible de justificar un trato diferente. Como se ha mostrado brevemente, existe otras formas para justificar la discriminación, como la introducida por la Directiva 2000/78/CE relativa a los «requisitos profesionales», para el ámbito específico del empleo. Estos requisitos deben ser determinantes y esenciales para poder llevar a cabo las actividades laborales, como explica la doctrina, “siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”<sup>109</sup>.

Uno de los problemas estriba en el conflicto entre esta justificación del trato discriminatorio y las medidas de acción positiva, que puede invadir los márgenes donde podría justificarse este trato. Por ejemplo, un supuesto resultaría aquél donde se debe reservar un cierto número de plazas para colectivos vulnerables. Situación que hace pensar si las medidas de acción positiva establecen unos requisitos paralelos de acceso al empleo, al facultar a las personas del colectivo para acceder al puesto de trabajo a través de un criterio distinto al de la evaluación de su capacidad laboral.

Al respecto, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los casos de discapacidad se estableció que

«ciertamente todas esas normas incluyen ventajas o medidas de discriminación positiva en favor de las personas con discapacidad, pero no lo hacen en el sentido de establecer unos criterios distintos para la evaluación de la capacidad profesional que resulte necesaria para el desempeño de las plazas o funciones a cuyo acceso se aspire, sino en el que antes se subrayó de que, una vez superada esa capacidad mínima, se reserven unas plazas en las que únicamente se compita con personas que también tengan discapacidad»<sup>110</sup>.

### **I.3. La discrecionalidad**

En este epígrafe se plantea el problema de la posible confusión entre los conceptos de discriminación y discrecionalidad. Con la intención de realizar una distinción más precisa entre ambos conceptos se prestará atención a los diferentes elementos probatorios.

---

<sup>109</sup> BALLESTER, 2011: 238.

<sup>110</sup> STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de febrero de 2015, al Recurso de casación núm. 3521/2013.

El término discriminación tiene otro significado, además de designar al trato desigual no justificado y perjudicial. Como define el Diccionario de la RAE, la otra acepción de discriminar es «seleccionar excluyendo». En efecto, esta exclusión guarda una estrecha relación con el concepto de discriminación presentado hasta el momento, en tanto en el trato discriminatorio se excluye del trato igual a quienes se caracterizan por algún rasgo personal. Así planteado, cuando se emplea el término «discriminar» puede hacerse referencia a una selección por la que se excluye del mismo trato a una persona respecto al resto. Este hecho, en sí mismo, no tiene por qué constituir un perjuicio injustificado sobre una persona o un colectivo definidos por alguna condición personal, en otras palabras, una discriminación. Y es que este trato, como se ha mostrado, puede estar justificado por el Derecho. En ese caso, la posibilidad de discriminar es igual de válida y quien realiza el trato ha actuado escogiendo entre las distintas opciones. Cuando existen distintas opciones igual de válidas para el Derecho, se entre en el ámbito de la discrecionalidad.

Los conceptos de discriminación y de discrecionalidad pueden plantear problemas en la práctica jurídica. Como explican GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, una de las definiciones más consistentes de discrecionalidad presenta a este acto como la existencia de varias soluciones igualmente válidas para el Derecho, entre las cuales el órgano decisor puede elegir<sup>111</sup>.

En la facultad o potestad discrecional también se discrimina, aunque en el sentido de escoger una entre las distintas opciones igualmente válidas. Es en el ejercicio de esta facultad donde surge la problemática. Para unos la acción será vista como un tipo de discriminación y para otras será una discrecionalidad. Se dirá de ello que es una discriminación porque entre las opciones igualmente válidas se ha escogido una por un criterio personal o aparentemente no objetivo, esto es, se ha seleccionado una opción por un criterio diferente al resto. También se dirá que esta selección ha beneficiado a una opción en detrimento de otras, por tanto, se crea un perjuicio para el resto. Además, cuando lidia algún motivo protegido frente a discriminación, se presenta en este caso un tipo de acto donde *prima facie* incurren todos los elementos del concepto de discriminación: 1) debe entenderse que el acto de seleccionar excluyendo es un trato diferente y «aparentemente injustificado» para una de las opciones; 2) existe una situación de comparación a partir del perjuicio creado para el resto de opciones válidas;

---

<sup>111</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 1999: 446-447.

y 3) se crea un perjuicio a una persona caracterizada por un rasgo personal protegido frente a discriminación.

Con la discriminación se crea un perjuicio a raíz de la diferencia de trato injustificada. De forma similar, con la discrecionalidad se discrimina entre diversas posibilidades igual de válidas para el Derecho al decidirse por una y excluir a las demás. Así, la discrecionalidad administrativa consiste en tomar una decisión libremente sobre algún aspecto posibilitado por el ordenamiento jurídico.

La justificación de la decisión discrecional (en sentido lato y no solamente la discrecionalidad administrativa) reside en actuar mediante un criterio no reglado para decidir libremente entre las posibilidades que son válidas jurídicamente. Y la principal virtud de esta potestad es que gracias a la discrecionalidad no existe una aplicación sistemática de resoluciones jurídicas<sup>112</sup>. Es decir, el ordenamiento jurídico no se aplica de manera uniforme y monolítica. La potestad discrecional habilita un margen para dar diferentes respuestas posibles a un hecho. El ejercicio de esta potestad implica que el ordenamiento se pueda individualizar a cada supuesto mediante una decisión libre entre las diferentes posibilidades. Se diferencia así cada supuesto de un trato sistemático, tanto de forma particular, ya que es una decisión específica para el supuesto concreto, como general, al no permitir una decisión sistemática.

El margen de libertad para tomar una decisión está sometido, sin embargo, al principio de legalidad. Con la discrecionalidad se rompe el trato sistemático del Derecho sobre los sujetos, pero, a su vez, un trato para cada sujeto debe conjugarse con principios y valores del propio ordenamiento jurídico. Como, por ejemplo, la seguridad jurídica, la doctrina unificada o la propia igualdad. En consecuencia, la discrecionalidad se caracteriza por la libertad habilitada de conformidad con el principio de legalidad. En otras palabras, dentro del margen decisorio, la selección de una posibilidad está justificada en el respeto al ordenamiento jurídico y, por tanto, limitada por los motivos protegidos frente a discriminación como con las decisiones anteriores presentes en la jurisprudencia. Es decir, el límite a la propia potestad lo marca el Derecho: actúe libremente escogiendo entre las posibilidades que no contradigan al ordenamiento. De no existir este límite, la discrecionalidad sería una potestad que excedería a la formalidad y a la seguridad que ofrece el Derecho. En este caso sería una arbitrariedad,

---

<sup>112</sup> VIVERN, 1992: 134-135.

y el acto arbitrario debe ser calificado de «acto ilegal» o «acto erróneo», en definitiva, contrario a Derecho<sup>113</sup>.

De lo anterior cabe destacar el contexto recurrente que imprime la igualdad, tanto para el acto discrecional como para el trato discriminatorio. Por un lado, tal y como se ha indicado, en el acto discrecional el ordenamiento jurídico permite escoger entre posibilidades igualmente de válidas, por tanto, entre posibilidades iguales las unas en comparación con las otras, en tanto todas son jurídicamente posibles. Y, por otra parte, en el trato discriminatorio existe el elemento comparativo: unos son tratados iguales mientras que a otro se le crea un perjuicio tratándosele diferente por una característica personal que lo define. En este caso, es la igualdad en los términos comparativos y, por tanto, como explica un sector doctrinal, se excluye la igualdad relativa que se presume en ciertas características personales protegidas por el ordenamiento<sup>114</sup>. De esta manera, la igualdad está presente en ambos conceptos dado que existen situaciones comparables.

Con el ánimo de arrojar más luz sobre la distinción entre ambos conceptos, resulta conveniente prestar atención a cómo se prueban uno y otro tipo de acto.

### **I.2.3. Características de la prueba judicial en casos de discriminación**

Probar el trato discriminatorio constituye un elemento judicial básico del concepto de discriminación. Para ello, la prueba se practica de forma similar en cualquier foro con la intención de demostrar la existencia de un trato perjudicial.

Cuando los tribunales valoran si un hecho resulta discriminatorio se acogen al elemento objetivo que les permite realizar la apreciación, centrado principalmente en el daño, el perjuicio creado, a raíz de la comparación entre las situaciones. La prueba de la discriminación gira en torno a objetivar este daño, en demostrar un perjuicio que es consecuencia del trato discriminatorio. En otras palabras, en la imputación objetiva del resultado dañoso o lesivo, se establece que el trato discriminatorio es la «causa» del perjuicio y, por tanto, quien ha realizado el trato, ha discriminado. Para realizar esta imputación, la prueba reúne necesariamente las características propias del tipo de discriminación al que se hace frente.

---

<sup>113</sup> Explicó RECASENS SICHES (1959: 215) que “la Filosofía jurídica de nuestro tiempo ha aceptado como distinción esencial entre el mando jurídico y el mando arbitrario la doctrina elaborada por STAMMLER. Siguiendo esta inspiración -aunque dándole algunos matices de mayor precisión- puede decirse que a lo jurídico es esencial la nota de *regularidad inviolable*; mientras que, por el contrario, el mandato arbitrario se presenta como una *irregularidad caprichosa*”.

<sup>114</sup> GARCÍA-CUEVAS, 2015: 239-274.

Con la intención de ilustrar la prueba de la discriminación característica de diferentes tipos, se presentan a continuación, las diferencias entre la demostración de la discriminación directa e indirecta. Una vez presentados de esta manera que existen distintos tipos de demostración del trato discriminatorio, esta prueba se diferenciará, en segundo lugar, de aquellas especificidades que presenta la prueba de un acto discrecional.

### **I.2.3.1. Diferencias entre los tipos de discriminación a efectos probatorios**

Como se ha puesto de manifiesto, cada tipo de discriminación responde a un acto determinado que en el momento de demostrarse, demanda diferentes requisitos o características probatorias. Para sustentar esta afirmación, a continuación, se ponen de manifiesto las diferencias entre la prueba de la discriminación directa y de la indirecta.

En cuanto a la «discriminación directa», la prueba debe evidenciar el perjuicio generado con trato discriminatorio a una persona caracterizada por un motivo protegido. El trato diferenciado debe recaer expresamente en una persona sobre la cual existe una característica que la define, de la que se observe su pertenencia a un colectivo protegido frente a discriminación.

El motivo protegido es la pieza fundamental de la prueba de la discriminación directa. Si la persona no hubiera estado caracterizada por ese motivo, el trato no se podría considerar discriminatorio, en cualquier caso, el trato constituiría una desigualdad. El motivo protegido es la razón por la que se produce el trato discriminatorio<sup>115</sup>. La demostración del daño se vincula con la existencia del motivo protegido.

El verdadero rompecabezas aparece, sin embargo, en el momento de establecer la relación causal en la «prueba de la discriminación indirecta». Por ello, ha cobrado un importante valor la prueba estadística. De la misma forma que sucede en la discriminación directa, la técnica probatoria consiste en la constatación de los efectos de la discriminación a partir de la obtención de muestras de esta situación desfavorable. A razón de este muestreo, la «prueba estadística» resulta esencial para la protección

---

<sup>115</sup> Para una explicación más exhaustiva sobre la importancia de los motivos protegidos, puede consultarse el Voto particular formulado por el Magistrado D. Julio Diego GONZÁLEZ CAMPOS en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 13/2001, de 29 de enero.



judicial de la discriminación indirecta, tanto a nivel estatal<sup>116</sup>, como europeo<sup>117</sup>. Esta prueba requiere de un número relevante de afectados, personas definidas por un motivo protegido, sobre el total de personas abarcadas por una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros.

Resulta complicado establecer un umbral mínimo para dar validez a este tipo de prueba debido a las peculiaridades propias de los casos que han sido probados mediante este tipo de prueba. En atención a la jurisprudencia, el TJUE declaró que el dato estadístico debe mostrar una «cifra sustancial», que la proporción resultante de la prueba estadística debe mostrar una afectación «notable» de las personas caracterizadas por un motivo protegido. Es decir, se debe mostrar que a las personas que no estén caracterizados por la razón protegida les afecta de forma considerablemente inferior o, por el contrario, que las personas definidas por el motivo protegido son un porcentaje muy superior que las demás<sup>118</sup>. En conclusión, la prueba de la discriminación indirecta debe demostrar que las personas definidas por un motivo protegido son un porcentaje relevante en comparación con aquellas personas no definidas por el mismo.

Un ejemplo notorio de nuestra jurisprudencia constitucional es la resolución por la que se estableció que la Disposición Adicional 7ª de la Ley General de Seguridad Social genera un supuesto de discriminación indirecta por razón de género, derivado del régimen jurídico de la prestación de jubilación tras las cotizaciones por contratos a tiempo parcial<sup>119</sup>. Con la finalidad de constatar la discriminación indirecta del precepto legal sobre las personas de género femenino, en este caso se acepta una prueba estadística de la elevada presencia de la mujer en los contratos a tiempo parcial. A través de este tipo de contratos se emplean a las mujeres proporcionalmente más que a los hombres. Además, el cálculo de la prorrata temporal que se desprende del artículo afecta al género femenino especial y notoriamente. El elemento probatorio de la discriminación indirecta es producto tanto de la constatación de la estadística de las mujeres empleadas por estos contratos, como de los efectos de esta norma

---

<sup>116</sup> STSJ/Cantabria de 14 de noviembre de 2005. En este caso se aceptó la prueba estadística para constatar la discriminación indirecta por razón de sexo en el acceso a un empleo, donde uno de los requisitos de acceso repercutía en la contratación de personal esencialmente masculino. Este requisito no venía especificado ni en la legislación ni en el Convenio Colectivo del sector.

<sup>117</sup> STEDH, de 6 de enero de 2005, *Hoogendijk vs. Países Bajos*. En este caso se constató con datos oficiales indubitables que una norma específica aparentemente neutra afectaba a una proporción dispar de género. En el caso del ámbito jurisdiccional de la Unión Europea, sirven de ejemplo normativo las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, que prevén en sus preámbulos el uso de la prueba estadística para la constatación y establecimiento de datos, de muestras, en la aportación de los hechos por la parte actora.

<sup>118</sup> STJUE de 14 de diciembre de 1995, asunto *Nolte / Landesversicherungsanstalt Hannover*.

<sup>119</sup> STC 61/2013, de 14 de marzo de 2013.

aparentemente neutra y cuyo cálculo constata un daño objetivado sobre el grupo diferenciado por el motivo protegido de sexo.

En consecuencia, el TC entendió que el presupuesto aparentemente neutro de la norma creaba una lesión sobre las mujeres en el acceso a la prestación por jubilación. Resulta, por tanto, un supuesto de discriminación indirecta de motivo protegido por razón de sexo.

### **I.2.3.2. Diferencias en la justificación de un trato discriminatorio y de un acto discrecional**

Como ha sido señalado, discriminación y discrecionalidad son dos conceptos jurídicos que se prestan a la confusión. A lo largo de las líneas precedentes, se ha intentado discernir entre ambos conceptos. Para resaltar esta diferencia, resulta necesario realizar una distinción sobre la justificación que recae en uno y en otro tipo. Es decir, examinar la justificación de qué razones llevan, por un lado, a tratar diferente a una situación igual o igual a una situación diferente (discriminación) y cuáles llevan, por otro, a actuar de una manera entre iguales opciones posibles (discrecionalidad).

La jurisprudencia ha desarrollado unos criterios por los que se entiende que un acto discriminatorio se entiende «justificado»<sup>120</sup>. Ante cualquier indicio de discriminación, la justificación: 1) debe ser «objetiva y razonable»; 2) debe atender a la «finalidad legítima»; y 3) debe haber «proporcionalidad entre medios y fines». Estos criterios deben ser, además, concurrentes<sup>121</sup>:

Cuando se acredita que la discriminación persigue un fin legítimo, los tribunales someten a un escrutinio exhaustivo el propósito de la disposición o práctica que provoca un trato diferenciado entre iguales o un trato igual entre personas con condiciones jurídicas diferentes. Para ello, se atiende a todas las razones, objetivos y fines que dan lugar al trato diferenciado y si éstas razones son legalmente plausibles, esto es, que el ordenamiento jurídico permita perseguir. Como se ha anunciado, la persecución de este fin debe ser concurrente con el primer criterio, así, los medios empleados para este fin también están sometidos al «filtro de la objetividad y razonabilidad». En este sentido, la

---

<sup>120</sup> En el Capítulo II esta justificación será desarrollada más ampliamente en el epígrafe relativo al «Test de racionalidad», por lo que este epígrafe se limita a enumerar los elementos que la componen y que sirven para diferenciarse de la discrecionalidad.

<sup>121</sup> Puede verse estos «criterios generales que justifican un acto discriminatorio» en la doctrina del Tribunal Constitucional: STC 10/1981, de 10 de abril de 1981 y reiterada STC 39/2002, de 14 de febrero de 2002, sobre la interpretación del artículo 14 de la Constitución.

justificación objetiva debe evidenciar una abstracción de toda subjetividad que envuelve al trato, es decir la justificación no debe fundamentarse en un criterio subjetivo y, por su parte, la justificación razonable impone una motivación de los criterios relevantes para establecer la diferencia de trato.

En la relación entre los medios y los fines no debe haber opción a ninguna otra posibilidad que no sea discriminar para obtener la finalidad perseguida. La necesidad es la única posibilidad de justificar el trato discriminatorio. En consecuencia, la causa de necesidad es preceptiva para que los medios que pretenden obtener la finalidad legítima puedan contravenir la prohibición de discriminación. Esta necesidad constituye la primera premisa de la obligación de «proporcionalidad»: si existe alguna otra forma posible de actuar, no deberá discriminarse. La otra premisa que configura la proporcionalidad es la relación entre los medios y fines, en atención a que los medios necesarios que han sido empleados para tal cometido repercutan con el menor perjuicio posible en las personas caracterizadas por un asgo protegido frente a la discriminación.

En cuanto a la «justificación de un acto discrecional», deben considerarse dos tipos diferentes de actos, que dan lugar a dos justificaciones diferenciadas. Una relativa a la discrecionalidad de las administraciones públicas y otra relativa a la discrecionalidad de los sujetos particulares o privados. Existe una diferencia especialmente relevante entre ambos: el tipo de margen de libertad para actuar que caracteriza a las dos acciones<sup>122</sup>.

El margen de libertad para decidir que tiene cualquier ente y órgano públicos se justifica por estar habilitado por el propio ordenamiento jurídico. En éste está incluido el hecho de tomar una decisión discrecionalmente. De lo contrario, el ejercicio de esta potestad se dice que es arbitrario y, en consecuencia, contrario a Derecho. De ahí se afirma que la libertad de actuación de los entes públicos se traza sobre el interés general y los principios consagrados en el ordenamiento. Los actos discrecionales de estos entes que pueden generar un trato discriminatorio son contrarios *de iure* de una forma más intensa que los actos discrecionales de los particulares.

La «discrecionalidad administrativa» está sometida al principio de legalidad en tanto se configura como una potestad reglada, de lo contrario, incurriría en el ilícito de arbitrariedad administrativa o desviación de poder<sup>123</sup>. En consecuencia, la actuación de la Administración se produce acorde con toda una serie de requisitos legales. Por ejemplo, en la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento

---

<sup>122</sup> FERNÁNDEZ-ESPINAR, 2012: 211-258.

<sup>123</sup> STS de 5 de julio de 2012, Sala de lo Contencioso.

Administrativo Común, se regula el ejercicio de la potestad discrecional y se establece que debe motivarse, cuya ausencia, es causa de nulidad (artículos 54 y 62 de la Ley 30/1992).

Tal y como se ha afirmado, en los actos de la Administración rige el principio de legalidad, de esta manera, el margen de libre decisión de los entes públicos se somete al principio de legalidad, lo que crea un nexo legal con las garantías frente al trato discriminatorio. Aunque sea necesario probar el trato discriminatorio en sí mismo, el nexo causal que crea el principio de legalidad establece unos requisitos formales que imposibilitan la discriminación en el modo de producirse los actos administrativos. Esto es, los actos de estos entes son Derecho, están habilitados por el Derecho y crean efectos jurídicos. En consecuencia, el acto al margen de lo reglado se declara nulo por realizarse arbitrariamente, sin la debida forma, pese a que sustancialmente pudiera ser indubitable.

Por otro lado, la «discrecionalidad de los sujetos privados» no puede decirse que esté sometida al principio de legalidad, o al menos con la intensidad con la que debe caracterizar la actividad pública. En este sentido, las decisiones de los particulares no obedecen a una regulación, sino que se fundamentan en criterios completamente particulares, sin el «canon» prefijado por el principio de legalidad que rige en la actuación de los entes públicos. La libertad de actuación de un ente privado, por ejemplo, de una empresa, no tiene el mismo origen que la anteriormente mencionada<sup>124</sup>.

El margen de libertad, la discrecionalidad, de los sujetos particulares parte fundamentalmente de la autonomía de la voluntad y las reglas del derecho privado<sup>125</sup>. Como resultado, la arbitrariedad resulta un criterio plausible para este supuesto: las reglas privadas evocan a los criterios subjetivos, individuales y arbitrarios de los particulares. Por esta razón se afirma que la discriminación resulta más fácil de producirse (e incluso de justificar) en el ámbito privado.

Como se ha indicado, el principio de legalidad controla y limita la arbitrariedad en los actos de los entes públicos, aunque ello no resulta posible llevarlo a cabo en este otro tipo de actos. Resulta que el control ofrecido por el principio de legalidad, propio del Derecho y, por tanto, externo, a los actores privados, choca frontalmente con la autonomía de la voluntad que sustenta el margen de decisión de los sujetos particulares. Sin embargo, el ordenamiento jurídico protege igualmente la discriminación entre

---

<sup>124</sup> CERDÁ, 2009: 103-146.

<sup>125</sup> STC 112/2006, de 5 de abril.

sujetos de derecho privado. De ahí que un acto discrecional de los particulares pueda constituir genuinamente un trato discriminatorio. Luego, aunque el acto sea propio de la autonomía brindada por las normas del Derecho privado, no queda fuera del margen habilitado por las garantías frente a este tipo de trato. Ello es gracias a que las normas antidiscriminatorias alcanzan efectivamente a las relaciones y a los actos de los sujetos de Derecho privado a través de la denominada eficacia horizontal (*vid.* Cap. II.1.3.2.) esto es, que se aplican las pertinentes consecuencias jurídicas a aquellos actos que resultan en un trato discriminatorio, realizados tanto por personas físicas como por personas jurídicas. Tales consecuencias pueden ser una pena privativa de libertad, la nulidad de acto o la rescisión del contrato laboral.

La ausencia del principio de legalidad exigible a los entes públicos implica que un acto propio de la autonomía de la voluntad pueda salvar la debida forma, antes o después, sin que ello signifique tener que cambiar los fines del mismo, por sustancialmente dubitables que sean. De esta manera, la ausencia del principio de legalidad exige establecer un nexo causal estrictamente *de facto* con el trato discriminatorio cuando los actos discrecionales son los propios de la autonomía de la voluntad: la posibilidad de un acto arbitrario rompe con el nexo formal que establece el principio de legalidad para los entes públicos (y ello pese a que existan otros instrumentos de garantía frente al trato discriminatorio, tales como la inversión de la carga de la prueba o el establecimiento de una tutela específica mediante el procedimiento preferente y sumario). Por tanto, constatar la causalidad de este tipo de acto discrecional exige, consecuentemente, que deba demostrarse a través de las figuras comunes sobre la prueba del Derecho Procesal, esto es, mediante la aportación de hechos, pruebas y documentos como señala la Ley de Enjuiciamiento Civil para demostrar el perjuicio, al contrario que en el caso de los entes públicos, donde puede cuestionarse la debida forma del acto.

## **Capítulo II – El concepto de discriminación en el Derecho español**

En este capítulo se presenta el concepto de discriminación en el ordenamiento jurídico español. El capítulo se centra principalmente en la Constitución para describir los mecanismos genéricos de tutela frente al trato discriminatorio en nuestro ordenamiento jurídico, que provienen de la proclamación de prohibición de discriminación como una norma fundamental para el conjunto del ordenamiento español.

Aquí se pondrán de manifiesto una serie de cuestiones sobre la prohibición de discriminación que proclama la Constitución: en primer lugar, el artículo 14 de la Constitución es un artículo conflictivo, en tanto no existe una distinción estricta entre el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación; en segundo lugar, de este precepto, no obstante, se desprenden las garantías esenciales de tutela antidiscriminación en nuestro ordenamiento; en tercer lugar, el precepto constitucional tiene más alcance que las garantías frente a las diferencias de trato injustificada entre particulares al configurar un mandato para los poderes públicos; en cuarto lugar, la igualdad y la prohibición de discriminación se predica ante casos iguales o similares, por lo que un cambio en este criterio exige superar un test de racionalidad; finalmente, además, la aplicación del artículo 14 CE por parte de los órganos jurisdiccionales ha puesto de manifiesto una serie de criterios de aplicación del principio de no discriminación.

En este capítulo también se hace referencia al concepto de discriminación en el ámbito de los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo. En tanto ambos configuran unos tribunales a los que potencialmente puede llegarse desde España, sus garantías sobre la prohibición de discriminación están vinculadas con nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, se deben considerar como parte del estudio de la tutela frente al trato discriminatorio en el ordenamiento jurídico español.

Por todo lo anterior, el capítulo se estructura en dos secciones. Una primera dedicada al concepto de discriminación que proclama la Constitución en nuestro ordenamiento y una segunda para el concepto de discriminación en los dos ámbitos europeos.

Al hablar del concepto de discriminación de nuestro ordenamiento debe prestarse atención a la jurisprudencia. El principio de igualdad y no discriminación que proclama la Constitución está acompañado de una jurisprudencia abundante que, en ocasiones, puede resultar confusa: ¿qué papel es otorgado a la prohibición de discriminación en la máxima que aboga por el trato igual para los iguales y desigual para los desiguales? Si la jurisprudencia introduce algún matiz a esta máxima, ¿el concepto de discriminación tiene un sentido propio o, por el contrario, es un concepto vinculado al de igualdad? De ser así, ¿cómo se explica este vínculo?

Por otro lado, también debe considerarse que la jurisprudencia ha establecido criterios y mecanismos de garantía frente a tratos discriminatorios. Unos mecanismos y garantías que, en definitiva, configuran una gran parte de la propia tutela antidiscriminación. Ejemplo de ello son los precedentes judiciales, los cuales a efectos prácticos hacen la función de normas. Los precedentes pueden ser invocados por los particulares en la reclamación de justicia ante los tribunales, aun cuando las propias normas no hayan incorporado la situación particular sobre la que se ha sentado el precedente. A partir de esta lógica se puede afirmar que los precedentes judiciales permiten superar lagunas en un ordenamiento hasta que exista una norma positiva que colme dicho supuesto de hecho específico. Esta labor viene derivada del mandato de dar resoluciones iguales a hechos, o casos, similares: una vez sentado el precedente en la jurisprudencia, no debe darse respuestas diferentes ante supuestos iguales o similares.

La tutela frente al trato discriminatorio proviene de normas que establecen la protección en ámbitos determinados del Derecho, como, por ejemplo, la inversión de la carga de la prueba cuando existe algún indicio de discriminación en el despido. Este tipo de normas derivan del propio principio constitucional de no discriminación, aunque ofrezcan garantías específicas para determinados supuestos de hecho. Este capítulo resulta necesario para presentar las garantías frente a la discriminación en el ordenamiento jurídico español, que rigen en cualquier relación jurídica por imperativo constitucional.

La tutela frente al trato discriminatorio empieza con el mandato constitucional que debe ser observado en todo tipo de relación. En consecuencia, el presente capítulo se centra en el principio de no discriminación del texto constitucional, por el que se establece esta tutela en el ordenamiento jurídico español, junto con el vínculo con la prohibición de discriminación en sede del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De los mecanismos específicos que

proviene de las garantías de un motivo protegido en un ámbito concreto se ocuparán los siguientes capítulos de la tesis, a través del supuesto de la libertad ideológica en la relación laboral.

## **II.1. La prohibición de discriminación en la Constitución española**

El principio constitucional de igualdad y no discriminación se encuentra recogido en el artículo 14 de la Constitución. Al ser parte del texto constitucional, este principio se encuentra en la cúspide de la jerarquía normativa de fuentes, por lo que constituye una fuente de Derecho para el resto del ordenamiento.

El tenor literal del precepto es el 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 social»

Este precepto es particularmente conflictivo. Pese a la simbiosis entre igualdad y no discriminación que se presenta en el tenor literal, un sector de la doctrina constitucional ha explicado que ambos conceptos, el de igualdad y el de no discriminación, se diferencian en «ámbito» y «conceptuación», lo que puede presentarse como un indicio de que se trata de dos conceptos diferenciados.

AMÉRIGO y SUÁREZ PERTIERRA explicaron en sus comentarios al texto constitucional que la igualdad consiste en un mandato hacia los poderes públicos, cuyo «ámbito» se extiende a todos los campos y sujetos de Derecho entre los que pueda establecerse algún tipo de diferencia. Así, se incluye a sujetos de derecho público, privado, individuos, sociedades, empresas e incluso productos. Los sujetos pasivos de la discriminación, por el contrario, “sólo podrán ser los seres humanos, individualmente o en grupos<sup>126</sup>”. El mandato constitucional no alcanza, en este último sentido pasivo que requiere la discriminación, a los poderes públicos: ni tiene sentido afirmar que la Administración ha sido discriminada, se preguntaría respecto a quién, cómo se le ha dado un trato diferente y prejudicial, ni puede decirse que la Administración sea hombre o mujer, de etnia gitana, con alguna característica de diversidad funcional o cualquier

---

<sup>126</sup> AMÉRIGO y SUÁREZ (2006): 262-263.



otra característica que defina a las personas o colectivos. Lo que pone de manifiesto esta doctrina es la existencia de un ámbito jurídico diferenciado entre igualdad y discriminación por los sujetos pasivos. La igualdad no tiene límite en ningún supuesto jurídico mientras que la discriminación se ciñe al trato perjudicial padecido por los sujetos determinados.

Por otra parte, estos autores afirman que los conceptos de discriminación y de igualdad se diferencian en su «conceptuación». En su explicación, la igualdad deviene equiparada con la «proporcionalidad de la diferencia», esto es, en qué medida el desequilibrio define una situación como una desigualdad; mientras que la discriminación resulta equiparada con la «paridad de trato» en referencia a las razones establecidas constitucionalmente, es decir, un trato diferente motivado por un rasgo personal como el sexo, la raza, el lugar de nacimiento o la religión<sup>127</sup>.

Sin embargo, esta diferenciación entre igualdad y discriminación ni justifica que la discriminación constituya un concepto sin relación alguna con el de igualdad, ni afirma a ciencia cierta que ambos conceptos sean independientes o inconexos. La «paridad de trato» o la «diferencia de la proporción» siguen siendo términos que refieren, en última instancia, a formas de igualdad. No hay paridad de trato en tanto no ha existido un trato «igual» para lo que debe ser tratado igual, si se entiende que no puede producirse un trato diferente a lo que se presenta como igual. Y no hay proporción en la diferencia en tanto se rompe con el trato igual de lo igual y, por tanto, con el trato igual de los casos similares, pero proporcionalmente diferentes al no consistir en el mismo supuesto exacto. Lo que aquí se refleja son tratos bajo el criterio de la igualdad, es decir, en tanto se es igual se trata como a igual, de lo contrario, se incurre en una desigualdad, que de ninguna manera puede producirse cuando afecta a algún motivo protegido frente a discriminación. Esta lógica ha llevado a la doctrina iusfilosófica a explicar que la discriminación escenifica un tipo específico de desigualdad. En este sentido, Liborio HIERRO explicó que “la discriminación es una diferenciación que expresa un perjuicio social descalificatorio contra los miembros de un grupo, y que por eso mismo constituye un tipo específico de desigualdad<sup>128</sup>”. Más concretamente, la no discriminación consiste en una modalidad de la «igualdad formal de trato», de la igualdad ante la ley según lo

---

<sup>127</sup> Una definición ampliamente reflejada en la doctrina jurídica española, coincidiendo, entre otros, con la postura de ALONSO GARCÍA (1983: 21-92), FERNÁNDEZ LÓPEZ y RODRÍGUEZ-PIÑERO (1986: 267-269) o PÉREZ LUÑO (1987: 133-151).

<sup>128</sup> HIERRO, 1995: 133.

designado por el precepto constitucional. El propio HIERRO lo expresa de la siguiente manera:

«El principio de igualdad formal de trato, que es lo que llamamos «igualdad ante la ley» opera, por tanto, mediante un criterio «fuerte», consistente en la prohibición de ciertas discriminaciones consideradas injustas y un criterio «débil» (porque admite razón en contrario), consistente en la igualdad genérica»<sup>129</sup>.

Por tanto, dentro de las desigualdades existen razones sustraídas *prima facie* de la posible justificación: los motivos protegidos frente a discriminación.

En efecto, el principio genérico de igualdad y la prohibición de discriminación no son conceptos independientes. Aunque de cada uno de ellos se deriven criterios diferenciados y conceptualmente independientes, igualdad y no discriminación se derivan del principio de igualdad ante la ley o de igualdad formal de trato. De ello no resulta la incompatibilidad con la doctrina que se ha manifestado anteriormente por la que igualdad deviene equiparada con la proporcionalidad de la diferencia y la discriminación con la paridad de trato en referencia a un motivo protegido, pero sí resulta necesario explicar que la no discriminación consiste en un tipo específico de igualdad formal de trato, no dando lugar, de esta manera, a suponer que el precepto constitucional designa dos conceptos perfectamente diferenciados.

En atención a la jurisprudencia constitucional, RUÍZ MIGUEL matizó aún más en ello, al afirmar que la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido un concepto restringido de discriminación, que no resulta equiparable estrictamente con la desigualdad, sino que consiste en un tipo especial de desigualdad que atiende al trato perjudicial para la dignidad humana. El autor lo explica de la siguiente manera:

«Ante todo, se ha de precisar que la distinción en el art. 14 del mandato antidiscriminatorio supone adoptar un concepto restringido de «discriminación» según el cual ésta no equivale a simple desigualdad, incluso injusta, sino a un tipo especial de desigualdad caracterizado por la naturaleza generalmente odiosa del prejuicio social descalificatorio, que tiende a tomar como objeto de persecución un rasgo físico o cuasifísico hasta afectar de manera gravísimamente injusta a la dignidad y, por tanto, a la igualdad más básica de los portadores de tal rasgo»<sup>130</sup>.

El concepto restringido de discriminación que señala RUÍZ MIGUEL de la jurisprudencia constitucional tiene una implicación mayor en lo tocante a lo fáctico y a lo axiológico. En la jurisprudencia constitucional que señala el autor se establece la

---

<sup>129</sup> HIERRO, 1995: 131-132.

<sup>130</sup> RUÍZ MIGUEL, 1996: 53.

doctrina del trato igual para lo igual, pero no siempre el trato desigual para lo desigual. El TC rompe así con la máxima aristotélica de justicia expresada a través de la igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales. Por consiguiente, en la práctica, la jurisprudencia constitucional desvirtúa el valor de la justicia que impregna a este tipo de trato. Esta interpretación ha sido detallada por GARCÍA MANRIQUE, de quien se extrae que el precepto constitucional exige tratar igual lo igual, pero no exige tratar desigual lo desigual, aunque el propio tribunal lo autorice. El autor lo explica de la siguiente manera:

«Si esta interpretación es correcta, la equiparación de la igualdad en la ley con la justicia sustantiva no es pertinente, porque la igualdad en la ley exige sólo, por así decir, la mitad de la justicia, pero no toda ella; en la práctica, esto supone una drástica restricción al alcance del principio de la igualdad en la ley.

(...)

En definitiva, el trato igual de lo desigual supone un comportamiento incoherente con el trato igual de lo igual. Si esto es así, entonces no hay razón suficiente para limitar el alcance del mandato de igualdad del art. 14 sólo al trato igual de lo igual, porque, al aceptar su justificación axiológica, nos vemos obligados también al trato desigual de lo desigual»<sup>131</sup>.

Del concepto de discriminación debe predicarse una respuesta a estas observaciones. En la exigencia del trato igual de lo igual y la posibilidad de trato desigual para lo desigual, necesariamente debe establecerse algún tipo de criterio para dar un trato u otro: quién es igual y quién no lo es, o en función de qué va a considerarse un tipo de trato u otro. Es el criterio a partir del cual se establece la justificación de un trato determinado: si se consideran iguales, se dará un trato igual; y si se consideran diferentes, se dará un trato diferente. De lo contrario, deberá justificarse por qué no se ha producido el trato pertinente a lo que se ha considerado igual o desigual.

El concepto de discriminación presupone este criterio necesario, en tanto es un principio dirigido a unos sujetos pasivos determinados: las personas son consideradas como personas y no puede haber trato diferenciado en función de ciertos rasgos que están apartados de una posible distinción. En otras palabras, hay ciertas características que no deben emplearse para justificar lo diferente. El concepto de discriminación sí exige el trato igual de lo igual y el trato diferente de lo diferente, aunque para ello emplea la fórmula de la prohibición: la Constitución «prohíbe» en cualquier caso la discriminación, esto es, «prohíbe» el trato diferente de lo igual y el trato igual de lo diferente. Una prohibición que viene exigiendo dar a cada persona el trato que le

---

<sup>131</sup> GARCÍA MANRIQUE, 2010: 615-616.

corresponde como persona sin que por ello se pueda establecer una diferencia, por tanto, exige un trato igual en tanto que personas, esto es, a fin de cuentas, dar a cada persona lo suyo o, en otras palabras, dar un trato justo como persona. Al presuponer los criterios de quién no puede ser discriminado y por qué razones no puede ser discriminado, de la discriminación sí puede predicarse la exigencia de tratar igual lo igual y desigual lo desigual, aunque sea en la versión negativa de que no puede tratarse desigual lo igual e igual lo desigual.

RUIZ MIGUEL tendrá razón al afirmar que la discriminación es un tipo restringido de desigualdad al tratarse de un tipo concreto de ella. Pero la virtud de la discriminación radica en que la propiedad que la define como un trato desigual específico es al mismo tiempo el criterio por el cual hace factible la máxima aristotélica de justicia en el ordenamiento español, al menos, en lo tocante a un tipo de desigualdad y no da, como dice GARCÍA MANRIQUE, solamente la mitad de la justicia cuando se habla, en sentido genérico, de igualdad. De ahí que la prohibición de discriminación desaprueba el trato desigual de lo igual y el trato igual de lo desigual, en tanto que cualquiera de ambos tipos de trato se produzca a razón de una condición personal que constituya un motivo protegido, el trato constituirá una discriminación<sup>132</sup>. Por tanto, la prohibición de discriminación persigue el trato igual de lo igual y desigual de lo desigual, esto es, persigue dar justicia mediante la fórmula de prohibir lo que no sería el trato justo.

### **II.1.1. La proclamación de la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminar**

En la primera parte del artículo 14 CE destaca la proclamación de igualdad ante la ley. Como ha explicado PÉREZ LUÑO, la expresión «igualdad ante la ley» del precepto constitucional significa la exigencia jurídico-política de la igualdad formal, al ser un principio que “supone el reconocimiento de un mismo estatuto jurídico para todos los ciudadanos, lo que implica la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del derecho<sup>133</sup>”. Por tanto, la igualdad formal sirve de vehículo para crear unas garantías sustantivas: una igualdad tanto en el propio ordenamiento jurídico como en su aplicación.

---

<sup>132</sup> STEDH de 6 de enero de 2005, asunto *Hoogendijk vs. Países Bajos*.

<sup>133</sup> PÉREZ LUÑO, 2008: 19.

La línea de pensamiento de este autor comulga con la doctrina del TC y su criterio teleológico sobre la igualdad formal. El TC advierte que este principio de igualdad formal de trato, o igualdad ante la ley, está en estrecha relación con el mandato constitucional del artículo 9.2 de la Constitución. Es decir, la igualdad formal escenifica, esencialmente, un mandato hacia los poderes públicos para establecer las condiciones necesarias que permitan lograr una igualdad material<sup>134</sup>. De lo que se puede concluir que el principio de igualdad formal representa el instrumento de los poderes públicos para lograr la igualdad material, en tanto ambos principios actúan conjuntamente. De ahí que el TC explique que “los principios rectores del ordenamiento jurídico imponen a los poderes públicos promover no solo la igualdad formal, sino también la real y efectiva”<sup>135</sup>. La conjunción de ambos tipos de igualdad, formal y material, lleva a autores como Nicolò LIPARI a hablar del concepto de «igualdad sustancial»<sup>136</sup>.

Pese a esta relación entre igualdad formal y material, RUÍZ MIGUEL (1996: 40) diferenció que la igualdad ante la ley (igualdad formal) se realiza predominantemente en el ordenamiento jurídico, mientras que la igualdad sustancial (en conjunción con la material), con carácter ideal y de difícil realización, se centra en proponer los modelos de igualdad en el ámbito social, el económico y el cultural. En una línea similar explica Antonio BAYLOS que la igualdad formal está alejada de “las condiciones materiales de existencia de (...) la población, caracterizadas por desigualdades crecientes”, esto es, de la igualdad material, aunque necesariamente la igualdad formal se practique en atención de la diversidad de condiciones de cualquier persona<sup>137</sup>. Es por ello que, según este último autor, la igualdad formal del texto constitucional exige un trato adecuado a los motivos y condiciones que caracterizan a cualquier persona. En este trato adecuado a las personas se justificaría la diferencia: si bien resulta predicable el trato igual para las situaciones iguales, el trato diferenciado para las situaciones diferentes viene justificado por la atención a los rasgos característicos de la persona.

Esta justificación del trato diferente caracteriza a la igualdad formal, pero innegablemente la igualdad formal crea una realidad sustancial, en tanto las consecuencias del principio constitucional son: uno, que las normas son igualmente aplicadas a todos, sin tener en cuenta otras circunstancias que las designadas por el

---

<sup>134</sup> STC 6/1981, de 16 de marzo.

<sup>135</sup> STC 162/2016, de 3 de octubre de 2016.

<sup>136</sup> LIPARI, 2016: 76-77.

<sup>137</sup> BAYLOS GRAU, 2015: 44-45.

propio precepto constitucional, esto es, las condiciones personales a las que hace referencia el autor; y dos, que tal exigencia se dirige a la propia ley, al contenido sustantivo de las normas jurídicas. Sobre estas dos consecuencias, GARCÍA MANRIQUE explicó que

«la dicotomía entre igualdad formal e igualdad material es inaceptable, al menos si por igualdad formal se entiende igualdad en la ley, porque ésta no es sino una forma de expresar una igualdad que nada tiene de formal y sí de sustantiva o, como también se la suele llamar, material»<sup>138</sup>.

Por tanto, en la propia explicación de la igualdad formal se encuentra también el vínculo con la igualdad material. El argumento del autor no es aislado y puede encontrarse, como se ha mostrado, en la jurisprudencia constitucional del artículo 9.2 CE, en la que el TC se ha pronunciado, por ejemplo, para explicar que, en la relación jurídico-laboral, la justificación de un trato diferente a través de una medida formal debe ser tomada para equilibrar el balance desigual entre los sujetos que la configuran. El TC explicó que una igualdad o desigualdad en la ley reflejará una condición sustancial de igualdad,

“pues con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del artículo 1, que constituye a España como un Estado democrático y social de derecho, por lo que, en definitiva, se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador»<sup>139</sup>.

La prohibición de discriminación es parte de la igualdad formal y, consecuentemente, contribuye a la realización de la igualdad material. La discriminación que define el precepto constitucional constata un tipo específico de desigualdad en sentido formal, pero a su vez, establece las premisas, señaladas previamente, por las que puede afirmarse la igualdad con cierto carácter sustancial: en primer lugar, al establecer los motivos por los que no pueden hacerse valer un trato diferente, esto es, por un mandato que se aplica a todos; y, en segundo lugar, al configurar un contenido sustantivo para el resto del ordenamiento que debe ser respetado por las leyes. A través de la prohibición de discriminación se crea una

---

<sup>138</sup> GARCÍA MANRIQUE, 2010: 617.

<sup>139</sup> STC 3/1983, de 25 de enero de 1983.

igualdad material en función de los motivos que se protegen frente a una diferencia de un trato injustificada y de su preservación en el propio ordenamiento jurídico al imposibilitar un contenido normativo contrario a este mandato.

### **II.1.2. Los motivos protegidos y la cláusula abierta**

Las garantías constitucionales del principio de no discriminación se extienden sobre todas las relaciones jurídicas que pueda abarcar el Derecho español, en tanto el artículo 14 CE es fuente suprema del ordenamiento jurídico y despliega sus efectos sobre la totalidad del mismo. Ahora, pese a la protección omnipresente que dictan estas garantías, la proclamación constitucional del principio de no discriminación se completa con las leyes que abordan supuestos de hecho específicos, donde la discriminación puede presentarse de diversas maneras, por ejemplo, entre las causas del despido. Esta protección específica procede de introducir una normativa relativa a un motivo protegido en un sector concreto del Derecho. En consecuencia, los motivos protegidos constituyen las razones por las que no puede producirse discriminación y, al mismo tiempo, la razón de proteger frente al trato discriminatorio a través de regular determinados ámbitos.

Este tipo de normas están justificadas por el tenor literal del artículo 14 CE, donde se enumeran ciertos motivos protegidos frente a los que no puede haber ningún tipo de discriminación. El precepto constitucional establece la prohibición de no ser discriminado y se limita a describir las cualidades personales por las cuales las personas no pueden resultar discriminadas en ninguna relación jurídica. Las garantías específicas de estos motivos protegidos son consecuencia de la promulgación de normas posteriores a la Constitución. Dichas normas desarrollan la tutela de los motivos en los diferentes ámbitos del Derecho y constituyen formas específicas de tutela frente a discriminación.

Ejemplo de ello es la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En esta ley, la tutela recae sobre situaciones potencialmente expuestas a discriminación y caracterizadas por el motivo protegido de sexo. En este caso, la ley recoge situaciones de hecho como el acceso al empleo o la maternidad, donde debe hacerse prevalecer la igualdad entre mujeres y hombres. En el caso de la maternidad, la mujer está en una situación desigual que requiere medidas concretas: las mujeres dan a luz, no los hombres, lo que justifica un tiempo de baja mayor para las mujeres respecto a los hombres y, por otra parte, no puede ser causa justa de despido o el motivo por el

cual las mujeres no pueden optar a un puesto de trabajo. En este sentido, dichas medidas justifican un trato diferenciado por razón de género, puesto que debe prevalecer la igualdad implica dar un trato diferenciado a las mujeres para lograr condiciones materiales de igualdad, o lo que es lo mismo, justifica realizar determinadas acciones positivas. Otro ejemplo de este tipo de trato sería el mecanismo procesal de la inversión de la carga de la prueba, donde la persona caracterizada por un motivo protegido queda exenta de justificar que la medida o trato no fuera por razón de ese motivo y, por tanto, quien presuntamente ha discriminado debe justificar que en su acción no existía una razón despreciable prohibida por el ordenamiento.

Los motivos protegidos configuran los criterios por los que no puede haber una diferencia de trato, de ahí que se haya afirmado que justifican la creación de normas antidiscriminatorias. Ahora bien, de los motivos protegidos debe ser destacado un aspecto de fundamentación que trasciende a sus garantías jurídicas, la fuente jurídica sobre la que deben ser justificados: los motivos protegidos entrelazan la prohibición de discriminación con la dignidad humana. El fundamento de estas características definitorias de la persona reside en los valores propios de la dignidad. Para dar cuenta de esta afirmación, la exmagistrada del TC Magdalena NOGUEIRA explicó:

«El principio de no discriminación contenido también en el art. 14 CE enlaza con valores inherentes a la dignidad de la persona humana y parte de la constatación de la existencia en la sociedad de grupos o colectivos de personas sistemática y tradicionalmente marginados, con lo que su vulneración supone, no sólo situar a sectores de la población en situaciones desventajosas carentes de razonabilidad, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE»<sup>140</sup>.

Es en este sentido que la dignidad de la persona está conectada con la igualdad y la no discriminación. Los colectivos que sistemática y tradicionalmente están marginados tienen en común el atentado contra la dignidad de la persona, ya sea en su vertiente individual o colectiva. Y en este sentido, no resulta suficiente alegar que un grupo o una persona está discriminada por pertenecer a un grupo marginado, sino que la tutela frente al trato discriminatorio protege a las personas y grupos marginados en función de los motivos que definen a la persona por ser persona, evocando así a la propia dignidad humana. De lo contrario, por ejemplo, podría decirse que las personas que escuchan un determinado estilo de música minoritario estarían discriminadas. Y en este sentido, una persona no está sistemáticamente discriminada porque escucha música reggae y en la

---

<sup>140</sup> NOGUEIRA, 2009: 59.



radio solamente resulta posible escuchar pop. En ese caso, se afirmará que efectivamente existe una desigualdad, se emite más un tipo que otro, pero que ésta responde a razones justificadas y proporcionales, como las que podrían derivarse de la oferta y la demanda: si las emisoras emiten un cierto estilo musical es porque existe una demanda por parte de los oyentes que justifica ese tipo de música y es proporcionalmente mayor que otros. Incluso, emitir cierto tipo de música puede crear un perjuicio a las emisoras, al tener que afrontar los costes de la emisión para una audiencia mínima, mientras que con el otro tipo de música la demanda justificaría los costes e incluso se obtendrían beneficios.

La situación sería completamente diferente cuando existe una conexión con la dignidad de la persona, aunque no sea considerado un rasgo personal protegido expresamente frente a discriminación. Sería el caso en el que esta misma persona llevara un estilo de vida de acuerdo con lo que predica la música reggae, por ejemplo, al vestir con atuendos que lucen la cara de Bob Marley, o al llevar pendientes con el logo de una hoja de marihuana, y peinado de rastas y, a causa de ello, no pudiera acceder a un puesto de trabajo, en tanto existe un perjuicio hacia la gente que viste y lleva ese mismo estilo de vida y que no sucede con el resto de personas. En este caso, el trato diferente estaría motivado por una característica que define su forma de vivir libremente, definida por el libre desarrollo de su personalidad.

En este caso ya no está claro que la diferencia consista en una desigualdad justificada con una medida proporcional, sino en un trato desigual motivado en una característica de la propia persona y su capacidad para vivir de forma que crea conveniente. En este caso, la desigualdad vendría motivada por una causa que en último término se deriva de la dignidad de la persona y, por tanto, el trato derivaría del perjuicio que recae sobre un determinado grupo social, que, en definitiva, se marginaría. Quien decide no contratar en función de tal perjuicio podría pensar: la presencia de esta persona (luce símbolos determinados, con rastas, etcétera) da lugar a imaginar que aquello que muestra son sus mayores preocupaciones y, en definitiva, que para el puesto de trabajo no sea la persona adecuad. Por tanto, el empleador podría plantearse lo adecuado de contratar a esta o a otra persona. Ejemplos como este plantean la cuestión si tales tratos desiguales consisten en un trato discriminatorio.

En la dignidad humana reside el perjuicio hacia determinadas personas y grupos que históricamente han estado marginados. Al respecto, GARCÍA DOMÍNGUEZ explicó

«pues la dignidad hace referencia al igual valor que, como ser humano, tiene cada persona. La discriminación niega la análoga condición de persona de los colectivos discriminados socialmente y hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado»<sup>141</sup>.

Determinadas causas conectadas con la dignidad de la persona son tributarias de protegerse frente al trato discriminatorio a través de la cláusula final del artículo 14 CE. Al final de los motivos protegidos enumerados en este artículo consta una «cláusula abierta», esto es, la Constitución no establece un límite de cuáles son los motivos protegidos. A través de «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», las garantías constitucionales alcanzan una serie de motivos no enumerados por los que no puede producirse un trato discriminatorio.

Esta cláusula contrasta con la forma de prohibir el trato discriminatorio que había caracterizado previamente al constituyente español. Por ejemplo, en el artículo 25 de la Constitución española de 1931 se proclamaba una lista cerrada de los motivos que no podían «ser fundamento de privilegio jurídico»<sup>142</sup>. A diferencia del artículo 14 de la Constitución de 1978, este precepto no contenía la cláusula abierta sobre motivos protegidos. Debe considerarse que, en el interregno entre ambos artículos se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En el artículo 2 DUDH<sup>143</sup> sí que se encuentra la cláusula abierta de motivos protegidos y este texto internacional influyó notoriamente en la Constitución de 1978, tal y como puede identificarse en esta cláusula, hasta el punto de ser expresamente mencionada en el tenor literal del artículo 10.2 CE.

Efectivamente, la cláusula abierta debe comprenderse como una puerta abierta a cualquier otro motivo justificable en función de una condición personal vinculada a la dignidad. Esto es, un motivo históricamente desfavorecido o marginado debido a las condiciones individuales o sociales que se derivan de la igual capacidad humana para

---

<sup>141</sup> GARRIGA DOMÍNGUEZ, 2016: 58-59.

<sup>142</sup> En la Constitución de 1931, el artículo 25 habría Capítulo I sobre garantías individuales y políticas, del Título III sobre los derechos y deberes de los españoles. El texto legal fue el siguiente: «No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas. El Estado no reconoce distinciones y títulos nobiliarios.»

<sup>143</sup> El artículo 2 de la DUDH enuncia: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.»

ser libres<sup>144</sup>. Por tanto, si por un lado es una cláusula abierta, por otro es un concepto restringido, no válido para cualquier motivo, sino para aquellos motivos que definen a la persona por ser persona, individual o colectivamente.

Aunque pueda parecer que la cláusula abierta convierte a la discriminación en un tipo no tan restringido de desigualdad, lo cierto es que en el plano fáctico y axiológico el escenario no cambia en absoluto. Los motivos protegidos definen a la discriminación como un tipo restringido de desigualdad, en tanto este tipo de desigualdad sólo se dará en cuanto la razón del trato desigual sea un motivo designado por el precepto constitucional. La cláusula abierta parece un motivo menos rígido al conectarse con la dignidad de la persona y poder establecer nuevas causas como, por ejemplo, la diversidad funcional, no expresamente prevista en la enumeración, aunque considerada actualmente un verdadero motivo protegido. Se había visto que, en el plano axiológico, de la discriminación se predica un trato igual para lo igual y desigual para lo desigual porque los motivos protegidos y la prohibición en ella intrínseca son los criterios necesarios para hacer válida la máxima en su totalidad y no sólo la mitad de ella, como parece desprenderse de una constante jurisprudencia del TC. Estos criterios identifican a la persona como sujeto pasivo. La persona, individual o en grupo, es quien padece el perjuicio de la discriminación. Con la cláusula final de motivos protegidos, este escenario no cambia: ni se alteran los sujetos pasivos ni se altera el trato que se prohíbe. En este sentido, la cláusula no introduce ningún criterio nuevo relevante en lo fáctico. En todo caso, la relevancia sería la ya señalada en considerar a la dignidad como un límite a la apertura de motivos protegidos.

---

<sup>144</sup> Utilizo esta expresión para resaltar lo valioso de la dignidad. Existe una doctrina que explica diferentes tipos de valores que le son propios a la dignidad, por ejemplo, DE MIGUEL BERIAIN o GONZÁLEZ PÉREZ. Fuera de dudas, si realmente se desprende un valor de la dignidad, ya lo había dejado claro ORTEGA Y GASSET en su célebre cita «yo soy yo y mis circunstancias». La persona es persona y lo valioso es la igual capacidad para ser libres por esa razón. Las circunstancias a las que refiere la cita vienen determinadas por lo histórico, en cierta medida, en tanto que es persona como los demás, pero fundamentalmente las circunstancias vienen determinadas por el «yo» en el mundo y cómo el «yo» se ocupa de lo que le rodea. Esto es, su capacidad, como persona, para ser libre y ser consecuente con ello. Este valor principal, esencial, primero o, mejor dicho, único, si a toda persona se refiere, lo admiten como tal los autores mencionados. El propio DE MIGUEL BRIAİN (2004: 196-197) explica que este valor está siempre presente en la dignidad de todo ser humano, es decir, aboga por la igual capacidad para ser libres, a través de las «circunstancias» expresadas por ORTEGA: «Mis circunstancias determinan mi valor subjetivo y social, y mi esencia, lo que yo soy, determina mi valor intrínseco, o, dicho con otras palabras, mi valor esencial. La diferencia está en que, si los primeros tipos de valor son variables, este último, en cambio, es inmutable, al menos en comparación con otros hombres (por tanto, en todo caso es el valor que comparten las personas como seres iguales). Nadie puede ser más valioso esencialmente que otro hombre por la sencilla razón de que su valor como ser se basa, precisamente, en el hecho de ser persona, y nadie puede ser más o menos persona que otros. O es o no se es, y punto. No hay términos medios. Nadie puede ser ni media persona, ni nadie es más persona que otro».

### **II.1.3. Las dimensiones subjetiva y objetiva del artículo 14 CE**

Mediante esta sección se deben poner de manifiesto una serie de aspectos sobre el precepto constitucional, que provienen de la dicotomía subjetivo y objetivo: por un lado, la intención es identificar los sujetos que señala el precepto constitucional y qué alcance tiene esta atribución; y, por otro lado, observar las consecuencias del reconocimiento de una norma específica en el ordenamiento jurídico, esto es, de una norma dotada de objetividad en el texto constitucional, así como su proyección sobre el resto del ordenamiento.

Al establecer estas premisas, los epígrafes quedan estructurados en: los sujetos activo y pasivo, a los que ya se ha hecho alguna referencia anteriormente, por lo que el análisis será más pausado sobre los aspectos que no han sido detallados; la ubicación en el texto constitucional de la prohibición de discriminación, fuente de todo el ordenamiento que vincula a los poderes públicos y alcanza a todas las relaciones jurídicas gracias a la eficacia horizontal de esta norma o, en otras palabras, las garantías de los sujetos frente a otros sujetos, no solo frente a los poderes públicos; la obligación de dar respuestas judiciales iguales a hechos o casos iguales o similares; y el objeto de protección especial por el artículo 53 CE, por los que cabe la tutela mediante procedimiento preferente y sumario y, además, el amparo.

#### **II.1.3.1. Sujetos activo y pasivo**

El «sujeto activo» indicado por el artículo 14 CE es aquél obligado por el mandato de no discriminar.

Sobre el tenor literal del artículo 14 de la Constitución «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna...», los obligados por este mandato son los poderes públicos y, en concreto, el precepto parece señalar al legislador y al encargado de aplicar la ley. Ambos sujetos señalados proceden de la expresión igualdad ante la ley o, lo que es lo mismo, la igualdad formal de trato.

En primer lugar, cuando se afirma que el precepto señala al legislador, la igualdad ante la ley que predica un texto rígido y garantizado jurisdiccionalmente como el

nuestro se extiende al poder de crear leyes<sup>145</sup>. La observancia del principio emanado en el artículo 14 CE se da en la actividad del legislador: serán inconstitucionales aquellas leyes que lo contravengan. Así, la prohibición de discriminación se perfila como una exigencia concreta del principio de igualdad, lo que permitió a JIMÉNEZ CAMPO explicar: 1) el principio de igualdad ante la ley más allá de una prohibición normativa, pues existe una necesidad de fundamentación de las diferencias normativas que haga el legislador, las cuales serán inconstitucionales si no justifican esta diferencia, esto es, si no se presentan como «razonables»; y 2) los motivos protegidos no son criterios susceptibles de establecer una diferenciación normativa<sup>146</sup>.

Pues bien, la posibilidad de discriminar positivamente reduce estos puntos en solamente uno, el primero. No puede afirmarse que los motivos protegidos constituyan criterios por los que *a priori* pueda establecerse alguna diferenciación normativa. En tanto con ellos resulta posible tratar diferente lo que se presenta como diferente, este segundo punto no tiene lugar. Cuando el autor publicó este escrito todavía no se había promulgado ninguna ley que desarrollara de algún modo el artículo 14 CE, como la Ley Orgánica 1/2004, de las actualmente denominadas «leyes de discriminación positiva». Por tanto, en función del Derecho positivo vigente en ese momento, la observación del autor era lógica, plausible, cierta y válida. En la actualidad, con la discriminación positiva y, por tanto, el trato diferente de los motivos que *a priori* no deben ser tratados diferentes, se cumple la máxima de tratar desigual lo desigual. El mérito de la discriminación positiva reside en dar el trato diferente a un motivo protegido cuando realmente se presenta como diferente y no como condición por la que no puede romperse la igualdad. Las razones sobre cuándo merece ser tratado diferente un motivo por el que se debe predicar un trato igual son la verdadera justificación de la diferenciación en la norma. En consecuencia, son la fundamentación del primer punto que señaló el autor.

Consecuentemente, la igualdad dirigida al legislador debe traducirse en la igualdad que presenta la norma. PÉREZ LUÑO lo explicó de la siguiente manera:

«En su significado inmanente el principio de igualdad, entendido como igualdad ante la ley, implica la exigencia de generalidad y abstracción de la norma, que establece la igual protección jurídica de las situaciones que jurídicamente se consideran iguales<sup>147</sup>».

---

<sup>145</sup> JIMÉNEZ CAMPO, 1983: 80.

<sup>146</sup> JIMÉNEZ CAMPO, 1983: 82-83.

<sup>147</sup> PÉREZ LUÑO, 1987: 143.

En la STC 34/1981, de 10 de noviembre, el TC explicó que la igualdad formal de trato procede de imponer la desaparición de privilegios. En el momento que las leyes se hacen generales, la universalidad de todos ante la ley exige que la ley es la misma para todos sin excepciones. Con ello, el TC expuso que el criterio del privilegio ya no es criterio de desigualdad entre aquellos a los que va dirigida la generalidad de la ley, que son todos. En lo que toda persona es igual a otra, la ley es igual para todos y ya no existe el fundamento por el que una persona es diferente a otra por derecho o privilegio.

En segundo lugar, cuando se afirma que el precepto señala al encargado de aplicar la ley, la igualdad ante la ley implica la igualdad formal de trato por la que las situaciones iguales deben ser tratadas de igual manera. En efecto, la igualdad en la aplicación de la ley no es ningún principio o derecho autónomo de la igualdad ante la ley. RUÍZ MIGUEL lo explica de la siguiente manera:

«La igualdad en la aplicación de la ley, aunque se dirige no al creador de las normas respecto de su contenido abstracto, sino a su aplicador en su cumplimiento en un caso concreto, no es en su raíz un principio diferente ni autónomo del de igualdad ante la ley. Su común denominador con la igualdad en la ley está en la misma exigencia: que no se establezcan desigualdades injustificadas en los criterios utilizados por el legislador o por el juez -tomados uno y otro como prototipo respectivo del creador y del aplicador de normas- para atribuir derechos y deberes, bien genéricamente o bien, en su aplicación, individualizadamente»<sup>148</sup>.

En la jurisprudencia del TC, la igualdad en la aplicación de la ley exige la demostración de los términos comparativos, es decir, acreditar un *tertium comparationis*<sup>149</sup>. Para el TC, la desigualdad en la aplicación de la ley se justifica con la referencia a otro supuesto, comparando de las circunstancias de cada caso: si bien los casos son distintos en lo particular, por ejemplo, en los sujetos que lo componen, las situaciones deben ser similares o análogas, esto es, que estén en juego los mismos derechos. La igualdad en la aplicación de la ley implica que el ordenamiento jurídico aplicable es uno solo y, por extensión, se presupone una interpretación del Derecho y jurisprudencia unitarias.

Los poderes públicos son el sujeto activo indicado por el 14 CE. Ello puede ponerse en relación con el 9.2 CE. Como se ha indicado, el mandato de la igualdad ante la ley constituye el instrumento de los poderes públicos para llevar a cabo la igualdad

---

<sup>148</sup> RUÍZ MIGUEL, 1996: 69.

<sup>149</sup> STC 70/2003, de 9 de abril.

real y efectiva. A través de este instrumento, los poderes públicos son los encargados de «promover las condiciones de la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra» y, asimismo, les permite «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud». Esta remisión a los poderes públicos resulta un tanto peculiar, si se toma en consideración que la mayoría de discriminaciones y faltas a la igualdad se producen en el seno de una relación privada, situación a la que no hace referencia la norma constitucional<sup>150</sup>.

Por otra parte, los «sujetos pasivos» vienen caracterizados por ciertas características o rasgos personales, los motivos protegidos por el ordenamiento jurídico. necesariamente, los sujetos pasivos son las personas, individual o colectivamente.

Una cuestión de importancia es la de si las agrupaciones a las que pertenecen estos sujetos también pueden llegar a ser titulares del derecho a la no discriminación. Desde un principio, en las garantías de este precepto se han considerado los rasgos definitorios de la persona compartidos por un mismo colectivo. Al respecto, como se ha explicado en la definición de discriminación en FERNÁNDEZ LÓPEZ, PÉREZ DEL RÍO y DEL REY GUANTER, la discriminación se comprende con un fenómeno colectivo,

«como una situación de marginación sistemática, histórica y profundamente arraigada en un momento dado y en una determinada sociedad, que incide sobre ciertos colectivos de sujetos, caracterizados, bien por razones derivadas de opciones legítimas de todo ser humano, o por concurrir en ellos rasgos inseparables de la persona, sobre cuya pervivencia ésta no tiene ninguna posibilidad de elección<sup>151</sup>»

La discriminación es un fenómeno que repercute en colectivos al marginarlos y crearles un perjuicio por una característica o rasgo personal común. De esta manera, en el propio concepto de discriminación ya existe un claro indicio de la necesidad de considerar a los sujetos en su visión colectiva para ejercer la titularidad del derecho a la no discriminación. A estos efectos, la CE contiene referencias legales a los sujetos «colectivos»; existen grupos y asociaciones de diversa entidad a los que el texto constitucional reconoce personalidad jurídica propia. Por ejemplo, a sindicatos, a asociaciones o a comunidades religiosas. Por tanto, la misma CE ya entreveía implícitamente, la variante colectiva de los derechos y las libertades<sup>152</sup>. Ángela

---

<sup>150</sup> Como apuntó Hannah KORTHAUS (2006: 16), ningún Estado de la Unión Europea contiene en su constitución la referencia a la tutela antidiscriminación en este tipo de relaciones, sino que reiteradamente se proclama genéricamente el principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

<sup>151</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, PÉREZ DEL RÍO y DEL REY GUANTER, 1993: 13.

<sup>152</sup> AMÉRIGO Y SUÁREZ PERTIERRA, 2006: 263-264.

APARISI fundamenta que la prohibición de discriminación resulte exigible por los colectivos sociales en la consideración de éstos como «víctimas» de discriminación, esto es, a fin de cuentas, como sujetos pasivos de un trato discriminatorio.

El proceso de victimización que explica la autora justifica la prohibición de discriminación como un concepto abierto para hacer frente a los cambios sociales que puedan producir situaciones de exclusión y marginación<sup>153</sup>. Así, la autora explicaría que

«desde este enfoque tras un acto externo de discriminación existe un proceso profundo de «victimización» sistemática de determinados colectivos amparando un «state of mind» peyorativo hacia un individuo o un grupo. (...) Se trataría de un proceso construido socialmente, de tal modo que todo acto de discriminación sería el resultado de una regla social implícita o explícita»<sup>154</sup>.

Aunque un sujeto no pueda ser incluido en alguno de los motivos especificados en el artículo 14 CE, la exclusión social justificaría la tutela frente al trato discriminatorio. Así, la explicación de APARISI dota de mayor sentido a la cláusula abierta de motivos protegidos. En tanto la regla que supone la autora refiere a un proceso social, el criterio que permite hacer frente a nuevos procesos de marginación es aquél conexo a los rasgos personales, de los individuos y grupos, derivados de la dignidad de la persona. En efecto, como señala la autora, para hacer frente a cualquier forma de discriminación, resulta necesaria una demostración del perjuicio sistemático. Pero sin la cláusula abierta, la exclusión y la marginación de los individuos y los colectivos se vería resumida en los motivos protegidos ya existentes, por lo que no habría lugar para la protección de motivos como la diversidad funcional o la edad.

Ahora bien, pese a este reconocimiento de titularidad y personalidad jurídica dable a grupos o colectivos de individuos, el TC declaró que las personas jurídicas con carácter público no son titulares de este derecho, puesto que

«a diferencia de otros derechos fundamentales, cuya titularidad por las entidades públicas es innegable, aun con ciertos matices, no pueden ser aquellas consideradas como titulares del derecho fundamental a la no discriminación amparado por el art. 14 de la Constitución, que se refiere a «los españoles» y no es de aplicación a las personas jurídico-públicas en cuanto tales»<sup>155</sup>.

---

<sup>153</sup> APARISI, 1995a: 193 y ss.

<sup>154</sup> APARISI, 1995b: 287.

<sup>155</sup> Auto del TC 135/1988, de 20 de enero de 1988. Este criterio de inadmisión de amparo a los sujetos públicos de Derecho procede del ATC 135/1985, de 27 de febrero de 1985, que sentó la citada doctrina a través de la inadmisión de tutela antidiscriminatoria del artículo 14 CE al Ayuntamiento de Bilbao.



Son las personas quienes tienen una posición de garantía frente a un trato discriminatorio. Por tanto, frente al trato desigual, perjudicial e injustificado de los poderes públicos es un «derecho subjetivo» del individuo. Como explica DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, de esta manera el ordenamiento jurídico reconoce el papel central de los individuos: formula una facultad para que el individuo pueda hacerse valer protegiéndose frente a la colectividad<sup>156</sup>. Una colectividad que, en este sentido, debe ser identificada como los poderes públicos del Estado. A través de la prohibición de discriminación y, en general, de los derechos fundamentales, el propio Estado configura una facultad individual sustraída del ámbito que el Estado puede regular.

Los poderes públicos no pueden desatender la exigencia del principio de no discriminación. En la argumentación «clásica»<sup>157</sup> del TC sobre el principio de igualdad ante la ley y su vinculación a los poderes públicos, el tribunal explicó que

«la igualdad jurídica reconocida en el art. 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislativo, como se deduce de los arts. 9 y 53 de la misma»<sup>158</sup>.

Según la misma Constitución, esta visión también responde a razones normativas. En el artículo 53.1 CE se establece expresamente el «principio de vinculación a todos los poderes públicos» de las normas contenidas en el Capítulo II del Título I de la CE. Este vínculo normativo tiene carácter inmediato, la norma jurídica constitucional crea un vínculo directo a los poderes públicos sin necesidad de desarrollarlos normativamente. A estos efectos, el TC estableció que se hace efectivo el «contenido

---

<sup>156</sup> El propio concepto de derecho subjetivo, continúa explicando el autor, procede del iusnaturalismo racionalista, y en John LOCKE identifica el máximo teórico de este pensamiento. La idea de derecho subjetivo se traduce en un interés jurídicamente protegido cuya efectiva garantía queda en manos del propio titular de ese derecho, lo que en otros términos se ha definido como facultad de *agere licere*. El autor explica que no nace como un instrumento conceptual del Derecho positivo, sino como soporte técnico de los derechos naturales. Por tanto, con los derechos subjetivos se estaría designando una libertad del individuo de naturaleza supralegal. *Vid.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2005: 31-33. Para KELSEN (1979: 76-77), contrariamente, los derechos subjetivos no son más que una modalidad de Derecho objetivo, en tanto el derecho subjetivo es una norma que posee un contenido concreto de alcance individual. Aunque los derechos subjetivos se pretendan elevar por encima del Derecho positivo o invocar una norma por encima de éste, lo que se está invocando es un derecho igualmente objetivo, llámese Derecho Natural, razón o justicia. En la actualidad, esta visión de los derechos subjetivos (en el caso de los derechos fundamentales) proviene del propio del texto constitucional, en tanto la Constitución (y no cualesquiera otras normas) produce la objetividad de estas facultades, al legitimar los derechos subjetivos proclamándolos en su propio texto. Así, por ejemplo, *vid.* Francisco J. BASTIDA, 2004: 43-44.

<sup>157</sup> El término «clásica» se emplea en la jurisprudencia para designar esta doctrina del TC. Así puede verse, por ejemplo, en la STS 5847/2015, sala de lo Social, de 24 de noviembre de 2015, o la STSJ Madrid 145/2017, sala de lo Social, de 1 de marzo.

<sup>158</sup> STC 22/1981, de 2 de julio de 1981.

esencial» de los derechos fundamentales “vinculante para todo poder público desde la publicación de la Constitución”<sup>159</sup>.

Este vínculo del contenido esencial del principio con los poderes públicos ya tenía un precedente en la jurisprudencia constitucional, que hacía referencia a la jurisprudencia alemana relativa a la interpretación de la Ley Fundamental de Bonn y que el TC incorporó en la sentencia STC 11/1981, de 8 de abril de 1981.

En la teoría garantista del Derecho se explica esta vinculación como un límite a los poderes públicos, no sólo del principio de igualdad y no discriminación, sino de todos los derechos fundamentales. Las garantías frente a los poderes públicos son denominadas la «ley del más débil». De esta manera, el contenido esencial del principio de no discriminación constituye una parte material de aquello sobre lo que no pueden entrar a decidir los poderes públicos<sup>160</sup>.

Con las garantías frente a los poderes públicos se plantea una cuestión de Derecho objetivo: en tanto una norma tenga rango de derecho fundamental, se podrá ejercer frente a los poderes públicos. Es por esta razón que la línea divisoria entre la dimensión subjetiva y objetiva de un derecho no es, de ninguna manera, concluyente, sino más bien ambas dimensiones son interdependientes, como señaló KELSEN (1979: 76-77): en tanto que una norma forma parte del Derecho objetivo, desprende ciertas facultades subjetivas que son proporcionadas por la norma. Las facultades frente a los poderes públicos serán unas y no otras en tanto la norma forme parte del elenco de derechos fundamentales.

De la facultad subjetiva que comporta la prohibición de discriminación debe ser destacada que procede de ubicarse en la Constitución, puesto que el ordenamiento jurídico español tiene un sistema jerárquico de fuentes. Las normas jurídicas pueden ser catalogadas según el rango legal al que pertenecen. De ahí que una norma como la prohibición de discriminación del artículo 14 CE no pueda ser contravenida por una de rango inferior, quedando fuera del ámbito de actividad de los poderes públicos, pues no puede contravenirse esta norma mediante una ley ordinaria, un reglamento, una directriz administrativa, etcétera.

Al pertenecer al sistema jerarquizado de leyes, ciertas normas ostentan una posición jerárquica superior a las demás. En este sentido, la Constitución condiciona todo el ordenamiento jurídico al ser la primera de las fuentes y, para hacerlo efectivo, la

---

<sup>159</sup> STC 80/1982, de 20 de diciembre.

<sup>160</sup> FERRAJOLI, 2008: 51-52 y 102-104.

doctrina explica que cuenta con la jurisdicción constitucional como uno de “los motores esenciales de su funcionamiento”<sup>161</sup>. Ante un conflicto con el legislador, la posición superior de la Constitución le comporta un papel inquebrantable a esta norma, tanto en los conflictos de ley-Constitución, como en los conflictos propiamente de leyes: por ejemplo, las leyes autonómicas solamente adquieren vigencia dentro del ordenamiento autonómico y cuando entran en conflicto con normas estatales, media la Constitución, donde se establecen las condiciones de validez para cualquier norma del ordenamiento que prevalecen en la resolución de este conflicto<sup>162</sup>.

El principio de no discriminación se consagra en la Constitución, junto con el principio de igualdad ante la ley o de igualdad formal de trato<sup>163</sup>. De este modo, el principio de no discriminación es una norma objetivada en el artículo 14 CE, y aunque formalmente no se sitúa en el Capítulo II del Título I de la Carta Magna relativo a «derechos y libertades», se ubica como la antesala de las Secciones I sobre derechos y libertades fundamentales y II sobre derechos y deberes de los ciudadanos. Es decir, formalmente, el artículo 14 CE no forma parte de la sección destinada a derechos y libertades fundamentales. Ahora bien, esta categoría de derecho fundamental le viene otorgada genuinamente por el trato que le ofrece la propia Constitución, al ofrecerle los mecanismos de garantía previstos para los derechos fundamentales en el artículo 53.2 CE. En este sentido puede afirmarse que la prohibición de discriminación tiene una relación con el resto del ordenamiento.

En efecto, la ubicación del principio de igualdad y no discriminación en el artículo 14 CE condiciona todo el ordenamiento jurídico. Como se ve a continuación en los siguientes epígrafes, además de un mandato para los poderes públicos, también se ejerce frente a particulares, esto es, en cualquier tipo de relación jurídica *inter privatos*<sup>164</sup>. Y el alcance de este derecho no finaliza en las garantías frente al Estado o frente a terceros; la Constitución también incorpora las garantías procesales frente a las decisiones judiciales que puedan crear un perjuicio a las personas, en virtud del propio artículo 14 CE, que son las garantías frente a decisiones diferentes cuando los casos son iguales o similares. En aras de cumplir con la obligación de una igualdad de trato antes situaciones iguales o similares, la jurisprudencia constitucional emplea el denominado

---

<sup>161</sup> BALAGUER, 2003: 183.

<sup>162</sup> BALAGUER, 2003: 187.

<sup>163</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ y RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1986: 46-47

<sup>164</sup> DÍAZ REVORIO, 2015: 22-26.

«test de razonabilidad» que debe superar la justificación de un trato diferente o un cambio de criterio.

Por tanto, los siguientes epígrafes mostrarán singularmente, por un lado, la eficacia horizontal de la no discriminación y, por otro lado, las resoluciones iguales ante supuestos iguales, junto al test de razonabilidad para justificar un trato desigual.

### **II.1.3.2. Eficacia horizontal**

La mayoría de las discriminaciones se producen en las relaciones *inter privatos*. El mandato constitucional llega a todas las relaciones jurídicas de nuestro ordenamiento, por tanto, las obligaciones y garantías de los sujetos identificados hasta el momento no se limitan a la noción de derechos subjetivos frente al Estado. A esta noción de derecho subjetivo debe añadirse otra dimensión, la eficacia y garantía de los derechos fundamentales frente a otros particulares.

La prohibición de discriminación alcanza a las relaciones jurídicas con terceras personas. Ello ha recibido el nombre de «eficacia horizontal» de los derechos fundamentales, un concepto procedente del derecho alemán, de la célebre *Drittwirkung der Grundrechte*<sup>165</sup>, que Geofredo ANGULO LÓPEZ ha explicado de la siguiente manera:

«En efecto, en la actualidad esta es una de las cuestiones centrales en la teoría iusfundamental europea de lo que se denomina la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, denominación que busca inicialmente, ante todo, destacar el nuevo destinatario de los derechos fundamentales, los terceros, frente a la tradicional vinculación estatal»<sup>166</sup>.

La eficacia horizontal es un concepto al que recurrió la jurisprudencia española para evidenciar el respeto y la protección de derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares. Al respecto, el Tribunal Supremo también ha destacado la importancia de la eficacia horizontal en los conflictos que pueden darse entre derechos fundamentales en las relaciones privadas. Explica el TS que los tribunales no pueden quedarse al margen ante estos supuestos:

---

<sup>165</sup> Un estudio completo sobre la incorporación de la eficacia horizontal en el ordenamiento jurídico español puede consultarse en Juan María BILBAO UBILLOS, 1997. Anteriormente a esta obra, GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO, 1986 analizaron y explicaron que dicha eficacia fue incorporada a nuestro ordenamiento por la jurisprudencia del TC.

<sup>166</sup> ANGULO LÓPEZ, 2015: 41.

«esta sala, en STS de 13 de julio de 2007 RC núm. 2940/2002 se refirió a la eficacia *inter privatos* [entre particulares] de algunos derechos fundamentales, o la protección horizontal de ciertos derechos fundamentales -"Drittwirkung der Grundrechte"-, que puede ocasionar un conflicto de intereses por la colisión de derechos fundamentales, lo que exige la intervención judicial»<sup>167</sup>.

En consecuencia, los derechos fundamentales, y en particular el principio de igualdad y no discriminación, pasan de estar concebidos como garantías frente al Estado a ser garantías que rigen cualquier relación jurídica, también las del ámbito privado, y de ahí la justificación del TS cuando los define como normas que organizan la vida social<sup>168</sup>. Por esta razón, en las relaciones de Derecho privado, que tradicionalmente habían sido reguladas por las normas de Derecho privado, se apela al respeto por los derechos fundamentales como el fundamento que legitima la posición de una de las partes. En consecuencia, las garantías del derecho a la no discriminación se dan en cualquier ámbito: en un despido, en las condiciones de acceso al empleo o en la toma de decisiones de los actos preparativos a la celebración de un contrato.

De lo anterior se desprende alguna cuestión problemática. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales no es ni mucho menos ilimitada. Las garantías frente a otros particulares deben respetar, asimismo, las garantías de los derechos fundamentales de esos terceros. Esta exigencia se entiende derivada del mismo principio de igualdad: todos somos iguales ante la ley, luego todos tenemos las mismas garantías, para la ley, frente a terceros. El supuesto del conflicto de derechos fundamentales se resuelve con la denominada ponderación, donde debe especificarse cuál de los derechos en conflicto es el que prevalece en una determinada situación; ello no quiere decir que un determinado derecho fundamental sea más valioso, sino, en todo caso, cuál de los derechos en conflicto, en esa situación determinada, no puede dejar de garantizarse respecto a otro derecho fundamental.

En este balance o ponderación entre derechos, la prohibición de discriminación establece unos márgenes, unas líneas que deben observarse. La prohibición de discriminación configura un requisito a la propia ponderación. Si en el conflicto de derechos se alega la igualdad de garantías de los sujetos, debe considerarse que los motivos protegidos no son una razón que justifique el trato diferente de lo igual, ni un trato igual de lo diferente. En la ponderación de derechos deberá encontrarse cualquier

---

<sup>167</sup> STS 61/2013, sala de lo Civil, de 5 de febrero.

<sup>168</sup> FAYÓS GARDÓ, 2015: 29-30.

otro criterio que permita esclarecer cuál de los derechos prevalece; deben respetarse los motivos protegidos frente a discriminación. Un ejemplo hipotético sería: dos hombres se presentan a una entrevista de trabajo y ambos tienen un currículum muy parecido: de profesión abogados, hicieron prácticas en el mismo bufete, tienen los mismos años de experiencia, son vecinos y residen en el mismo barrio donde está situado el bufete. Durante la entrevista, el primero de ellos confiesa ser judío y el segundo ateo. El entrevistador resulta ser musulmán, les explica la opinión peyorativa que tiene sobre el papel de Israel con la comunidad islámica y decide darle el puesto de trabajo al segundo candidato. En este ejemplo, la decisión está fundada sobre un criterio por el que no puede establecerse una diferencia de trato: la religión. Por muy elevadas razones que tuviera el entrevistador para creer que un judío no es tan digno como el ateo para el puesto de trabajo, el criterio por el que debe establecer la decisión no puede ser otro que uno neutro respecto a los motivos protegidos.

Por tanto, la prohibición de discriminación condiciona la función de la ponderación en un sentido garantista: existe un ámbito material que no puede ser causa de distinción. La ponderación sobre estos motivos será en todo caso contraria al ordenamiento jurídico.

### **II.1.3.3. Igualdad y prohibición de discriminación en casos iguales o similares.**

#### **El test de razonabilidad**

En este epígrafe se muestra la exigencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley, actividad encomendada a órgano jurisdiccional.

La función jurisdiccional juega un papel decisivo en la protección de los principios constitucionales. Por norma general, esta función tiene por finalidad la aplicación del ordenamiento jurídico y se caracteriza por estar reglada, tanto en el contenido de su actividad como en relación a los órganos legalmente previstos para llevar a cabo la actividad<sup>169</sup>.

La función jurisdiccional es una «potestad» jurisdiccional. Se evidencia a través del tenor literal del artículo 117.3 CE, por el que se establece que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las

---

<sup>169</sup> MENDIZÁBAL ALLENDE, 2012: 175.

leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Por una parte, como se acaba de ver, esta función es una previsión constitucional, a lo que debe añadirse, por otra, que esta función incorpora la defensa judicial de los propios principios declarados en la norma constitucional, tal y como dispone el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En consecuencia, en el ejercicio de la función jurisdiccional reside la obligación de velar por la propia Constitución. Aunque la obligación no solamente se desprende de estos parámetros, puesto que la prohibición de discriminación crea un vínculo para todos los poderes públicos y, por tanto, en el ejercicio de esta potestad debe observarse el respeto a los principios que proclama la Constitución y, en especial, el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación.

Al tomar de referencia la clásica tripartición de poderes, la función jurisdiccional significa un límite para el resto de poderes, estos son, el legislativo y el ejecutivo. Por un lado, la actividad del legislador debe acomodarse a los mandatos constitucionales en forma y sustancia, de lo contrario, los tribunales declararán inconstitucionales tales leyes: no solamente se exige un procedimiento legal de creación normativa, sino que además debe ser acorde y en respeto de los derechos fundamentales y el resto de normas constitucionales. Por otro lado, la actividad de la Administración también es susceptible de ser contralada judicialmente, en tanto los actos administrativos están sometidos al principio de legalidad.

En el enfoque teórico de esta función judicial desarrollado por FERRAJOLI<sup>170</sup> resalta la relación entre la potestad jurisdiccional y los principios de igualdad y no discriminación. Explicó este autor que la función jurisdiccional experimentó una expansión junto con las funciones características del Estado Social y el Estado Social de Derecho debido a las prestaciones exigidas por los derechos constitucionalizados. El autor puso de ejemplo, entre otros factores que causaron esta expansión, la intervención del Estado en asuntos económicos o el aumento de la discrecionalidad de los poderes públicos. Dicha expansión resultó capital para la defensa judicial de la legalidad, la cual pasó a ser equiparable a la defensa del principio del Estado de Derecho. En este sentido, corresponde a la función jurisdiccional atender a las premisas esenciales del Estado de Derecho y de la Democracia y, por consiguiente, debe ser erguida junto a los principios de igualdad y no discriminación. La función jurisdiccional adquiere relevancia fáctica

---

<sup>170</sup> FERRAJOLI, 2005: 87-95.

mediante el ya enunciado mandato de igualdad en las decisiones judiciales y la prohibición de discriminación ante hechos iguales o similares.

Más allá de la explicación teórica de FERRAJOLI, en nuestro ordenamiento jurídico, la función jurisdiccional vinculada a la exigencia del principio de igualdad y no discriminación trasciende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>171</sup>. El mandato constitucional condiciona el ejercicio de la función jurisdiccional respondiendo a la lógica de no producir sentencias diferentes frente a casos iguales o similares. Sobre esta lógica, cualquier decisión diferente a aquellas dadas en supuestos análogos anteriores devendría *ipso facto* una situación de desigualdad respecto a la jurisprudencia establecida, en tanto la jurisdicción dispensaría un trato diferente injustificado para lo que se presenta como igual. Para evitar este tipo de situaciones, el TC estableció la doctrina constitucional de justificar «razonablemente» cada cambio jurisprudencial.

El TC dejó sentado que un cambio jurisprudencial debe ser “consciente y justificado” y debe revestir siempre un alcance general para no ser etiquetado de “arbitrario”, de lo contrario, los cambios jurisprudenciales vulnerarían el principio de igualdad en aplicación de la ley. Los cambios jurisprudenciales no deben ser contrarios al principio de igualdad y seguridad jurídica, pero sí aquellos cambios de doctrina “razonados y razonables”<sup>172</sup>. Del mismo modo, el Tribunal Supremo explicó que no toda desigualdad es una discriminación, sino sólo aquella donde la diferencia de trato no esté razonablemente justificada<sup>173</sup>.

ALONSO GARCÍA estudió la justificación que exige romper con el trato igual de lo igual, de lo que extrajo que se exige una triple comprobación: la existencia de la desigualdad; los motivos para entender que una desigualdad exista en el ordenamiento jurídico; y la justificación de la desigualdad.

En primer lugar, debe acreditarse la «existencia de la desigualdad». Para el autor, esta es la comprobación más sencilla, en tanto solamente debe darse constancia de la consecuencia jurídica diferente para el supuesto concreto<sup>174</sup>. Un ejemplo sería aquel que consiste en una reclamación judicial por deuda, donde se presenta como prueba una letra de cambio y se solicita el embargo preventivo de los bienes del deudor amparándose en supuestos similares tanto en los hechos como en la cuantía. Sucede que

---

<sup>171</sup> La jurisprudencia es abundante y se cita reiteradamente esta doctrina. Para ver su relevancia en la actualidad, por ejemplo, *vid.* STC 16/2015, de 16 de febrero.

<sup>172</sup> STC 76/2005, de 4 de abril y 49/1982, de 14 de julio.

<sup>173</sup> STS, Sala 2ª, de 5 de julio.

<sup>174</sup> ALONSO GARCÍA, 1983: 23-24.



el auto del juez de instrucción resuelve denegando esta medida, por lo que, ante una consecuencia diferente al resto de supuestos iguales o similares, el actor interpone un recurso de reposición para corregir la situación desigual o, en ausencia de motivación, justificar la medida judicial.

En segundo lugar, «debe haber motivos para entender que una desigualdad exista en el ordenamiento jurídico». Con ello, la comprobación exige cierta relevancia de la desigualdad, esto es, demostrar que la situación tiene cierta entidad en comparación con el resto de supuestos, de lo contrario, el tribunal partiría de la premisa que todos somos desiguales. Dice el autor:

«el ordenamiento jurídico tiene que valorar de alguna forma tal identidad, pues la presunción es la contraria: que todos somos desiguales (y precisamente por ello el ordenamiento jurídico implica consecuencias jurídicas desiguales)»<sup>175</sup>.

Por tanto, lo que está exigiendo este criterio es demostrar que del principio de igualdad de trato también se deriva la necesidad de demostrar, de algún modo, en qué aspectos resulta relevante la diferencia, para dispensar el mismo trato que a los desigualmente tratados. Ello no es rocambolesco, al contrario: cuando se justifica el trato desigual para lo desigual, debe haber algún criterio que permita el trato desigual del mismo modo que para todo lo desigual. Es decir, el principio de igualdad exige un criterio igual para los tratos desiguales y no un criterio propio para cada situación de desigualdad. El trato homogéneo de lo diferente, en último término, cumple con el principio de igualdad formal de trato: en tanto existe un criterio válido por el que somos igualmente diferentes, se nos dispensa un trato homogéneo, esto es, igual de diferente.

En tercer lugar, destaca la «justificación de la desigualdad». A esto es lo que el autor denomina el «test de la razonabilidad», por el que los tribunales observan: 1) la justificación objetiva y razonable del trato diferente en función de la finalidad y de los efectos de la medida adoptada, y 2) la proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida<sup>176</sup>. Nuestro TC ha apreciado este test de razonabilidad al contemplar la doctrina del TEDH en la aplicación del artículo 14 CE, de lo que manifestó:

---

<sup>175</sup> ALONSO GARCÍA, 1983: 31.

<sup>176</sup> ALONSO GARCÍA, 1983: 37.

«ello no quiere decir que el principio de igualdad contenido en dicho artículo implique en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El art. 14 del Convenio Europeo -declara el mencionado Tribunal en varias de sus Sentencias- no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida»<sup>177</sup>.

Con la justificación de la desigualdad aparecen los conceptos ambiguos y vagos de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad entre medios y fines. Alfonso RUÍZ MIGUEL estudió con detalle la jurisprudencia del TC relativa a esta justificación, o lo que se ha llamado hasta ahora el test de la razonabilidad. En este estudio se arroja luz con precisión a estos conceptos que configuran el test.

En su estudio, RUÍZ MIGUEL explica que el TC emplea una noción de «objetividad» en un doble sentido: 1) en relación a la generalidad de las normas, puesto que en la mayoría de supuestos parece ser que el empleo del término «objetividad» ha sido nominal, al centrarse la argumentación del TC en la exigencia de la razonabilidad. En este sentido, la idea de objetividad que exige el artículo 14 CE se “identifica con la generalidad y abstracción normativas en cuanto ausencia de acepción de personas en los sujetos designados por la norma”<sup>178</sup>. La igualdad en aplicación de la ley obedece a razones jurídicas objetivas, sin que exista la posibilidad de un trato diferenciado para un solo sujeto. En el ámbito judicial sería una resolución judicial *ad personam*, como ha expresado el propio TC<sup>179</sup>. Y 2) El TC ha empleado la noción de objetividad para abstraerse de cualquier apreciación subjetiva. Por tanto, para excluir de los criterios que permiten la distinción aquellos elementos subjetivos o, más concretamente, arbitrarios. El primer criterio, por sí mismo, no justifica la ausencia de arbitrariedad en tanto no hay ninguna razón para determinar que la desigualdad sobre un individuo o un colectivo no pueda suponerse de algún modo. Es por esta razón que el autor concluye que la mejor interpretación de objetividad, según los criterios empleados por el TC, es en este segundo sentido, al excluir expresamente un criterio arbitrario.

---

<sup>177</sup> STC 22/1981, de 2 de julio.

<sup>178</sup> RUIZ MIGUEL, 1996: 47

<sup>179</sup> STC 176/2000, de 26 de junio.

En cuanto a la «razonabilidad» exigida a propósito del artículo 14 CE, se presta atención al patrón de la adecuación entre la distinción establecida por la norma y la finalidad de esta<sup>180</sup>. El precepto constitucional consiste eminentemente en un mandato hacia los poderes públicos al proclamar la igualdad formal de trato, por lo que RUIZ MIGUEL anuncia, en el plano del legislador, una adecuación de su actividad a los fines constitucionales, por tanto, en función del ámbito que se proponga regular, el legislador debe establecer y motivar sobre qué va a considerar que los sujetos son iguales o diferentes. Esto supone que “la simple predicación de una determinada relación de igualdad entre dos o más personas, incluso en contextos descriptivos, exige evaluar y seleccionar los rasgos que se consideran relevantes en uno u otro aspecto”<sup>181</sup>. La razonabilidad, en este sentido, supone la motivación de los criterios de relevancia para establecer distinciones o clasificaciones entre los sujetos destinados por la norma. Por tanto, el resultado de un proceso de abstracción y generalización de los sujetos que van a ser los destinatarios de tales normas. En este plano genérico de abstracción, los motivos protegidos frente a discriminación son parte de la adecuación a los fines constitucionales de este acto del legislador, por tanto, el nivel de abstracción (y así el de vaguedad e inexactitud en la norma) debe ser mayor: el legislador debe emplear un criterio de relevancia para establecer de la desigualdad pretendida en la norma que no suponga una molestia para las personas caracterizadas por algún rasgo personal. En otras palabras, entre estos criterios quedan excluidos los motivos protegidos frente a discriminación, pues generaría un perjuicio injusto a estas personas (contrariamente al caso de la acción positiva, que justamente pretende hacer efectiva la igualdad). De igual manera que en la ponderación, el mandato constitucional prohíbe emplear un criterio sobre alguno de los motivos protegidos frente a discriminación.

Por ello, se presume que la razonabilidad de un trato diferente exige una motivación objetiva, en el sentido de exclusión de criterios arbitrarios y subjetivos, de aquellos criterios empleados para tratar diferente la situación que se presenta como igual. Aunque no solamente esto, porque el test de racionalidad también exige la «proporcionalidad» entre los medios empleados y la finalidad perseguida. La premisa inicial de la proporcionalidad parte de la idea de «idoneidad», que pone de manifiesto la conveniencia, lo adecuado de la medida para lograr un fin cuando crea un perjuicio. Por eso va de la mano de la «necesidad», esto es, que el trato desigual debe ser el único

---

<sup>180</sup> RUIZ MIGUEL, 1996: 49-50.

<sup>181</sup> RUIZ MIGUEL, 1996: 51.

medio posible para conseguir este fin. A partir de ahí, la proporcionalidad consiste en la comprobación del resultado de los medios adecuados al fin legítimo, esto es, si las consecuencias del trato desigual justifican la persecución del fin, o lo que es lo mismo, el «juicio de proporcionalidad en sentido estricto».

En resumen, la comprobación del trato igual o desigual tiene tres momentos: el primero, donde se acredita la existencia de la desigualdad; el segundo, sobre los motivos que justifican la existencia de una desigualdad en el ordenamiento jurídico; y el tercero, sobre la justificación *stricto sensu* de la desigualdad, que requiere un test de razonabilidad para obtener una justificación objetiva y razonable y de proporcionalidad entre los medios y la finalidad legítimamente perseguida.

#### **II.1.3.4. Garantías procedentes del artículo 53.2 CE**

En este epígrafe se destacan dos aspectos de las garantías del artículo 53.2 CE sobre el principio de no discriminación: en primer lugar, la protección especial mediante un procedimiento preferente y sumario y, en segundo lugar, el amparo. Ambos mecanismos de protección convierten al principio de igualdad y no discriminación en un derecho fundamental de protección reforzada<sup>182</sup>. Ahora bien, cabe tener en cuenta que las garantías constitucionales de este precepto están delimitadas en la defensa judicial de derechos subjetivos específicos. Por tanto, el objeto de protección del artículo 53.2 CE obliga a los tribunales a salvaguardar específicamente tales derechos, con independencia de la relación o negocio jurídicos en que haya nacido el conflicto. En lo relativo a la prohibición de discriminación, esta garantía supone que un tribunal se ceñirá a declarar si ha habido o no una diferencia de trato injustificada según los motivos protegidos por el artículo 14 CE. Todos los otros aspectos relativos a la relación jurídica que da lugar a esta diferencia de trato quedan fuera del objeto de protección y, por tanto, deben resolverse a través del procedimiento ordinario ante la jurisdicción.

Tanto el procedimiento especial, basado en los principios de preferencia y sumariedad, como el amparo, sea judicial u ordinario, tutelan por vía judicial los

---

<sup>182</sup> AGUILAR DE LUQUE, 1981: 110-113.

derechos fundamentales, lo que convierte a estos derechos constitucionales, desde el prisma judicial, en derechos subjetivos<sup>183</sup>.

En primer lugar, el artículo 53.2 CE establece la tutela de los derechos fundamentales mediante el «procedimiento preferente y sumario». Cualquier interés legítimo de los particulares ya resulta garantizado jurisdiccionalmente a través del artículo 24.1 CE, relativo a la tutela judicial efectiva; con el artículo 53.2 CE el constituyente quiso disponer una garantía procesal cualificada específicamente para los conflictos con los derechos fundamentales, en los que incluyó la prohibición de discriminación pese a no pertenecer a la Sección titulada por derechos y libertades fundamentales del texto constitucional. Lo que convierte a la prohibición de discriminación normativamente en un derecho fundamental y un derecho subjetivo *de facto*. Sobre el tenor literal del artículo 53.2 CE, las garantías procesales del precepto no necesitan *a priori* un desarrollo legislativo ulterior para su implementación. Así sucede con el procedimiento preferente y sumario, el cual no requiere ninguna forma legal para articularse, sino encontrar un mejor cumplimiento que ordene el procedimiento con cualesquiera vías judiciales. Ahora bien, no sucede de igual modo con la garantía de amparo, que por remisión indirecta del artículo 165 CE resulta condicionado a la regulación del ejercicio de acciones ante el TC<sup>184</sup>.

En segundo lugar, de la prohibición de discriminación se deriva la garantía de «amparo» ante el TC. No obstante, esta vía de amparo quedó definida finalmente en un doble sentido. El propio TC<sup>185</sup> lo explica: 1) como «amparo judicial u ordinario», para recabar la tutela de estos derechos, en la que se debe incluir el artículo 30.2 CE relativo a la objeción de conciencia al servicio militar, mediante amparo en la jurisdicción ordinaria con una tutela efectiva igualmente basada en los principios de preferencia y sumariedad; y 2) como «amparo constitucional» ante el TC, máximo garante de los derechos y libertades fundamentales, pero establecido en un recurso extraordinario y subsidiario a la vía judicial ordinaria, donde el TC interviene extraordinariamente en

---

<sup>183</sup> Autores como Tomás DE DOMINGO (2016: 254 y ss.) abordan la disposición de una norma constitucional en favor de los particulares desde el punto de vista de los derechos subjetivos. En la tesis de este autor destaca la evolución del individualismo que fundamenta el derecho subjetivo hacia una fundamentación procedente del Estado Constitucional de Derecho. El autor hace hincapié en que el enfoque de esta fundamentación no puede dejar de atender la condición de «justiciabilidad» de los derechos. En otras palabras, para la efectiva protección judicial del derecho fundamental resulta de gran relevancia atender a cómo se dispone el derecho en la norma. Por tanto, el autor destaca que la propia Constitución justifica el poder jurídico con el que se hace valer un deber existente.

<sup>184</sup> JIMÉNEZ CAMPO, 2006: 488-489.

<sup>185</sup> STC 81/1992, de 8 de mayo.

tanto no se haya producido la reparación de los derechos y libertades fundamentales en esa jurisdicción<sup>186</sup>.

El objeto de protección de los dos tipos de amparo es exactamente el mismo, inclusive la libertad de conciencia del artículo 30.2 CE. M. Cristina GONZÁLEZ ÁLVAREZ-BUGALLAL y Ricardo MEDINA RUBIO explicaron el mismo objeto de tutela de la siguiente manera:

«tanto el denominado amparo ordinario, ante los tribunales ordinarios en los órdenes civil, penal, contencioso-administrativo y social, como el denominado amparo constitucional ante el TC, suponen la misma pretensión, es decir, en ambos el objeto procesal es el mismo: la petición de que se preserve o restablezca al demandante en su derecho fundamental o libertad pública vulnerados»<sup>187</sup>.

Entonces, la diferencia entre ambos tipos de amparo reside en la eventualidad de la protección: de carácter general ante a la jurisdicción ordinaria y de carácter extraordinario y subsidiario ante el TC.

Debe dejarse constancia que del artículo 53.2 CE surge el «incidente de nulidad de actuaciones». Existen diversas justificaciones para incorporar este mecanismo constitucional de tutela de derechos fundamentales a través de un procedimiento especial. Entre las diferentes justificaciones, destaca la similitud con el objeto de amparo de derechos y libertades fundamentales y el condicionante de terminar con la vía judicial para recurrir en amparo al TC. El ámbito material del incidente de nulidad de actuaciones se corresponde con el artículo 53.2 CE, al abarcar la tutela preferente y sumaria de la libertad ideológica desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007<sup>188</sup>. Este mecanismo responde al principio de subsidiariedad, por tanto, el incidente de nulidad de actuaciones no tiene carácter principal respecto al procedimiento ordinario. Para instar el incidente se requiere haber hecho uso de todos los instrumentos jurídico-procesales para subsanar la lesión del derecho fundamental<sup>189</sup>. Cabe destacar que el incidente de nulidad de actuaciones constituye un tipo de acción especial y no un tipo de proceso especial, preferente y sumario. La doctrina jurídica coincide en señalar a este mecanismo como una acción autónoma de los sujetos para impugnar la cosa juzgada, aunque pueda dar lugar a un nuevo procedimiento para revisar la causa. En cualquier caso, este nuevo procedimiento no estaría regido por la

---

<sup>186</sup> STC 284/2000, de 27 de noviembre.

<sup>187</sup> GONZÁLEZ ÁLVAREZ-BUGALLAL y MEDINA RUBIO, 2013: 99.

<sup>188</sup> DOIG DÍAZ, 2008: 5.

<sup>189</sup> CASAS BAAMONDE, 2004: 17-22-

preferencia. Por ello, el incidente de nulidad de actuaciones no presupone un proceso especial *stricto sensu*, sino un instrumento jurídico en favor de los sujetos de Derecho cuyo ámbito de protección es el mismo que el proceso especial señalado por la CE, lo que lleva a la doctrina a definirlo como un instrumento autónomo de impugnación<sup>190</sup>.

El carácter extraordinario del amparo constitucional pone de manifiesto la necesidad de finalizar la vía judicial para reclamar la protección frente al trato discriminatorio, o cualquier derecho fundamental, en sede del TC. De esta manera, los mismos tribunales otorgan la protección sin que resulte aparentemente necesario interponer un recurso extraordinario. Al constituir una acción, el incidente nulidad de actuaciones significa un mecanismo judicial que debe ser efectivamente realizado para poder interponer el amparo; su interposición es necesaria para agotar la vía judicial<sup>191</sup>, patentizando su naturaleza vicaria respecto del amparo constitucional. Además, el incidente de nulidad de actuaciones permite realizar el otro requisito de amparo, la posibilidad de pronunciamiento de los tribunales ordinarios sobre la vulneración del derecho fundamental. Sobre este requisito se produjo un cambio reciente en la jurisprudencia del TC, al entender que el incidente de nulidad de actuaciones es necesario interponerlo “contra la última sentencia recaída en el procedimiento”<sup>192</sup>.

#### **II.1.4. Aspectos judiciales sobre la determinación de discriminación**

Hasta el momento, se ha visto que, con la prohibición de discriminación, la Constitución proclama un principio que vincula a todo el ordenamiento jurídico y también a los poderes públicos, de donde se desprende la obligación de dar un trato igual a supuestos de iguales o similares y de someter a un test de razonabilidad el trato desigual. Asimismo, se ha visto que de este concepto se deriva un derecho subjetivo en tanto existe la facultad de accionar su contenido por cualquier individuo.

Además de estos aspectos, el concepto de discriminación que contiene la CE exige la creación de un perjuicio; que se haya producido efectivamente un daño. Esta exigencia procede de la jurisprudencia, de la que van a destacarse los siguientes elementos: que la prohibición de discriminación no es un derecho autónomo; que exista

---

<sup>190</sup> Entre otros, *vid.* LOURIDO RICO, 2004: 225-227 y CASTILLO RODRÍGUEZ, 2008: 762-768.

<sup>191</sup> STC 216/2013, de 19 de diciembre.

<sup>192</sup> CORDÓN MORENO y LOZANO CUTANDA, 2014.

daño o peligro real de discriminación; y que los sujetos tengan la capacidad para crear el daño.

En primer lugar, de la jurisprudencia del TC la prohibición de discriminación destaca por «no ser un derecho autónomo». Este elemento fue aplicado por el TEDH, para quien la igualdad y la no-discriminación no pueden predicarse por sí mismos como un derecho autónomo, sino como un derecho «relacional». No puede alegarse «he sido discriminado» sin hacer referencia a una relación jurídica. La igualdad y la no discriminación se producen en relaciones jurídicas concretas y siempre en función de otro derecho, motivo por el cual se ha considerado la razón de que no exista una normativa con carácter general sobre esta materia. Por tanto, el TC explica que la discriminación se produce cuando se ejercita otro derecho.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido la aplicación del artículo 14 CE en función de otros derechos. El perjuicio del trato discriminatorio se genera en el ejercicio de cualesquiera otros derechos. En este sentido, como explica el TC, en este modo de materializarse se produce la “igualdad real y efectiva” que predica el artículo 9.2 del texto constitucional, esto es, en cualquier ámbito y relación jurídica se predica este principio, lo que de hecho crea, en mayor o menor medida, una condición sustancial de igualdad<sup>193</sup>.

Debido a la forma característica de producirse la discriminación proclamada en el artículo 14 CE, en relación a otro derecho, el ámbito de protección jurídica que recaer sobre esta relación pertenece a un orden jurisdiccional específico. Es decir, si la discriminación se encuentra entre las cláusulas de un contrato corresponde al orden civil atender el procedimiento preferente y sumario; si la discriminación se produce en una relación jurídica con la Administración, la protección corresponde al orden Contencioso-Administrativo. Como se ha puesto de manifiesto, frente al trato discriminatorio resulta dable el amparo, que resulta garantizado en cualquier jurisdicción a través del denominado amparo ordinario. Del mismo modo, esta garantía frente a la discriminación se realizará en la jurisdicción pertinente al ámbito de la relación jurídica donde se haya producido la diferencia de trato.

En segundo lugar, la actividad de los tribunales ordinarios también ha dado lugar a elementos que determinan la existencia de discriminación. Estos elementos, o aspectos, son consecuencia de la aplicación del Derecho positivo por los tribunales sobre aspectos

---

<sup>193</sup> *Vid.* STC 7/2009 de 12 de enero y STC 225/2007, de 22 de octubre.



relativos a la prohibición de discriminación. En consecuencia, son particulares de la jurisprudencia interna española y no necesariamente coinciden con aquellos criterios que emanan de las fuentes internacionales y que España tiene la obligación de atender por razón del mandato expreso en el artículo 10.2 CE.

Estos aspectos son: 1) el daño o peligro real de discriminación; y 2) la capacidad para crear ese daño. Ambos tienen carácter demostrativo, justifican así la relación entre el supuesto de hecho previsto en las normas antidiscriminatorias y el hecho discriminatorio, es decir, la diferencia de trato, o un acto discriminatorio, padecida por una persona caracterizado por algún rasgo definitorio protegido por el ordenamiento. Son de especial relevancia para el Orden Penal<sup>194</sup>, por tanto, para ilustrarlos, se toma de ejemplo el supuesto de discriminación tipificado en el artículo 515.4 CP<sup>195</sup> y la interpretación del TS en la sentencia STS 259/2011, de 12 de abril. En este caso el TS absolvió a una asociación y sus integrantes, los cuales vendían y difundían material filonazi en una librería y del cual se discutió la existencia de promoción directa o indirecta de discriminación establecida por el tipo penal.

Sobre el «daño y la posibilidad real de crearlo», el TS explicó que el peligro real debe estar justificado en que el acto del que se deriva discriminación debe estar realizado con la finalidad de crear ese perjuicio. En la interpretación del artículo 515.4 CP, el tribunal exige que las actividades se orienten efectivamente a la promoción de la discriminación, por tanto, debe acreditarse que la asociación se orientaba a promover la discriminación y en qué condiciones se encontraba de poder realizar tal perjuicio.

En aras de poder realizar esta demostración, el TS observó la «capacidad real de crear el daño». En este caso, el TS valoró “la existencia del peligro, por lo tanto, depende tanto del contenido de lo difundido como de la forma en que se hace la difusión, sin que pueda dejar de valorarse la sociedad o el ámbito social, al que se dirigen los actos cuestionados”. De este modo, la capacidad real de crear el daño fue valorada sobre: 1) el «contenido discriminatorio», si, en efecto, atentaba contra algún motivo protegido frente a discriminación, esto es, directa o indirectamente contra una persona o colectivo caracterizado por una condición personal protegida frente a discriminación; 2) el «modo de difusión», a través de una promoción que efectivamente

---

<sup>194</sup> Por ejemplo, Ana GARROCHO SALCEDO, 2013: 240-247.

<sup>195</sup> Cuyo tenor literal reza: «Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: (...) 4.º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad».

despertara un rechazo y se moviera en una dirección peligrosa para los bienes protegidos; y 3) el «contexto social», el TS entendió que el lugar donde se difunde o promueve la discriminación repercute sobre la magnitud del daño, en tanto permite cuantificar el daño según su repercusión.

En último término, el daño y la capacidad real de crear el daño permiten constatar la existencia de discriminación. Si el daño no es cuantificable o quien realiza la acción no está en condiciones de poder discriminar, para el TS, en este caso, no queda demostrado que exista discriminación. Por tanto, debe entenderse, según el criterio del TS, que la existencia de material filonazi y la difusión del material no son hechos discriminatorios si no crean un perjuicio sobre el colectivo que odian o tienen capacidad para crearlo. Por tanto, según la lógica del TS, no se cumplen los requisitos de existencia de discriminación, luego no se cumple el tipo penal. En este sentido, lo importante son los criterios o parámetros empleados en la jurisprudencia para determinar y cuantificar la existencia de discriminación y que, como se ha mostrado, pivota sobre la demostración del daño.

## **II.2. La prohibición de discriminación en el Consejo de Europa**

En esta sección se pone de manifiesto el papel del TEDH en el desarrollo del concepto de discriminación y de los mecanismos de tutela antidiscriminación.

En el Consejo de Europa, el derecho a la no discriminación se materializa relacionado con otros derechos del CEDH o, para aquellos Estados que hayan ratificado el Protocolo Adicional 12 al CEDH, con una norma individualizable del Estado. En cualquier caso, la protección frente al trato discriminatorio se ciñe a los criterios relativos a la interpretación del artículo 14 CEDH.

El concepto de discriminación en los Estados y en las instancias internacionales a las que puede llegarse desde España es común. Ello permite hablar sobre discriminación de una forma jurídicamente homologable en las distintas instituciones europeas y, además, en sus Estados parte. Por esta razón, el concepto de discriminación en el ordenamiento jurídico español es ampliamente compatible con el del TEDH, en tanto la actividad de este órgano judicial configura una jurisprudencia observable en los tribunales españoles.

El concepto de discriminación con el que hoy día trabajan los tribunales naciones y el TEDH tiene su origen embrionario en los primeros artículos de la famosa Resolución 217 A, de 10 de diciembre de 1948 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, concretamente, en los artículos 1 y 2 DUDH. Posteriormente a esta carta de derechos, normas como el artículo 14 del CEDH recogen su postulado en una carta de vinculación jurídica. Por tanto, el concepto de discriminación ha sido desarrollado y ampliado a través de la implementación del Derecho en las instancias judiciales, tanto de los tribunales estatales como los internacionales. En este sentido, las jurisdicciones van más allá de la noción de discriminación que proclamó la DUDH, sea al establecer los requisitos de sus garantías judiciales, sea al expandir el concepto de discriminación a través de contemplar nuevos tipos de trato en las resoluciones judiciales.

### **II.2.1. El Consejo de Europa y el TEDH**

En el ámbito del TEDH, las normas referentes a la prohibición de discriminación son el artículo 14 del CEDH y el Protocolo Adicional 12 al mismo Convenio, las cuales establecen, respectivamente, la prohibición de discriminación ante ciertos motivos protegidos por el Convenio y la denominada prohibición genérica de discriminación.

La protección de este derecho ha variado en la doctrina del TEDH debido a los cambios de protección producidos por la entrada vigor del Protocolo Adicional 12 al Convenio de Roma de 1950<sup>196</sup>. Desde esta entrada en vigor, puede hablarse de dos ámbitos diferenciados, más bien complementarios, de protección, uno referente a la prohibición del CEDH y otro relativo a las garantías del PA 12 para los Estados signatarios. Por tanto, el objeto de estudio de esta sección se centra en los ámbitos que propician ambas normas.

Antes de proceder al análisis de estos instrumentos, merece un comentario especial la Carta Social Europea (CSE), elaborada por el Consejo de Europa en el año 1961 y ratificada en un primer momento por España en 1980. Sin embargo, el Consejo la revisó en 1996 sin que España, desde entonces, la haya ratificado nuevamente. En la CSE se hace hincapié tanto en el trato discriminatorio en la discriminación por razón de género en el ámbito socio-laboral (artículo 8). En 2015, el Comité Europeo de Derechos Humanos denunció a España por la reforma laboral aprobada en la Ley 2/2012, ley que

---

<sup>196</sup> DEOP MADINABEITIA, 2000: 367-376.

fuera convalidada por nuestro TC. El Comité incluyó en el informe de denuncia los puntos de la normativa de género donde la ley española no resulta compatible con la CSE, como el salario mínimo, la flexibilidad laboral, las medidas compensatorias por exposición a riesgos sobre la salud, etcétera. Pese a que la CSE no se encuentra ratificada y, por tanto, su vinculación está diluida, conforma, por otra parte, un instrumento del Consejo de Europa que permite valorar el progreso hecho por España en materia antidiscriminatoria en el ámbito socio-laboral.

### **II.2.1.1. El artículo 14 CEDH**

El ámbito de protección que ofrece el artículo 14 del CEDH pivota en relación a los demás derechos contenidos en el Convenio. Cuando se alega un trato discriminatorio ante el TEDH, la discriminación debe haberse producido en el ejercicio de otro derecho del Convenio, nunca por sí sola, como sucede de igual modo con el artículo 14 CE. Tal y como sentó doctrina el TEDH en la STEDH de 28 de noviembre de 1984, *Rasmussen* contra Dinamarca, la prohibición de discriminación del artículo 14 CEDH es un derecho que se da «en relación» con los demás derechos protegidos en el Convenio. Esta jurisprudencia implica que la prohibición de discriminación no es un derecho invocable por sí mismo, es, en cualquier caso, un «derecho relacional».

Como explica Juana María GIL RUÍZ, según el derecho en riesgo, el TEDH emplea un lenguaje más preciso o más vago, en torno a las garantías inmanentes a una diferencia de trato. Es por ello que el TEDH ha explicado que no todo es discriminación, y de igual modo que nuestro TC, expresó que una diferencia de trato puede estar justificada si se atienden a tres requisitos: 1) a una justificación objetiva y razonable; 2) a un fin legítimo; y 3) a la proporcionalidad entre los medios y fines<sup>197</sup>. Cuando en las reclamaciones que llegan ante este tribunal se aboga una diferencia de trato injustificada y no reparada por el Estado, el TEDH observa estos tres requisitos de justificación del trato desigual<sup>198</sup>. En el TEDH, los Estados son quienes justifican si se ha producido efectivamente discriminación en casos diferentes, pero con supuestos

---

<sup>197</sup> GIL RUÍZ, 2017: 179-180.

<sup>198</sup> Justificación que en otra sección del presente capítulo ha sido presentado como el «test de razonabilidad», por tanto, para un análisis más extenso de estos tres requisitos remito a esa sección.

análogos. Para el TEDH es criterio propio de los Estados tratar diferente lo diferente<sup>199</sup>, aunque en el caso de un trato desigual, debe acompañarse siempre de una justificación a esta medida. Al respecto, el TEDH explicó este criterio de la siguiente manera:

«una diferencia de tratamiento es discriminatoria si no tiene una justificación razonable y objetiva, esto es, si no persigue una finalidad legítima o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se busca para realizarlo. Por lo demás, los Estados contratantes gozan de un margen de discrecionalidad a la hora de valorar si y en qué extensión la diferencia en situaciones similares, justifica un tratamiento diferente»<sup>200</sup>.

Debe apreciarse que la discriminación es un tipo específico de igualdad formal de trato, donde, en ningún caso, un trato igual de lo diferente está justificado cuando lidian ciertos motivos protegidos. Una «justificación objetiva y razonable» debe comprender los límites que impone la discriminación, de esta manera, el propio TEDH entiende que la “discriminación puede también plantearse cuando los Estados sin una justificación objetiva razonable incumplen tratar de manera diferente a personas cuya situación sea significativamente diferente<sup>201</sup>”. En este sentido, en referencia a la discriminación indirecta, sobre los efectos de un acto aparentemente neutro que crean un perjuicio sobre un grupo determinado y definido por un motivo protegido, el TEDH entiende que las autoridades deben dar la justificación de que el criterio o la práctica son objetivo, que existen una serie de «factores de relevancia objetiva» que justifican una práctica con consecuencias jurídicas de discriminación indirecta. Por tanto, cuando el TEDH exige una justificación sobre tales factores, en realidad está estableciendo el mecanismo de inversión de la carga de la prueba para la discriminación indirecta, que la autora GIL RUÍZ considera fundamentado en el concepto de igualdad sustantiva material y no solamente formal<sup>202</sup>.

El TEDH exige los criterios o factores que expliquen la necesidad de unas consecuencias diferentes para un grupo perjudicado que se presenta como igual ante la medida que da lugar a este tipo de discriminación, esto es, una explicación objetiva para razonar el efecto desigual y perjudicial. En efecto, la explicación de los criterios, la

---

<sup>199</sup> Lo que en otras palabras corrobora la observación de GARCÍA MANRIQUE, 2004: los Estados tienen la obligación de tratar igual lo igual y, en todo caso, los tribunales posibilitan tratar desigual lo desigual.

<sup>200</sup> STEDH de 8 de 2003, *Sommerfeld* vs. Alemania.

<sup>201</sup> STEDH de 29 de abril de 2004, *Pretty* vs. UK.

<sup>202</sup> GIL RUÍZ, 2017: 182.

constatación de los factores y de las medidas relevantes para establecer un efecto dispar y perjudicial mucho tiene de sustancial, pese a ser un requisito formal de justificación.

En la justificación objetiva y razonable debe atenderse a los «fines legítimos» y el «principio de proporcionalidad». El TEDH entiende que los fines legítimos y el principio de proporcionalidad son elementos propios de la justificación objetiva y razonable de la siguiente manera:

«una diferencia de tratamiento entre personas en posiciones similares o análogas es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, esto es si no persigue un fin legítimo o no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se propone»<sup>203</sup>.

Tanto la finalidad legítima como la proporcionalidad deben interpretarse en el sentido más estricto posible en presencia de algún motivo protegido frente al trato discriminatorio. En principio, dada la rigidez del TEDH, cabe pensar que son muy pocos los fines legítimos compatibles con la diferencia de trato por algún motivo protegido. Tales fines deben ser compatibles con los siguientes requisitos: 1) debe haber una razón de gran magnitud para establecer una diferencia de trato sobre un motivo protegido, compatible con una interpretación lo más estrictamente posible de la justificación objetiva y razonable; y 2) debe haber un consenso europeo para poder establecer estándares comunes sobre determinadas materias<sup>204</sup>.

Del mismo modo que sucede con la justificación a tenor del artículo 14 CE, el juicio de proporcionalidad debe desglosarse atendiendo a la idoneidad de la medida, la razón que justifica emplear esa medida diferente y no otra y, asimismo, a la necesidad de emplear esa medida en función de la proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que la medida suponga la resolución a un conflicto entre derechos cuando un derecho supone la restricción de otro.

Finamente, precisa dejar constancia de que el TEDH se ha pronunciado sobre la «cláusula abierta» de motivos protegidos frente a discriminación, que de ninguna manera constituye una puerta abierta para incluir cualquier motivo en este tipo de protección. Los motivos susceptibles de protegerse mediante la cláusula deben someterse a criterios interpretativos racionales de justificación sobre la propia situación que da motivo al trato discriminatorio. Es decir, el motivo protegido debe ser una

---

<sup>203</sup> Auto de inadmisión de 7 de diciembre de 2006, *Van der Velden vs. Países Bajos*.

<sup>204</sup> STEDH de 17 de noviembre de 2004, *Ünal vs. Turquía*.

condición personal observable en la persona y que la defina por el mero hecho de ser persona. De esta manera, en la STEDH de 21 de septiembre de 2010, *Santos Couto vs. Portugal*, el TEDH explicó que

«sólo las diferencias de trato basadas en una característica identificable («cualquier otra situación») son susceptibles de revestir un carácter discriminatorio en el sentido del artículo 14 del Convenio».

Sobre este requisito, el TEDH entiende que una nueva causa constituye motivo protegido frente a discriminación al poderse identificar con personas en esa misma situación. Por tanto, la sola presencia de una condición que caracteriza a la persona no es motivo de discriminación, si no existe, también, un elemento comparativo con las demás personas afectadas por la medida en un sentido contrario al de la persona:

«Para que surja un problema subsumible en dicho precepto, debe haber una diferencia en el tratamiento de las personas que se encuentran en situaciones análogas o comparables».

#### **II.2.1.2. El Protocolo Adicional 12 al CEDH y la prohibición genérica de discriminación**

En el seno del Consejo de Europa, el Protocolo Adicional 12 incorporó la conocida como «prohibición genérica de discriminación». El anterior paradigma ante un trato discriminatorio sobre alguno de los derechos contenidos en el CEDH cambia y se amplía con la entrada en vigor del Protocolo Adicional 12 al CEDH. La prohibición de discriminación se entiende «genérica» puesto que resulta invocable sobre cualquier norma del ordenamiento estatal, no obstante, siempre tratándose de una diferencia de trato injustificada por razón de un motivo protegido<sup>205</sup>.

El derecho contenido en el artículo 1 del PA 12 al CEDH prohíbe que pueda darse este trato en relación a cualquier derecho individualizado. Por esta razón se entiende que el mandato alcanza a las relaciones *inter privatos*. Con ello, el PA 12 no está ampliando la función del TEDH para poder entrar a enjuiciar este tipo de asuntos. La parte demandada frente al tribunal en cualquier caso es siempre el Estado, en tanto sus poderes públicos no hayan garantizado a los particulares la garantía de sus derechos sin

---

<sup>205</sup> REQUENA CASANOVA, 2010: 563 y ss.

ningún tipo de discriminación. En este sentido, el TEDH estará penalizando la pasividad, el vacío jurídico frente a discriminación o las eventuales contradicciones de los Estados para hacer frente a una diferencia de trato que resulte discriminatoria.

Ello abre la cuestión de si el TEDH puede imponer algún tipo de acción positiva a los Estados, para culminar lagunas, resolver antinomias o, en definitiva, impulsarle a actuar de algún modo frente a la discriminación. Si se toma en referencia la STEDH de 4 de marzo de 2004, *M.C. vs. Bulgaria*, la respuesta sería afirmativa.

En este supuesto, la acción positiva vendría derivada del compromiso de los Estados con la igualdad (el supuesto es igualdad de género) y la erradicación de la violencia como una forma de discriminación. No obstante, esta ventana a la posibilidad de imponer acciones positivas tiene un carácter muy restringido, en tanto el propio TEDH cede gran margen de apreciación a los Estados para valorar la diferencia de trato: si bien por un lado resulta exigible el trato igual de lo igual, el margen a la apreciación estatal de un trato diferente para lo diferente limita mucho a esta posibilidad. Por tanto, los casos donde el TEDH exija algún tipo de acción positiva a algún Estado son realmente escasos y excepcionales.

El margen de apreciación estatal también viene justificado, por otra parte, en que la prohibición genérica de discriminación podría crear algún problema al TEDH debido al factible desconocimiento de la normativa interna de un Estado. Por tanto, el TEDH entiende que, en relación a las normas internas, los propios Estados parte están en mejor posición para su comprensión, interpretación y alcance de acuerdo con los requisitos de la prohibición de discriminación y a la tradición jurídica del Estado. Por consiguiente, los tribunales estatales están dotados de un amplio margen de discrecionalidad interpretativa. Sobre esta cuestión, el TEDH se pronunció al respecto de una cláusula testamentaria, observando que

«en una situación tal como la que aquí se contempla, los Tribunales nacionales evidentemente se encontraban en mejor posición que un Tribunal internacional para evaluar, a la luz de las tradiciones legales locales, y el contexto particular de la controversia legal sometida a su conocimiento, los diversos derechos e intereses concurrentes (véase, por ejemplo, De Diego Nafría contra España, n° 46.833/99, §39, de 14 de marzo de 2002). Al resolver litigios de este tipo, las autoridades nacionales y, en particular, los Tribunales de primera instancia y apelación tienen un amplio margen de discrecionalidad»<sup>206</sup>.

---

<sup>206</sup> STEDH de 31 de julio de 2004, *Plá y Puncernau vs. Andorra*.



En efecto, el PA 12 cambia el ámbito material de protección frente a discriminación en el Consejo de Europa: las garantías fijadas por el artículo 14 CEDH sobre el resto de derechos del convenio ahora pasan a ser garantías antidiscriminatorias frente a cualquier derecho reconocido por «ley». El PA 12 emplea la expresión ley, aunque equivale a cualquier norma del «ordenamiento jurídico positivo vigente» de un Estado, expresión, esta última, que acuñó Luis RECASENS SICHES para diferenciar entre el término «ley» y cualquier norma individualizable de un ordenamiento jurídico. Un sector de la doctrina (GRIEF, 2002) entiende que esto es un exceso de competencia para el TEDH, por lo que existen muchos países que todavía no han ratificado el Protocolo, un total de 19 países, y otros ni siquiera lo han firmado, un total de 9, incluyendo Dinamarca, Francia, Reino Unido y Suecia.

Las cuatro competencias que abarca la prohibición de discriminación del PA 12 son la protección frente a cuatro puntos: 1) la discriminación en el goce de cualquier derecho individualizado por el ordenamiento jurídico del Estado; 2) la discriminación en el goce de un derecho que puede inferirse de una obligación para una autoridad pública, esto es, cuando el ordenamiento jurídico de un Estado manda actuar de una manera determinada a una autoridad pública; 3) la discriminación frente a la potestad discrecional de una administración pública; y 4) la discriminación que procede de cualquier acto u omisión de una autoridad pública. Como explica Ruth MESTRE I MESTRE, en tanto el TEDH pueda subsumir los hechos alegados en alguno de estos cuatro puntos, los actos serán catalogados de discriminación en virtud del Protocolo 12. Además, según la misma autora, estos cuatro puntos ponen de manifiesto la dificultad de distinguir entre los distintos tipos de discriminación:

«Por supuesto, cuando se habla de discriminación hay que entender que refiere tanto a la discriminación directa como la indirecta, pero precisamente este desglose en 4 categorías de acciones u omisiones susceptibles de ser consideradas discriminaciones pone de manifiesto las dificultades de sostener una clara distinción entre discriminación directa e indirecta»<sup>207</sup>.

Si bien es cierto que el PA 12 cambia el ámbito de protección del derecho a la no discriminación, lo que levanta el recelo de algunos Estados, por otra parte, la dogmática sobre la aplicación de artículo no ha variado en absoluto. Esto es, la justificación de un trato desigual continúa teniendo los mismos requisitos que la prohibición de

---

<sup>207</sup> MESTRE I MESTRE, 2017: 294. Esta postura de la autora comulga con BARRÈRE y MORONDO, 2005 y AÑÓN ROIG, 2013.

discriminación proclamada en el Convenio, con el cambio del derecho relacionado, al pasarse del CEDH a cualquier norma individualizable del derecho interno de los Estados. En este sentido, la justificación de la medida discriminatoria requiere: justificación objetiva y razonable, los fines legítimos y la proporcionalidad de la medida, bajo los mismos parámetros que los establecidos para el artículo 14 CEDH. Solamente ha habido cuatro casos de aplicación del Protocolo 12 y el TEDH aplicó siempre los mismos criterios que emplea en la aplicación del artículo 14 CEDH, en atención a la justificación objetiva y razonable, la proporcionalidad estricta y el fin legítimo y la necesidad del acto, es decir, si realmente era o no era la única medida posible.

### **Las cuestiones de un principio general de igualdad y las obligaciones positivas**

Con el Protocolo 12 se estableció la denominada prohibición genérica de discriminación. No obstante, autores como MESTRE I MESTRE (2017: 296 y ss.) han cuestionado la relevancia de establecer un principio general de igualdad. Para esta autora, por un lado, el Protocolo se olvidó de establecer un principio general de igualdad o un principio de igualdad entre mujeres y hombres y, por otro, las obligaciones para los Estados que estableció el PA 12 son fundamentalmente obligaciones negativas. La proclamación de un principio general de igualdad o un principio de igualdad entre mujeres y hombres se superó normativamente con la entrada en vigor del Convenio de Estambul de 2011, establecido especialmente sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, por el que sí se declara formalmente que «mujeres y hombres son iguales ante la ley». Por tanto, sí existe declaración formal de igualdad, al menos en lo relativo a mujeres y hombres, en lo normativo.

Para la autora, por otra parte, las obligaciones del Protocolo son la verdadera decepción. Su enfoque pivota sobre el sentido de la igualdad material en la interpretación de la norma: las obligaciones que dicta el TEDH hacia los Estados son fundamentalmente negativas, donde las obligaciones de carácter positivo simplemente están «permitidas» (en este sentido, la citada STEDH de 4 de marzo de 2004, *M.C. vs. Bulgaria* sería una *rara avis*).

Ante esta afirmación debe tenerse en cuenta que en la Memoria explicativa del PA 12 se explica que el artículo 1 y el mandato que impone asegurar las garantías

antidiscriminatorias por parte de los Estados pueden suponer que se tengan que tomar determinadas medidas, tales como llenar las lagunas en ámbitos específicos donde puedan darse tratos discriminatorios. Por tanto, resulta discutible que el Protocolo no comporte, al menos, algún tipo de acciones positivas. Para afirmar esto último, en la justificación de la importancia de las obligaciones positivas, la propia autora afirma que “el TEDH tanto en *Opuz* contra Turquía (2009) como en *T.M. y C.M.* contra Moldavia (2014) reconoció que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación de la que el Estado puede ser cómplice si no desarrolla suficientemente los mecanismos de protección adecuados”<sup>208</sup>. Por tanto, penalizaría al Estado por pasividad, lo que en otras palabras es impulsar al Estado a que tome algún tipo de medidas, esto es, que realice acciones positivas.

Ahora bien, por otra parte, MESTRE I MESTRE señala que la relevancia de este tipo de obligaciones ciertamente se ve reducida en cuantía cuando en la propia Memoria del Protocolo se identifica a las obligaciones positivas de los Estados sólo en las discriminaciones que acontezcan en el ámbito privado. Esto último puede no resultar tan grave como lo describe la autora: la Memoria realiza esta afirmación al comentar una sentencia cuyo supuesto de hecho acontece en el ámbito privado y se insta al Estado a colmar esas lagunas concretas. De aquí hay que tener en cuenta: 1) la obligación se le impone al Estado porque no contempla una situación privada, que es donde mayor número de discriminaciones se padecen. Por tanto, en último término la Memoria está señalando una situación de carácter público, esto es, que el ordenamiento jurídico de un Estado no contempla una determinada situación de discriminación; 2) la prohibición de discriminación ya alcanza efectivamente al ámbito público, en tanto los Estados son los sujetos demandados frente al TEDH cuando no se ha dado una respuesta efectiva frente a una situación de discriminación, pública o privada, siempre que exista un derecho individualizable o subsumible dentro de un precepto del Convenio; y 3) el punto 2 pone de manifiesto el carácter público de las discriminaciones, pues la discriminación afecta a personas concretas y debe reforzarse la esfera privada, donde mayor número de discriminaciones se producen. Si el Estado sólo tuviera la obligación de resolver estas lagunas, sería una medida ya de por sí dotada de gran magnitud, en tanto la esfera pública se presupone regida por el orden público que imprime la igualdad formal de trato.

---

<sup>208</sup> MESTRE I MESTRE, 2017: 298.

Por lo que, si por esfera pública la autora se refiere o a las discriminaciones por parte de los poderes públicos (por tanto, contrarias al orden jurídico) o a las discriminaciones padecidas por una persona en un ámbito público específico como una relación laboral con la Administración (también contrario a la ley y los principios que rigen este tipo de relaciones), no trae mayor complicación jurídica, siempre partiendo del ámbito material del artículo 1 del PA 12 y del 14 CEDH. Y, en definitiva, la propia explicación de la Memoria no termina ciñéndose al ámbito privado en tanto denuncia una situación de carácter público: la acción u omisión del Estado. Si por el contrario la autora se refiere por esfera pública a «cualquier situación de dominio sobre un grupo o individuo» (MESTRE I MESTRE, 2017: 291), en la que el Estado puede ser actor o cómplice, objetivamente el Protocolo estaría excediendo su función de ofrecer una tutela a una persona que ha sido discriminada por un derecho individualizable del ordenamiento jurídico. En este sentido, el Protocolo estaría cumpliendo una labor de política legislativa (combatir cualquier *status* de dominio de un grupo sobre otro), alejándose de las razones que justifican tutelar un motivo protegido frente a discriminación. De fundamentarse así, no sería necesario que una posición de dominio estuviera asentada sobre el concepto de dignidad de la persona y se identificara con un grupo marginalizado históricamente, podría ser, en este sentido, por otros motivos, como una posición de mérito reconocida por el propio ordenamiento, tal y como sucedía en la Constitución Española de 1931.

En conclusión, si el carácter del Protocolo fuese tan ambicioso llevaría a unificar todos los ordenamientos jurídicos de los Estados que lo han ratificado, al dejar sin margen de apreciación a los Estados para garantizar los derechos del CEDH y, asimismo, a implantar un Derecho antidiscriminatorio que debería justificarse sobre la idea de *status* social (quién está dominado en una determinada relación social), lo que excluiría, en cierta medida, a condiciones personales que derivan de la dignidad de la persona.

### **II.3. La Unión Europea y el TJUE**

El concepto de discriminación tiene ciertos aspectos generales para toda jurisdicción. Con la promulgación de la DUDH, el concepto de discriminación evoca en mayor o menor medida, a la premisa de una diferencia de trato injustificada sobre

ciertos motivos que están protegidos por los ordenamientos jurídicos. Como se ha hecho mención, las diferentes jurisdicciones europeas, del TEDH y TJUE, han desarrollado un concepto de discriminación genérico y compartible entre los Estados que son parte en estas instituciones. Y al mismo tiempo, en cada ámbito europeo el concepto de discriminación está acompañado de los aspectos específicos que les son propios a cada jurisdicción, configurando un concepto de discriminación con especificidades jurídicas técnicas tales como un régimen de sanciones.

Pese ello, en lo fáctico no implica que existan diferentes conceptos de discriminación. Al contrario, el concepto de discriminación se completa de acuerdo a las características del objeto de protección de cada jurisdicción. Por todo ello, lo conveniente es afirmar que el concepto de discriminación se concreta debido a que el ámbito de protección es distinto en cada una de las jurisdicciones. Así, en la normativa de la Unión Europea, las relaciones económicas tienen una razón de ser muy relevante, que llevó, desde temprano, a que la jurisprudencia resolviera cuestiones sobre discriminación en este ámbito, como las de una relación trabajador-empresa o una prestación de servicios<sup>209</sup>. Cuando se despliega la tutela antidiscriminación en los tribunales estatales, es necesario traer a colación la jurisprudencia que contempla mecanismos específicos de este tipo de ámbitos.

La Unión Europea ha desempeñado un papel importante en el desarrollo y establecimiento de mecanismos específicos de esta tutela: en primer lugar, al establecer la prohibición de discriminación como un Principio General del Derecho Comunitario y, en segundo lugar, al desarrollar una normativa específica antidiscriminatoria en función de determinados motivos protegidos.

En efecto, la tutela antidiscriminación ha sido fuertemente impulsada por el Derecho Comunitario a través de diferentes formas de abordar el fenómeno discriminatorio desde las instituciones de la Unión Europea. El Derecho Comunitario tiene un papel destacado en el desarrollo de garantías frente a discriminación y los Estados miembros son deudores, en gran medida, de las medidas que ahora recogen en sus ordenamientos. Ahora bien, aunque muchos de los mecanismos que actualmente configuran las garantías de la tutela antidiscriminación proceden del ámbito de la Unión Europea, a diferencia de la CE y el CEDH, en el Derecho Comunitario no existe una

---

<sup>209</sup> A efectos de ilustrar el ejemplo con una sentencia, en la STJUE de 12 octubre de 2010 (asunto C-45/09), el TJUE decide que no se puede producir discriminación por razón de edad en las condiciones legales de jubilación. Para ello, el TJUE establece una serie de criterios formales y sustanciales de acuerdo al Derecho Comunitario.

cláusula abierta de motivos protegidos. Por tanto, los mecanismos que ofrece este Derecho se han establecido en función de motivos protegidos y en relaciones jurídicas concretas.

Además, en el Derecho Comunitario, la normativa sobre igualdad de trato y no discriminación está fragmentada. Es necesario considerar la evolución de la protección jurídico-judicial sobre la discriminación y, además, tener en cuenta los cambios que supuso la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009.

En la evolución histórica de la normativa frente a discriminación, inclusive la entrada en vigor del Tratado de Lisboa donde no se proclamó ninguna cláusula abierta, la prohibición de discriminación siempre ha permanecido sujeta a una lista más o menos exhaustiva de motivos protegidos. Sirvan de ejemplo el antiguo artículo 13 del TCEE y el actual 19 TFUE, normas que establecen los motivos protegidos sobre los que se puede desarrollar el Derecho Derivado. Es por ello que el desarrollo de estas normas antidiscriminatorias no excede de los motivos protegidos que especifica el Derecho Originario a través de estos artículos.

De acuerdo con lo anterior, en esta sección se van a poner de manifiesto una serie de factores que determinan la tutela antidiscriminación en el ámbito de la UE y responden al siguiente orden: la prohibición de discriminación como Principio General del Derecho Comunitario y su importancia en la implementación de este Derecho por parte de las instituciones y la propia UE; la relevancia de los motivos protegidos para el desarrollo de la normativa antidiscriminatoria comunitaria; los caracteres propios de la prueba de un trato discriminatorio; y los requisitos de las sanciones e indemnizaciones establecidos por el TJUE.

### **II.3.1. Principio General del Derecho Comunitario**

La jurisprudencia sentó los fundamentos jurídicos del concepto de prohibición de discriminación en las entonces Comunidades Europeas a partir de la sentencia STJCE de 8 de abril de 1976 en el asunto *Defrenne/SABENA* (C-43/75), que condicionó toda la posterior protección. En esta sentencia, el TJCE interpretó el Derecho Originario de las Comunidades estableciendo que la igualdad de trato entre sexos es un “principio del Derecho Comunitario”. Con ello, el TJCE señaló la prohibición de discriminación como un tipo de norma que está presente transversalmente en todo el Derecho de las entonces Comunidades Europeas. La concepción de la prohibición de discriminación en tanto que

Principio General del Derecho Comunitario continúa vigente en la Unión Europea y se aplica como tal en la actividad del actual TJUE. Además, la jurisprudencia entiende que este principio resulta análogo al principio de no discriminación de los Estados miembros cuando aplican su propio ordenamiento. Así, el TJUE entiende que

«dado que el principio general de igualdad y de no discriminación es un principio de Derecho comunitario, los Estados miembros están vinculados por dicho principio tal y como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia. Ello es también así cuando, según la jurisprudencia constitucional del Estado miembro de que se trate, la normativa nacional en cuestión es conforme a un derecho fundamental análogo reconocido por el ordenamiento jurídico interno»<sup>210</sup>.

Las primeras referencias normativas sobre discriminación se encuentran en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (CEE), en cuyos artículos 12 y 119 se establecía, respectivamente, la prohibición de discriminación por motivo de nacionalidad y la igualdad salarial entre sexos. A partir de la citada sentencia *Defrenne*, la prohibición de discriminación quedó establecida como un Principio General del Derecho Comunitario y así quedaría reflejada en el posterior Tratado de Ámsterdam de 1997, norma que introdujo en su artículo 13 nuevos motivos de discriminación, dando lugar a la protección comunitaria de formas de discriminación inicialmente no previstas.

Como explicó Isabelle RORIVE, el Tratado de Ámsterdam dio un gran impulso a la legislación antidiscriminación en la Unión Europea. Desde el punto de vista institucional, este impulso se tradujo en la creación de numerosos organismos nacionales especializados y dedicados a promover la igualdad de trato, así como en reconstituir los organismos ya existentes<sup>211</sup>.

En la misma línea Mark BELL explicó que el Tratado de Ámsterdam de 1999 expandió significativamente la competencia de la Unión Europea para combatir la discriminación, que originalmente, las instituciones comunitarias combatían a raíz de la discriminación por razón de sexo. Este planteamiento inicial cambió gracias a la inclusión del artículo 13 del Tratado de Ámsterdam, que incorporó a los motivos objeto de discriminación las creencias, el origen étnico, la discapacidad, la edad y la orientación sexual.

Dicho artículo fue acompañado por la Estrategia Europea de Empleo y por la convergencia de las tradiciones jurídicas nacionales sobre el referente normativo

---

<sup>210</sup> STJUE de 7 de septiembre de 2006, asunto *Cordero Alonso*.

<sup>211</sup> RORIVE, 2009: 138 y ss.

comunitario que imprimieron las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE que se aprobarían en los años posteriores<sup>212</sup>.

La promulgación de este Tratado resultó un punto de inflexión en la tutela frente al trato discriminatorio a nivel comunitario: a la instauración de este artículo 13 le acompañó una política de aplicación del tratado. En relación a la libre circulación, el plan de acción estratégico que se estableció para mejorar las disposiciones del propio tratado implicó atender la lucha contra la discriminación, hecho que Ignacio ALLI explicó de la siguiente manera:

«el Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia’ centró esta libertad en la libertad de circulación de los ciudadanos, en la protección de los derechos fundamentales, en la lucha contra la discriminación y en el respeto a la intimidad y a los datos personales»<sup>213</sup>.

El artículo 13 del Tratado de Ámsterdam fue modificado posteriormente por el Tratado de Niza para que las medidas que incentivaran políticas antidiscriminatorias obtuvieran la mayoría cualificada del Consejo de la Unión. No obstante, esta modificación legal no resultó impedimento para que la prohibición de discriminación cristalizara en posteriores normas comunitarias como el artículo 21 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

Como se ha hecho referencia, las instituciones comunitarias desempeñan una labor importante para aplicar el principio de no discriminación. En lo relativo a lo fáctico, la Unión Europea ostenta un verdadero poder *de facto* para hacer efectivo el proclamado Principio General de igualdad y de no discriminación al poder personarse como ente con personalidad jurídica propia.

En este sentido, por ejemplo, Christopher McCRUDDEN explicó que los gobiernos invierten grandes cantidades de dinero en la compra de bienes y servicios que son destinados al sector privado. Tales bienes y servicios acaban por repercutir sobre la sociedad, aunque hayan sido destinados inicialmente a sectores privados, por lo que lleva al autor a considerar estas inversiones como eficientes y legítimas. En su investigación, el autor observó con especial atención los casos de Estados Unidos, Reino Unido y Sudáfrica. En cuanto a la Unión Europea, aseguró que el ejercicio del poder contratante de la Unión permite realizar grandes avances en la Justicia social,

---

<sup>212</sup> BELL, 2012: 205-212.

<sup>213</sup> ALLI TURRILLAS, 2016: 14.



especialmente en lo relativo a la lucha frente a la discriminación a nivel comunitario. Sobre esta premisa, el autor explicó que la Unión Europea actúa en estos casos como consumidor, por lo que

«la igualdad de condición forma parte de los contratos regulados por el Derecho comunitario, aplicando las directivas de igualdad a los contratos realizados como parte contratante. En este contexto, el poder contratante de la Unión Europea actúa como consumidor, comprando Justicia social al hacer valer el vínculo con la igualdad, por ejemplo, en disposiciones relativas a especificidades técnicas, así como proveyendo conocimientos o habilidades técnicas»<sup>214</sup>.

La aplicación de las normas comunitarias cuenta con un papel institucional que alcanza a cualquier órgano de la UE. Noreen BURROWS y Rosa GREAVES evaluaron la contribución del Abogado General de la UE en el desarrollo de los principios del Derecho Comunitario. En este patrón de estudio, BURROWS destacó el papel del Abogado General Walter VAN GERVEN y su contribución al desarrollo del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres durante los seis años de su cargo (1988 y 1994). A lo largo de este periodo de tiempo, este Abogado General atendió aproximadamente doscientos casos, sobre los que emitió 15 dictámenes y cuyo análisis relativo a la no discriminación en los regímenes de pensiones profesionales sería contemplado posteriormente por el TJUE<sup>215</sup>.

### **II.3.2. Los motivos protegidos en las normas comunitarias: el Tratado de Lisboa y las Directivas comunitarias**

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 trajo una serie de consecuencias para la protección frente al trato discriminatorio en el ámbito comunitario.

Con la entrada en vigor del tratado, también lo hizo la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). A la carta se le otorga un valor jurídicamente vinculante, como expresa el artículo 6.1 TUE. Con ello, la prohibición de discriminación es un derecho vinculante en la «aplicación de todo el Derecho Comunitario» y no solamente consiste en un Principio General del Derecho Comunitario. Así, la prohibición de discriminación pasa a regir cualquier actividad llevada a cabo en el seno de la Unión Europea, por lo que resulta un mandato que no

---

<sup>214</sup> McCRUDDEN, 2007: 538.

<sup>215</sup> BURROWS y GREAVES, 2007: 89 y ss.

solamente debe observar el intérprete de las normas comunitarias, sino toda institución y todo poder comunitario, así como los Estados miembros y particulares en aplicación del Derecho de la Unión.

La entrada en vigor de este tratado cambió la lógica de protección de derechos. Con el Tratado de la Comunidad Económica Europea y pese al impulso posterior del Tratado de Ámsterdam<sup>216</sup>, la lógica de protección de derechos era de mercado interior. El cambio introducido por el Tratado de Lisboa de 2009 y la CDFUE consistió en una lógica de protección de derechos humanos y, para asentar determinante este sentido, se incorporó la doctrina e interpretación del TEDH relativa a aquellos derechos que se corresponden con los del CEDH, con la coherencia, sentido y alcance necesarios (mandato *ex art.* 52.3 de la CDFUE).

En el desarrollo del Derecho Originario, las directivas comunitarias que hacen frente a la discriminación han adquirido gran relevancia en ámbitos específicos del Derecho, principalmente en lo laboral. En una publicación reciente del Instituto Nacional de Administración Pública, Ana Isabel LUACES explica que son tres las directivas

«que sostienen las bases de una política antidiscriminatoria a nivel europeo. Estas directivas han supuesto que los Estados miembros defiendan y protejan el derecho contra la discriminación por razones como la discapacidad, haciéndolo de un modo amplio que comprende la discriminación directa, la discriminación indirecta y las situaciones de acoso»<sup>217</sup>.

Estas tres directivas básicas establecen, a su vez, tres pilares antidiscriminatorios: 1) la 2000/43/CE, sobre el principio de igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico de las personas; 2) la Directiva 2000/78/CE para el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y 3) la Directiva 2006/54/CE, refundición de la anterior Directiva 2000/73/CE, citada por la autora, sobre el principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres

---

<sup>216</sup> En el tratado de Ámsterdam este impulso se concretó, específicamente, en los artículos 2 (modificado por el artículo 3 del nuevo TUE) sobre la igualdad entre sexos como una misión de la Unión; 3.2 (modificado por TUE) sobre las actividades dispuestas a eliminar la discriminación entre sexos; 6 (modificado por el 9 TFUE) en relación a nuevas causas de discriminación que deben ser desarrolladas posteriormente en supuestos específicos; y 119 (modificado por el 157 TFUE) sobre la retribución equivalente sin discriminación por razón de sexo. La evolución legislativa sobre protección de discriminación se había dado anteriormente con el Tratado de Maastricht de 1992, que establecía tanto la igualdad de trato entre sexos como la igualdad de oportunidades, aunque el artículo 6 de ese Tratado estableció una obligación para los Estados por la que «garantizar el principio de igualdad de retribución», germen del posterior artículo 119 del tratado de Ámsterdam y 157 del actual TFUE.

<sup>217</sup> LUACES, 2015: 24 (N.P. 11).

en el empleo y la ocupación. La anterior Directiva 2000/73/CE, que asimismo modificaba la Directiva 76/207/CEE, establecía el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en las situaciones de acceso al empleo, formación, promoción profesional y condiciones de trabajo. El pilar 3) debe ser completado con la 2004/113/CE, puesto que establece el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto al acceso a bienes, servicios y suministros.

En estas directivas se incorporaron dos elementos esenciales: el régimen de sanciones y el de indemnizaciones, que han constituido elementos estructurales de la tutela antidiscriminación. Por un lado, las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2004/113/CE contienen el mandato a los Estados miembros para que establezcan un régimen sancionador ante situaciones discriminatorias. Este régimen debe responder a los criterios de efectividad, proporcionalidad y disuasoriedad. Por otro lado, la Directiva 2006/54/CE establece lo propio con el régimen de indemnizaciones, cuya finalidad es hacer real y efectiva la reparación del trato discriminatorio. Este régimen resulta de aplicación bajo los mismos criterios y, además, sin fijar un límite máximo a la cuantía que supone la indemnización.

Con lo expuesto hasta este punto, resulta posible concluir que los tres pilares básicos antidiscriminatorios del Derecho Comunitario muestran una clara diferenciación bajo el prisma de los motivos protegidos. De una parte, se encuentra la normativa relativa a los motivos protegidos de raza, etnia y sexo, con mayor desarrollo frente a discriminación y, de otra parte, se sitúa el marco general de empleo y ocupación para el resto de motivos protegidos.

En definitiva, a nivel europeo la tutela frente al trato discriminatorio resulta troquelada, no existe una normativa integradora, sino que las normas han desarrollado mecanismos específicos en función de determinados motivos protegidos. En este sentido, la protección fragmentada de la prohibición de discriminación repercute consecuentemente en esta tutela, tratándose de un instrumento que ya ofrece garantías con una doble perspectiva diferenciada. En un sentido, dicha tutela procede del principio genérico de no discriminación en la aplicación de todo el Derecho de la Unión, lo que implica una prohibición dable en cualquier tipo de relación que contemple el Derecho Comunitario, aunque siempre ceñida a la lista de motivos protegidos citados en el TFUEG. Y en un segundo sentido, la tutela gira en torno a estos mecanismos procedentes de las garantías que se han desarrollado sobre motivos protegidos y ámbitos

específicos, donde debe señalarse que el desarrollo es desigual, al desarrollar estas garantías con más amplitud sobre unos motivos protegidos y no todos.

A este hecho debe sumarse que no existe una cláusula abierta de motivos protegidos. Los motivos protegidos son aquellos que han sido establecidos en el Derecho Originario. Por tanto, el Derecho Derivado desarrolla las garantías frente a discriminación según una lista cerrada de motivos protegidos. Sirvan de ejemplo las Directivas del Consejo 2006/54, 2000/78 y 2000/43. Estas normas ofrecen garantías por motivos específicos como el sexo y la raza en supuestos concretos de relaciones laborales como la igualdad salarial, el acceso al empleo, la formación profesional o las condiciones de empleo y trabajo. Pese a que las garantías recaen sobre un ámbito determinado, especialmente en lo laboral, son susceptibles de implantarse en otros ámbitos gracias a las denominadas «cláusulas horizontales», que permiten al intérprete comunitario no anclarlas a un motivo solo y aplicar unas garantías en ámbitos inicialmente no previstos. Al respecto de estas cláusulas horizontales, cierto sector de la doctrina jurídica había identificado un posible problema de abstracción normativa, que podría suponer que el derecho específico pasara a ser un principio de Derecho, así, Teresa FREIXES había expresado que

«las nuevas cláusulas que la Convención para el futuro de Europa ha introducido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea con motivo de su integración en la futura Constitución, podrán derivar, si no se presta suficiente atención a las cuestiones hermenéuticas, en la pérdida del estatus jurídico de la igualdad como derecho para otorgarle la categoría jurídica de principio. (...) La técnica legislativa que ha empleado la Convención para el futuro de Europa en relación con los derechos fundamentales ha consistido (...) en la reproducción de las cláusulas de derechos fundamentales (...), con la reforma de las cláusulas de interpretación que ya contenía la Carta y la adición de nuevos criterios interpretativos»<sup>218</sup>.

### **II.3.3. Caracteres propios de la prueba en el ámbito comunitario**

En la aplicación del Derecho Comunitario, el TJUE ha introducido criterios propios para valorar un hecho discriminatorio. Su relevancia para la prohibición de discriminación es significativa, así, gran parte del actual Derecho Comunitario recoge estos criterios en sus normas, como los requisitos profesionales para la justificación objetiva de una diferencia de trato. En esta sección se van a hacer constar criterios

---

<sup>218</sup> FREIXES, 2005: 53.

específicos que ha empleado el TJUE: por un lado, sobre una justificación objetiva, esto es, los requisitos profesionales y las causas objetivas y, por otro lado, sobre la prueba estadística y los términos comparativos.

### **II.3.3.1. Justificación objetiva: requisitos profesionales y las causas objetivas**

Uno de los principales puntos de inflexión en la aplicación del Derecho antidiscriminatorio es la «justificación objetiva» de un trato discriminatorio, esto es, injustificado, perjudicial y sobre un motivo protegido. Ante la cuestión de qué debe entenderse por objetividad cuando se habla de discriminación, en la jurisprudencia del TJUE se establece que no cabe ninguna justificación objetiva a la discriminación directa, puesto que

«entre discriminaciones directas y discriminaciones indirectas, tan sólo estas últimas pueden eludir la calificación de discriminación, siempre que puedan ‘justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios’. En cambio, tal posibilidad no está prevista en el caso de las discriminaciones directas»<sup>219</sup>.

Un ejemplo paradigmático de ello resultó el asunto *Haberman-Beltermann* (STJUE de 5 de mayo de 1994, C-421/92), donde se discutía como cuestión de fondo la celebración de un contrato de trabajo para un puesto nocturno donde la trabajadora estaba embarazada. La cuestión estribó en que, en el momento de la celebración del contrato, ni trabajadora ni empresario tenían conocimiento del embarazo, por lo que el empresario declaró posteriormente la nulidad del contrato amparándose en error. Es decir, de haber tenido conocimiento del estado de gestación, no hubiera contratado, para un puesto nocturno, a una trabajadora embarazada. Al juez nacional le pareció, aparentemente, una razón objetiva, pero ante la presencia del motivo de género interpuso la cuestión prejudicial. El TJUE entendió que la razón directa para finalizar la relación laboral se produjo a consecuencia directa del motivo protegido y, por tanto, el TJUE entendió el que incurría en discriminación directa y, en definitiva, no resultó posible una justificación objetiva:

«A este respecto, procede determinar si la razón esencial de la nulidad o de la impugnación del contrato es una razón que se aplica indistintamente a los trabajadores de

---

<sup>219</sup> STJUE de 12 de septiembre de 2013, asunto *Anneliese Kuso*.

ambos sexos o, por el contrario, si se aplica exclusivamente a uno de los dos sexos. Es evidente que la ruptura de un contrato de trabajo debido al embarazo de la trabajadora por cuenta ajena, bien sea a través de una declaración de nulidad o a través de una impugnación, sólo afecta a las mujeres y, por consiguiente, constituye una discriminación directa basada en el sexo, tal como declaró el Tribunal de Justicia respecto a la negativa a contratar a una mujer embarazada o respecto a su despido».

En este supuesto, el hecho determinante que llevó al TJUE a considerar discriminación directa basada en el sexo fue que, bajo tal justificación, la medida empleada por el empresario afectaba exclusivamente al sexo femenino y por una causa personal directamente objetivable en la trabajadora, el embarazo. No obstante, ello no quiere decir que la justificación de ciertas medidas discriminatorias no esté habilitada en el Derecho Comunitario.

A través de los «requisitos profesionales», regulados a través del artículo 4 de la Directiva 2000/78/CE, se puede justificar un tipo diferente de trato por razones objetivas. Los requisitos profesionales responden a los criterios de finalidad legítima y medios adecuados y necesarios para realizar la diferencia de trato, aunque lidie algún motivo protegido. Esta posibilidad de justificación objetiva no resultó del todo novedosa, puesto que el TJCE había hecho uso de este criterio en algunos asuntos laborales.

En el asunto *Rummler*, se debatió sobre una determinada capacidad física muscular requerida para llevar a cabo el trabajo pesado. En la empresa existía una diferencia salarial determinada por un sistema de esfuerzo y carga muscular: aquellas personas que desarrollaran las actividades más pesadas percibían mayor salario, según este sistema, siendo la mayoría hombres, en detrimento de las mujeres, prácticamente ausentes en los puestos de trabajo pesado y, por tanto, el género femenino se veía perjudicado al percibir menor salario. El TJCE justificó el trato discriminatorio sobre las mujeres en función de los requisitos específicos profesionales, sistema de esfuerzo y carga muscular, y así explicó que el criterio significaba una justificación objetiva a la diferencia salarial. En este sentido, el TJCE entendía que esta distinción no rompía con el principio de igualdad de trato e igual salario por el mismo trabajo, en tanto existía un elemento diferenciador del trabajo realizado que justificaba tratar de diferente manera a las personas por razón de género, así, el TJCE explicó que la distinción podía establecerse en función de un criterio «objetivamente mesurable»:

«Cuando para la determinación de la retribución se aplique un sistema de clasificación profesional, será necesario que éste utilice, por una parte, criterios que no sean diferentes según que el trabajo sea realizado por un hombre o por una mujer y, por otra parte, que no esté organizado, en su conjunto, de tal manera que conduzca de hecho a una discriminación general de los trabajadores de un sexo con relación al otro. Por consiguiente, responden a las exigencias (...) los criterios adaptados a las actividades que deban realizarse, cuando estas actividades exijan, por su naturaleza, un esfuerzo físico especial o cuando sean pesadas. Es compatible con el principio de no discriminación utilizar, para diferenciar los niveles retribución, un criterio basado en el despliegue, objetivamente medible, de fuerzas necesarias para realizar un trabajo, o en el grado de pesadez física que este trabajo presenta objetivamente»<sup>220</sup>.

A través de los requisitos profesionales se pueden justificar fines legítimos y medidas adecuadas o necesarias. Esta línea justificativa ha sido ampliada por la jurisprudencia del TJUE posterior a la regulación de la citada Directiva 2000/78/CE, donde se advierte que no siempre va a resultar posible justificar sobre estos parámetros objetivos, pese a que siguen siendo útiles otro tipo de criterios.

Uno de ellos consiste en la antigüedad del trabajador, sobre el que el TJUE entiende que la experiencia adquirida por el trabajador en un puesto de trabajo es un criterio legítimo y suficiente para justificar un trato diferente y, en consecuencia, que el trabajador pueda percibir un sueldo mayor. Para el TJUE, éste constituye un criterio idóneo para lograr esta finalidad, en tanto la experiencia es un logro laboral adquirido por el trabajador y le coloca en mejor posición para realizar sus funciones en el puesto de trabajo. Así, según el TJUE, “la finalidad perseguida con la utilización del criterio de la antigüedad es el reconocimiento de la experiencia adquirida, no será preciso demostrar, en el marco de un sistema de este tipo, que un trabajador considerado individualmente haya adquirido, durante el período pertinente, una experiencia que le haya permitido desempeñar mejor su trabajo<sup>221</sup>”.

El contexto que dibujan este tipo de justificaciones es jurídicamente desconcertante. En primer lugar, se partía de la premisa que cualquier discriminación no está permitida, no obstante, existían ciertos criterios por los que se alzaban razones objetivas que justificaban un trato diferente. Con la entrada en vigor de la Directiva 2000/78/CE, la regulación de las causas objetivas parecía dar cierta seguridad jurídica, pero poco tardó el TJUE en explicar que estas causas no van a ser siempre válidas y sí otras que han quedado exentas de previsión normativa. Diferente hubiera sido que los criterios posteriores los hubiera subsumido con tipos específicos de «requisitos

---

<sup>220</sup> STCE de 1 de julio de 1986, asunto *Gisela Rummler*.

<sup>221</sup> STJUE de 3 de octubre de 2006, asunto *B.F. Cadman*.

profesionales», el criterio previsto por la directiva, mediante la fórmula clasificatoria de género a especie. En lugar de eso, el TJUE explicó que la norma es inaplicable a ciertos casos, en tanto su criterio no los justifica, pero sí cualesquiera otros; según el TJUE parece ser que, en último término, se puede justificar diferencias de trato por un criterio objetivo de acuerdo con el trabajo desempeñado. Esto, por más vueltas que se le dé, no es otra cosa que un criterio en función de un requisito profesional, por lo que la jurisprudencia del TJUE crea una situación donde a los criterios profesionales no se les puede llamar requisitos profesionales, aunque sí se puedan emplear con la misma finalidad.

Contrariamente, diferente es el supuesto del criterio que ha utilizado el TJUE sobre «seguridad presupuestaria», en tanto excede el requisito profesional para establecer una diferencia. El TJUE estableció que aquellas medidas relativas a la seguridad presupuestaria, al ahorro y a la planificación de las actividades puede resultar un criterio que justifique una diferencia de trato entre hombres y mujeres. El TJUE entiende que las consideraciones presupuestarias por sí solas, de la sanidad pública, caso que se comenta a continuación, no justifican una discriminación por razón de sexo, sin embargo, aquellas “medidas que pretendan garantizar una buena gestión del gasto público (...) pueden verse justificadas cuando respondan a un objetivo legítimo de política social, y se revelen aptas y necesarias para alcanzarlo”<sup>222</sup>.

Este criterio fue empleado, además, junto al «objetivo legítimo de política social», que también ha sido contemplado en la jurisprudencia de nuestro TC. Al respecto, el TC ha establecido que “se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo”<sup>223</sup>.

### **II.3.3.2. La prueba estadística y los términos comparativos**

En la jurisprudencia comunitaria se plantea una problemática respecto a la apreciación de la «prueba estadística» de la discriminación indirecta, prácticamente el principal medio probatorio de este tipo de discriminación<sup>224</sup>. Al tener que demostrar una

---

<sup>222</sup> STCE de 6 de abril de 2000, asunto *Birgitte Jørgensen*.

<sup>223</sup> STC 253/2004, de 22 de diciembre.

<sup>224</sup> El impacto de una práctica aparentemente neutra sobre un colectivo definido por una característica protegida requiere una prueba al respecto, donde la prueba estadística ha adquirido un papel



práctica aparentemente neutra, la prueba más sólida procede de cuantificar el resultado de este tipo de acto y demostrar así que la práctica repercute esencialmente sobre un grupo definido por una condición personal protegida frente a discriminación. De ahí procede la relevancia de la prueba estadística, al deber justificar la neutralidad de una práctica con un impacto perjudicial sobre un colectivo determinado.

El criterio habitual del TJUE para determinar la validez de esta prueba consiste en el porcentaje de personas afectadas por una medida concreta. Por ejemplo, en el asunto *Erika Steinicke*<sup>225</sup> existía una disposición de carácter público menos favorable para los trabajadores a tiempo parcial, colectivo mayoritariamente constituido por mujeres. La práctica de tal disposición afectaba esencialmente a mujeres, por lo que la Administración alemana justificó la disposición sobre una “política económica de descongestión del mercado de trabajo”, para alcanzar, de esta manera, ciertos objetivos económicos. Sobre esta justificación, el TJUE entendió que en efecto existe la potestad estatal de optar por las medidas necesarias para lograr los objetivos de política social y que las consideraciones presupuestarias pueden influir en la naturaleza y alcance de las medidas sociales que se adopten. Sin embargo, por sí solas, estas medidas carecen de justificación, en tanto las medidas son el medio con el que se deben lograr los objetivos sociales que las justifican:

«tales consideraciones no constituyen por sí solas un objetivo perseguido por esta política y, por tanto, no pueden justificar una decisión en detrimento de uno de los sexos (...). En el presente caso, la Comisión sostiene que las consideraciones relativas a la neutralidad de los costes y a las cargas en términos de planificación y distribución del trabajo, en las que se basa el *Bundesanstalt für Arbeit*, son motivos puramente económicos y por tanto no constituyen justificación suficiente para una desigualdad de trato por razón de sexo».

Por tanto, los «términos comparativos» son el porcentaje de personas afectadas por una disposición o práctica y constituyen la justificación de una medida concreta. Sobre esta argumentación, el TJUE ha entendido que este porcentaje exigible debe entablarse en términos comparativos<sup>226</sup> de las personas afectadas y caracterizadas por un motivo

---

protagonista sobre la demostración de la discriminación indirecta. Al respecto, LOUSADA AROCHENA, 2012 y SÁNCHEZ TORRES, 2011.

<sup>225</sup> STJUE de 11 de septiembre de 2003, *Erika Steinicke*.

<sup>226</sup> El término «comparativo» es un criterio igualmente observable en la jurisprudencia española. Al respecto, un caso similar se dio con la STS, sala de lo Contencioso Administrativo, de 29 de julio de 2014, al recurso 314/2013, donde a una magistrada se la dio de baja como analista del sistema CENDOJ por razón de su maternidad y se alegó que no iba a poder cumplir con la celeridad de su labor requerida. El TS entendió, amparándose en la jurisprudencia comunitaria, que esta medida no podía aplicarse a

protegido respecto a las demás. En la STJUE de 27 de mayo de 2003, asunto *Elsner-Lakeberg*, el TJUE examinó el porcentaje de mujeres afectadas a raíz de una medida por la cual los profesores debían realizar 3 horas extra para lograr una determinada retribución, con una diferencia entre el personal contratado a tiempo parcial y el contratado a tiempo completo. Resultó que la medida implicaba que los contratados a tiempo parcial debían aumentar sus horas de trabajo en prácticamente el doble porcentual que los contratados a tiempo completo para poder percibir esa retribución y, en términos comparativos, significa el doble de trabajo para obtener el mismo sueldo, con la característica que este personal consistía en su mayoría en mujeres.

Para el TJUE, la justificación de la medida debe establecerse en si existe algún motivo para explicar que la medida afecte más a un colectivo determinado que a otro. De esta manera, el TJUE explica que la medida requiere justificar “si esta diferencia de trato afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres y si tal diferencia de trato no puede justificarse por un objetivo ajeno a la pertenencia a un determinado sexo o no es necesaria para alcanzar el objetivo perseguido”.

#### **II.3.4. Los requisitos de las sanciones e indemnizaciones antidiscriminatorias**

La normativa comunitaria sentó los criterios de la tutela discriminación para sancionar acciones y omisiones que derivan en un trato discriminatorio. Las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE establecieron el mandato a los Estados miembros de establecer en sus ordenamientos un régimen de sanciones e indemnizaciones complementario al derecho a la no discriminación. Si bien la normativa apremia al establecimiento de un régimen de sanciones e indemnizaciones, el TJUE ha determinado los requisitos que deben imperar en su aplicación.

Para lograr la efectiva realización del principio de igualdad, este régimen se justifica sobre la necesidad de haber reparado la situación de discriminación creada a partir de una diferencia de trato. Sobre esta premisa, el TJUE ha explicado que las sanciones están en efecto destinadas a compensar los perjuicios que ha creado el acto que da lugar al trato discriminatorio y deben entenderse como una medida con efectos

---

varones, siendo una causa exclusiva de las mujeres y por tanto resultaba desproporcionada, más aún cuando la justificación de la carga semanal de trabajo no resultó suficiente para influir en el resultado final de la tarea.

disuasorios frente a quien esté en posición de discriminar. Por ello, el TJUE entiende que

«cuando la reparación pecuniaria es la medida adoptada para alcanzar el objetivo antes indicado (la efectiva realización del principio de igualdad), debe ser adecuada en el sentido de que debe permitir compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos a causa del despido discriminatorio»<sup>227</sup>.

Por esta razón, sanciones e indemnizaciones deben ser «adecuadas, proporcionales al acto y deben disuadir» nuevas situaciones discriminatorias. Este triple criterio de adecuación, proporcionalidad y disuasoriedad procede del asunto conocido como caso *Marshall*. En este caso, el TJUE estableció la no imposición de un límite máximo a las indemnizaciones, al entender que este requisito podía llegar a ser contradictorio “con el requisito de garantizar una igualdad de oportunidades efectiva mediante la reparación adecuada del perjuicio sufrido por un despido discriminatorio”. Por esta razón, la jurisprudencia comunitaria se opone a que la reparación del perjuicio sufrido por una discriminación deba tener un tope establecido a priori, esto es, se ha de considerar en cada caso la medida pecuniaria «adecuada» al hecho.

En este sentido, una sanción establecida dentro de unos límites podría no resultar «proporcional» al acto que da lugar a la discriminación, donde un determinado acto podría tener una magnitud mayor que el límite prefijado y, en consecuencia, se vería imposibilitada la realización efectiva del principio de igualdad: la respuesta judicial sería diferente a la magnitud del perjuicio creado, por tanto, el tribunal no ofrecería una solución proporcional para restablecer la desigualdad creada, al tener que ampararse en un criterio establecido de antemano que resultaría insuficiente para resolver el supuesto. Este criterio procede del asunto *Sabine Von Colson y Elisabeth Kaman*<sup>228</sup>. En este caso, el TJCE había interpretado la sanción adecuada y proporcional al acto, sin que pudiera responder sobre un límite preestablecido y, además, que respondiera al criterio de la «disuasoriedad».

En este sentido, el TJCE estableció en esta sentencia que el Derecho Comunitario no impone una determinada sanción o indemnización, mientras que la prohibición de discriminación se pueda garantizar bajo tutela judicial efectiva y tenga un efecto disuasorio. Por ello, el TJCE concluyó que, si un Estado opta por el régimen

---

<sup>227</sup> STJUE de 11 de octubre de 2007, asunto *Nadine Paquay*.

<sup>228</sup> STJCE de 10 de abril de 1984.

sancionador e indemnizatorio, “para garantizar su eficacia y su efecto disuasorio, debe ser adecuada a los perjuicios sufridos y, por consiguiente, debe ir más allá de una indemnización puramente simbólica”. Por tanto, cuando los órganos jurisdiccionales de un Estado aplican el régimen sancionador e indemnizatorio, deben dar a tales normas “una interpretación y una aplicación conformes con las exigencias del Derecho Comunitario”.

Por todo ello, las sanciones e indemnizaciones que se desprendan de la tutela frente al trato discriminatorio no pueden tener una cuantía preestablecida y, en todo caso, la medida pecuniaria debe responder a los criterios de adecuación, proporcionalidad y disuasoriedad en el sentido observable en la jurisprudencia del TJUE.



**SEGUNDA PARTE**

**LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD  
IDEOLÓGICA EN LA RELACIÓN JURÍDICO-  
LABORAL**



## **Capítulo III – La prohibición de discriminación por motivos ideológicos**

En los Capítulos III y IV se analiza la tutela antidiscriminación de la libertad ideológica en la relación laboral. Con el objetivo de determinar la efectiva protección de esta libertad, en estos capítulos se someten a estudio los mecanismos que permiten su defensa frente al trato discriminatorio. De ser cierto que alguno de estos mecanismos no dispone de las garantías plenamente desarrolladas, ello permitiría identificar y dar respuesta al por qué, en aplicación del Derecho, no resulta posible realizar la enunciada defensa.

El estudio se divide en dos capítulos bajo la exigencia de ofrecer ordenadamente la exposición de este tema y se estructura a partir de los mecanismos que permiten la protección de la libertad ideológica en la relación laboral y, asimismo, para mantener cierta armonía en la extensión de los capítulos. Un capítulo se centra en el concepto y alcance del derecho a la libertad ideológica y el otro en su tutela frente al trato discriminatorio propio de la relación laboral.

El derecho fundamental a la libertad ideológica presenta una serie de garantías que le son propias y asimismo complementarias a la tutela frente al trato discriminatorio. Al configurar el objeto de este capítulo, en el análisis del Capítulo IV, relativo a la relación laboral, aquellos aspectos estrictamente relativos al derecho fundamental a la libertad ideológica podrán darse por expuestos. De ser necesario algún tipo de clarificación, el texto remitiría a la exposición del presente capítulo.

El presente Capítulo III está centrado en ofrecer primordialmente las garantías del derecho fundamental a la libertad ideológica. Debe observarse que la prohibición de discriminación se establece en función de determinados motivos protegidos, entre los cuales figuran la religión y las opiniones, que dan lugar a hablar de libertad ideológica como un motivo protegido frente al trato discriminatorio. Tales motivos están vinculados con a una libertad constituida en un derecho fundamental por nuestro ordenamiento jurídico. Es por esta razón que antes de ofrecer el nexo entre la libertad ideológica y los motivos protegidos, debe haberse delimitado el concepto de libertad ideológica en tanto que derecho fundamental.

El estudio de este derecho resenta la siguiente dualidad: por un lado, en tanto se presenta un motivo protegido se constatan los mecanismos que permiten hacer frente al



trato discriminatorio, procedentes del propio Derecho antidiscriminatorio; por otro lado, en cuanto se atiende al trato discriminatorio que crea un perjuicio sobre el derecho fundamental a la libertad ideológica, se ponen de manifiesto las garantías propias de este derecho.

La libertad ideológica representa un genuino motivo protegido frente a la discriminación al poseer los mecanismos propios de un derecho fundamental. En tanto que derecho fundamental así proclamado por la Constitución española, la jurisprudencia conecta con la del derecho correlativo en el CEDH. Esta conexión plantea en sí misma una serie de dudas: lo que en España se protege frente a discriminación como ideología, aquello garantizado mediante la libertad ideológica, ¿también se entiende así en otras instancias o, por el contrario, recibe otra denominación? Y, en ese caso, ¿son términos que designan un mismo objeto? Para dar respuesta a este tipo de preguntas, resulta necesario delimitar el concepto de libertad ideológica y atender a los términos vinculados con éste a través de los diferentes artículos: el de la Constitución y los de los textos internacionales de derechos humanos vigentes en España.

En función de lo expuesto, el presente capítulo tiene la siguiente estructura: en primer lugar, se identifica el concepto de libertad ideológica en el ordenamiento jurídico español, y para ello debe atenderse que la libertad ideológica es un derecho reconocido en normas como el CEDH, que emplean otros términos; en segundo lugar, se observa la libertad ideológica en tanto que derecho fundamental, con un contenido propio asentado y desarrollado en la jurisprudencia que configura un límite a los poderes públicos, un límite que reside en la cláusula de orden público y cuenta con las garantías constitucionales propias de todo derecho fundamental, como las establecidas en el artículo 53.2 CE; finalmente, en tercer lugar, se evidencia la relación entre el derecho a la no discriminación y el de la libertad ideológica de dos maneras. La primera de ellas consiste en que el derecho a la prohibición de discriminación es un derecho relacional que se vulnera en la realización de otros derechos, en este caso, en el ejercicio de los derechos del artículo 16 CE. La segunda es que la prohibición de discriminación se establece en función de ciertos motivos protegidos vinculados a la libertad ideológica. Cada uno de los motivos protegidos ha dado lugar al desarrollo de una normativa antidiscriminatoria y, en este aspecto, la normativa comunitaria constituye uno de los principales cuerpos normativos que más mecanismos ha introducido para la tutela de estos motivos en ámbitos específicos del Derecho, especialmente en el ámbito laboral.

De ahí que la exposición del capítulo se detenga en el estudio de las normas comunitarias de mayor relevancia para la libertad ideológica.

### **III.1 – El concepto de libertad ideológica**

Es necesario, antes de adentrarse en el análisis de los mecanismos de tutela de la libertad ideológica, definir en qué consiste esta libertad y concretamente, establecer qué tipo de libertad es la ideológica. Una vez determinado el concepto y tipo de libertad, resultará más sencillo presentar aquello referido en el término «ideológica» y, posteriormente, observar las garantías de este derecho fundamental.

Luis DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ ha definido la libertad ideológica como la capacidad del individuo para adoptar cualquier idea, filosofía, creencia o religión y, junto a ello, poder manifestarlo sin ser reprimido o sancionado<sup>229</sup>. Con esta definición puede afirmarse que la libertad ideológica responde a aquella libertad que procede del libre pensar del individuo y que vincula el pensamiento a la naturaleza racional del hombre. Puede afirmarse que la libertad ideológica fue intuita por VOLTAIRE, poco antes de la Revolución Francesa, a partir de la consideración de la libertad religiosa y las distintas formas de tolerarla en el ámbito público. En este sentido, Montserrat NEBRERA explica que

«ni siquiera deberían tipificarse, a su juicio, algunas supersticiones que dentro (como alguna milagrería absurda) o fuera (la brujería) de la religión son más peligrosas cuando se prohíben que cuando se permiten. Es así como Voltaire abre la puerta a la imaginación de la libertad ideológica, pues, junto a la religión, asume la posibilidad teórica de la libertad personal en torno a asuntos más espinosos como el suicidio o la homosexualidad»<sup>230</sup>.

Entonces se pensaba en cómo lo público iba a tolerar diferentes formas del libre pensar del individuo. En esta observación ya se identifica que la libertad ideológica se define dentro de los parámetros establecidos para una libertad de carácter público. En otras palabras, la libertad ideológica es una de esas libertades toleradas, de un modo u otro, por los poderes públicos.

La consideración de «libertad pública» procede de la intervención estatal en la garantía de esta libertad, al protegerse la libertad ideológica en el seno de un Estado

---

<sup>229</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2005: 230.

<sup>230</sup> NEBRERA, 1995: 263-264.

democrático que garantiza al individuo su capacidad para formarse su propia visión del mundo y actuar en consecuencia<sup>231</sup>.

La libertad ideológica figura entre los ámbitos propios de la libertad del individuo que el Estado protege frente a determinadas injerencias. Es, por ello, una libertad pública con un marcado carácter personalista. El eje axiológico que constituye este fundamento individualista o personalista de la libertad ideológica se halla en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad del individuo, recogido en nuestro ordenamiento en el artículo 10 CE<sup>232</sup>.

Para justificar esta afirmación, puede atenderse a GÓMEZ ALCALÁ, quien explicó que las libertades de naturaleza pública se caracterizan, general e históricamente, por una abstención de los poderes públicos<sup>233</sup>. Así, según el autor, el rasgo característico que recae en las libertades públicas es el de libertad en sentido negativo, al constituir una esfera individual sobre la que no puede intervenir el Estado. Las libertades procedentes de la esfera individual habían recibido la categoría de «derecho público subjetivo», una categorización que realizó la dogmática alemana de finales del siglo XIX y que tiene como principal estandarte a Georg JELLINEK<sup>234</sup>. A su vez, esta categoría de derecho público subjetivo procedía de la figura jurídica «derecho subjetivo» que desarrolló IHERING, en tanto hace hincapié en la garantía estatal de las libertades a través de la protección jurídica de los intereses subjetivos de los individuos<sup>235</sup>.

Con un derecho público subjetivo se escenifica, como señaló PÉREZ LUÑO, el vínculo entre el Estado liberal de Derecho con la ideología individualista<sup>236</sup>. A día de hoy, no obstante, la concepción de derecho público subjetivo y la mera abstención de los poderes públicos sobre las libertades públicas han quedado superadas, como señaló PECES-BARBA<sup>237</sup>, gracias a la categoría de derechos humanos y su irradiación sobre el ordenamiento jurídico de un Estado Constitucional de Derecho<sup>238</sup>. Este hecho llevó a la primeriza jurisprudencia constitucional española a definir la postura pasiva estatal como «ideológicamente neutra» (*Vid.* STC 5/1981, de 13 de febrero). De acuerdo con esta postura, en cualquier caso el límite que puede imponer el Estado a esta libertad no es

---

<sup>231</sup> BENEYTO, 2006: 306.

<sup>232</sup> PERALTA MARTÍNEZ, 2012: 253.

<sup>233</sup> GÓMEZ ALCALÁ, 1997: 4-5.

<sup>234</sup> LÓPEZ GARCÍA, 2008: 763 y ss.

<sup>235</sup> RUÍZ RESA, 2000: 434 y ss.

<sup>236</sup> PÉREZ LUÑO, 2010: 34.

<sup>237</sup> PECES-BARBA, 2010: 28.

<sup>238</sup> Puede observarse esta línea de pensamiento, asimismo, en ANGULO LÓPEZ, 2015: 101.

más que el “necesario para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley”<sup>239</sup>. Y, con arreglo a las características de la libertad ideológica, este límite parece señalar a las exteriorizaciones de dicha libertad<sup>240</sup>, esto es, a las situaciones donde una manifestación de la libertad ideológica pongan en peligro el orden definido e impuesto por el propio ordenamiento jurídico. En definitiva, la manifestación pública de la ideología debe ser de acuerdo a los derechos fundamentales y a lo estipulado en las leyes estatales<sup>241</sup>.

Por todo ello es posible identificar en la libertad ideológica una libertad pública que está garantizada por el Estado y cuyo único límite es el orden público que especifique, en algún sentido, la ley. Si bien esta delimitación no plantea mayores complicaciones, no sucede de igual modo con el término «libertad ideológica», sobre el que deben realizarse una serie de explicaciones. La principal razón deberá dar respuesta a qué se hace referencia con el término «ideológica». Para dar respuesta a ello, se procede a contrastar el término «libertad ideológica» con otros términos usados como sinónimos, por diferentes razones, en el discurso jurídico.

### **III.1.1. Libertad «ideológica» y términos afines**

A continuación, se evidenciará, por un lado, que la relación terminológica entre «libertad de pensamiento» y «libertad de conciencia» con la «libertad ideológica» responde a un origen normativo. Sin embargo, no debe olvidarse que cada uno de estos términos también posee un significado propio; cada cual deberá ser debidamente expuesto para establecer si efectivamente pueden emplearse como sinónimos en cualquier contexto o, por el contrario, debe hacerse un uso más apropiado.

La relación normativa entre estos términos procede del vínculo que existe entre los derechos fundamentales y los derechos humanos. La libertad ideológica proclamada como derecho fundamental en el artículo 16 CE no es impermeable a este vínculo. De esta manera, la Constitución Española contiene el derecho fundamental a la «libertad ideológica, religiosa y de culto» y encuentra su correlativo a nivel internacional en el derecho a la «libertad de pensamiento, de conciencia y de religión». En los tratados y normas internacionales ratificados por España figura la expresión «derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión», tal y como se proclama en el artículo 9.1 del

---

<sup>239</sup> STC 141/2000, de 29 de mayo.

<sup>240</sup> POLO SABAU, 2012a: 225.

<sup>241</sup> Más adelante se profundizará en esta cuestión, a lo largo del epígrafe III.

CEDH y recogido idénticamente en los artículos 10.1 de la CDFUE, 18 de la DUDH y 18.1 del PIDCP. Por esta razón, el término «libertad ideológica» halla su correlativo a nivel internacional en los términos normativamente distintos «libertad de pensamiento» y «libertad de conciencia», por lo que habitualmente en el discurso jurídico se hace uso indistinto entre los términos.

Este hecho podría indicar la intención del constituyente español de identificar la libertad ideológica con cualquier tipo de pensamiento del individuo al que hacen referencia los textos internacionales<sup>242</sup>. A tales efectos, en el Anteproyecto de Constitución Española publicado en el BOE el 5 de enero de 1978, el artículo 16.1 se ubicaba dentro del apartado «libertades públicas» y se redactó de la siguiente manera:

«Se garantiza la libertad religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades, así como la de profesión filosófica o ideológica, con la única limitación del orden público protegido por las leyes».

En aquel anteproyecto de CE, la expresión «libertad de profesión filosófica» parecía ser más explícita conforme a cualquier forma de pensamiento del individuo. Más allá de cuestiones de estilo, la relación y el uso empleado entre los términos «libertad ideológica», «libertad de pensamiento» y «libertad de conciencia» continúa, a día de hoy, como un debate abierto en la doctrina jurídica. Podrían establecerse dos corrientes al respecto de los usos de estos términos.

En primer lugar, una doctrina sería la que aboga por un uso indiferente de las expresiones «libertad de conciencia» y «libertad ideológica» como sinónimos y que, a su vez, incorporarían la libertad de pensamiento. ROLLNERT se refirió a esta doctrina de la siguiente manera:

«El término «libertad de conciencia», utilizado inicialmente por el Tribunal para diferenciar de la libertad de pensamiento como libertad intelectual interior aquella otra dimensión de la libertad ideológica que incorporaba, además, la facultad garantizada por el ordenamiento jurídico de actuar conforme a la propia conciencia, ha perdido aquella connotación específica y es utilizado indistintamente como sinónimo del término

---

<sup>242</sup> Asimismo, para ilustrar la intención del constituyente de incluir cualquier tipo de pensamiento del individuo resulta esclarecedora la publicación del Congreso de los Diputados, donde en la sinopsis del artículo 16 de la CE recoge «(e)n el proceso constituyente cabe destacar cómo al derecho a no declarar sobre las creencias religiosas se sumó el de no hacerlo tampoco sobre la ideología al aprobarse una enmienda del Sr. TAMAMES». Finalmente se concretó en el derecho a no declarar sobre ideología, religión o creencias de cualquier índole, como se encargó de interpretar posteriormente, como se ha visto, el TC, del apartado 2 del artículo 16 CE. Puede consultarse en el sitio web: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=16&tipo=2>

«libertad ideológica» incluyendo por tanto ambas dimensiones -interna y externa- del derecho»<sup>243</sup>.

En segundo lugar, figura la doctrina expresada, entre otros, por PRIETO SANCHÍS, donde sería la «libertad de pensamiento», comprendida de forma extensiva, el sinónimo de «libertad ideológica» y englobaría en sí la «libertad de conciencia». Este autor explica la libertad de pensamiento como la “facultad práctica y plenamente social que protege al individuo frente a las coacciones o interferencias externas que pudiera sufrir por comportarse de acuerdo con sus creencias o convicciones<sup>244</sup>”. De esta manera y citando la célebre STC 53/1985, de 11 de abril y sin olvidar la STC 15/1982, de 23 de abril, PRIETO SANCHÍS identificó la objeción de conciencia del artículo 30.2 CE como una de las modalidades de objeción posibles dentro de la libertad de conciencia, libertad recogida dentro del derecho fundamental a la libertad ideológica:

«En otras palabras, el Tribunal venía a reconocer la legitimidad de una modalidad de objeción no contemplada ni en la Constitución ni en la Ley y, por tanto, de una modalidad cuya única cobertura constitucional era la genérica libertad de conciencia: porque la libertad de conciencia es un derecho fundamental -y sólo por eso- rehusar el cumplimiento de un deber jurídico, en este caso de naturaleza profesional o laboral, puede ostentar alguna pretensión de licitud»<sup>245</sup>.

En una posición, la libertad ideológica es sinónimo de libertad de pensamiento y engloba a la libertad de conciencia; mientras que, en la otra postura, la libertad ideológica es sinónimo de libertad de conciencia y englobaría así a la libertad de pensamiento. En cualquier caso, de estas posturas puede extraerse que la libertad ideológica es un concepto genérico y amplio, pues en ambas posturas se engloba a las otras libertades, sea como sinónimo, sea como instancia genérica de ellas.

Con el objetivo de arrojar mayor claridad, pues ello también contribuye a concretar el concepto de libertad ideológica, debe ahondarse todavía más en el uso indistinto de estas libertades, ahora bien, prestando mayor atención a la jurisprudencia constitucional. El término «libertad de pensamiento» no plantea serias dudas, sin embargo, la relación entre los términos «libertad de conciencia» y «libertad ideológica» requiere mayor atención.

---

<sup>243</sup> ROLLNERT, 1998: 234.

<sup>244</sup> PRIETO SANCHÍS, 2004: 57.

<sup>245</sup> PRIETO SANCHÍS, 2006: 266.

Como puede observarse en el estudio de Göran ROLLNERT, la jurisprudencia constitucional española ha delimitado el concepto de libertad ideológica como sinónimo de libertad de pensamiento<sup>246</sup>. En tanto el TC, máximo intérprete de la CE, ha determinado el uso de los términos «libertad ideológica» y «libertad de pensamiento» como sinónimos, la cuestión no plantea mayores problemas.

El autor explica, además, que en relación al concepto de libertad de conciencia, la libertad ideológica es un concepto abstracto, genérico e independiente de aquél<sup>247</sup>. En cuanto a esta afirmación de concepto abstracto, genérico e independiente de la libertad de conciencia, en la primera sentencia del TC sobre la objeción de conciencia prevista en el artículo 30.2 CE (*vid.* STC 15/1982, de 23 de abril), el TC identificó la relación entre libertad ideológica, libertad de conciencia y objeción de conciencia en una enumeración descendiente de género a especie. Por tanto, la objeción de conciencia es una especificación de la libertad de conciencia y ésta última, a su vez, constituye una concreción de la libertad ideológica<sup>248</sup>. Por tanto, la objeción de conciencia es una de las manifestaciones posibles de la libertad ideológica.

La objeción de conciencia es una manifestación posible de la libertad ideológica, según el TC. Entonces, las premisas estipuladas sobre el concepto de objeción de conciencia están recogidas dentro de la libertad ideológica. Como explicó Guillermo ESCOBAR ROCA

«la objeción de conciencia consiste en una oposición de un individuo, por motivos morales, al cumplimiento de una orden o mandato de la autoridad o, lo que viene a ser lo mismo, de un deber jurídico, entendido en el sentido amplio (...).

Con independencia de las matizaciones en torno a tal deber, parece haber acuerdo entre los sostenedores de este concepto estricto en que la objeción no se dirige frente a cualquier cosa, sino únicamente frente a una norma de tipo coercitivo respaldada por el orden jurídico estatal»<sup>249</sup>.

Esta postura del individuo resulta predicable en los términos de la libertad ideológica, puesto que la jurisprudencia constitucional concibe la libertad ideológica como un concepto que engloba las premisas establecidas sobre la libertad de conciencia y sobre la objeción de conciencia. Ahora bien, la correlación del término «libertad

---

<sup>246</sup> La STC 19/1985, de 13 de febrero estableció este sinónimo entre libertad de pensamiento y libertad ideológica.

<sup>247</sup> ROLLNERT, 2002: 71 y ss.

<sup>248</sup> El tribunal Constitucional incorporó, a través de esta concreción, la Resolución 337, de 1967, del Consejo de Europa, en la que se reconoció la objeción de conciencia derivada de las libertades individuales de conciencia y religión.

<sup>249</sup> ESCOBAR ROCA, 1993: 42.

ideológica» con el término «libertad de conciencia» se presentó, inicialmente, un tanto conflictiva para el ordenamiento jurídico español: la libertad ideológica se concreta específicamente a través del derecho a la objeción de conciencia, pero este derecho está recogido constitucionalmente en un artículo distinto al de la libertad ideológica y que, además, se ubica fuera del elenco formal de derechos fundamentales<sup>250</sup>. A pesar de este aparente contratiempo inicial, el TC señaló que la libertad ideológica se puede manifestar de forma específica como una “posibilidad jurídicamente garantizada de acomodar el sujeto su conducta y su forma de vida a sus propias convicciones”<sup>251</sup> y, asimismo, como una “garantía jurídica de la abstención de una determinada conducta”<sup>252</sup> exigida por parte de los poderes públicos del Estado y que sea conflictiva respecto a tales convicciones.

En la relación entre estas libertades, la ideológica y la de conciencia, debe ser observado que el único límite a su ejercicio, en principio, no es más que el necesario para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley, como se explicaba en la STC 141/2000, de 29 de mayo. Este hecho plantea necesariamente una cuestión: si el único límite radica en el orden público definido legamente, al encontrar el ejercicio de la libertad ideológica una posible concreción en la objeción de conciencia, resultaría posible tener derecho a objetar a mandatos ideológicos más allá del imperativo constitucional del artículo 30.2 CE, relativo al servicio militar. En realidad, en la CE existen dos supuestos específicos de objeción, el del artículo 30.2 CE y el del 20.1.d) (relativo a la cláusula de conciencia de los profesionales de la comunicación), y una referencia implícita relativa a un derecho general a la objeción de conciencia, en virtud del artículo 16.1 CE. Esta clasificación, explícita e implícita, de la objeción de conciencia en la CE fue realizada por ESCOBAR ROCA para señalar que

---

<sup>250</sup> De acuerdo con la explicación de GIMENO SENDRA (2017:163-164) “he aquí un problema que ha dejado de serlo” tras suprimirse el servicio militar obligatorio y profesionalizarse la incorporación al ejército. La objeción de conciencia regulada en la Ley de Objeción de Conciencia, de 26 de diciembre de 1984, no contemplaba la no incorporación a filas, sino obtener la calificación de objetor a defender militarmente al Estado. Entre los motivos de objeción se “incluía las motivaciones religiosas e ideológicas, pero no las razones políticas que pudieran esgrimirse como religiosas o ideológicas (...). En cambio, están emergiendo otras objeciones de conciencia que toman como paradigma la anterior, verbigracia, la de los médicos y otros profesionales de la sanidad a practicar abortos o a intervenir en ellos, la de fieles de determinadas religiones a recibir ciertos tratamientos médicos, la de los ciudadanos a ser parte de un Jurado o de una mesa electoral (...), la objeción de conciencia fiscal (...). Ha emergido una eventual objeción de conciencia a impartir una asignatura en determinados centros escolares, etc.”.

<sup>251</sup> Esta definición sobre la libertad de conciencia, como concreción de la libertad ideológica, se recogió en un Auto del TC posterior a la sentencia mencionada, el ATC 617/1984, de 31 de octubre.

<sup>252</sup> STC 15/1982, de 23 de abril de 1982.



«1.º) Sólo se dan los presupuestos necesarios para el ejercicio del derecho a objetar cuando nos encontremos en presencia de un conflicto objetivo de conciencia (esto es, cuando existan caracteres típicos del juicio moral), que además (salvo los casos especiales de los arts. 30.2 y 20.1.d) deberá tener su fundamento en los postulados característicos de una ideología o religión conocidas.

2.º) El derecho general de objeción de conciencia no es un derecho absoluto, sino una posición *prima facie* que puede ceder ante la presencia de diversos límites, cuya única característica común es su asiento constitucional. Obviamente, el juego de tales límites no puede ser de tal naturaleza que reduzca el contenido del derecho a su práctica desaparición»<sup>253</sup>.

La jurisprudencia constitucional partió inicialmente de esta concepción, pero como explica Fernando ARLETTAZ, posteriormente precisó esta postura al especificar que el derecho genérico a la objeción de conciencia solamente será posible cuando el constituyente o el legislador común lo prevean expresamente<sup>254</sup>. En la jurisprudencia del TC se señaló la libertad de conciencia como una “especificación de la libertad ideológica” en cuyo contenido impera la “la garantía jurídica de abstención de una determinada conducta”<sup>255</sup>. Al ser un contenido posible de la libertad ideológica, según lo señalado por el TC, resulta preceptivo un desarrollo legal para otorgar efecto a un derecho genérico a la objeción de conciencia<sup>256</sup>.

---

<sup>253</sup> ESCOBAR ROCA, 1993: 203.

<sup>254</sup> ARLETTAZ, 2013: 193-194.

<sup>255</sup> En la citada STC 15/1982, de 23 de abril de 1982.

<sup>256</sup> La garantía de la objeción de conciencia por razones ideológicas constituye un gran tema de reflexión para la doctrina jurídica. Contrapuesta a la garantía de objeción de conciencia al servicio militar del artículo 30 CE, la objeción general de conciencia procedente de la libertad ideológica, religiosa y de culto requiere desarrollarse legalmente para determinar el alcance, contenido y supuestos específicos no establecidos en la Constitución. Por tanto, sin mayor especificación que la referencia *in abstracto* a la ley, este tipo genérico de objeción resulta efectivamente de aplicación a través de cualquier tipo de previsión normativa. Por ejemplo, el Código de Ética y Deontología Médica del Consejo General de Colegio de Médicos contempla, en el artículo 32.1, la objeción del médico por razones éticas, morales o religiosas frente una conducta contraria que se le haya exigido. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en sentencias con supuestos similares al de los médicos, como en la STC 145/2015, de 25 de junio, en la que se pondera el derecho de objeción de conciencia fundado en artículo 16 CE de un farmacéutico objetor, y bajo tal condición registrado en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla, con la obligación de disponer de un mínimo de existencias, mínimo establecido legalmente, de profilácticos sexuales (preservativos) y del principio activo levonorgestrel (píldora postcoital). En cuanto a la apreciación de este hecho por la doctrina jurídica, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (2017: 201-208) va más allá en la explicación de la objeción de conciencia y su relación el derecho fundamental a la libertad ideológica, al fundamentar este derecho a partir de la dignidad humana. Para este autor, procedente de la doctrina administrativista, la libertad ideológica, religiosa y de conciencia están conectadas íntimamente con la dignidad de la persona, en tanto el artículo 16 CE protege las manifestaciones procedentes de su dignidad, esencia y supremacía sobre la naturaleza racional del individuo. No obstante, el autor diferencia entre la procedencia de cada una de las libertades. Para este autor, mientras que la libertad religiosa se consagra en una manifestación de la libertad de conciencia, no resulta predicable de la libertad ideológica, en tanto no todas las ideas sobre la concepción del mundo del individuo son asumidas, imperantemente, como norma suprema de conducta. Gracias a esta distinción, el autor hace valer la explicación que la objeción de conciencia actúa en un plano de conducta y las ideas en uno racional. De ahí la viabilidad de una objeción genérica de conciencia sometida al principio de legalidad, pues en tanto la ley actúa como el «referente externo» de aquello con lo que el individuo puede estar de acuerdo, se excluye la posibilidad

El desarrollo legal preceptivo para el ejercicio de un derecho genérico a la objeción de conciencia implica que el propio ordenamiento jurídico establezca las condiciones por las que puede ejercerse el derecho y, asimismo, limitarse su ejercicio. De lo contrario, no tendría sentido poder objetar a toda norma del ordenamiento. Cuando ESCOBAR ROCA ofreció una definición del concepto de objeción de conciencia identificó, además, que a dicho concepto deben realizársele cuatro consideraciones. Así, la objeción de conciencia debe ser: 1) descriptiva, una referencia empírica que sea neutra desde el punto de vista valorativo; 2) pacífica, en armonía con las definiciones doctrinales del concepto y con la implicación del uso habitual o corriente del lenguaje, dicho en otras palabras, que el concepto de objeción de conciencia no debe ser reformulado cada vez que se emplea; 3) instrumental, en restricción de la ambigüedad y la vaguedad del término y en clara precisión de la realidad social; y 4) limitada, por sí misma la objeción de conciencia no puede ofrecer soluciones jurídicas, sino que debe ofrecer soluciones en contextos interpretativos mucho más amplios<sup>257</sup>.

Esta última consideración o carácter puede tomarse de referencia para justificar que no exista una objeción general de conciencia en virtud del artículo 16 CE, dado que la objeción de conciencia, por sí misma, no puede ser un mecanismo, o sin regulación, disponible libremente para ejercerse frente a cualquier norma. Realmente, un derecho o mecanismo de estas características sería contradictorio con el propio ordenamiento jurídico: si existen normas jurídicas, pero todo el mundo puede objetar y abstenerse de realizar el cumplimiento de los deberes jurídicos al alegar buenas razones morales, el propio ordenamiento carecería de sentido o, de entrada, se vería reducido a un cúmulo de recomendaciones. En estos términos, podría ser afirmado: «la norma recomienda una determinada conducta, pero en último término, el individuo puede abstenerse y no hacerlo».

Sin una regulación relativa a una objeción genérica de conciencia, las personas tendrían siempre la última palabra para realizar la conducta normada, lo que es contradictorio con el propio ordenamiento jurídico, pues la finalidad del ordenamiento no es otra que aplicarse, indiferentemente de las valoraciones, consideraciones y objeciones personales que puedan realizar los individuos. Si los individuos no están conformes, tienen la posibilidad de cambiar las normas a través de los cauces

---

de realizar actos unilaterales del individuo que podrían hallar fundamento, del mismo modo, en la dignidad de su persona. A falta de aquéllos referentes externos, el autor explica que el artículo 10.1 CE sería considerado como una auténtica «laguna iusnaturalista».

<sup>257</sup> ESCOBAR ROCA, 1993: 43-44.

formalmente establecidos para ello, es decir, por el procedimiento que el mismo ordenamiento predisponga. Así, la objeción de conciencia se limita a conductas verdaderamente delimitadas, eso sí, dentro de contextos interpretativos mucho más amplios, como observó el autor.

La objeción de conciencia, en sí misma, carece de sentido si es ejercida frente a toda norma. El propio ordenamiento jurídico debe señalar cuándo es posible llevar a cabo la objeción y abstención de cumplir con un deber y qué requisitos son indispensables para ejercitarla. En otras palabras, el ordenamiento debe delimitar la facultad del individuo para no realizar un deber igualmente jurídico. Todo lo anterior, *a priori*, no es impedimento para regular una objeción de conciencia de carácter general. Bien puede parecer que la regulación de carácter general resultaría contradictoria, pero entonces deben ser realizadas las siguientes dos consideraciones:

La primera de ellas es que una objeción genérica de conciencia debe estar especificada para un ámbito o contexto jurídico específico. En este sentido, en la presente tesis se subraya la ausencia de este mecanismo y esta afirmación debe ser comprendida para el contexto de una relación laboral, el cual configura el objeto de investigación. En ese contexto ya existen una serie de derechos y obligaciones estipulados en el contrato de trabajo, lo que en palabras de Guillermo ESCOBAR serían “unos compromisos adoptados voluntariamente”<sup>258</sup>. En tanto con la celebración del contrato, trabajador y empresario acordaron libremente llevar a cabo el cumplimiento de sus respectivas obligaciones, la objeción de conciencia de carácter general debe ser comprendida a partir de esa situación jurídica; ello no implica una renuncia al derecho de objetar, sino respetar el cumplimiento de lo libremente convenido. Esta objeción debería ejercerse ante la existencia de una orden, decisión o deber no estipulados expresamente por contrato y que presentara un conflicto grave para la moral de la persona. Pero incluso en esta situación debe atenderse al hecho que un trabajador puede ir ampliando sus funciones en la empresa y progresar en el trabajo, lo que implica realizar nuevas tareas o ampliar las que ya lleva a cabo<sup>259</sup>. De ahí que la orden necesariamente deba plantear un verdadero conflicto para las convicciones y la moral del trabajador.

---

<sup>258</sup> ESCOBAR ROCA, 1993: 366.

<sup>259</sup> La promoción a través del trabajo es parte del contenido esencial del artículo 35 CE, como explicó el TC acerca del contenido mínimo que se impone a la reserva de ley del artículo 53.1 CE (vid. STC 83/1984, de 24 de julio).

La segunda consideración es que no vale cualquier tipo de referencia a un contexto jurídico. En el caso de contextualizar la objeción de conciencia a la relación laboral, la problemática se diluye en tanto es un contexto jurídico bien delimitado, pero otro tipo de referencias normativas volverían a plantear la contradicción de la objeción de conciencia respecto a todo el ordenamiento jurídico. Así, de regular la objeción de conciencia en un «negocio jurídico», en último término se estaría planteando el incumplimiento de cualquier relación jurídica y, por consiguiente, se retornaría al punto por el cual el ordenamiento jurídico se vuelve un absurdo de no ordenar, sino recomendar.

Hasta este punto se justifica por qué la objeción de conciencia es un mecanismo necesitado de desarrollo normativo para completar las garantías a una posible manifestación del derecho a la libertad ideológica. Ahondar más profundamente en las cuestiones que plantea una objeción genérica de conciencia imposibilitaría la correcta exposición de este capítulo y, asimismo, desviaría esta tesis de su objetivo, puesto que requeriría exponer extensamente la doctrina relativa a la objeción de conciencia. Sin embargo, con ello se ha puesto de manifiesto que la regulación de una objeción genérica de conciencia no es, ni mucho menos, una empresa sencilla y no puede abogarse por este mecanismo, que no es otra cosa que una garantía específica de un derecho fundamental, sin antes aclarar que sus posibilidades no son ilimitados o tan genéricas como indica su propio término.

En cualquier caso, tanto el término «libertad de conciencia», como los de «libertad ideológica» y «de pensamiento» indican una actividad racional de la persona para posicionarse ante la realidad, al crear el individuo un sistema propio de ideas sobre el que esa persona actúa consecuentemente, sea llevando “a cabo una actividad racional mediante la que se crea un sistema ideológico basado en unas convicciones o creencias autónomas nacidas a la luz del libre pensamiento”, sea “emitiendo un dictamen o juicio de la razón práctica acerca de la moralidad de una acción”<sup>260</sup>.

Por todo ello, cuando en el discurso jurídico se emplean indistintamente estos términos, en tanto se pretenda escenificar el posicionamiento de la persona ante la realidad que la envuelve, lo adecuado sería emplear un término genérico, como el de «libertad de pensamiento» o «libertad de conciencia», que son considerados por la jurisprudencia y un sector doctrinal unos términos que engloban otras libertades

---

<sup>260</sup> SALCEDO HERNÁNDEZ, 1997: 97-98.

específicas, como la de conciencia. Es en el uso particular de alguno de estos términos cuando no es conveniente utilizarlos indistintamente, sino que sería preciso delimitar la libertad en función del concepto específico al que haga referencia, dada la posibilidad de evocar a distintas normas: si se menciona la «objeción de conciencia», lo más plausible será pensar directamente en la norma constitucional donde está recogida y no en una manifestación específica de la libertad ideológica o de pensamiento, dando lugar a pensar en una posición frente al servicio militar y no en una objeción de carácter ideológico.

### **III.1.2. La relación entre la libertad ideológica y religiosa**

La correlación de la libertad ideológica con otros términos como la libertad de pensamiento o la libertad de conciencia no finaliza en ellos. En el aspecto normativo, la libertad ideológica comparte artículos con la libertad religiosa. Se proclaman conjuntamente en los artículos 16 CE, y en tanto que libertad de pensamiento, en los artículos 9 CEDH, 18 DUDH, 18 PIDCP y 10 CDFUE, aunque ello no presupone que configuren el mismo derecho.

En este estudio se asume que el derecho a la libertad ideológica es un derecho autónomo, independiente del derecho a la libertad religiosa. Ahora bien, la conexión entre ambas libertades es muy íntima y sus derechos tienen puntos en común que deben ser considerados para prestar la correcta atención a los mecanismos que permiten la protección de la libertad ideológica.

Como se indica, normativamente, la relación entre libertad ideológica y religiosa puede verse a través de los artículos enumerados en el primer párrafo de este epígrafe. En ellos se hace referencia a la esfera íntima de la persona a través de libertades y, además, de acuerdo con esta esfera íntima, todos estos artículos definen una serie de derechos sobre una misma estructura normativa. Dicho en otras palabras, en estos diferentes artículos, además de proclamar la libertad ideológica, o de pensamiento, y la religiosa, se proclaman una serie de derechos característicos de estas libertades, por el hecho de pertenecer a la esfera íntima de la persona.

Jim MURDOCH señaló, a tenor de comentar el artículo 9 CEDH, que de entre los artículos mencionados *ab initio*, el artículo 18 del PIDCP ofrece el texto mejor

estructurado para describir cuál es el contenido normativo de estas libertades<sup>261</sup>, es decir, los derechos contenidos en la norma en torno a la libertad ideológica, religiosa y de culto y su relación con la esfera íntima del individuo. En este artículo 18 PIDCP<sup>262</sup>, el contenido normativo se desarrolla en tres apartados. El primero de ellos hace referencia al sentido y alcance de las libertades, al recoger la posibilidad de «expresar tanto individual como colectivamente» la ideología, religión o creencias de cada uno y, asimismo, manifestarlas efectivamente «tanto en público como en privado». En segundo lugar, el artículo establece la protección del «fuero interno» del individuo frente a cualquier intervención de terceros. Finalmente, en tercer lugar, el artículo incorpora la «cláusula genérica de orden público» que permite limitar la manifestación externa de la ideología, pensamientos, religión o creencias propias del individuo.

Sucede de manera similar con el artículo 16 CE. La libertad ideológica y la religiosa comparten el artículo, lo que no puede ser considerado un hecho azaroso. El artículo 16 CE señala hacia un punto en común de las libertades, donde coinciden todos los derechos y libertades en éste proclamados, que es la esfera personal, íntima, lo moral, del individuo<sup>263</sup>. De esta esfera proceden la libertad ideológica, religiosa y de culto que proclama el artículo 16 CE y hallan el fundamento axiológico en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Como explicó PÉREZ LUÑO, en la dignidad de la persona encontramos el “punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y la afirmación de la dimensión moral de la persona<sup>264</sup>”. La dignidad de la persona constituye el fundamento de las libertades públicas del individuo y de sus derechos de carácter íntimo, al actuar, consecuentemente, como límite a la intervención de los poderes públicos. En este sentido, el TC estableció a mediados de los años ochenta la doctrina sobre los derechos procedentes de la dignidad de la persona. En virtud de ello, el TC explicó que el legislador tiene un margen de actuación limitado por la dignidad de la persona, por

---

<sup>261</sup> MURDOCH, 2007: 6.

<sup>262</sup> El tenor literal del artículo reza que «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.»

<sup>263</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, 1999: 63-66.

<sup>264</sup> PÉREZ LUÑO, 2010: 49.

ejemplo, en el empleo del criterio de la «ciudadanía» para la atribución de la titularidad de derechos. Es ahí donde el TC identificó la existencia de derechos fundamentales “que pertenecen a la persona en cuanto a tal y no como ciudadano (...), aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español”<sup>265</sup>.

Los derechos que nacen de la esfera íntima, moral, personal del individuo se identifican en el contenido normativo de estas libertades. Ello simplemente quiere decir lo ya señalado: las libertades (ideológica, de pensamiento, religiosa, de culto, de conciencia) y sus correspondientes derechos, tienen por denominador común la esfera personal o íntima del individuo, lo cual, en mayor o menor medida, queda reflejado en el aspecto normativo al proclamarlas conjuntamente.

Claro es que existe la necesidad de establecer una diferenciación entre la libertad ideológica y la religiosa. Es habitual asumir que cada una de las libertades establecidas en el artículo se conciben como un derecho autónomo. A pesar de ello, autores como CAVAS MARTÍNEZ entienden que el punto en común de todas ellas reside en la libertad ideológica, un derecho «complejo», el cual está compuesto por los derechos a la libertad de pensamiento, la libertad de conciencia y la libertad religiosa<sup>266</sup>. En estos términos, la religión debería ser explicada como un subtipo o una categoría de ideología.

La libertad religiosa debe entenderse como la variante trascendental de la esfera personal del individuo. Representa una libertad que vertebra la fe como un contenido sustancial para el individuo. Su manifestación externa viene configurada por la variedad<sup>267</sup>, es decir, puede ser individual, colectiva, pública, privada, a través de la predicación, el culto, la enseñanza o la observancia<sup>268</sup>. La libertad religiosa establece una consonancia entre el individuo y el acto de fe a través de los postulados adoptados por el individuo, quien decide vivir de acuerdo a la teoría y moral religiosa aceptada.

---

<sup>265</sup> STC 107/1984, de 23 de noviembre.

<sup>266</sup> CAVAS MARTÍNEZ, 2011: 58.

<sup>267</sup> VILADRICH, 1996: 127-129.

<sup>268</sup> Esta es la definición mayormente empleada por la doctrina de Derecho Eclesiástico en España, al respecto, *vid.* CALVO ÁLVAREZ, 1998: 187-234. De esta doctrina cabe destacar la mención al concepto de «trascendencia del individuo» en lugar de uno en referencia al de deidad. Como sugirió ORTEGA Y GASSET (1986: 56 y ss.), una referencia implícita a algún tipo de deidad en el empleo del término «religión» conllevaría excluir religiones como el budismo, cuyas creencias no se basan en la fe en torno a la existencia de algún dios.

Del mismo modo que la libertad ideológica, la libertad religiosa se estructura de manera «bidimensional»<sup>269</sup>, mediante la proyección individual, o interna, y la externa de la libertad. La doble dimensión de la libertad religiosa se recoge normativamente en la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa (LOLR), en su artículo 2. En sus primeros apartados, el artículo establece la protección de la «dimensión interna» a partir de la inmunidad de coacción sobre las creencias del individuo y los supuestos específicos que configuran sus creencias, como, por ejemplo, practicar actos de culto, recibir asistencia religiosa, así como recibir e impartir enseñanza religiosa. Asimismo, el artículo garantiza las «manifestaciones externas» siempre de conformidad a la cláusula genérica de orden público que será el especificado por las leyes.

Existe otro factor relevante en la LOLR. La variante colectiva de la libertad religiosa constituye objeto de tutela al otorgar a las «Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas» la facultad de ejercer el derecho fundamental del artículo 16 CE<sup>270</sup> y, además, a establecer su propia forma de organización (artículos 2 y 6 de la LOLR). Esta variante debe ser conjugada de acuerdo con la interpretación constitucional del principio de aconfesionalidad. Dado un margen de cooperación estatal con la Iglesia y las demás confesiones religiosas, se parte de “una actitud positiva respecto al ejercicio colectivo de la libertad religiosa. El principio de neutralidad del artículo 16 CE (...) veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales (...), introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva”<sup>271</sup>. Como explica Santiago CAÑAMARES ARRIBAS, la vertiente colectiva con la que puede manifestarse la libertad religiosa es una cuestión conflictiva, dado que la Iglesia Católica no recibe el mismo trato que el resto de entidades religiosas<sup>272</sup>. En este sentido, la Iglesia Católica tiene un trato diferencial del Estado, por el que se le atribuyen ciertos privilegios en comparación con el resto de entidades religiosas y cuya justificación reside en los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español de 3 de enero de 1979. Para acabar con este trato diferencial, un sector de la doctrina de Derecho Eclesiástico pide una reformulación normativa para equiparar los derechos del resto de confesiones religiosas con los otorgados por el Estado a la Iglesia Católica.

---

<sup>269</sup> Remito, para un análisis más extenso, al epígrafe dedicado a ello en este mismo capítulo.

<sup>270</sup> Tanto la inclusión de este apartado en el artículo de la Constitución como el posterior desarrollo normativo mediante la LOLR llevan a GIMENO SENDRA (2017: 160-162) a afirmar que el artículo 16 CE está estructurado sobre la perspectiva de la libertad religiosa y no sobre la libertad ideológica.

<sup>271</sup> STC 38/2007, de 15 de febrero. Para una amplia explicación de esta cooperación, remito a MARABEL MATOS, 2016: 27-28.

<sup>272</sup> CAÑAMARES ARRIBAS, 2011: 19-20



Para ello, como sugiere MESSEGUER VELASCO, la justificación surge en “aras al desarrollo del principio de igualdad y no discriminación” que permita igualar todas las confesiones religiosas con la Iglesia Católica en “una categoría única de confesiones religiosas, como sujeto beneficiario de la cooperación del Estado”<sup>273</sup>.

La referencia al trato desigual entre la Iglesia Católica y el resto de confesiones no es la única observación a la desigualdad que puede hacerse, puesto que en referencia a la protección frente al trato discriminatorio, debe realizarse necesariamente una distinción entre la libertad ideológica y la religiosa: precisar los conceptos de «idea» y «creencia»<sup>274</sup>. Estos términos son motivos protegidos frente al trato discriminatorio, razón por la que habitualmente se usan como sinónimos, en tanto que configuran diferentes modos en que pueden manifestarse ambas libertades. Según la jurisprudencia del TC, la libertad ideológica engloba la libertad religiosa o de creencias. El tribunal resalta cualquier «concepción» del mundo que se pueda tener, o «creencia» *lato sensu*, sea o no sea religiosa, cuando se refiere al pensamiento de un individuo<sup>275</sup>. De esta manera, para el TC la libertad ideológica indica que el pensamiento autónomo del individuo está formado por sus «ideas» y sus «creencias», más allá del vínculo con el dogma religioso. Contrariamente, el dogma religioso constituye el fundamento de la libertad religiosa y de culto<sup>276</sup>. Sobre este aspecto, MARABEL MATOS explicó que

«el TEDH ha entendido que el grado de apreciación del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión del art. 9 CEDH, requiere una opinión seria, coherente, cierta y contundente sobre dichas creencias o convicciones (...). En consecuencia, puede asegurarse que no todo acto u omisión derivado o motivado a partir de este sistema de principios, constituye una manifestación de creencias amparable por el art. 9 CEDH. Debe acreditarse un vínculo directo e íntimamente relacionado con preceptos de fe, a través de un nexo necesario entre el acto u omisión y la convicción subyacente que induzca al creyente a comportarse conforme al cumplimiento de los mismos. Así se contiene en las SSTEDH, Casos Skugar y otros contra Rusia, de 3 de diciembre de 2009 y Cha'are Shalom Ve Tsedek contra Francia, de 27 de junio de 2000»<sup>277</sup>

Claro que, como se ha indicado, esta distinción surge de elementos en común: los elementos propios del pensamiento y la actividad racional del individuo, que implica, a

---

<sup>273</sup> MESSEGUER VELASCO, 2015: 104.

<sup>274</sup> Se utiliza, junto a ellos, también, un tercer término, el de «opiniones» cuando se hace referencia a la manifestación externa de la libertad ideológica.

<sup>275</sup> Vid. SSTC 129/1990, de 16 de julio y 292/1993, de 18 de octubre.

<sup>276</sup> PERALTA MARTÍNEZ, 2012: 257.

<sup>277</sup> MARABEL MATOS, 2016: 22-23.

menudo, la dificultad de vislumbrar la línea divisoria entre libertad ideológica y libertad religiosa.

Esto último debe tenerse presente, puesto que el objeto de estudio pretende ceñirse estrictamente a la libertad ideológica como un supuesto independiente de la libertad religiosa. En consecuencia, las referencias a casos con elementos religiosos vendrán condicionadas por la relevancia de sus mecanismos en la protección del derecho fundamental o en la tutela frente al trato discriminatorio. Para ello, sirva de ejemplo que este tipo de mecanismos comunes pueden verse en el fenómeno jurídico conocido como «gestión de la diversidad en la empresa»<sup>278</sup> o *diversity management* dado su origen en la doctrina norteamericana<sup>279</sup>. La gestión de la diversidad en la empresa muestra la preocupación de estas organizaciones por los factores o las condiciones que caracterizan a sus trabajadores. Son factores que posibilitan establecer algún tipo de diferencia entre los trabajadores, lo que les convierte, potencialmente, en objetos de un trato discriminatorio. Entre estos factores figuran rasgos personales como la etnia, el género o la edad y, al mismo tiempo, se aprecian otros tipos «nuevos», propios del ámbito laboral, como la experiencia, el conocimiento del sector e incluso la actitud personal para el trabajo.

La situación trazada con la gestión de la diversidad en la empresa no es ajena a la casuística española. En la STC 19/1985, de 13 de febrero, se debatió la compatibilidad entre la asistencia a actos religiosos y el cumplimiento de la jornada laboral. El caso versaba sobre el día de descanso semanal.

Una trabajadora fue despedida al no presentarse en su puesto de trabajo, pese a que previamente había intentado negociar con el empresario el día idóneo de descanso a fin de hacerlo coincidir con el indicado por su confesión religiosa. Debe quedar constancia que la trabajadora había adoptado esa religión en una fecha relativamente próxima a la controversia. Por tanto, fue un caso de adopción sobrevenida de una religión.

Este caso fue el primero que puede enumerarse como uno de diversidad en la empresa en torno a la aplicación del artículo 16 CE. El TC discurrió con arreglo a la acomodación de la conducta del individuo con los postulados de sus creencias. Ahora bien, falló a favor del empresario, pues esta conducta de la trabajadora contrariaba lo convenido por contrato laboral. El TC explicó que lo pactado en su momento libremente y de buena fe entre trabajador y empresario eran una serie de derechos y obligaciones

---

<sup>278</sup> ELEGIDO FLUITERS y SÁIZ ÁLVAREZ, 2015.

<sup>279</sup> JOHNSON, 1987.

que tienen fuerza de norma (*pacta sunt servanda*), que ya venían produciendo efectos antes de que la persona decidiese adecuar su conducta a otras creencias.

Este ejemplo resulta predicable en los términos de la libertad ideológica en la medida que una persona adecúe su conducta a una determinada concepción, idea, filosofía o creencia particular, que no necesariamente debe ser religiosa. Siempre deberá prevalecer el contenido de lo pactado en su momento, esto es, cuando los contratantes consienten de buena fe.

Actualmente existen otro tipo de soluciones para hacer frente a problemas como el planteado en supuesto de gestión de diversidad en la empresa. Debido a la repercusión *in crescendo* de la Globalización en el ámbito jurídico-laboral y, concretamente, del aumento de la diversidad de trabajadores en las empresas, una de las propuestas para gestionar la diversidad consiste en llegar a «acuerdos» entre las partes. Con los acuerdos se negocian los intereses de los trabajadores sobre todo tipo de motivos, a fin de poner solución a potenciales conflictos originados por la diversidad, de entre los que puede resultar alguna manifestación de la libertad ideológica en el sentido señalado. Así, según lo expuesto, sobre la libertad ideológica podría realizarse un acuerdo que estableciera cuál sería el momento idóneo, durante la jornada de trabajo, para asistir a una reunión con el sindicato al que pertenezca el trabajador o, como en el supuesto descrito, de existir un acuerdo consistente en el momento o día de para asistir a un acto de su confesión religiosa, éste tendría fuerza de ley<sup>280</sup>.

### **III.2. Las garantías del derecho fundamental a la libertad ideológica**

En esta sección se encuentran una serie de subepígrafes que responden a un orden de exposición de conformidad con las siguientes razones: 1) se expone la relación entre los artículos 16 CE y 9 CEDH; 2) se presentarán las dimensiones interna y externa del derecho a la libertad ideológica y, además, se reflejará el carácter relacional con otros derechos en el momento de materializarse; 3) se explicará que el derecho a la libertad ideológica puede verse limitado, como ha sido ya mostrado, por la cláusula del límite de orden público; 4) se expondrá que el derecho a la libertad ideológica configura un límite

---

<sup>280</sup> Los acuerdos sobre la gestión de la diversidad pueden verse reflejados en «La gestión de la diversidad en el mercado de trabajo», texto facilitado por la Diputación de Barcelona, con la intención de eliminar prejuicios y discriminaciones en el mercado laboral y el puesto de trabajo a nivel municipal. Puede consultarse en el portal web: [http://www.diba.cat/c/document\\_library/get\\_file?uuid=4d922aa6-5f5a-4b49-bff6-b71e81bab997&groupId=1295730](http://www.diba.cat/c/document_library/get_file?uuid=4d922aa6-5f5a-4b49-bff6-b71e81bab997&groupId=1295730)

para los poderes públicos en tanto que es un derecho fundamental, razón por la que el derecho a la libertad ideológica también está instituida como objeto de protección especial del artículo 53.2 CE.

### **II.2.1. La relación entre los artículos 16 CE y 9 CEDH**

En la exposición de las garantías del derecho fundamental a la libertad ideológica debe ponerse de manifiesto la relación entre el derecho fundamental a la libertad ideológica, que se recoge en el artículo 16 CE, con el artículo 9 CEDH.

De los puntos en común entre estos dos artículos, cabe destacar que, cuando se hace referencia a estas libertades, a menudo se habla del fuero interno o la esfera íntima del individuo. Por ejemplo, cuando se hace referencia al derecho a no declarar sobre las propias ideas. Estos aspectos hacen referencia a lo que se conoce por las dimensiones interna y externa de las libertades ideológica, religiosa y de culto. Cabe destacar que en el ejercicio de la libertad ideológica a través de la manifestación externa se materializan otros derechos como, por ejemplo, la libertad de expresión, la libertad de asociación y reunión o el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo a sus propias convicciones<sup>281</sup>. Todos ellos son derechos que están recogidos en normas como la CE, el CEDH o el PA 1 al CEDH. La libertad ideológica se materializa en relación a otros derechos y de tal suerte se asume que tiene un carácter relacional.

Las dimensiones interna y externa, así como el carácter relacional de la libertad ideológica se explican en el primer subepígrafe de esta sección. Existen otras características de la libertad ideológica definidas por los artículos 16 CE y 9 CEDH, como el límite establecido por el orden público, que también será objeto de análisis.

El derecho a la libertad ideológica figura en el artículo 16 de la Constitución Española. Como se ha epuesto, este artículo encuentra su homólogo en el artículo 9 del CEDH, por el cual resulta posible hablar, en el sistema europeo de protección de derechos humanos, de lo que en España se conoce por libertad ideológica. La relación entre ambos artículos trae consecuencias para la libertad ideológica, pues si bien las garantías de este derecho fundamental están desarrolladas sustancialmente a partir del texto constitucional, por otro lado, se tienen presentes en su tutela el CEDH y la

---

<sup>281</sup> TORRES, 2005: 529-530.

jurisprudencia del TEDH, por lo que es menester observar el objeto de protección de cada uno de estos artículos y así constatar las garantías propias que ofrece cada ámbito.

La libertad ideológica está reconocida en el art. 16 CE, por tanto, forma parte de los derechos contenidos en la Sección I del Capítulo II del Título I de la Constitución, esto es, de los derechos fundamentales. Con este derecho, el constituyente español estableció como derecho fundamental una serie de libertades que representan la esfera íntima, personal, del individuo y están estrechamente vinculados al libre desarrollo de su personalidad. Más allá de la relevancia de los derechos fundamentales para la configuración del resto del ordenamiento jurídico, cabe destacar dos aspectos que configuran las principales garantías para la libertad ideológica. Como se explicó en el Capítulo II, con los derechos fundamentales se establece una esfera donde los poderes públicos no pueden entrar a decidir, no se puede minimizar y, en todo caso, siempre se debe respetar. A esta garantía se le une la facultad de hacer valer los derechos fundamentales en cualquier tipo de relación jurídica, ya sea frente a sujetos públicos o frente a otros particulares, a través de la denominada eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

El TC ha desarrollado una noción amplia del objeto de protección del derecho fundamental a la libertad ideológica, al facilitar una gran diversidad de términos relacionados con las «ideas», tales como las «creencias», «opiniones» o «pensamientos» de cualquier índole. La intención del TC fue incluir toda concepción ideológica que puedan profesar los individuos, de ahí que en su jurisprudencia se recojan expresiones y términos como «ideas, criterios y sentimientos», «convicciones personales del mundo de la axiología que afectan a sus creencias y sentimientos», «posición intelectual ante la vida» o «todas las opciones que suscita la vida personal y social»<sup>282</sup>.

Este concepto amplio debe precisarse de acuerdo con los márgenes comunes entre los derechos a la libertad ideológica y religiosa del artículo 16 CE. El TC se decanta por hacer prevalecer las «convicciones» y «creencias» del individuo en tanto que manifestación de su libertad de pensamiento o ideológica y para ello las diferencia de los mismos términos empleados para la libertad religiosa, dado que el dogma religioso crea restricciones en los términos, que en este caso se ciñen a los términos de «convicción» o «creencia» procedentes “de las concepciones confesionales”<sup>283</sup>. Las «ideas», «creencias», «opiniones», «convicciones individuales» y, en definitiva,

---

<sup>282</sup> ROLLNERT, 1988: 236-242.

<sup>283</sup> STC 77/1985, de 27 de junio.

cualquier tipo de categoría pertenecen al ámbito del pensamiento, cuya naturaleza no precisa ser confesional.

El artículo 16 CE encuentra su homólogo en el artículo 9 del CEDH, donde se proclama que «toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión» y, así, a través de la relación con la libertad de pensamiento, el derecho fundamental a la libertad ideológica cuenta con las premisas establecidas para el artículo 9 CEDH. En ambos artículos se da la coexistencia del derecho a la libertad ideológica (o de pensamiento, según el CEDH) con otros derechos diferenciados nominalmente: la libertad de conciencia, la libertad religiosa y de culto<sup>284</sup>. Todos estos derechos tienen el nexo común en la esfera íntima de la persona y son protagonistas en el libre desarrollo de la personalidad. Para el TEDH, este nexo común entre las libertades está siempre latente, de ahí que resulte necesario establecer un vínculo directo entre las creencias que definen a la libertad religiosa con la libertad de pensamiento, puesto que las creencias configuran un tipo de acto que emana de la esfera íntima de la persona, esfera configurada por estas libertades.

### **III.2.1. la dimensión interna, la externa y el carácter relacional del derecho a la libertad ideológica**

Tanto la dimensión interna, la externa y el carácter relacional de la libertad ideológica suponen aspectos determinantes para la efectiva protección de este derecho. La relevancia de tales aspectos configura las garantías tanto del derecho fundamental a la libertad ideológica como la tutela frente al trato discriminatorio de esta libertad.

Las «dimensiones interna y externa» dividen a la libertad ideológica no sólo nominalmente, sino en una libertad que se protege de dos maneras distintas. El origen

---

<sup>284</sup> El objeto de análisis continúa girando sobre la libertad ideológica en los parámetros establecidos hasta el momento, por lo que se excluye a la libertad religiosa al configurar un derecho diferenciado; solamente se acudiría a la libertad religiosa cuando los mecanismos de protección que se han desarrollado sobre esta libertad sean compatibles con la libertad ideológica. Por esta razón se ha advertido ya que la correlación entre las libertades protegidas en los artículos 16 CE y 9 CEDH no debe llevar necesariamente a diferenciarlas tajantemente, sino necesariamente sobre clasificación establecida de género a especie. En este sentido, autores como Montserrat PERALES (2015: 169 y ss.) consideran que las libertades de pensamiento, de conciencia y religiosa son diferentes dimensiones de un mismo derecho a la libertad ideológica. Por lo que la posición adoptada para el análisis en esta tesis coincidirá con la autora en tanto los elementos de tutela referente al artículo del Convenio resulten compartidos entre la libertad ideológica y las libertades religiosa y de conciencia, mas necesariamente divergirá en cuanto los derechos a la libertad religiosa y de conciencia prediquen mecanismos propios de protección y no se proyecten aplicables sobre derecho de libertad ideológica estudiado hasta el momento. Es más, cuando en la tesis se hace referencia al término «libertad de pensamiento», éste se esgrime sobre la citada jurisprudencia del TC (STC 19/1985, de 13 de febrero) en referencia a la esfera íntima personal que caracteriza la dimensión interna de la libertad ideológica y huyendo, así, de otras concepciones apreciadas por la doctrina jurídica.

jurisprudencial de esta distinción se dio en los años ochenta, cuando el TC definió la discriminación por razón de opinión como la imposibilidad de establecer a los ciudadanos una diferencia de trato o discriminación “en función de sus ideologías o sus creencias”<sup>285</sup>. Pese al uso indistinto del TC de las expresiones «prohibición de discriminación por razón de opinión o creencias» y «prohibición de discriminación por razones ideológicas», el TC estableció una cierta diferenciación, unas matizaciones de donde proviene la relevancia anunciada para la tutela frente al trato discriminatorio, y asimismo para la garantía del derecho fundamental a la libertad ideológica.

El TC apreció definitivamente las dimensiones interna y externa de la libertad ideológica<sup>286</sup>. Entendió que en la «dimensión interna» de la libertad ideológica reside la libertad de pensamiento y del mismo modo, las ideas y creencias del individuo. Por tanto, la dimensión interna de la libertad ideológica hace referencia al fuero interno del individuo, a la esfera personal de su pensamiento, donde residen las ideas y donde además la persona se formula un posicionamiento intelectual frente a la realidad que lo envuelve. Esta dimensión interna de la libertad ideológica está protegida frente a cualquier acto: público o privado. Para el TC no existe potestad alguna para los poderes públicos, incluso amparándose en la cláusula de orden público, que pueda incidir en la esfera más íntima del pensamiento y posicionamiento intelectual de la persona.

Por la «dimensión externa» debe entenderse la variante por la que se manifiestan las ideas y el pensamiento del individuo, ya sea a través de la palabra o, en sentido genérico, a través de la acción<sup>287</sup>. Por tanto, la doctrina<sup>288</sup> sobre la doble dimensión de la libertad ideológica establecida por el TC entiende que a la dimensión interna, de

---

<sup>285</sup> STC 24/1982, de 13 de mayo. Al respecto, el TC ha empleado términos equivalentes a la expresión «discriminación ideológica» en sentencias como la STC 32/1985, de 6 de marzo y la STC 119/1990, de 21 de junio.

<sup>286</sup> Esta apreciación procede del Auto del TC 1227/1988, Sección 2ª, de 7 de noviembre, que explicó sobre el derecho a la libertad ideológica y religiosa. Anteriormente a este Auto, la distinción entre dimensión interna y dimensión externa se había realizado a partir de la libertad de conciencia, en la STC 15/1982, de 23 de abril.

<sup>287</sup> En otro auto, el Auto del TC 180/1986, de 21 de febrero, el TC explicó la manifestación externa del contenido del artículo 16; una manifestación válida tanto para libertad ideológica como para la libertad religiosa. El TC explicó que el derecho fundamental “a la libertad ideológica y religiosa (...) implica la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la de manifestarlas mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”.

<sup>288</sup> Doctrina que puede verse en la jurisprudencia reciente, como la STC 177/2015, Pleno del 22 de julio, aunque se contempla en todas las instancias jurisdiccionales. Así, entre jurisprudencia ordinaria más reciente figuran: SAN 4/2017, Sala de lo Penal, de 21 de febrero; la STSJ Aragón, Sala de lo Contencioso, de 17 de febrero; la stc 31/2017 del Juzgado Social núm. 1 de Palma, de 6 de febrero; la SAP Baleares 102/2016, Sección 2ª, de 13 de octubre; y la STS 1052/2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de mayo. En Cataluña, entre la jurisprudencia más reciente contemplada por el TSJ destaca la STSJ Cataluña, Sala de lo Social, de 29 de junio.

posicionamiento intelectual del individuo ante la realidad, le acompaña la facultad de *agere licere*<sup>289</sup> de acuerdo con ese posicionamiento, sin que medie intervención ni sanción de los poderes públicos por actuar conforme a las propias ideas o creencias<sup>290</sup>. En definitiva, la dimensión externa de la libertad ideológica caracterizada por la manifestación de los pensamientos, ideas, creencias del individuo y, en un sentido particular, evoca a la facultad del individuo para actuar consecuentemente con ese posicionamiento intelectual. Tal facultad está protegida frente a la injerencia de los poderes públicos. Ahora bien, a diferencia de la dimensión interna, que está protegida frente cualquier injerencia, la exteriorización de la libertad ideológica debe realizarse respetando el orden público, motivo por el que puede limitarse el ejercicio de esta libertad, para hacer respetar el ejercicio de otros derechos.

Además de las dimensiones interna y externa, el TC también puso de manifiesto la faceta de «derecho relacional» de la libertad ideológica, a fin de explicar que esta libertad se puede materializar al ejercer otros derechos<sup>291</sup>. Cuando se trae a colación el carácter relacional de la libertad ideológica debe resaltarse que se está haciendo referencia a algún tipo de manifestación de la misma. Principalmente, se lleva a cabo en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, derecho por el que la persona emite algún tipo de opinión o pensamiento y, en último término, realiza de esta forma una manifestación de la libertad ideológica. Con ello, la persona expresa una concepción particular de la realidad que la rodea, es decir, manifiesta alguna idea y, en definitiva, ejerce también la libertad ideológica al exteriorizarla.

---

<sup>289</sup> La expresión *agere licere* hace referencia a la manifestación externa de la libertad ideológica y el ámbito de inmunidad de coacción. Así está definida en los términos descritos por la STC 120/1992, de 27 de junio y, asimismo, se puede ver reflejada en la reciente jurisprudencia de la previa N.P. La facultad de *agere licere* que envuelve a la libertad ideológica puede verse en otros contextos. Por ejemplo, la doctrina jurídica ha debatido esta facultad en el supuesto de enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo, al considerar que la protección de una expresión libre de las ideas políticas colisiona con los derechos de las víctimas, al respecto, *vid.* “Enaltecimiento o justificación públicos de terrorismo. Humillación de las víctimas de terrorismo”, en AGUDO FERNÁNDEZ, JAÉN VALLEJO y PERRINO PÉREZ, 2016: 162-178. Asimismo, esta facultad está presente en el debate jurídico en torno a los postulados sobre la libre disposición del cuerpo, especialmente relevante para el caso sanitario. La facultad *agere licere* se entiende como la potestad de la persona de actuar consecuentemente a la dimensión interna de su voluntad, lo que en este supuesto alcanza a debatir sobre la eutanasia y la muerte digna o sobre la negativa del paciente a tratamientos hemotransfusionales: entre otros, *cfr.* LACASTA ZABALZA, 2011: 57-76 y SERRANO RUÍZ-CALDERÓN, 2007: 12-54.

<sup>290</sup> La dimensión externa también implica, en este sentido, una obligación de carácter negativo para los poderes públicos, sin que el individuo pueda padecer compulsión o injerencia injustificada, *vid.* SERRANO MAÍLLO, 2015: 156.

<sup>291</sup> La característica de derecho relacional es compartida con la prohibición de discriminación, en tanto el derecho a no ser discriminado es «respecto a».



En tanto se da en el momento de manifestar externamente las ideas, pensamientos o creencias del individuo, el carácter relacional de la libertad ideológica se identifica, por tanto, con la dimensión externa de esta libertad. En su exteriorización, la libertad ideológica comparte tanto los mecanismos de protección como los límites característicos de los derechos puestos en relación para efectuar la manifestación de las ideas, con la salvedad que el fuero interno del individuo, o dimensión interna, está erguido como un coto vedado para los poderes públicos y para los terceros. Esta observación procede de la mencionada cláusula de orden público o límite al que se somete la exteriorización de la libertad ideológica.

En este punto resulta de especial interés el derecho a la «libertad de expresión», cuya relación no es aleatoria, sino que esta libertad constituye otro derecho fundamental. El derecho a la libertad de expresión no contiene, en sí mismo, el límite de orden público o de protección de la moral pública que señalan los artículos 16 CE y 9 CEDH, en su caso, se habla del límite en el respeto al resto de derechos fundamentales. Fue el TC quien explicara el límite característico de la libertad de expresión, por la que se exteriorizan ideas, creencias y pensamientos del individuo, que reside en el contenido vejatorio de lo que se manifiesta.

A partir del vínculo de la libertad de expresión con el artículo 16 CE sobre libertad ideológica y religiosa, el derecho a la libertad de expresión se concibe como un derecho instrumental de estas libertades y, por tanto, los términos en que se define el orden público son aplicables a la exteriorización de la ideología<sup>292</sup>. Esta explicación se recoge en la jurisprudencia del TC al incorporar la interpretación realizada por el TEDH sobre el artículo 10 del CEDH, relativo al derecho a la libertad de expresión. En la STEDH de 29 de febrero de 2000, *Fuentes Bobo vs. España*, se discutía el despido de un periodista trabajador de TVE a partir del ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. En esta sentencia se resumen ilustrativamente los principios fundamentales que se derivan de la jurisprudencia de este artículo (10 CEDH) y que pueden resumirse en tres puntos:

En primer lugar, para el TEDH, la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para su progreso y el desarrollo completo de toda persona. De ahí que el tribunal entienda que en lo expresado por la persona también haya cabida para las

---

<sup>292</sup> CAPODIFERRO CUBERO, 2015a: 127-128.

«informaciones» o «ideas» que molestan, chocan o inquietan y cualquier excepción al ejercicio de esta libertad debe probarse de manera convincente.

En segundo lugar, la limitación, en cualquier caso, debe ser «necesaria», lo que implica una «necesidad social imperiosa» que debe ser apreciada en los tribunales. Esta necesidad viene condicionada por el contexto social en el que se produce la manifestación de opiniones o ideas de la persona.

En tercer y último lugar, las opiniones o ideas son expresadas en un contexto y todo ello debe ser analizado conjuntamente, con la finalidad de determinar si la injerencia que pueden suponer las opiniones (en la jurisprudencia del TC, el contenido vejatorio) impugnadas son proporcionales a los fines legítimos perseguidos con la manifestación de expresión y, además, si el límite impuesto por los poderes públicos es pertinente y suficiente.

El TEDH empleó estos tres principios que configuran el derecho a la libertad de expresión para apreciar los hechos del caso en su conjunto y valorar tanto si la sanción estatal al periodista respondía a una necesidad social imperiosa y proporcionada con el fin legítimo, como la justificación pertinente y suficiente de la sanción impuesta por los poderes públicos. Con ello, el TEDH estaba señalando que en la expresión de ideas y pensamientos se ejerce el derecho a la libertad de expresión y que a este derecho le es aplicable un límite de orden público que responde al principio de proporcionalidad, exactamente en el mismo sentido que el TC ha explicado reiteradamente el límite de orden público que figura en el artículo 16 CE.

El empleo de los criterios del TEDH sobre el artículo 10 CEDH por parte del TC ha llevado a un sector de la doctrina jurídica a considerarlo una excusa para realizar una aplicación análoga de los límites a los derechos fundamentales<sup>293</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia del TC en los años ochenta fue taxativa respecto a las bases que configuran las libertades de expresión y opinión<sup>294</sup>. En este sentido, el TC señaló que debe apreciarse una ponderación jurídica rigurosa siempre que una norma o decisión coarte el ejercicio de alguna de estas libertades y al mismo tiempo, el tribunal se reservó la función interpretativa en aras de que el derecho fundamental a la libertad de expresión, el artículo 20.1.d) CE, no resultara desnaturalizado ni incorrectamente relativizado.

---

<sup>293</sup> GAY FUENTES, 1989: 273-274.

<sup>294</sup> STC 159/1986, de 16 de diciembre.

En conclusión, cuando se manifiesta la libertad ideológica, aun relacionada en el ejercicio de algún otro derecho, las garantías que figuran en el ejercicio del derecho a la libertad ideológica y el derecho con el que se exterioriza no pueden dejar de ser respetadas. En el ejercicio de un derecho fundamental, como señalaba el TC, se deberá ponderar qué derecho prevalece en una determinada situación, sin que ello suponga que el derecho a exteriorizar las ideas del individuo no pueda producirse en un determinado ámbito, sino que debe determinarse cuáles son las circunstancias por las que su manifestación perjudicaría el ejercicio de otros derechos.

### III.2.2. El límite del orden público

Las normas que garantizan la libertad ideológica establecen que las restricciones a esta libertad están sometidas formalmente al principio de legalidad. No cabe otro límite más allá del previsto en el ordenamiento jurídico, pues esta restricción no excede de aquello necesario para la protección de la «moral o salud pública» (art. 9 CEDH) en una sociedad democrática. Esto se conoce, en otras palabras, como el límite de «orden público» (art. 16 CE)<sup>295</sup>.

Cuando en el artículo 16 CE se proclama la libertad ideológica, la religiosa y la de culto, acto seguido se deja constancia de su límite: «sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Esta cláusula final de «orden público protegido por la ley» es ambigua; necesita especificar de algún modo en qué consiste el orden público. En cuanto al ámbito normativo, dicha cláusula se vio concretada posteriormente en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Se estableció que el límite reside en la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas de los otros sujetos, con la finalidad de salvaguardar la seguridad, la salud y moralidad pública (artículo 3 LO 7/1980, de

---

<sup>295</sup> En el ámbito laboral, la cláusula de orden público muestra una estrecha relación entre el Derecho Comunitario y la jurisprudencia del TEDH. En aplicación del Derecho de la Unión, en la jurisprudencia del TJCE sobre esta cláusula se escenificó una limitación a la libre circulación de trabajadores por motivos ideológicos. En el asunto *Rutili*, STJCE de 28 de octubre de 1975, el TJCE estableció un nexo entre las libertades comunitarias y la cláusula de orden público del artículo 9 del CEDH, donde, en cualquier caso, explicó que el límite de orden público debe constituir un peligro social contrario al interés general. De igual modo se pronunció en la STJCE de 4 de diciembre de 1974, asunto *Van Duyn*, en referencia a la pertenencia de los trabajadores a grupos contrarios al orden público, en el seno de la libre circulación de trabajadores. En cualquier caso, este límite de orden público establecido sobre los trabajadores está justificado en las necesidades de una sociedad democrática. De esta manera, para el Derecho Comunitario, la limitación de «orden público» no consiste simplemente en la vulneración de una norma del ordenamiento jurídico estatal, sino en un atentado contra un interés fundamental de la sociedad (STJUE de 16 de marzo de 2000, asunto *Sezgin Ergat*).

Libertad Religiosa<sup>296</sup>). Al prestar atención a la cláusula de orden público en el Derecho comparado, se encuentra que en Alemania viene dictada mediante una fórmula similar, aunque, no obstante, está configurada por dos elementos esenciales. El artículo 2 de la Constitución Alemana establece las limitaciones de los derechos fundamentales mediante las reservas de interés general, por un lado, y de los límites inalterables, por otro. Al respecto, Friedrich MÜLLER explicó a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán que el «interés general» no puede suponer una limitación de los derechos fundamentales apelando, en la práctica, a cualquier noción de bienes de la comunidad. En este sentido, el autor explica que

«(e)l Tribunal Constitucional ha excluido, por lo demás, una interpretación «inmanente» en orden a la delimitación de los derechos fundamentales, a saber, desde la práctica de que una mera apelación al concepto de «bienes de la comunidad de máximo rango» puede ser suficiente para la perfilación del contenido de validez del derecho fundamental. Ha tomado tal carácter como «consustancial a todos los derechos fundamentales», dado que, por lo mismo, los derechos «podrían ser relativizados cuando a la vez se ponen en riesgo bienes jurídicos necesarios para la existencia de la comunidad»<sup>297</sup>.

Asimismo, sobre los «límites inalterables», el autor los identificó en la reserva de ley para el desarrollo de los derechos y en la ya mencionada existencia de un contenido sustancial de los derechos fundamentales que no puede ser alterado. Así, MÜLLER señaló que

«este carácter se indica, también bastante claramente, a partir de la «fórmula genérica» del artículo 2.1 de la Ley Fundamental (Constitución Alemana), y, a la vez, desde la determinación de reserva de ley para caso de establecimiento de límites referidos a los derechos fundamentales del artículo 2.1, y que configuran una funcionalidad determinante diferenciada; además, presuponen el punto de partida para el análisis e investigación de los límites de los demás derechos fundamentales»<sup>298</sup>.

De igual manera sucede en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 53.1 CE establece que el contenido esencial de los derechos fundamentales es infranqueable, un contenido que solamente por ley puede ser desarrollado. Ahora bien, a diferencia del ámbito alemán, en nuestro ordenamiento jurídico el límite de orden público se articula,

---

<sup>296</sup> La doctrina constitucional considera la cláusula de orden público una expresión *cambiante*, considerando la sujeción a la ley el elemento que permite la concreción de qué se precisa por orden público en un momento concreto. *Vid.* STC 66/1995, de 8 de mayo de 1995.

<sup>297</sup> MÜLLER, 2016: 56.

<sup>298</sup> MÜLLER, 2016: 57-58.

además, en función de dos aspectos relevantes: del principio de legalidad y de las distintas manifestaciones de las libertades del artículo 16 CE.

Por el primer aspecto, se entiende que el límite de orden público es de acuerdo con el principio de legalidad, en tanto la Constitución introduce en la cláusula el límite de orden público «protegido por la ley». El orden público debe estar definido, en algún sentido, en las normas jurídicas y no puede conformar una cláusula abierta que se pueda emplear indiscriminadamente. Por ello puede ser afirmado que el orden público no es una vana referencia a algún tipo de Estado policial donde las autoridades mantienen lo que ellas entienden por orden público. Al contrario, del propio ordenamiento jurídico se deriva la protección del orden establecido y, en consecuencia, se debe respetar cualquier norma, pero especialmente, el contenido esencial de cualquier derecho fundamental.

El «orden público protegido por la ley» es el concepto de orden público que resulta admisible en una sociedad donde coexisten los derechos y las libertades de todos los ciudadanos, esto es, en una sociedad que se entiende democrática. Así lo ha explicado el TC (*vid.* STC 46/2001, de 15 de febrero) para añadir, además, que la cláusula de orden público únicamente se invoca en el foro cuando efectivamente exista un peligro para la seguridad, la salud o la moralidad públicas, y deberá ser identificado con lo establecido en el ordenamiento jurídico para la protección de los derechos y libertades fundamentales.

Por el segundo aspecto, se identifica el límite de orden público en alguna de las «manifestaciones» de las libertades proclamadas en el artículo. Esta cláusula establece un límite a la exteriorización de la libertad ideológica, puesto que esta libertad se manifiesta de forma externa. Es por esta razón que el límite de orden público se impone, en cualquier caso, a la dimensión externa de la libertad ideológica.

El límite a esta manifestación debe verse particularmente cuando el ejercicio de la libertad ideológica crea tensiones con los derechos característicos de la esfera personal de otro individuo, como el derecho al honor<sup>299</sup> y la propia imagen<sup>300</sup>. Particularmente, el límite impuesto a la manifestación externa escenifica la protección de otros derechos fundamentales concretos: los concernientes a la esfera íntima, personal, inviolable de los individuos. Genéricamente, este hecho evoca a la ponderación de las libertades del artículo 16 CE con los demás derechos fundamentales<sup>301</sup>. Valga decir que a menudo este

---

<sup>299</sup> STC 76/1995, de 22 de mayo.

<sup>300</sup> STC 176/2013, de 21 de octubre.

<sup>301</sup> CAPODIFERRO CUBERO, 2015a: 108-110.

límite no es ni mucho menos preciso. Especialmente en el ámbito de la relación laboral, supuesto que se estudiará a fondo en el siguiente capítulo, ámbito que escenifica un contexto ambiguo para el conflicto entre el derecho a manifestar las opiniones, ideas o pensamientos con los derechos que se encuentran en la relación laboral, especialmente los derechos de la empresa, o el honor del empresario. Lo que puede dar lugar a diferentes puntos de vista: para unos, expresar las ideas consistirá en la libre expresión de su pensamiento; y, para otros, puede ser considerado como una difamación. En este contexto, el TEDH entendió que la opinión de un trabajador debe estar protegida, como por ejemplo en el caso *Wille*<sup>302</sup>, en donde el TEDH explicó que una persona puede manifestar una opinión crítica acerca de su puesto de trabajo y de los conflictos latentes de la organización donde trabaja. En este caso, el supuesto versaba sobre la crítica hacia la actividad del orden jurisdiccional. La opinión crítica del trabajador sobre el puesto de trabajo, para el TEDH, supuso una manifestación legítima de las opiniones e ideas de la persona, en ejercicio de la libertad de expresión y sin que hubiese lugar para algún tipo de injerencia a su derecho.

Lo expuesto hasta el momento puede resumirse en que, en atención al Derecho comparado, la cláusula de límite de orden público del artículo 16 CE contiene dos aspectos determinantes para entender cuál es el límite que puede imponerse al ejercicio de las libertades. Si bien la Constitución Alemana incluye una referencia al interés general, que posteriormente tuvo que ser interpretada en función del contenido esencial de los derechos fundamentales, la Constitución Española es más explícita al incluir el orden público «protegido por ley» y remitir a la observancia del respeto al resto del ordenamiento jurídico.

Del artículo 16 CE se deduce que el límite reside en la manifestación de la libertad ideológica, al concretarlo en el ejercicio o exteriorización de ideas, opiniones o creencias. De esta manera, la Constitución excluye todo límite a la dimensión interna de las libertades, es decir, al pensamiento o actividad intelectual por la que el individuo crea su propia visión de la realidad. Sea la visión que sea, esa esfera íntima, personal, está protegida frente a cualquier intromisión y no se le puede imponer ningún límite. Ello ha recibido la denominación de «indiferentismo ideológico»<sup>303</sup> de nuestra Constitución. El texto constitucional respeta cualquier ideología de las personas y no impone un modelo de democracia militante que exija la adhesión ideológica a los

---

<sup>302</sup> STEDH, de 28 de octubre de 1999, *Wille* vs. Liechtenstein.

<sup>303</sup> *Vid.* entre otros, DE VEGA GARCÍA, 1979.

principios que recoge la CE. De ahí que el TC haya explicado que toda ideología tiene cabida, según la Constitución, incluso las contrarias a la propia CE. En todo caso el límite a estas ideologías, ideas, creencias o pensamientos de los individuos reside en el respeto a la forma establecida por el ordenamiento jurídico y, particularmente, a lo tutelado bajo normas penales, esto es, que en la manifestación de la ideología no se dañen otros derechos, lo que aquí se ha expuesto como límite de orden público.

### **III.2.3. Límite a los poderes públicos**

Como se ha visto a lo largo del Capítulo II, los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la libertad ideológica, configuran un límite para los poderes públicos. Tanto el artículo 16 CE como el 9 CEDH recogen el derecho a no declarar sobre las propias ideas o creencias, un derecho particular que debe ser visto también desde el prisma de garantía frente a los poderes públicos. El presente epígrafe se va a exponer en función de las limitaciones a los poderes públicos que se derivan de la aplicación del artículo 9 CEDH. Para destacar el límite al Estado, se le presta mayor atención a este artículo que al derecho proclamado en el artículo 16 CE, destacando así la jurisprudencia del TEDH.

A este fin, se deja constancia, por un lado, de las limitaciones de los Estados frente a la libertad ideológica de los individuos y, por otro, que este límite no es ilimitado, esto es, que existe un contralímite, en cualquier caso, sometido a las formalidades del Derecho. Es por ello que puede ser afirmado que el derecho a la libertad ideológica supone un límite a los poderes públicos, en tanto que es un derecho fundamental y que garantiza no declarar sobre las propias ideas ni adherirse a un ideario contrario al propio, aunque los Estados no tienen una obligación ilimitada con respecto a esta garantía, ni respecto al derecho fundamental a la libertad ideológica.

En el ámbito del Consejo de Europa, los Estados tienen un límite fijado cuando interfieren en el ejercicio de la libertad ideológica, esto es, en las manifestaciones externas de la ideología del individuo. Si bien como se ha observado hasta el momento, el límite de orden público al que puede someterse esta libertad alcanza efectivamente a su dimensión externa (puesto que la dimensión interna configura una esfera en la que los poderes públicos no entran a valorar o a limitarla en modo alguno), el derecho a no declarar sobre las propias ideas levanta una frontera al límite que puedan imponer los poderes públicos. En este punto debe dejarse claro que el poder para limitar la manifestación de la libertad ideológica es una potestad completamente diferente a

aquella por la que se obliga a un individuo a declarar sobre sus creencias. En este segundo tipo, la imposición no se produce en la manifestación externa; al contrario, obligar a alguien a declarar sobre sus ideas es una actividad encaminada a que la persona realice una manifestación determinada bajo algún tipo de coacción y, por tanto, el límite al Estado se identifica en un estadio previo a la manifestación de las ideas de la persona. Obligar a alguien a declarar sobre sus ideas o creencias debe entenderse como una imposición realizada a través de la esfera íntima de la persona, una dimensión protegida frente a cualquier tipo de injerencia, pues se coacciona al individuo en su esfera íntima a fin de provocar una manifestación determinada. La jurisprudencia del TEDH ha interpretado este derecho del individuo a no declarar sobre sus propias ideas, para explicar que el artículo 9 CEDH implica la libertad negativa de los particulares de no manifestar ni adherirse a convicciones u opiniones contrarias a las propias<sup>304</sup>.

Este derecho se proyecta en diferentes ámbitos, entre ellos la relación jurídico-laboral, la relación entre trabajador y empresa, ámbito donde el derecho a no declarar sobre las propias ideas ni adherirse a una opinión contraria a la propia colisiona, por ejemplo, con la posibilidad de imponer el deber de lealtad a un funcionario. El TEDH dio una serie de argumentos en torno a los límites por razones ideológicas que pueden darse en el puesto de trabajo de un funcionario público. En uno de ellos, el TEDH consideró legítima la anulación del nombramiento del cargo de funcionario a un trabajador, cuando la legislación establecía unos requisitos formales (declaración escrita e interrogación) de compatibilidad ideológica con la Constitución Alemana y los principios democráticos del Estado. Un trabajador manifestó por escrito un ideario contrario a esa constitución y, posteriormente, cuando se le interrogó, éste se negó a realizar otro tipo de manifestación adecuada para desempeñar el cargo docente, negando adherirse a un ideario contrario al suyo<sup>305</sup>. En este caso, los dos requisitos formales para el acceso al puesto de trabajo, la declaración escrita y la posterior declaración oral, sometían a estas libertades a una formalidad necesaria para desempeñar un cargo público en una sociedad democrática, tal y como explica FERNÁNDEZ SEGADO, en aras de garantizar la seguridad pública en el deber de lealtad o fidelidad a la Constitución aplicable a todo funcionario público<sup>306</sup>.

---

<sup>304</sup> STEDH de 18 de diciembre de 1996, *Valsamis vs. Grecia*.

<sup>305</sup> STEDH, de 28 de agosto de 1986, *Glaserapp vs. RFA*.

<sup>306</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, 1990: 100.



Es más, sobre estos mismos requisitos formales del caso descrito, el TEDH entendió que el deber de lealtad alcanza a las manifestaciones voluntarias de la ideología del trabajador, incluso en actividades no relacionadas con el empleo, por lo que el deber del funcionario resulta exigible en cualquier contexto<sup>307</sup>. En esta ocasión, el trabajador al que se le anuló el cargo de funcionario había manifestado sus ideas públicamente tanto en un acto como militante del *Nationaldemokratische Partei Deutschlands*, como en la publicación de dos libros, entre los cuales uno fue etiquetado judicialmente como afín y aprobatorio del Tercer Reich. En este caso, además, este ideario manifestado por dicho trabajador resultaba incompatible con los principios de la Constricción Alemana. No obstante, debe advertirse que el TEDH consideró posteriormente que la pertenencia del trabajador a un partido político no supone, en sí misma, la contravención de las normas constitucionales de los Estados, sino que la anulación del puesto de funcionario deriva de la incompatibilidad de las ideas manifestadas con el correcto desempeño de la función pública<sup>308</sup>.

La jurisprudencia del TEDH resulta fructífera para ejemplificar, por un lado, el papel garante del Estado respecto a la libertad ideológica y, por otro, que el propio Estado no está obligado a proteger todo tipo de manifestaciones en el ejercicio de este derecho fundamental. En cuanto al papel garante del Estado, la ideología de los sujetos, esto es, el pensamiento, las ideas o creencias de cualquier índole, configura un objeto de protección para el Estado, que se asume como unas diferencias, en este caso la diferencia de ideas entre los individuos, característica del pluralismo democrático<sup>309</sup>. A pesar de ello, como se ha mostrado, existe un contralímite por el que el Estado no está obligado a proteger cualquier tipo de manifestación de las personas que esté inspirada en cualesquiera convicciones, ideas o religión. En este sentido, para el TEDH la vulneración de la libertad ideológica (de pensamiento según el artículo 9 CEDH) significa que el Estado ha violado efectivamente alguna de las disposiciones de este artículo y no que haya violado la libertad a partir del ejercicio de otro derecho. Por ejemplo, si se alega la violación del derecho a expresar libremente opiniones, para el TEDH se ha vulnerado la libertad de expresión, indiferentemente que de las ideas pueda observarse el vínculo con la dimensión interna de la libertad ideológica o de pensamiento; en ese caso, debe alegarse la efectiva violación de esta última libertad. En

---

<sup>307</sup> STEDH de 28 de agosto de 1986, *Kosiek vs. RFA*.

<sup>308</sup> STEDH, de 26 de noviembre de 1995, *Vogt vs. Alemania*.

<sup>309</sup> LÓPEZ GARCÍA, 2011: 95.

el caso *Kalaç*<sup>310</sup>, un funcionario auditor de guerra fue jubilado forzosamente tras haber manifestado opiniones contrarias a los mandatos de los poderes públicos. Aunque en el supuesto la vinculación con la manifestación de la libertad ideológica y religiosa resultara manifiesta, el TEDH consideró que la decisión estatal se había fundamentado contra la actitud y conducta ilegal del trabajador, al quebrantar las normas de su estatuto de trabajador público y no sobre las libertades recogidas por el Convenio que podían verse vinculadas.

Otro tipo de contralímite se da en los «fines ilícitos». El papel garante del Estado en relación a la libertad ideológica tiene gran relevancia en el ámbito de la educación y ello repercute directamente sobre el personal docente. En este ámbito, el TEDH explica que el Estado no puede tolerar fines ilícitos como los que atenten contra la dimensión interna de la libertad ideológica de una persona o que se produzcan en la manifestación externa de esta libertad; que con el ejercicio de la libertad ideológica se vulnere la libertad ideológica de otros sujetos. Ejemplo de ello resulta aquel adoctrinamiento que atente contra las convicciones tanto religiosas como filosóficas de los alumnos y de sus padres. En este caso resultan de aplicación tanto el artículo 9.1 CEDH como el 2 del PA 1 al Convenio. Para el TEDH, el Estado debe velar por una educación y estudios difundidos de manera objetiva, crítica y pluralista<sup>311</sup>. A partir de esta premisa, el TEDH señala la figura del docente, a quienes les impone el respeto de la libertad ideológica de sus alumnos, que incluye las creencias de los padres. Además, el Estado debe garantizar los límites que impone el derecho a no declarar sobre las propias ideas y no adherirse a ideas o creencias contrarias a las propias.

Esta cuestión no termina con ello, porque el docente también tiene garantías en el ejercicio de su libertad ideológica. En efecto, el mandato que impone el TEDH al Estado vincula al ejercicio de la labor de los docentes, por tanto, el propio Estado no puede juzgar sus ideas y sus convicciones, a su vez protegidas bajo la dimensión interna de la libertad ideológica de este trabajador. En todo caso, el Estado puede reprimir la manifestación de las mismas. Con ello, los docentes ven limitada su facultad *inter alia* para manifestar de sus ideas: pueden intentar convencer al prójimo, aunque debe considerarse que esta situación la propicia su función de docente, es decir, nace de un contexto donde se garantizan otros derechos de una forma igualmente efectiva. En el

---

<sup>310</sup> STEDH de 1 de julio de 1997, *Kalaç vs. Turquía*.

<sup>311</sup> SSTEDH de 29 de junio de 2007, *Folgero vs. Noruega* y de 9 de octubre de 2007, *Hasan y Zengin vs. Turquía*.

ámbito de la enseñanza debe respetarse la dimensión interna de la libertad ideológica de los alumnos y de sus padres y de ahí se dice que el docente debe difundir la educación y el contenido de los estudios objetivamente. Para el TEDH, los aspectos filosóficos o religiosos inherentes al «contenido» de los estudios no han constituido objeto de discusión, en tanto los considera parte de la propia enseñanza, sino que el juicio recae sobre la «conducta» de adoctrinamiento de quien los transmite<sup>312</sup>.

En lo concerniente a la relación entre libertad ideológica y libertad de conciencia, destaca el mecanismo de garantía de ésta última frente a los poderes públicos. La libertad de conciencia implica un derecho subjetivo frente al Estado, pues prevalece la esfera íntima del individuo, y así sus ideas y sus creencias, que se acompaña con la facultad de adecuar su conducta conforme a las mismas<sup>313</sup>. A pesar de esta apreciación dogmática, actualmente su alcance no llega a la totalidad de la plausible *praxis* de este derecho, al concretarse únicamente en el servicio militar. El TC explicó que para hacer efectiva una «cláusula de conciencia genérica», es decir, sobre aspectos ideológicos propios del individuo, deviene preceptivo un desarrollo o previsión legal donde se establezca el contenido sustancial de esta objeción genérica y sus presupuestos de invocación. Solamente de este modo el ejercicio de esta cláusula constituiría una objeción fundamentada a partir del artículo 16 de la Constitución y no el expresamente reconocido en el 30 CE<sup>314</sup>. Por tanto, las garantías del artículo 16 CE, y por extensión las garantías de la tutela frente al trato discriminatorio, deben completarse con una regulación de la figura de lo que vendría a denominarse en algún modo un «objeto ideológico», para determinar los supuestos por los que una persona puede abstenerse de realizar una determinada conducta a tenor de motivos ideológicos y no a partir del mecanismo de tutela de un derecho fundamental a expensas de cualesquiera otras regulaciones sectoriales, como un convenio laboral o el código deontológico de un sector profesional.

---

<sup>312</sup> Para un análisis más extenso de los derechos del menor y de los padres según estos parámetros, *vid.* PÉREZ ÁLVAREZ, 2016.

<sup>313</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, 2007: 21-23

<sup>314</sup> Como explica Jacinto MARABEL (2016: 75 y ss.), la ausencia de una regulación que necesariamente desarrolle la objeción de conciencia genérica del artículo 16 CE llevó a la postre al TC a inadmitir los recursos de amparo fundamentados en este artículo, como en la decisión del mencionado ATC 135/2000, de 8 de junio o el supuesto del ATC 71/1993, de 1 de marzo, sobre determinados aspectos fiscales relativos al IRPF.

### **III.2.4. Implicaciones de las garantías del artículo 53.2 en la protección de la libertad ideológica**

La libertad ideológica está protegida por los mecanismos de garantía previstos para los derechos fundamentales. De esta manera, le resultan de aplicación los artículos: 53 CE; 54 CE, sobre el mecanismo del Defensor del Pueblo; 81 CE, la obligación de desarrollo del contenido del artículo 16 CE mediante Ley Orgánica, que en este caso solamente se ha desarrollado la Ley Orgánica 7/1980 para el derecho a la libertad religiosa; 86 CE, sobre la prohibición general del uso de Decretos Ley para regular materia conexas al artículo 16 CE; y 161 CE, sobre la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de vulneraciones sobre derechos y libertades fundamentales.

Las garantías del artículo 53.2 CE han sido puestas de manifiesto en referencia al concepto de discriminación en el ordenamiento jurídico español a lo largo del Capítulo II. El objetivo principal de este epígrafe es constatar los mecanismos propios del derecho fundamental a la libertad ideológica que sean relevantes, en último término, ante los perjuicios derivados de una diferencia de trato injustificada. Por este motivo, los mecanismos ya expuestos en otros epígrafes se verán aquí recogidos de una forma menos detallada.

El artículo 53.2 CE establece una serie de mecanismos que van más allá del procedimiento especial basado en los principios de preferencia y sumariedad, de ahí la necesidad de profundizar en ellos, aunque el *telos* principal de este artículo es la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales de forma reforzada.

El primero de estos mecanismos ofrecidos por el artículo es el establecimiento de la «aplicación inmediata y reserva de ley». La libertad ideológica se establece como derecho subjetivo de invocación inmediata, facultando a los sujetos en el ejercicio del derecho proclamado en el texto constitucional. La libertad ideológica resulta justiciable bajo la sola invocación del artículo 16 CE y en sí misma, sin acudir a ninguna otra norma que prevea otro mecanismo sobre esta libertad, como podrían ser las normas administrativas o penales. Para el TC, si la Constitución Española prevé un sistema de tutela especial a través de un recurso judicial, ello supone la confirmación del principio general de aplicación inmediata de los derechos y libertades fundamentales, sin más excepción que las imposiciones de la propia norma constitucional. Es decir, indiferentemente de la reserva de ley para el desarrollo legal de esos derechos, no puede

tratarse de un derecho subordinado a la actividad del poder legislativo, quien debe respetar el contenido esencial de los derechos<sup>315</sup>. Contenido que, en el caso del derecho a la libertad ideológica, autores como DÍEZ-PICAZO (2005) y GONZÁLEZ PÉREZ (2017) coinciden en señalar que sería: poseer las creencias que uno considere oportunas; la capacidad de manifestarlas públicamente; y no padecer represalias o sanciones por todo lo anterior.

Otro mecanismo ofrecido por el artículo 53.2 CE es el establecimiento del «amparo», tanto ordinario como constitucional. Es un mecanismo judicial y los encargados de hacerlo efectivo son tanto el TC como los tribunales ordinarios, sin contraerse el amparo exclusivamente a la jurisdicción constitucional. Esta circunstancia propicia dos tipos de amparo. Por un lado, el denominado por el TC «amparo judicial» (*cfr. per omnia* STC 188/1992, de 13 de noviembre), relativo a la protección judicial de la libertad ideológica en la jurisdicción ordinaria, y, por otro, el «amparo constitucional» en sentido estricto, en reclamación ante el propio TC. Las implicaciones de un doble amparo no resultan solamente nominales sino materiales: permiten distinguir una diferencia en la legitimación pasiva entre el amparo judicial y el constitucional y también establecer el principio de subsidiariedad para el amparo constitucional<sup>316</sup>.

En lo tocante a la legitimación pasiva, el causante de la lesión del derecho fundamental a la libertad ideológica está diferenciado en ambos tipos de amparo porque la interposición del *petitum* fundamentado en Derecho se lleva a cabo frente a sujetos distintos. En el amparo judicial, la legitimación pasiva recae sobre los sujetos públicos o privados causantes de la lesión de un derecho o libertad fundamental. En la relación jurídico-laboral, los sujetos son el empresario o la Administración, en el caso de que el trabajador sea funcionario público. En el caso de los entes públicos, se enjuician sus actos en tanto que sujetos de una relación jurídica en la que median intereses legitimados por el Derecho<sup>317</sup>.

Contrariamente, en el denominado amparo constitucional la demanda se interpone necesariamente frente a los poderes públicos. Básicamente, porque los poderes públicos no hayan garantizado la tutela efectiva de la libertad ideológica del trabajador. La

---

<sup>315</sup> STC 15/1982, de 23 de abril. La explicación del TC gira en torno al artículo 30 sobre el derecho a la objeción de conciencia. Sin la aplicación inmediata se produciría la negación del amparo del artículo 53.2 CE. Más cuestiones desarrolladas al respecto de los artículos 53.2 y 30 CE en PRIETO SANCHÍS, 2006: 260-265.

<sup>316</sup> CASCAJO CASTRO y GIMENO SENDRA, 1988: 96-97.

<sup>317</sup> CASCAJO CASTRO y GIMENO SENDRA, 1988: 115.

función del TC irá dirigida a anular el acto jurídico de un poder público que haya causado el perjuicio sobre el derecho fundamental a la libertad ideológica<sup>318</sup>.

Este mecanismo refuerza la libertad ideológica en tanto que límite infranqueable para los poderes públicos. La Constitución de 1978 desarrolla mediante el procedimiento preferente y sumario unas garantías secundarias constitucionales, expresión esta última empleada en la Teoría Garantista del Derecho para explicar que este tipo de garantías permiten justiciar los actos de los poderes públicos que violan las expectativas normativas fijadas por los derechos fundamentales<sup>319</sup>. Los actos susceptibles de recurso de amparo constitucional proceden, consecuentemente, del poder legislativo, del poder ejecutivo y del poder judicial<sup>320</sup>. Ahora bien, el amparo constitucional está configurado sobre el principio de subsidiariedad, que exige la necesidad de agotar la jurisdicción ordinaria para acudir en amparo ante el TC. En este sentido, solamente es posible presentar el recurso cuando la tutela de la libertad ideológica en la jurisdicción ordinaria hubiese sido insatisfactoria<sup>321</sup>. El principio de subsidiariedad exige el agotamiento de la protección de la libertad ideológica en vía judicial ordinaria y en relación a la legitimidad pasiva del recurso de amparo, los poderes públicos también deben personarse como sujeto pasivo en la vía ordinaria para sanar la lesión de tales derechos en esta jurisdicción<sup>322</sup>. Puede parecer que de ahí se desprenden una serie de requisitos para poder ejercer efectivamente el amparo judicial. Lo que permitiría afirmar la existencia de una cuestión controvertida, sino una debilidad, en el amparo. Ahora bien, este tipo de requisitos se reducen en la exigencia de proteger la libertad ideológica en la vía ordinaria y, en el caso de no producirse esta protección, los poderes públicos incurren consecuentemente en la responsabilidad de no haber garantizado un derecho fundamental. Por consiguiente, el cumplimiento de todos estos requisitos es una exigencia para los poderes públicos, la exigencia de la debida forma en la tutela del derecho fundamental.

Como mecanismo de tutela del derecho fundamental a la libertad ideológica, el amparo tiene unas implicaciones que no puede pasar inadvertidas: se configura como un

---

<sup>318</sup> OLIVER ARAUJO, 1986: 43-45.

<sup>319</sup> FERRAJOLI, 2006: 25.

<sup>320</sup> Un análisis detallado de los actos justiciables del poder legislativo, cfr. FERNÁNDEZ FARRERES, 1994: 66. Según CASCAJO CASTRO y GIMENO SENDRA (1988: 187-189), entre los actos específicos del poder ejecutivo encontramos disposiciones, actos de relevancia jurídica o la vía de hecho. Sobre los actos del poder judicial remito a RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, 1995: 227.244.

<sup>321</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, 1986: 15-16.

<sup>322</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, 1988: 64-86.

procedimiento ceñido estrictamente a la violación del derecho fundamental; se pueden iniciar simultáneamente los procedimientos ordinario y de amparo; y se invierte la carga de la prueba con la presencia de indicios de discriminación.

La primera de las implicaciones del amparo es el establecimiento de un procedimiento ceñido estrictamente al conocimiento de la eventual violación del derecho fundamental; por tanto, en el amparo se discute solamente la lesión del derecho a la libertad ideológica. El artículo 53.2 CE es explícito al señalar los derechos y libertades fundamentales como objeto de esta tutela especial, junto a los artículos 14 y 30 CE<sup>323</sup>. Puede consistir en una obviedad y, no obstante, tiene gran alcance sobre la tutela de la libertad ideológica. Como se ha explicado, la libertad ideológica es un derecho relacional y en su manifestación se ejercen otros derechos. Pues bien, en virtud de la tutela procedente de este artículo, este requisito indica que el objeto de tutela será alguna de las disposiciones del art. 16 CE. Si se toma por válido el contenido esencial de la libertad ideológica señalado por DÍEZ-PICAZO y GONZÁLEZ PÉREZ, en el procedimiento preferente y sumario, el tribunal se limitaría a examinar si ha habido violación contra el acto de adoptar unas creencias determinadas, contra su capacidad para manifestarlas públicamente, o que haya padecido un perjuicio por ello. Ahora bien, es necesario considerar el derecho ejercido al manifestar la libertad ideológica. De ser otro derecho fundamental, como la libertad de expresión, también sería objeto de este procedimiento especial. De ahí que Ramón PERALTA haya identificado en los derechos a la libertad ideológica y libertad de expresión las verdaderas garantías institucionales para la defensa de la libertad ideológica<sup>324</sup>.

En el procedimiento preferente y sumario, el objeto de debate judicial se ciñe a la vulneración del derecho a la libertad ideológica, independientemente si el acto que propicia tal violación vulnera otros derechos. Aquel derecho no incardinado entre los protegidos especial y específicamente por la Constitución debe someterse a juicio por vía ordinaria. La finalidad del amparo pretende aclarar determinantemente si ha habido o no lesión del derecho fundamental, todo lo demás debe seguir el cauce de enjuiciamiento ordinario. En consecuencia, todas aquellas otras cuestiones del supuesto de hecho deben debatirse en el proceso ordinario, cuya cognición es ilimitada<sup>325</sup>. Por ejemplo, en el caso del despido de un trabajador ha sido motivado en razones de índole

---

<sup>323</sup> CASCAJO CASTRO y GIMENO SENDRA, 1988: 45-48.

<sup>324</sup> PERALTA MARTÍNEZ, 2012: 253 y ss.

<sup>325</sup> GARCÍA MORILLO, 1994: 86-87.

ideológica, se discutiría la vulneración de la libertad ideológica y no el despido, pues no configura el objeto de este procedimiento.

La segunda implicación del amparo es la posibilidad de iniciar simultáneamente el procedimiento ordinario. El objeto estricto del amparo no puede ser impedimento de acceso a la justicia para todas aquellas cuestiones jurídicas inmanentes al supuesto de hecho. Aquellos otros aspectos jurídicos del supuesto de hecho que causen lesiones a derechos e intereses legítimos se discuten en un procedimiento ordinario. Como señala la jurisprudencia del TC, la interposición del recurso de amparo no inhabilita los plazos de interposición de recursos en las jurisdicciones que lo permitan<sup>326</sup>.

Este escenario obliga a prestar atención a lo acontecido sobre la «cosa juzgada». Cuando se dan inicio a dos procedimientos paralelos, debe determinarse la relación de la cosa juzgada en la primera sentencia dictada con la litispendencia causada en el objeto procesal del otro procedimiento. Debido a los principios de preferencia y sumariedad, el amparo judicial de la libertad ideológica se resuelve, por norma general, en primer lugar. Según el TC, cuando existen dos procedimientos donde figuran en las partes los mismos sujetos, no puede haber contradicción en las “situaciones jurídicas declaradas o reconocidas” por una sentencia firme. Así, la resolución sobre la vulneración del derecho a la libertad ideológica quedará excluida del debate en el proceso ordinario y excepcionalmente podrá haber una resolución judicial contraria a la cosa juzgada material, pues vulneraría la tutela judicial efectiva de las partes. Cuando existan excepciones y cambios en la jurisprudencia deberán producirse a través los medios legalmente previstos de modificación y revisión de sentencias firmes<sup>327</sup>. Contrariamente, aunque se cumplieran con los plazos procesales, una sentencia firme del procedimiento ordinario elimina la posibilidad de abrir un amparo judicial sobre vulneración del derecho a la libertad ideológica, a razón que el procedimiento ordinario engloba la protección de derechos y libertades fundamentales en tanto su ámbito de cognición ilimitada establece una cosa juzgada inalterable para cualquier otro tipo de proceso<sup>328</sup>. En definitiva, mientras el procedimiento preferente y sumario tiene un ámbito de protección limitado al derecho fundamental a la libertad ideológica, el

---

<sup>326</sup> STC 84/1987, de 29 de mayo.

<sup>327</sup> STC 226/2002, de 9 de diciembre.

<sup>328</sup> En función de la cognición ilimitada, los tribunales pueden conocer de todo el asunto y no solamente unos hechos específicos. Al respecto, véase, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Nacional, SAN 243/2015, de 15 de junio, donde en virtud de un procedimiento de cognición ilimitada, el tribunal se muestra competente para analizar el fondo del supuesto de hecho en apelación y no ceñirse estrictamente al objeto de apelación.



procedimiento ordinario produce una cosa juzgada sobre toda la cuestión de hecho inalterable para el amparo. En este sentido, si el despido por motivos ideológicos hubiera sido resuelto en vía ordinaria, no cabría dar inicio al procedimiento preferente y sumario para discutir si hubo vulneración de la libertad ideológica del trabajador.

Finamente, el amparo implica la inversión de la carga de la prueba para aquellos supuestos de discriminación sobre la libertad ideológica. Ante algún indicio de discriminación, deben probarse las causas “suficientes, reales y serias que permitan calificar de razonable la decisión adoptada<sup>329</sup>” que produce una diferencia de trato. Inicialmente, este mecanismo se implantó mediante el Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea y por esta razón, la inversión de la carga de la prueba se analiza particularmente en el epígrafe dedicado a la Directiva 2000/78/CE.

En esta cuestión relativa a la cosa juzgada, debe considerarse que el amparo judicial constituye el proceso principal atribuido a los tribunales ordinarios sobre la pauta de los principios de preferencia y sumariedad<sup>330</sup>. Este amparo conforma el procedimiento principal de tutela judicial del derecho fundamental a la libertad ideológica. A diferencia de cualquier otro procedimiento ordinario, la protección del derecho fundamental se manifiesta sobre los principios de preferencia y sumariedad, esto es, que el tribunal conoce del asunto priorizándolo sobre cualquier otro procedimiento ordinario, en el sentido de formalidad procesal de acortamiento de plazos y rapidez de resolución judicial de la controversia<sup>331</sup>. De ahí resulta que el cumplimiento de estos dos principios configura el requisito de amparo constitucional para enjuiciar los actos producidos por el Poder Judicial. Es decir, los dos principios pueden constituir el presupuesto del recurso de amparo del artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>332</sup>. Con ello procede señalar que pueden producirse perjuicios para la libertad ideológica dentro la tutela judicial, en función de los principios de preferencia y sumariedad, los cuales configuran formalmente la tutela judicial efectiva para la

---

<sup>329</sup> STC 266/1993, de 20 de septiembre.

<sup>330</sup> STC 113/1995, de 6 de julio.

<sup>331</sup> Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 81/1992, de 28 de mayo), la sumariedad es el equivalente a la rapidez del procedimiento especial. Por otro lado, según la doctrina jurídica, la sumariedad es susceptible de verse traducida en un triple sentido: 1) como cognición limitada a aquello en relación a los derechos y libertades fundamentales; 2) como ausencia de formalismos; y 3) la conjunción de las dos anteriores, como procedimiento sumario por criterios cuantitativos de acortar plazos y/o cualitativos de limitar el objeto judicial. Al respecto, para este triple sentido de la sumariedad, *vid.* GARCÍA MORILLO, 1994: 86-92.

<sup>332</sup> Con referencia a los recursos de amparo por violaciones de derechos fundamentales imputables a actos u omisiones de los órganos judiciales, el 44 LOTC exige como requisito que condiciona la procedencia del amparo: «que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial».

protección judicial de derechos fundamentales<sup>333</sup>. En conclusión, difícilmente el inicio de procedimientos simultáneos dará lugar a una sentencia del procedimiento ordinario en primer lugar. Por esta razón, de haberse iniciado ambos procedimientos, la resolución del procedimiento especial configuraría una cosa juzgada para el procedimiento ordinario.

### **III.3. La libertad ideológica y la prohibición de discriminación**

Al afirmar que la libertad ideológica constituye objeto de protección frente al trato discriminatorio, debe diferenciarse entre dos tipos de mecanismos que permiten defender esta libertad: el primer tipo, como se ha visto hasta el momento, son las garantías que proceden del derecho fundamental a la libertad ideológica; el segundo tipo lo conforma la protección frente al trato discriminatorio en función de ciertos motivos protegidos que se identifican con la libertad ideológica, como son la opinión y las creencias.

A razón de ello, la finalidad de esta sección es diferenciar entre los mecanismos que proceden del derecho a no ser discriminado respecto a un derecho del ordenamiento, en este caso, el artículo 16 CE relativo a las libertades ideológica, religiosa y de culto, y aquellos otros mecanismos que proceden de los motivos protegidos frente a discriminación con los que se identifica la libertad ideológica, es decir, de la protección específica de ciertas características que definen a la persona y que viene dispuesta por el Derecho antidiscriminatorio. En el Derecho Comunitario, se ha desarrollado una normativa específica frente al trato discriminatorio, concerniente a determinadas características personales, como los motivos ideológicos creencias y religión, lo que justificará un epígrafe dedicado a la protección de la libertad ideológica en las normas comunitarias.

Por todo ello, el orden de esta sección es el siguiente: en primer lugar, el examen del concepto de la igualdad de trato que proclama la CE en función del derecho fundamental a la libertad ideológica; en segundo lugar, el estudio de la protección de los motivos protegidos frente a discriminación que permiten hablar de libertad ideológica; y finalmente, en tercer lugar, el análisis de la protección de la libertad ideológica en las normas del Derecho Comunitario.

---

<sup>333</sup> ARAGÓN REYES, 2004: 171 y ss.

### III.3.1. La igualdad de trato respecto al derecho a la libertad ideológica

El artículo 14 CE es un derecho relacional. Cuando se afirma que una persona ha sido discriminada, debe alegarse respecto a qué ha sido discriminada, en comparación con otros casos que se hayan visto en la misma situación. En este sentido se afirma que la prohibición de discriminación se materializa en el ejercicio de otros derechos, entre los cuales está la libertad ideológica, proclamada en el artículo 16 CE. Lo que es lo mismo, el ejercicio de la libertad ideológica no puede verse limitado por un trato diferente e injustificado: si en el ejercicio de este derecho se trata a las personas de un modo determinado, la diferencia de trato, siempre que cree un perjuicio en función de un motivo protegido, debe estar justificada.

De acuerdo con la prohibición de discriminación, se han establecido unos criterios judiciales para valorar cualquier diferencia de trato en torno a motivos ideológicos: la justificación objetiva y razonable del trato diferenciado, la comparación de las situaciones y la adecuación a los fines legítimos de la medida, en la que impera el principio de proporcionalidad entre los medios y los fines empleados<sup>334</sup>. Como se afirma, el trato desigual limita el ejercicio de las libertades del artículo 16 CE y, por extensión, las del 9 CEDH, cuando *prima facie* el único límite posible a estas libertades es el orden público o, en palabras del TEDH, «la seguridad y el orden, la salud o la moral públicas definidas por ley»<sup>335</sup>.

La libertad ideológica se manifiesta de una forma determinada, como se ha expuesto a lo largo de este capítulo: tiene una dimensión externa por la que se expresan ideas, creencias, opiniones o pensamientos de cualquier índole. Esta externalización se produce necesariamente en relación a otros derechos, como el de la libertad de expresión. Es en este sentido, cuando se advierte una diferencia de trato desigual e injustificada por la manifestación de los pensamientos, ideas o creencias debe compararse con una situación análoga por la que, en ese supuesto similar, otra persona

---

<sup>334</sup> Estas medidas sobre la prohibición de discriminación de justificación objetiva y razonable y, especialmente, el principio de proporcionalidad de las medidas, pueden verse en la jurisprudencia del TEDH, por ejemplo, en las limitaciones de orden público y valores democráticos sobre los profesores al llevar velo cuando ejercen la docencia. *Vid.* SSTEDH de 3 de mayo de 1993, *Karaduman vs. Turquía*, de 29 de junio de 2004, *Sahin vs. Turquía*, así como la decisión de inadmisibilidad de 15 de febrero de 2001, *Dahlab vs. Suiza*.

<sup>335</sup> STEDH, de 27 de junio de 2000, asunto *Cha'are Shalom Ve Tsedek vs. Francia*, célebremente conocido como el caso de la “carne *glatt*”.

no haya sido perjudicada. Esto es, en cualquier caso, se requiere un elemento comparativo para demostrar el perjuicio creado con el trato que recibe el individuo.

Esta protección podría ser subsumida dentro de la facultad de *agere licere* del individuo para expresar con garantías sus opiniones, incluso frente a un trato discriminatorio, esto es, como una instancia particular del supuesto que se protege en el artículo 16 CE. Ahora bien, en lugar de justificar esta afirmación, fuera de dudas, con ello se pone de manifiesto el carácter relacional tanto del derecho a la libertad ideológica como el derecho a no padecer un trato discriminatorio. Y a estas garantías deben añadirse las propias de la dimensión interna de la libertad ideológica, un ámbito con plena inmunidad y del que se derivan derechos concretos como el de no declarar sobre su propia ideología o creencias y el de no adherirse a un ideario contrario al propio.

Claro que, si en lo teórico la relación entre estos derechos fundamentales no presenta serias dudas para la protección de la libertad ideológica, la casuística siempre levanta cuestiones que requieren mayor atención, se presenta problemática.

Una de estas cuestiones, como da constancia la jurisprudencia del TC, es la relación entre los derechos a la libertad ideológica y la libertad de expresión con el derecho a la información y la veracidad del contenido transmitido<sup>336</sup>. El TC señala que la protección procedente del derecho a la información permite poner fin a una relación laboral, en concreto, en el supuesto de conflicto entre trabajador y empresa que nace a raíz de los cambios ideológicos producidos en el medio de comunicación<sup>337</sup>.

El cambio ideológico en el medio de comunicación convierte al trabajador en posible objeto de trato discriminatorio, especialmente cuando el medio pretende informar sobre determinados hechos de acuerdo con una línea ideológica concreta, contraria a la que existía en la empresa cuando el trabajador se había vinculado contractualmente. En este supuesto actúa el derecho a no adherirse a un ideario contrario al propio. Para finalizar la relación laboral, el profesional debe ejercitar la denominada «cláusula de conciencia»<sup>338</sup>, que permite salvaguardar su independencia ideológica sin necesidad de esperar a la resolución judicial que ponga fin a esta relación contractual<sup>339</sup>. La ausencia de necesidad de resolución judicial ha llevado a autores

---

<sup>336</sup> STC 6/1988, de 21 de enero.

<sup>337</sup> STC 199/1999, de 8 de noviembre.

<sup>338</sup> La denominada cláusula de conciencia está prevista legalmente en los artículos 1 y 2 de la LO 2/1997, Reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información (LOCC).

<sup>339</sup> Como estableció a doctrina constitucional en la STC 225/2002, de 9 de diciembre.

como Carolina BLASCO JOVER a preguntarse si se trata de un mecanismo de resolución judicial o extrajudicial de la relación laboral<sup>340</sup>.

Como explicó además Guillermo ESCOBAR ROCA (2002: 193-194), éste no es el único motivo por el cual podría ponerse fin a la a la relación laboral. En la cláusula de conciencia se introduce un derecho para poner fin a la relación laboral que protege al periodista en tres supuestos: 1) el cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica (art. 2.1.a LOCC); 2) la ruptura patente con la orientación profesional del informador (art. 2.1.b LOCC); y 3) la exigencia a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación (art. 3 LOCC). Pero, además, según indica el autor, el núcleo fuerte de la cláusula de conciencia es exógeno a la LOCC y es la situación contraria a las convicciones propias del periodista, y no a los principios éticos de la comunicación. Este supuesto solamente resulta protegido por el artículo 16.1 CE relativo a la libertad ideológica, no por la LOCC. Ello permite al autor concluir que la cláusula de conciencia de los profesionales de la información, en realidad, se resume en cuatro derechos: tres facultades que están integradas en la regulación de la cláusula de conciencia y un derecho que permite al trabajador negarse al cumplimiento de aquellos deberes incompatibles con su conciencia.

En cualquier caso, la cláusula de conciencia es un mecanismo efectivo para la tutela de la libertad ideológica, aunque se limite al ámbito de la relación laboral que une al medio de comunicación, empresa, y el profesional de la comunicación, trabajador, y, por tanto, su relevancia deba considerarse notoriamente para proteger únicamente la profesión de periodista<sup>341</sup>. Sin embargo, resulta posible destacar ciertas premisas en virtud de la cláusula de conciencia ejercida en virtud del art. 16 CE.

Cuando el periodista efectúa la objeción de conciencia de acuerdo con el artículo 16.1 CE, resulta necesario ponderar la libertad ideológica del profesional con la libertad de empresa del medio de comunicación. Para aportar una posible solución a este conflicto, ESCOBAR ROCA explicó la «acomodación razonable» que se produce en la doctrina norteamericana, donde en un grave conflicto de conciencia para el trabajador que se presenta con la orden recibida por parte del medio de comunicación, el profesional debe invocar el 16.1 CE para solicitar el cambio de actividad y de esta manera equilibrar el conflicto de derechos fundamentales<sup>342</sup>. Explica, además, que sería

---

<sup>340</sup> BLASCO JOVER, 2009: 251 y ss.

<sup>341</sup> CAPODIFERRO, 2015b: 219-222.

<sup>342</sup> ESCOBAR ROCA, 2002: 205.

diferente el supuesto de la situación de una objeción sobrevenida por parte del profesional, que daría lugar a dos situaciones: una, donde la orden sería contraria a los principios éticos de la comunicación y, en consecuencia, objetable de forma objetiva por la regulación; y otra, donde el trabajador ejerciera la cláusula de conciencia en sentido estricto y ante la ausencia de una propuesta de acomodación razonable, el medio de comunicación tendría la facultad de proceder al despido sin el deber de indemnizar al trabajador.

### **III.2. La relación de la libertad ideológica con los motivos protegidos frente al trato discriminatorio**

Las garantías que ofrece el derecho fundamental a la libertad ideológica son un mecanismo de protección que no comparten todos los motivos protegidos frente a discriminación. En función del artículo 14 CE, los motivos protegidos que podrían subsumirse en la protección del artículo 16 CE son la «religión» y la «opinión». Del mismo modo, en el artículo 14 CEDH los motivos susceptibles de la tutela son la «religión» y las «opiniones políticas u otras».

Estos motivos protegidos representan de una manera u otra la libertad ideológica. Comulgar con un dogma religioso configura, en parte, el ideario y la conducta propia del individuo, característica de la esfera íntima que define a esta libertad y, concretamente, a la libertad religiosa. De igual modo, las opiniones externalizan las ideas, creencias, pensamientos de cualquier tipo, en ejercicio de la manifestación de la libertad ideológica y, en particular, de la libertad de pensamiento. Tales motivos protegidos nacen de una libertad pública esencial para todo ordenamiento jurídico y configuran la propia esencia de un Estado democrático. A través de estas libertades se protege la naturaleza racional del individuo frente a injerencias y por ello reciben la tutela de aquellas garantías propias del derecho fundamental a la libertad ideológica, puesto que estos motivos son características que definen a la persona y el ordenamiento jurídico entiende que no es posible establecer un criterio diferenciador en función de ellas. En consecuencia, el ordenamiento jurídico protege dichas características frente al trato discriminatorio, al excluir de la justificación de un trato diferente a unos motivos por los que no puede establecerse un criterio para tratar diferente lo que debe ser considerado igual, dado que cualquier persona puede adoptar una religión o cambiarla y, asimismo, la puede expresar a través de la opinión. Asimismo, el ordenamiento jurídico

también prohíbe el trato igual de lo que debe ser considerado diferente en la diversidad que representa cada persona; no necesariamente dos personas deben adoptar la misma religión, o no adoptar ninguna, ni deben expresar la misma opinión con exactitud, esto último, incluso, carecería de sentido.

Claro es que este tipo de motivos protegidos representan la esencia racional del individuo y ello es objeto de debate. Hasta qué punto, por ejemplo, la adopción de una religión o una filosofía de vida puede ser considerada esencia y característica innata de la persona para protegerse frente a discriminación. En tanto que la naturaleza racional es en efecto parte inalterable del ser humano, y de ahí se justifica adoptar una u otra religión o emitir una u otra opinión, el equilibrio entre la adecuación de la conducta personal a esos postulados y el contexto donde existen otras libertades y derechos es complejo, por ello, entre otros factores y como se ha expuesto, existe el límite de orden público por ley que establece el propio artículo 16 CE.

Este equilibrio, o tensión, según sea visto, ha llevado a precisar que, a diferencia del resto de motivos que son inalterables a la condición de persona, esto es, se es mujer o no se es, se es negro, de etnia gitana o se define por algún tipo de diversidad funcional, los motivos de religión y opinión, en cambio, pueden relativizarse en un determinado contexto para cumplir con otros derechos. Este argumento ha sido empleado por el TJUE en el asunto *Achbita* (vid. STJUE de 14 de marzo de 2017), a partir del debate generado por el uso del velo islámico en el puesto de trabajo. En este caso, una trabajadora que había estado ejerciendo su profesión durante tres años en el mismo puesto de trabajo fue despedida al comunicar que a partir de entonces, acudiría portando velo. En la empresa donde trabajaba existe la normativa interna por la que se prohíbe el uso de símbolos religiosos, ideológicos o filosóficos para desempeñar el trabajo. En función de esta norma interna la trabajadora fue despedida.

En las alegaciones previas a la sentencia del TJUE, la Abogada General Juliane KOKOTT sugirió que, a diferencia de otros motivos protegidos como el género, la raza o la edad, la religión es una característica personal que puede relativizarse en el puesto de trabajo. Según KOKOTT, los símbolos religiosos pueden dejarse aparcados para desempeñar las obligaciones laborales. En este sentido, la religión es una condición que pertenece a la esfera o vida privada de las personas y no constituye por ello una condición invariable que define a la persona. Mientras que el velo, la kipá o el hábito pueden dejarse en el guardarropa del trabajador, el sexo, el color de la piel, el origen étnico o la orientación sexual no pueden desprenderse de la persona. Este razonamiento

es el contemplado por el TJUE, para explicar que a la persona se le puede exigir un cierto recato en la exhibición de símbolos religiosos en el trabajo y, además, en el caso de estar expresamente previstos en una norma laboral, ello no constituiría una discriminación directa, por ejemplo, cuando figura una norma en el convenio colectivo por la que no se lucirán símbolos religiosos, ideológicos o filosóficos para desempeñar el trabajo.

En este punto es donde resulta de gran importancia el principio de proporcionalidad. El TJUE explicó que este principio debe observarse en toda situación factible de discriminación y el uso de símbolos no queda exento de la relativización que exige este principio. La exhibición de símbolos religiosos, ideológicos o filosóficos puede no ser razón para hacer frente a una diferencia de trato. Y es que, por un lado, debe considerarse el daño potencial que puede representar el uso de aquellos símbolos religiosos, ideológicos o filosóficos de menor tamaño que pasan prácticamente inadvertidos sin ulteriores consecuencias, como un pin con el martillo y la hoz o una cadena con una cruz o una mano de Fátima. Este tipo de símbolos no tienen por qué crear aparentemente ningún tipo de conflicto, además que son fácilmente disimulables y, en consecuencia, el daño que pudieran producir sería el verdadero aspecto relativizado. Ante este tipo de exhibición de símbolos sería complicado *prima facie* limitar el ejercicio de la libertad ideológica. Las razones que justifiquen portar este tipo de símbolos serían más bien escasas.

Ahora bien, por otro lado, deben valorarse aquellos otros símbolos que efectivamente cubren considerablemente una parte del cuerpo y no pueden pasar inadvertidos cuando existe una prohibición expresa. En este caso así lo entendió el TJUE en referencia al velo: explicó que no existiría discriminación directa al ampararse la medida en una normativa específica y en el hecho que, durante los tres años previos, no se produjo ningún tipo de contienda en relación con la religión de la trabajadora. El TJUE también señala que cabría la posibilidad de incurrir en una discriminación indirecta: el uso del velo islámico repercute esencialmente en las mujeres, por lo que una medida aparentemente objetiva puede causar un perjuicio que sólo afecta a las mujeres. Sin embargo, en el caso no puede deducirse que exista un trato discriminatorio por motivos ideológicos (ni tampoco una discriminación indirecta al ser solamente una trabajadora), sino que la medida fue aplicada porque la trabajadora incumplió la normativa.



Para el tribunal, debe evaluarse caso por caso el equilibrio de todos los intereses contrapuestos. En otras palabras, el TJUE cede el protagonismo a los tribunales de cada Estado para valorar las circunstancias relevantes de cada caso, dado que el propio Estado es el mejor situado para realizar esta ponderación, es decir, para valorar si supone un trato discriminatorio de acuerdo con su propia identidad nacional y el encaje de las diferentes religiones, ideologías y filosofías en su ordenamiento. Por ejemplo, en Alemania las ideologías contrarias a la Constitución Alemana quedan proscritas, mientras que, en España, de nuestra Constitución se predica el indiferentismo ideológico, por el que cualquier ideología y su manifestación resultan posibles siempre y cuando no contravengan el orden público, como en este caso, el definido por el contexto laboral.

Por tanto, el TJUE entiende que los motivos protegidos que se identifican con la libertad ideológica son motivos que pueden «relativizarse» con mayor facilidad, dada las diferentes manifestaciones posibles de su expresión, como el ejemplo de la exhibición de símbolos. Ello puede hacer ver jurídicamente a estos motivos como una categoría inferior o, al contrario, presentar al resto de motivos como una categoría reforzada frente a discriminación. Ahora bien, si se aboga por que los motivos protegidos tienen menos garantías frente al trato discriminatorio, debe considerarse al mismo tiempo que esta situación queda compensada con las garantías del derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto. Por tanto, si la protección de estos motivos está minimizada, por un lado, queda reforzada por otro. Una cuestión distinta sería si ese derecho fundamental cuenta con plenas garantías.

En definitiva, si las garantías fundamentales que acompañarían eventual y genuinamente a un motivo protegido no están suficientemente desarrolladas, la tutela frente al trato discriminatorio se ve particularmente limitada y, en general, descompensada por la tendencia a proteger con más ahínco unos motivos protegidos, como el sexo o la raza, y no otros, en este caso, los motivos que proceden de estas libertades.

### **III.3.1. La prohibición de discriminación por motivos ideológicos en el ámbito comunitario**

La libertad ideológica es objeto de protección frente al trato discriminatorio en el Derecho Comunitario, que ha desarrollado mecanismos específicos de tutela de aquellos

motivos protegidos, como la religión o las convicciones, relacionados con esta libertad. El Derecho Comunitario es una fuente relevante de mecanismos específicos, siendo una novedad en su momento para el Derecho antidiscriminatorio. Por ejemplo, como se analizará ampliamente en el Capítulo IV, muchos mecanismos para tutelar la libertad ideológica frente a discriminación en la relación laboral proceden de la Directiva 2000/78/CE. En esta directiva se establece un marco genérico sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

En el Derecho Comunitario la prohibición de discriminación está ceñida a unos motivos protegidos específicos, tal y como se regula en el artículo 19 TFUE. No hay cabida a otros motivos protegidos que no sean aquellos contemplados en este artículo de Derecho Originario (sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual) al no existir una cláusula abierta de motivos protegidos como sí está presente en los artículos 14 CE y 14 CEDH. De conformidad con este hecho, el desarrollo normativo del Derecho Derivado sobre la prohibición de discriminación se lleva a cabo a través de una lista cerrada de características personales. De ahí resulta posible hallar directivas sobre motivos protegidos frente a discriminación, como el género, la etnia o las convicciones, en supuestos específicos como el ámbito laboral y de ahí, también, la trascendencia de la citada Directiva 2000/78/CE para la protección de la libertad ideológica frente a discriminación en el ámbito laboral de cualquier Estado<sup>343</sup>.

Con lo expuesto es posible afirmar que las garantías comunitarias frente al trato discriminatorio vienen cabalmente establecidas a través del Derecho Derivado, lo que plantea la cuestión si el Derecho Comunitario alcanza efectivamente a proteger el derecho fundamental a la libertad ideológica y no solamente protege esta libertad a través de los motivos protegidos de religión y convicciones. La respuesta no puede ser otra que la afirmativa. En efecto, la prohibición de discriminación alcanza a proteger los derechos fundamentales en el ámbito comunitario. No obstante, de una forma peculiar y con recorrido histórico, como se explicó en Capítulo II. Según la jurisprudencia del

---

<sup>343</sup> Una incidencia que puede verse en el Derecho comparado. Como explica Achim SEIFER (2016: 152 y ss.), en el caso de Alemania, el principio de no discriminación no tenía demasiada incidencia sobre la relación laboral, limitada a lo estipulado en el contrato de trabajo. En este sentido, el Tribunal Constitucional Alemán solamente había reconocido la prohibición de discriminación de forma directa a lo largo de su jurisprudencia en la interpretación de la Constitución Alemana. Solamente incluyó la forma indirecta de discriminación laboral a finales de los años noventa y exclusivamente en relación al motivo protegido de sexo. Por tanto, los mecanismos específicos introducidos por la Directiva 2000/78/CE reforzaron la tutela frente al trato discriminatorio de los trabajadores alemanes, al introducir formas nuevas de protección frente a discriminación en el ámbito laboral que no habían sido desarrolladas a partir de la interpretación de la Constitución Alemana.

TJUE, los derechos fundamentales forman parte de los Principios Generales del Derecho y su respeto está garantizado por los jueces comunitarios<sup>344</sup>. Por tanto, la jurisprudencia comunitaria ya tuvo en consideración los derechos fundamentales “como una medida de protección de derechos humanos tal como garantizan tanto el CEDH como las tradiciones constitucionales de los Estados miembros”<sup>345</sup>. Aunque la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se materializó en el tratado de Niza del 2000, su vinculatoriedad jurídica se produjo posteriormente, con la entrada en vigor del Tratado de Roma. El vínculo legal de los derechos fundamentales de la carta, los derechos humanos recogidos en el CEDH y los derechos fundamentales de la tradición constitucional de cada Estado, erigidos como principios de la Unión, se reforzaron legalmente al incidir en toda actuación comunitaria.

A continuación, se exponen dos cuestiones de relevancia para la tutela de la libertad ideológica en el Derecho Comunitario: en un sentido genérico, el exceso de requisitos del Derecho Comunitario; y en sentido particular, la protección de datos ideológicos en el ámbito comunitario.

### **III.3.1. El exceso de requisitos en la protección de la libertad ideológica**

El objetivo de este epígrafe es exponer las dificultades acaecidas por el exceso de formalidades en un ordenamiento jurídico. Para evidenciar estas dificultades, el ordenamiento idóneo es el Derecho Comunitario que ha sido desarrollado para combatir el trato discriminatorio. En función de lo expuesto hasta el momento, este tipo de tutela comunitaria, en lo tocante a libertad ideológica puede ser estructurada por la conjunción de tres elementos: la citada Directiva 2000/78/CE para el ámbito laboral; los estándares mínimos antidiscriminatorios procedentes del Principio General del Derecho Comunitario de no discriminación; y el vínculo con el derecho fundamental del Estado. Estos tres elementos se acompañan, además, de la jurisprudencia del TJUE. Un auténtico poliedro para construir el marco jurídico comunitario de protección de la libertad ideológica frente al trato discriminatorio.

Como advirtió Alejandro NIETO (2007: 124-125), todo caso corre el peligro de caer en las «trampas del formalismo jurídico-procesal». Con esta afirmación, el autor quiso

---

<sup>344</sup> Dictamen del TJUE 2/94, de 28 de marzo de 1996.

<sup>345</sup> STCE de 22 de octubre de 1997, asuntos acumulados *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK)* y *Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven (FNK)*.

advertir de los peligros que derivan de determinados rasgos formales del Derecho. Pueden ser situaciones como la diversidad de fuentes y la subsiguiente incertidumbre sobre la ley aplicable o la falta de orden en la normativa, o, en otras palabras, un ordenamiento desordenado, que repercutiría directamente sobre la efectividad del Derecho, en este caso, de la tutela de la libertad ideológica.

El problema que presentan las excesivas formalidades resulta especialmente visible en el uso de los mecanismos disponibles para hacer frente al trato discriminatorio por motivos ideológicos. Por ejemplo, aunque el Derecho Comunitario no contempla el motivo protegido «opinión», el principio comunitario que aboga por el respeto a la tradición jurídica de los Estados en materia de derechos fundamentales parece indicar que en efecto se podría tutelar dicho motivo en el foro europeo. Entonces, los motivos protegidos que no se recogen expresamente en el Derecho Comunitario y que por otro lado son parte de la tradición jurídica de los Estados, ¿se pueden o no se pueden tutelar? Según la jurisprudencia europea, el TJUE aplica, en cualquier caso, el Principio General del Derecho Comunitario de no discriminación, lo que parece indicar que mientras se cumplan los requisitos de diferencia de trato injustificada y perjudicial, términos comparativos entre situaciones análogas y un motivo protegido (aquí debe añadirse «según la tradición del Estado», todo parece indicar que la respuesta es afirmativa. Claro es que, a ciencia cierta, ello no constituye un mecanismo expresamente disponible para los sujetos con el que puedan hacer frente a la discriminación por razón de sus «opiniones». En realidad, parece ser que el juez no puede plantear directamente al TJUE una cuestión relativa a este motivo, sino que, en respeto a la tradición jurídica del Estado, el Derecho Comunitario garantizará la protección de este motivo. En conclusión, la protección de este motivo se produce de forma indirecta.

Al prestar atención a cuestiones como las denominadas trampas del formalismo jurídico-procesal, la eficacia de la tutela frente al trato discriminatorio podría desembocar en supuestos indeseables donde se acumulan requisitos formales que llevan, en último término, a aplicar insatisfactoriamente el Derecho que da respuesta a una diferencia de trato perjudicial para el ejercicio de la libertad ideológica. Como se afirma, éste constituye el supuesto paradigmático sometido a crítica por NIETO, un tipo de problemática que implica la protección de los derechos venida abajo cuando se pasa por alto solamente uno de los requisitos formales, como por ejemplo sería el plazo breve de interposición de una acción procesal. En el supuesto de que las normas establecieran un solo día para la interposición de dicha acción, desde el momento que se produjera el

trato discriminatorio, con toda probabilidad, el afectado perdería ese día buscando un abogado que lo atendiese y no así planteando la acción.

De igual manera, por ejemplo, una delimitación excesiva en las normas de aquello que deben proteger menguaría la tutela frente al trato discriminatorio por motivos ideológicos. Un legislador especialmente preciso en la concreción de la norma supondría un límite para las propias garantías. Este hecho se da en la prohibición de discriminación comunitaria, cuando las normas convierten los motivos protegidos en una lista cerrada. Es el caso del artículo 19 TFUE, que ofrece una lista inamovible de los mismos. La normativa que desarrolla la prohibición de discriminación está anclada a los motivos establecidos por este artículo al no contener una cláusula abierta. Este anclaje supone que los mecanismos antidiscriminatorios se caracterizan por alguno de los motivos protegidos que aparecen en la lista y por el ámbito material que regula la normativa. Lo que convierte a tales mecanismos en instrumentos válidos solamente para supuestos muy concretos. Sobre esta cuestión destaca, además, que el artículo 19 del TFUE no es de aplicación directa, sino que resulta preceptiva la regulación de estas normas de desarrollo.

### **III.3.2. La protección de datos ideológicos**

Pese a los conflictos formales que pueden generarse, la Unión Europea es fuente de una normativa prolífica para hacer frente al trato discriminatorio, como así puede afirmarse respecto a la protección de la libertad ideológica. Para evidenciar este hecho, en este epígrafe se presentan las garantías de la libertad ideológica en la protección de datos de carácter personal, de gran repercusión en el ámbito social. Nótese que el análisis de los mecanismos que inundan toda la relación laboral configura el objeto de análisis del Capítulo IV.

A día de hoy, se puede tener acceso a la información personal y privada de una persona a través del uso de medios telemáticos, como pueden ser las redes sociales o en general por el uso de Internet. Este acceso a datos privados permite la creación de un perfil de carácter ideológico de la persona, que puede repercutir en situaciones como la toma de decisiones del empresario en ejercicio de su poder de dirección. A consecuencia de ello, se presentan diferencias de trato por motivos ideológicos.

La creación de este tipo de perfiles despertó la atención del legislador comunitario, que promulgó la Directiva 1995/46/CE, sobre los datos personales y la libre circulación

de los mismos. De ahí resulta posible afirmar que la protección de la libertad ideológica alcanza al trato discriminatorio derivado del manejo de datos de contenido ideológico.

A partir del seguimiento de la aplicación de esta Directiva, el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos de la Unión Europea destacó la creación de «listas negras»<sup>346</sup> como una de las consecuencias más habituales del manejo de información de carácter personal, por el que se tiene acceso a datos de contenido ideológico del trabajador, como por ejemplo su comportamiento político, y se crea un perfil de la persona que es tenido en cuenta en el momento de tomar decisiones. Según la directiva, el manejo de datos y la creación de perfiles debe ostentar el conocimiento y aprobación de la persona de quien se obtienen los datos. En este sentido, la directiva establece el consentimiento expreso como mecanismo principal de protección de datos y prohíbe el manejo de datos personales que revelen contenido ideológico de la persona. En el artículo 8 de la Directiva se señala la orientación política, las convicciones religiosas y, también, la pertenencia a sindicatos. Esta directiva fue incorporada en ordenamiento jurídico español en la LO 15/1999, aunque el legislador español empleó los términos habituales de nuestro ordenamiento. Así, el objeto de protección, según el artículo 7 de esta LO, son todos aquellos «datos que revelen la ideología», «afiliación sindical», «religión» y «creencias» de la persona. No obstante, la norma española introduce la excepción de pertenencia a partidos políticos, a sindicatos y a confesiones religiosas, aunque mantiene la regla del consentimiento para su manejo frente a terceros.

Con la protección de datos ideológicos se añade un nuevo mecanismo a las garantías de la libertad ideológica frente a un trato discriminatorio. Debe conjugarse la protección de este tipo de datos junto con la prohibición del trato discriminatorio en función de motivos protegidos como la opinión o la religión. Por tanto, el esquema de la tutela debe determinar si ha habido discriminación y, además, esclarecer el debido uso de los datos.

La justificación de la diferencia de trato por motivos ideológicos, motivos protegidos como las opiniones o la religión, tendrá en cuenta cómo se ha tenido acceso a esos datos de carácter ideológico y si se ha creado un perfil ideológico de la persona. Cuando la diferencia de trato se establece por estos motivos, se está estableciendo sobre unos datos que *a priori* están protegidos a través del consentimiento de la persona. Es decir, existe una formalidad, el consentimiento, para usar los datos obtenidos que

---

<sup>346</sup> *Vid.* Documento de Trabajo sobre listas negras, Adoptado el 3 de octubre de 2012.

permiten la creación de un perfil ideológico. Esta formalidad establece un orden concreto para aplicar la tutela. En primer lugar, se determinará la formalidad, si existe o no el consentimiento expreso a la gestión de datos, dado que puede crearse un perjuicio, por ejemplo, para el honor y la imagen de esa persona, y, a su vez, si está presente el consentimiento en la obtención de los datos personales, en tanto esta ausencia implica la vulneración de su esfera privada, íntima y personal. En segundo lugar, a la formalidad del consentimiento de los datos se suma la constatación de la discriminación; es posteriormente cuando se discute si ha habido una diferencia de trato perjudicial a consecuencia de la obtención y uso de éstos.

En efecto, el consentimiento expreso de la persona para que sus datos puedan ser gestionados en algún sentido impone un cambio de perspectiva en la tutela de la libertad ideológica frente al trato discriminatorio. La protección expresa de estos datos penaliza cualquier uso sin el debido consentimiento, así, la tutela da inicio en este punto, al cuestionar el perjuicio creado en función de la formalidad que imprime el consentimiento. Si, además, el uso indebido de estos datos es empleado para una finalidad discriminatoria, el sentido de la prohibición de discriminación es el de una agravante genérica del delito, como dicta el Código Penal. El artículo 22.4 CP establece que es una agravante genérica «cometer delito por motivos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima», lo que configura a la prohibición de discriminación como agravante de un ilícito puesto en primer lugar. Con la protección de datos de carácter ideológico, la tutela protege en primer lugar la ideología del individuo. Por consiguiente, en este supuesto las normas antidiscriminatorias adquieren un carácter secundario: habiéndose determinado si la obtención de los datos constituye una violación de la libertad ideológica, las normas describen que el trato discriminatorio es un perjuicio circunstancial.

## **Capítulo IV – La libertad ideológica en la relación laboral**

Con el presente capítulo se completa un objeto de estudio que dio inicio en el Capítulo III: la tutela de la libertad ideológica frente al trato discriminatorio que se produce en el seno de una relación laboral. Mientras que en el anterior capítulo el objeto de estudio se centró en los mecanismos propios del derecho fundamental a la libertad ideológica y las diversas formas en que este derecho se puede proteger frente al trato discriminatorio, el objeto del presente capítulo se centra en la protección específica frente al trato discriminatorio a la que se somete esta libertad en el contexto de la relación laboral.

El objetivo de este capítulo es evidenciar las garantías del derecho a la libertad ideológica frente al trato discriminatorio de los sujetos que componen la relación laboral, así como prestar atención a las dificultades de estas garantías para llevarse a la práctica y, además, tratar de identificar la posible ausencia de tales garantías, como, por ejemplo, cuando se indicó en el capítulo anterior la ausencia de un desarrollo legal que permita el ejercicio de un derecho genérico a la objeción de conciencia en función del artículo 16.1 CE, esto es, desde la propia libertad ideológica, lo que delimita claramente la protección de esta libertad en una frontera que divide entre las garantías para sus dimensiones interna y externa.

En función de este objeto de estudio estructurado en dos capítulos y los objetivos específicamente definidos para éste, el orden en que se desarrollará la exposición es el siguiente: en primer lugar, se definirá el contexto de la relación laboral y se prestará especial atención a las normas antidiscriminatorias que se han establecido particularmente para este contexto. Asimismo, habrá lugar para explicar la variante colectiva de la libertad ideológica en este ámbito y la relación de esta libertad con el concepto de derechos fundamentales inespecíficos; en segundo lugar, se expondrá la principal tensión de la libertad ideológica en la relación laboral, que no es con otra libertad que la de empresa. Además, se prestará especial atención al supuesto de las empresas ideológicas o de tendencia y los requisitos profesionales a través de los cuales puede establecerse una diferencia de trato justificada, aunque lidien motivos ideológicos; en tercer lugar, una última sección se ocupará de los diferentes tipos de



trato discriminatorio que pueden darse en este ámbito por motivos ideológicos. Sirva de ejemplo mencionar el tipo específico de discriminación que se constituye a partir del acoso moral.

Debe reconsiderarse una advertencia que ya fue señalada en el Capítulo III. Parte de los mecanismos que permiten tutelar la libertad ideológica en la relación laboral han sido propiciados a partir de la protección de la libertad religiosa. En la presente tesis se asume la libertad ideológica como concepto propio e independiente de la libertad religiosa. Sin embargo, muchos de estos mecanismos le resultan de aplicación dada su relación normativa con esta libertad. Por tanto, se afirmaría en ese caso de las garantías del artículo 16 CE, sin que fueran propias de una sola de las libertades señalada por la norma.

#### **IV.1. La relación laboral como contexto específico de la libertad ideológica**

Begoña GARCÍA GIL explicó de la siguiente manera que una «relación laboral» viene definida en función del derecho del trabajo:

«El Derecho del trabajo sirve para ordenar determinadas relaciones, no cualquier relación entre personas que tenga por objeto la prestación de una actividad o trabajo, sino aquellas relaciones dotadas de una configuración determinada que exige unas notas específicas. Es el Derecho del Trabajo el ordenamiento jurídico de las relaciones de trabajo personal, voluntario, dependiente, por cuenta ajena y retribuida»<sup>347</sup>.

Esta relación ha sido definida como el vínculo jurídico característico de un contexto económico de actividad retribuida e interacción social<sup>348</sup>; una lógica de interacción bilateral para el negocio jurídico, la de las partes contratantes por propia voluntad, y que está configurada por el binomio «trabajador-empresario»<sup>349</sup>.

Explica PASCO COSMÓPOLIS que en los parámetros definidos por una relación laboral deben incluirse necesariamente, por un lado, los sujetos, configurados por el trabajador y por el empleador y, por otra parte, la remuneración. Todo ello, además, dentro del contexto de proceso productivo que envuelve la relación de trabajo<sup>350</sup>. Esta

---

<sup>347</sup> GARCÍA GIL, 2014: 12.

<sup>348</sup> BLANCH, ESPUNY y GALA, 2003: 16.

<sup>349</sup> SANTOS FERNÁNDEZ, 2005: 31.

<sup>350</sup> De lo contrario, explica PASCO COSMÓPOLIS (1986: 413) que debería hablarse de otras modalidades de “labor humana no retribuida, sean la esclavitud o la servidumbre, que el Derecho recusa, sean las actividades altruistas o de recreo”.

relación se rige por la forma legal que determina el contrato laboral, a través del cual se exterioriza el consentimiento de las partes que sintetice sus intereses<sup>351</sup>.

Un punto de especial interés en la relación laboral es la distinción entre la relación laboral de carácter público y la de carácter privado. Para el estudio de las del primer tipo, las de carácter público, se debe ver a la Administración en el papel de empleador. Es interesante realizar esta observación a través de la jurisprudencia del TEDH. En el ámbito de este tribunal, se han realizado una serie de consideraciones en virtud del artículo 9 CEDH, artículo que ha dado lugar a una monolítica jurisprudencia en torno a la protección de las libertades de pensamiento y de religión en un contexto laboral.

En la STEDH de 25 de mayo de 1993, asunto *Kokkinakis vs. Grecia*<sup>352</sup>, el TEDH explicó que el primer apartado del artículo 9 CEDH se refiere a la dualidad dimensional de la libertad religiosa, una libertad que emana del «fuero interno» del individuo e implica la manifestación externa de sus convicciones<sup>353</sup>. Además, dentro de esa externalización cabe la posibilidad *inter alia* de intentar convencer a otros sujetos mediante su propia opinión o mediante «enseñanzas»<sup>354</sup>. Esta posibilidad *inter alia* representa una actividad que bien podría menoscabar las libertades ideológica y religiosa de los otros sujetos en el margen donde debe mostrarse el debido respeto por sus creencias, lo que llevó al TEDH a diferenciar entre las relaciones privadas y públicas donde se propagan las creencias con el fin de convencer a otros. Como explicó ARLETTAZ, en una relación civil, la facultad *inter alia* se concibe como un intercambio de ideas, pero, contrariamente, en las relaciones de carácter público, esta misma facultad *inter alia* puede presentarse, por ejemplo, como una cierta modalidad de adoctrinamiento. Este sería el caso del servicio militar, donde esta actividad puede llegar a considerarse como el acoso de un superior a un subordinado. Luego, el ejercicio de dicha facultad entraría en conflicto con un límite infranqueable para los poderes públicos, que es el respeto a la esfera privada del sujeto<sup>355</sup>.

---

<sup>351</sup> CASTRO CONTE, 2014: 67.

<sup>352</sup> Esta es la primera sentencia en la que el TEDH reconoce la dualidad de dimensiones de las libertades del artículo 9 CEDH, el fuero interno y la manifestación externa de las convicciones. La sentencia es posterior a la jurisprudencia española relativa a estas características. De esta manera, el TEDH vino a coincidir con la doctrina sobre libertad ideológica, religiosa y de culto en la interpretación del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

<sup>353</sup> POLO SABAU, 2012b: 285.

<sup>354</sup> Es otras palabras, la jurisprudencia del TEDH permite la actividad proselitista. Por ejemplo, *cfr.* STEDH, de 24 de febrero de 1998, asunto *Larissis vs. Grecia*.

<sup>355</sup> ARLETTAZ, 2012: 217.

Ahora bien, cuando se manifiesta una opinión o creencia, la distinción entre una relación jurídico-laboral privada o pública no es siempre categórica. La jurisprudencia del TEDH da constancia de ello. En la STEDH de 8 de diciembre de 2009, *Aguilera vs. España*, se consideró apropiada, sobre el criterio de proporcionalidad, la decisión del empresario de poner fin a la relación laboral a partir de la manifestación de opinión de un trabajador. De esta manera, el TEDH permitió el despido de un trabajador por motivos ideológicos, a raíz de la externalización de las ideas y opiniones a través de la libertad de expresión. El TEDH consideró que el despido disciplinario se justificaba en el contenido injurioso que manifestó el trabajador en una información difundida por un sindicato, por la que el trabajador despedido criticó al empresario. A través del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, la manifestación de la libertad ideológica del trabajador entró en conflicto con los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del empresario (18.1 CE). Explica el TEDH que en la relación laboral el ejercicio de la libertad ideológica por parte del trabajador. En otras palabras, no se limita a la ponderación con los derechos y libertades del empresario; no se limita al binomio trabajador-empresario, sino que debe hacer lo propio con los derechos y libertades de las terceras personas implicadas en dicha relación<sup>356</sup>.

En lo referente al trabajador público, el TEDH explicó que del criterio de proporcionalidad se desprenden unos criterios más rígidos que los empleados para el trabajador del ámbito privado. A tales efectos, el TEDH consideró que era «una medida proporcional» el despido de una policía sindicada que había publicado declaraciones de afiliados y remuneraciones pendientes de pago<sup>357</sup>. El criterio de proporcionalidad exige que el fin perseguido con la manifestación de opiniones, creencias, ideas o pensamientos de cualquier índole no sobrepase el debido respeto hacia los derechos a la intimidad y a los datos de carácter personal de quien se trata. En este caso, con la mencionada publicación se accedió a declaraciones y remuneraciones pendientes de cobro por parte de otros trabajadores. Para esta trabajadora, una policía, el TEDH consideró que la medida del despido no fue un trato discriminatorio.

Sin dejar de lado el ámbito del TEDH, cabe hacer mención al alcance del uso de las «nuevas tecnologías» en el ejercicio de la libertad ideológica. Lo que puede traer algún conflicto en el ámbito laboral. En la actualidad, las manifestaciones externas de ideas y

---

<sup>356</sup> STEDH de 12 de septiembre de 2011, *Palomo vs. España*, donde el tribunal considera el despido disciplinario proporcionado para proteger el derecho al honor de los miembros de la empresa caricaturizados y difundidos por los miembros de una sección sindical del sindicato de empresa.

<sup>357</sup> STEDH de 9 de octubre de 2012, *Szima vs. Hungría*.

opiniones pueden efectuarse de formas que inicialmente no habían sido referidas en la jurisprudencia del TEDH, como se muestra a continuación. Ahora bien, que estas formas no hayan sido contempladas a lo largo de su jurisprudencia no es suficiente excusa para que tales externalizaciones no sean consideradas efectivamente manifestaciones de la libertad ideológica. Entonces, cabe cuestionarse si existe algún criterio para tutelar la libertad ideológica en el contexto laboral cuando se manifiesta a través de formas nuevas. El TEDH extendió la tutela de la libertad de expresión en el ejercicio de este derecho, la expresión de ideas y opiniones, a través de las nuevas tecnologías, como el caso de *Internet*<sup>358</sup>. En sentido estricto, no supone ninguna extensión, dado que el TEDH emplea los criterios de «contenido» y «medio» para la observancia del ejercicio de este derecho: por un lado, el TEDH aprecia si la libertad ideológica está presente en lo que se manifiesta, esto es, dentro del contenido de la manifestación; y, por otro, en cómo se lleva a cabo esa manifestación de ideas y opiniones, es decir, en el medio donde se producen<sup>359</sup>. En consecuencia, estos criterios resultan de gran relevancia para tutelar la libertad ideológica en la relación laboral, particularmente en el caso de los profesionales de la comunicación: la actividad de estos trabajadores estriba justamente en exteriorizar opiniones e ideas además de la información (contenido), a través de su difusión en medios de comunicación (medio). Su actividad se ve monitorizada por aspectos como la veracidad de las fuentes o el propio contenido de la información, que puede causar eventuales lesiones a otros derechos, como por ejemplo, el derecho a la información de los destinatarios de las comunicaciones en el momento de la difusión<sup>360</sup>.

En definitiva, la relación laboral es un contexto que bien puede ser público o privado y en donde puede limitarse el ejercicio del derecho a la libertad ideológica. Este límite se caracteriza por el ejercicio de otros derechos y libertades fundamentales que se dan en dicho contexto. En estas situaciones el ordenamiento establece qué derecho prevalece cuando hay que ponderar entre los derechos en conflicto, aunque la dimensión interna de la libertad ideológica presenta la inmunidad frente a cualquier tipo de injerencia.

El ejercicio de la libertad ideológica, en este contexto laboral, debe conjugarse junto con la prohibición de discriminación, que rige en cualquier relación jurídica,

---

<sup>358</sup> STEDH de 10 de enero de 2013, *Ashby Donald vs. Francia*.

<sup>359</sup> SAURA FREIXES, 2014: 192-193.

<sup>360</sup> *Vid.* STEDH de 1 de junio de 2010, *Gutiérrez vs. España*. Para un análisis detallado del ejercicio de la libertad de expresión por los profesionales de la información, *cfr.* ESCOBAR ROCA, 2002.

incluida la laboral. En este sentido, en el año 2007, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales publicó un estudio sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación en la relación laboral, en ocasión del Año Europeo de Igualdad de Oportunidades. Fue un trabajo que reflejaba la jurisprudencia y la doctrina constitucional hasta el momento y allí se explicó la proyección del derecho a la igualdad y a la no discriminación en la relación laboral como un derecho que afecta a “la práctica totalidad (...) de derechos (constitucionales o no) de los trabajadores”<sup>361</sup>. Con ello se evidenció que la tutela frente al trato discriminatorio en el contexto laboral recae esencialmente en la figura del trabajador, comprendida como la parte débil de esta relación jurídica. En este balance de posiciones, se resaltó el desequilibrio y la desigualdad material entre trabajador y empresario a fin de identificar “la función correctiva del valor igualdad -material- sobre los efectos del valor libertad”<sup>362</sup>. Con unas palabras similares, la doctrina constitucional posterior vino a coincidir con lo expuesto en este estudio. Así, Magdalena NOGUEIRA explicó que la prohibición de discriminación

«se impone a todos los poderes públicos y privados, es decir, es un principio que actúa sobre el legislador, pero también se proyecta con toda su fuerza sobre la negociación colectiva y todos los actos que el empleador adopte en el ejercicio de su poder de dirección y organización»<sup>363</sup>.

La prohibición de discriminación en el ámbito laboral ha sido objeto de una regulación tanto de carácter general, a partir de preceptos que se encuentran a lo largo del Estatuto de los Trabajadores, como de carácter específico, mediante la Directiva 2000/78/CE. De ambos tipos de regulaciones se desprenden mecanismos de tutela para la libertad ideológica. A continuación, se exponen los mecanismos que proceden de estas dos regulaciones.

#### **IV.2. Principal normativa antidiscriminatoria**

La protección frente al trato discriminatorio de la libertad ideológica en la relación laboral se configura principalmente a través de dos normas de referencia: el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y la Directiva 2000/78/CE. En el ET se proclaman preceptos genéricos que prohíben el trato discriminatorio por motivos ideológicos para

---

<sup>361</sup> CHARRO BAENA y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, 2007: 77.

<sup>362</sup> CHARRO BAENA y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, 2007: 79.

<sup>363</sup> NOGUEIRA, 2012: 21-22.

determinados supuestos, como, por ejemplo, el despido. Por su parte, en la Directiva 2000/78/CE se establece particularmente un auténtico marco acerca de la tutela de esta libertad, al aportar un número relevante de mecanismos específicamente para el ámbito jurídico laboral.

El orden de exposición de este epígrafe responde a estas dos normativas. Además, en referencia al ET se expondrá cómo el principio de no discriminación inspira sobre toda la relación laboral, y en provecho de esta exposición, se introducirá una referencia final relativa a la relación laboral de carácter público, regulada a través del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP).

#### **IV.2.1. Estatuto de los Trabajadores**

La prohibición general de discriminación en la relación laboral se proclama en el artículo 17.1 ET, artículo que abre el apartado de derechos y obligaciones derivados del contrato laboral. En virtud de este artículo, cualquier precepto reglamentario, cláusula de un convenio, pactos individuales o decisiones del empresario serán declarados nulos y sin efecto cuando den lugar a algún tipo de discriminación en cualquier situación de esta relación. Este mandato alcanza a las decisiones del empresario que discriminen o establezcan un trato desfavorable para el trabajador al haber realizado una reclamación judicial a la empresa. Dicho en otras palabras, en este artículo se prohíben las represalias ante la solicitud, por parte del trabajador, de la tutela frente a un trato discriminatorio.

El artículo 17.1 ET va dirigido tanto a las condiciones que se dan en el acceso al empleo como a las situaciones que nacen una vez celebrado el contrato de trabajo, propiamente ya en sede de la relación laboral, una vez incorporado el trabajador a la empresa. Entonces, el mandato antidiscriminatorio se proyecta sobre las órdenes del empresario desde el acceso al empleo hasta la extinción del contrato de trabajo. Así, por ejemplo, el despido por causas discriminatorias constituye motivo para declarar la nulidad del acto.

Este artículo alcanza a proteger efectivamente la libertad ideológica, aunque dada la extensa lista de motivos protegidos que figuran en éste (por razón de «edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus

acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua»), la intención del legislador parece que fuera la de no encasillar la tutela en una lista minúscula de motivos. Sin embargo, el legislador no incorporó, por otra parte, la cláusula abierta de motivos que figura en el artículo 14 CE. Por tanto, se corresponde con la técnica legislativa empleada en el artículo 19 TFUE, aunque dada la vigencia del artículo 14 CE para el ordenamiento jurídico español, no plantea mayores problemas, sino una cuestión de estilo.

La jurisprudencia del TC sobre el Derecho Laboral entiende que el artículo 17.1 ET se proyecta sobre toda la duración de la relación laboral, aunque no pueda predicarse un principio absoluto de igualdad y de no discriminación para la relación laboral, sino que este principio debe establecerse de acuerdo con dos requisitos: los motivos protegidos establecidos constitucionalmente, y el principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes<sup>364</sup>. La relevancia de los motivos protegidos se puede ver reflejada en la jurisprudencia del TS, en la que se explica que no todo trato desigual supone una discriminación, sino que es requisito tomar en consideración las características de la persona por las que históricamente se ha padecido un trato discriminatorio, opresión o segregación<sup>365</sup>.

En esta línea, el TC explicó además que el principio de no discriminación debe ser configurado de acuerdo con la voluntad de las partes contratantes. La formalización del contrato de trabajo constituye un acuerdo voluntario, por el que trabajador y empresario formalizan la mutua voluntad de vincularse y llevar a cabo lo pactado en el contrato. De ahí que las obligaciones contraídas mediante contrato de trabajo limitan el ejercicio del derecho a la libertad ideológica del individuo, en tanto que trabajador y empresario son individuos que han actuado libremente y se han obligado a realizar una determinada actividad<sup>366</sup>. Sin el consentimiento de las partes, esa relación constituiría una forma de esclavitud. Sobre este hecho, el TC explica que existen derechos y relaciones obligacionales recíprocas que condicionan “junto a otros, también el derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto

---

<sup>364</sup> STC 34/1984, de 9 de marzo.

<sup>365</sup> STS, Sala de lo Social, de 17 de mayo de 2000, RJ 2000/5513.

<sup>366</sup> Una libertad de los contratantes que debe ser matizada por la posición de poder desigual entre las dos partes. En este sentido, la libertad representada por la autonomía de los contratantes en la relación laboral refiere al nexo empresario-trabajador dentro de “una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno”. En consecuencia, la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo refleja, según KAHN-FREUND (1987: 52), una situación histórica de desigualdad radical, situación que recoge sumisión y subordinación disimuladas por “la ficción jurídica” del contrato de trabajo.

podrían ser legítimas no tienen por qué serlo dentro del ámbito de dicha relación”<sup>367</sup>. Por tanto, las manifestaciones de la libertad ideológica, y en especial las ejercidas mediante el derecho a la libertad de expresión, deben ser consonantes con las obligaciones que nacen a partir de la aceptación del vínculo contractual con el empresario. En este sentido, la manifestación externa de la libertad ideológica del trabajador debe comulgar el principio de buena fe contractual y con el cumplimiento de las obligaciones contraídas que exige el propio ET<sup>368</sup>.

En resumen, la aceptación del contrato de trabajo significa una manifestación de la autonomía de la voluntad de los contratantes, donde el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de trabajo se realiza conforme con aquello pactado y en conformidad con la buena fe de los contratantes. Por tanto, *a priori* una vez celebrado el contrato, no tiene lugar el ejercicio de la libertad ideológica en un sentido contrario a lo que libremente se ha obligado.

Ahora bien, en virtud del propio artículo 17.1 ET, lo anterior resulta dable siempre y cuando un contrato de trabajo no contenga alguna cláusula contraria al derecho a la no discriminación. El contrato contendría, de ser así, disposiciones contrarias a la ley. El principio de no discriminación, y en general los derechos fundamentales, afectan a cualquier relación jurídica, incluida la laboral. Por tanto, aunque no figure en las cláusulas del contrato, el debido respeto al derecho a la no discriminación y a los derechos fundamentales debe observarse en cualquier relación jurídica que contemple nuestro ordenamiento jurídico. Como explicó Mikel URRUTIKOETXEA, bastaría con “traer a colación el art. 1258 del CC para justificar que se interiorizan en el contrato las obligaciones fijadas por ley para una determinada relación”<sup>369</sup>, lo cual permite reafirmar que el respeto a los derechos fundamentales y a la prohibición de no discriminar crea un vínculo jurídico que se predica sobre cualquier situación nacida durante la relación laboral, en la formación del contrato o en el despido.

De acuerdo con lo anterior, la exigencia del principio de no discriminación sobre toda la relación laboral alcanza el momento de la contratación, donde el trato antidiscriminatorio se refleja más allá de las disposiciones del contrato de trabajo y de la relación entre las partes que nace una vez celebrado dicho contrato. Ahora bien, no debe

---

<sup>367</sup> STC 120/1983, de 15 de diciembre. En esta sentencia, la libertad de expresión se usa como ejemplo de manifestación externa de la libertad ideológica.

<sup>368</sup> El tenor literal del artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores fija que «en cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe».

<sup>369</sup> URRUTIKOETXEA, 2014: 355-356.



olvidarse que tanto la contratación como la celebración de un contrato son situaciones en las que rige el principio de autonomía de la voluntad de las partes y, especialmente, la del empresario cuando ejerce su facultad para escoger a la persona que considere idónea para el puesto de trabajo. En ambas situaciones, el empresario puede fundar sus decisiones bajo criterios subjetivos, siempre y cuando no incurra en una flagrante discriminación. De no ser así, la igualdad de trato y la prohibición de discriminación imperarían como un criterio inalterable por el que debe guiarse la decisión del empresario, y reduciría el poder de decisión empresarial a una facultad que debe cumplir con unos requisitos impropios del ámbito privado. Por ejemplo, en esta situación, el empleo ofertado por el empresario debería cumplir con el requisito de una oferta pública de empleo para garantizar la igualdad en el acceso al empleo<sup>370</sup>. La licitud de cualquier decisión empresarial, en este sentido, recaería en las razones empleadas para contratar a un determinado trabajador y no a otro, y si éstas pueden justificarse bajo un criterio subjetivo que no atente contra los mandatos constitucionales<sup>371</sup>. De lo contrario, se declararía la nulidad del contrato, de acuerdo con la previsión general del artículo 17.1 ET, el cual alcanza a las decisiones unilaterales del empresario.

Este contexto, definido por la voluntad de los contratantes y por las exigencias de las obligaciones del contrato de trabajo, condiciona gran parte de la aplicación de la tutela frente al trato discriminatorio de la libertad ideológica en la relación laboral.

Finalmente, la tutela frente al trato discriminatorio, en sentido genérico, encuentra diferencias según el motivo protegido. Así, por razón de sexo, se cuenta formalmente con unas garantías más amplias para hacer frente a la discriminación que en el caso de libertad ideológica. El ordenamiento establece exclusiva y expresamente la prohibición de discriminación por razón de sexo, en supuestos de la relación laboral, en donde potencialmente cabría la tutela por razones ideológicas. Por ejemplo, en los supuestos de los artículos 22 ET sobre la clasificación personal o el 24 ET sobre los criterios para establecer los ascensos. Este hecho podría indicar el descuido del legislador en la protección de unos motivos cuando decide desarrollar la protección normativa de otros. Pese a ello, no parece idóneo señalar que la protección frente a discriminación por motivos ideológicos observable en el ET sea de ingrátida entidad, al repercutir sobre aspectos relevantes para las dimensiones interna y externa de esta libertad. Y ello sin

---

<sup>370</sup> Para un análisis más extenso de cómo el principio de igualdad y no discriminación reduciría el poder de decisión empresarial, *vid.* ALONSO OLEA, 1983: 603-614.

<sup>371</sup> CÁMARA BOTÍA, 2001: 78-79

olvidar que los mecanismos de tutela previstos por el ET para la relación laboral deben sumarse a los específicos de otras fuentes normativas, como las Directivas Comunitarias, y que se complementan con las disposiciones nacionales de naturaleza administrativa e indemnizatoria.

#### **IV.2.1.1. La prohibición de discriminación y la libertad ideológica en el artículo 4.2 ET**

En el artículo 4.2.c), el ET establece la prohibición de discriminación como un derecho básico del trabajador, una garantía que lleva consigo durante toda la relación laboral. Garantía que se extiende a situaciones como la afiliación del trabajador a un sindicato. Así, la sindicación no puede constituir motivo por el que establecer una diferencia de trato.

En lo estrictamente tocante a la libertad ideológica, según manda el artículo 4.2.e) la dimensión interna del trabajador, configurada sustancialmente por la dignidad e intimidad personal, presupone un límite al poder de dirección empresarial, dado que se establece el derecho «al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de (...) religión o convicciones».

La violación de los derechos propios de la intimidad personal del trabajador, donde se sitúa la dimensión interna de la libertad ideológica, configura uno de los conflictos arquetípicos para el derecho laboral en la actualidad<sup>372</sup>. La esfera íntima del trabajador constituye una fuente de derechos vinculados con la personalidad, al derivarse del derecho a la dignidad que se proclama en el artículo 10 CE. No es sino en atención al respeto a la dignidad del trabajador por lo que el Derecho configura un límite a las facultades de control y dirección del empresario (artículo 20.3 ET<sup>373</sup>). De ahí que los mecanismos de control empleados por el empresario deban pasar el filtro constitucional de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, por los cuales el empresario está obligado a

---

<sup>372</sup> Por ejemplo, *vid.* ALBERT, 2015: 125-138.

<sup>373</sup> El artículo 20.3. establece que «el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad».

justificar su uso<sup>374</sup>. Al hacer uso de sus facultades de control y dirección, el límite para el empresario reside en la dignidad de la persona, en la esfera íntima del trabajador, en donde figura la dimensión interna de la libertad ideológica del trabajador, libre de cualquier intromisión. Como se afirma, ello constituye un límite al poder del empresario, un poder manifestado, por ejemplo, en la facultad de realizar registros sobre los trabajadores, donde el artículo 18 ET establece el respeto máximo de la dignidad y la intimidad del trabajador<sup>375</sup>. Y en este sentido, la dignidad se impone a la manifestación de ideas y opiniones tanto del trabajador como del empresario y, asimismo, de los compañeros de trabajo, esto es, también en sentido horizontal, cuyo límite reside en el perjuicio innecesario creado a partir de la información o las opiniones injuriosas que se transmitan<sup>376</sup>.

La conexión de la dimensión interna de la libertad ideológica con la dignidad de la persona da lugar a la protección de otra serie de derechos. Como establece la Ley Orgánica 1/1982, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen pueden entrar en conflicto con los derechos que aparecen en los artículos 16.1, 18.1 y 20 CE, relativos a los derechos a la libertad ideológica, a la de información y a la de expresión, respectivamente. De la tensión entre ambos tipos de derechos, por un lado, los propios de la esfera íntima y personal de la persona y, por otro, los relativos a la expresión y difusión de información y contenido ideológico, debe considerarse que el ejercicio del segundo tipo de derechos puede dar lugar a actos prohibidos por el CP. Mientras los delitos permanecen circunscritos a las normas penales, la responsabilidad civil *ex delicto* se deriva de la citada Ley Orgánica, la cual aplica las consecuencias de Derecho

---

<sup>374</sup> Esta justificación procede de la jurisprudencia constitucional, *vid.* STC 186/2000, de 10 de julio y se destaca en la doctrina sobre la dignidad de la persona. Entre otros, IGARTUA MIRÓ y OJEDA AVILÉS, 2008: 155.

<sup>375</sup> Como explica GONZÁLEZ PÉREZ (2017: 257), anteriormente a la introducción del artículo 18 ET, que prevé mecanismos expresos de protección de la dignidad e intimidad del trabajador, esta prohibición sobre el registro de los trabajadores ya existía como límite a poder de control de empresarial a través de la aplicación de los Principios Generales del Derecho.

<sup>376</sup> En este aspecto resulta interesante la jurisprudencia constitucional sobre el respeto a la dignidad e intimidad del trabajador. Se denegó el amparo a un trabajador despedido que fuera miembro del Comité de Empresa y representante sindical, al ejercer la libertad de expresión mediante una publicación sindical atento contra la intimidad de una compañera. Por tanto, el respeto de la dignidad personal de la compañera impuso un límite horizontal a su libertad de expresión. Al respecto, PAZOS PÉREZ, 2016: 149-160. Esta eficacia horizontal para tutelar la dignidad y, en consecuencia, la dimensión interna de la libertad ideológica en el ámbito laboral llega hasta el orden penal. Con la reforma del Código Penal de 2015 se redujeron las penas aplicables a los tipos delictivos subsumibles en el artículo 315 CP. Aun así, este precepto protege al trabajador en su dimensión interna de la libertad ideológica y su voluntad de actuar de acuerdo a sus convicciones ideológicas, al establecer el derecho a no ser coaccionado por otros trabajadores durante una huelga. Es decir, se protege al trabajador que piensa diferente frente a los «piquetes» y decide trabajar durante una huelga.

Privado a los delitos contra la dignidad e intimidad del trabajador. Habitualmente, esta responsabilidad se traduce en el fin de la relación laboral y en la indemnización al trabajador que ha padecido la violación de sus derechos<sup>377</sup>.

Finalmente, hay que señalar que los supuestos en los que la dimensión interna de la libertad ideológica se vincula a los derechos de dignidad e intimidad del trabajador crean una tutela híbrida propia de diferentes órdenes jurisdiccionales. Esto es lo que se ha denominado prejudicialidad: ante una misma situación, el conocimiento de la causa penal está atribuido al orden penal, y el de la causa social al orden social. En el caso de la relación laboral, la Ley de la Jurisdicción Social establece que el procedimiento social iniciado no queda en suspensión por seguirse la causa criminal de los hechos que dan lugar a algún tipo de discriminación, como la de motivos ideológicos (artículo 86.1 LJS). Y ello dará lugar a dos sentencias, una penal y otra social, y a dos cosas juzgadas. Según la jurisprudencia del TC constitucional sobre la prejudicialidad, deben respetarse las reglas de estricta dependencia y de conexión entre las cosas juzgadas<sup>378</sup>. Dicho de otro modo, ante respuestas judiciales que procedan de diferentes órdenes para una misma situación, debe considerarse que la cosa juzgada material adquiere firmeza y, en consecuencia, la decisión judicial posterior debe respetar la cosa juzgada de la decisión anterior.

#### **IV.2.1.2. Límites a las causas objetivas que extinguen la relación laboral**

Como se ha observado hasta el momento, el principio de no discriminación está presente en cualquier situación que pueda derivarse de la relación laboral. En todo caso, éste es un derecho que acompaña siempre al trabajador y que alcanza a la situación por la que se pone fin a la relación laboral. Según el ET, el empresario puede alegar una serie de causas objetivas que le permiten finalizar la relación laboral con un trabajador. Son las conocidas como causas objetivas de extinción del contrato. Pero a pesar de ello, las decisiones del empresario que pongan fin a la relación laboral también están sometidas al mandato que exige la prohibición de discriminación.

---

<sup>377</sup> ROVIRA-SUEIRO, 2002: 650-651.

<sup>378</sup> Entre otras, SSTC 77/1983, de 3 de octubre; 159/1987, de 26 de octubre; 242/1992, de 21 de diciembre; 135/1994, de 9 de mayo; 87/1996, de 21 de mayo; 55/2000, de 28 de febrero; y 152/2001, de 2 de julio.

Tal y como recoge expresamente el artículo 53.3 ET, con el principio de no discriminación se ejerce un límite formal a estas causas objetivas<sup>379</sup>. Para aplicar este artículo hay que tener en cuenta los requisitos que ha establecido la jurisprudencia constitucional de «rigurosa justificación<sup>380</sup> y proporcionalidad<sup>381</sup>», cuando en el supuesto concurren alguna de las causas de discriminación, incluida la libertad ideológica.

Entre las causas objetivas figuran la «ineptitud» del trabajador y su «capacidad de adaptación», prevista en el artículo 52 ET, artículo que se refiere a la adecuación del trabajador al puesto de trabajo una vez incorporado al mismo. Ambas causas constituyen un verdadero paradigma de conflictos por motivos ideológicos, donde deben incluirse los cambios ideológicos en la empresa, motivo que no implica justificación suficiente, por sí mismo, para poner fin a la relación laboral. Este tipo de casos se dan particularmente en los medios de información, en los cuales el trabajador tiene el derecho a ejercer la denominada «cláusula de conciencia», prevista en la LOCC para extinguir el contrato laboral<sup>382</sup>.

Entre las causas objetivas, una cuestión reseñable procede del artículo 44 ET en relación a la sucesión de empresas<sup>383</sup> y la adecuación o adaptación del trabajador al nuevo puesto de trabajo: se da cabida al cambio ideológico de la empresa a través de la

---

<sup>379</sup> El artículo expresa que «cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio».

<sup>380</sup> Entre la jurisprudencia reciente se encuentra la STC 66/2015, de 13 de abril, donde el TC consideró que no había discriminación en el despido de trabajadores de mayor edad cuando eran los trabajadores que percibían el salario mayor en la empresa, dado que la medida adoptada estaba justificada objetivamente con la situación económica que padecía la empresa en ese momento.

<sup>381</sup> Como explica David M. BEATTY (2004: 159-161): “el juicio de proporcionalidad rompe con la visión convencional relativa a que los jueces deciden los casos particulares en un acto esencialmente interpretativo y, por tanto, subjetivo, confiado en última instancia a sus creencias personales y opiniones políticas”. Según el autor, resulta posible ejercer imparcialidad y objetividad en la revisión judicial, al basarse en el principio de proporcionalidad, que actúa como la máxima sujeción del juez al principio de legalidad y es, a su vez, plenamente compatible con los ideales de democracia y soberanía popular. Continúa explicando el autor que este método de examen judicial se originó en los Estados Unidos y, no obstante, los jueces europeos, africanos y asiáticos son, a diferencia de su correlativo norteamericano, más proclives a su uso.

<sup>382</sup> ESCOBAR ROCA (2002: 205) propone que cuando el periodista ejerce la cláusula de conciencia de la LOCC en relación al artículo 16 CE, debe haber una «acomodación razonable»: ante un grave conflicto de conciencia, el trabajador debe invocar el artículo 16 CE para solicitar un cambio de actividad y equilibrar el conflicto de derechos fundamentales con el medio de comunicación.

<sup>383</sup> El Artículo 44.1 ET establece sobre la sucesión de empresa que «el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y (...) en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente».

subrogación<sup>384</sup>, aunque bajo esta figura jurídica no puedan dejar de hacerse efectivas las obligaciones y los derechos contraídos anteriormente al cambio ideológico, es decir, el cambio de ideología de la empresa no establece motivo suficiente para extinguir la relación jurídica laboral. Esta situación afecta especialmente a los trabajadores del supuesto anterior, los profesionales de los medios de información. En su día, estos trabajadores se vincularon contractualmente con un medio de información y, posteriormente, el medio cambió la tendencia ideológica. En este supuesto de sucesión de empresas debe respetarse el contrato inicialmente pactado por la primera empresa con el trabajador afectado por el cambio, y que dio origen a la relación laboral, con la finalidad de posibilitar que el trabajador se adapte a la nueva corriente ideológica de la empresa. Visto de otro modo, la vinculación de este trabajador con la ideología de la nueva empresa no resulta rígida desde el momento de la sucesión, pues el empresario debe facilitar la adaptación del trabajador al nuevo medio. Según se puede observar en la jurisprudencia, en ningún caso este cambio justifica un despido objetivo o por causas disciplinarias, y viceversa, el respeto a la ideología del trabajador tampoco exige que la empresa deba modificar su ideología para acomodarse al contrato laboral que firmó el trabajador<sup>385</sup>. En el caso de llegar a la situación de incompatibilidad ideológica tras cumplir con los requisitos del ET, el trabajador tiene el derecho a ejercer la cláusula de conciencia para poner fin a la relación laboral.

Los límites que la prohibición de discriminación por motivos ideológicos impone a las causas objetivas también se observan en referencia al «despido disciplinario», figura jurídica que se encuentra contemplada en los artículos 54 y 55 ET. Entre las causas de relevancia para la libertad ideológica y que justifican el despido disciplinario, a tenor del artículo 54 ET, se encuentran la desobediencia, la transgresión de la buena fe contractual o el acoso, en este caso, ideológico, hacia el empresario por parte del trabajador. Por su parte, el artículo 55 ET describe la forma y efectos del despido disciplinario, donde será considerado despido disciplinario nulo aquel cuyo móvil sea la ideología del trabajador.

En la jurisprudencia del TC se recogen los requisitos sobre la justificación del despido, que debe pivotar en torno a la repercusión peyorativa de la manifestación ideológica del trabajador sobre la empresa, esto es, se requiere probar la gravedad de la

---

<sup>384</sup> El cambio ideológico de la empresa se analiza extensamente en el epígrafe IV.5.2 dedicado a las «empresas ideológicas o de tendencia».

<sup>385</sup> STSJ de Galicia 926/1999, de 23 de marzo.

hostilidad del trabajador<sup>386</sup>. Para hacer prosperar un despido disciplinario por motivos ideológicos, es preceptivo poder escenificar el conflicto entre la ideología del trabajador y la de la empresa o la del empresario. Por tanto, en algún momento, la empresa o el empresario deben haber manifestado su ideología, o que abiertamente la empresa haya declarado su ética, filosofía, incluso algún tipo de valores, para catalogarse de tendencia o ideológica. Entonces, la manifestación externa de la ideología del trabajador debe menoscabar la actividad empresarial o la figura del empresario a partir de la ideología declarada<sup>387</sup>, donde se configura como límite, según el artículo 54 ET, romper la buena fe y el deber de lealtad contraídos en el contrato de trabajo<sup>388</sup>.

La justificación del despido trae la obligación para el empresario de probar estos elementos, lo que constituye, según la norma, un elemento objetivo para la justificación del despido en función de un motivo protegido frente al trato discriminatorio. De lo contrario, la decisión de poner fin a la relación laboral será desproporcionada. Como estableció el TC, si la sanción del empresario no se adecua proporcionalmente a los criterios objetivos, su decisión estará limitando la libertad de expresión del trabajador<sup>389</sup>. Ello no repercute en el poder sancionador del empresario, pero el despido disciplinario por motivos ideológicos requiere una justificación suficiente como para limitar el ejercicio de un derecho fundamental; de ahí se requiere, del acto del trabajador, una «gravedad» para no considerarse una mera ofensa contra la ideología empresarial.

#### **IV.2.1.3. Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público**

A lo largo de la sección precedente se ha expuesto que el ET se configura como la norma de referencia que sienta las bases de una relación laboral, a partir del binomio compuesto por trabajador y empresario o empresa. Ahora bien, esta norma de referencia deja de ser válida cuando en la posición del empleador se sitúa la Administración Pública. En este caso, el TREBEP se configura expresamente como la norma que regula este tipo de relación laboral, así, esta relación es la compuesta por el empleado público y la Administración.

---

<sup>386</sup> STC 47/1985, de 27 de marzo.

<sup>387</sup> STC 120/1983, de 15 de diciembre.

<sup>388</sup> STC 4/1996, de 16 de enero.

<sup>389</sup> STC 106/1996, de 12 de junio.

De igual manera que el artículo 17 ET, el artículo 14.i) TREBEP establece la prohibición de discriminación para la relación laboral de carácter público. En este artículo se establece que la prohibición de discriminación por razón de religión, convicción u opinión constituye un derecho de carácter individual del trabajador público.

La libertad ideológica del empleado público queda protegida en este tipo de relación laboral, por este artículo 14 TREBEP, de una triple manera: genérica, interna y externa. En primer lugar, como se acaba de mostrar, la libertad ideológica queda genéricamente protegida frente al trato discriminatorio en virtud del artículo 14.i) TREBEP, a través de los motivos de religión, convicción y opinión. En segundo lugar, resulta posible afirmar que existe una protección interna de esta libertad de acuerdo con la dimensión interna de la libertad ideológica que se protege mediante el fuero interno de la persona, esto es, a través de la dignidad e intimidad de la persona, especialmente frente a las figuras del acoso moral y laboral, tal y como se estipula en el artículo 14.h) TREBEP. Finalmente, la protección externa proviene de la dimensión externa de la libertad ideológica, protegida expresamente con el derecho a la libertad de expresión del empleado público, dentro de los límites fijados por el propio ordenamiento, así previsto por el artículo 14.k) TREBEP.

En función del posible trato discriminatorio del que puede ser objeto el empleado público, el TS ha explicado que, de igual modo que en una relación laboral de carácter privado, el empleado público está dentro de una estructura laboral en la que existe una valoración del puesto de trabajo y es ahí en donde se producen situaciones susceptibles de crear un perjuicio en los derechos fundamentales de los trabajadores, incluso por un trato discriminatorio<sup>390</sup>. Es a partir de este aspecto señalado por el TS que la doctrina laboral explica que la responsabilidad de los poderes públicos proviene de permitir que los trabajadores públicos puedan cometer actos contrarios al principio de igualdad y no discriminación, pues crearían con ello un perjuicio a otros trabajadores públicos<sup>391</sup>.

Si bien por una parte se explica que la responsabilidad de la Administración procede de permitir el trato discriminatorio de un trabajador público, la responsabilidad particular de quien comete este tipo de trato viene determinada por el artículo 95 TREBEP<sup>392</sup>, por el cual, de igual manera que en la LISOS, se estipula como una falta

---

<sup>390</sup> STS 5742/2008, Sección 7 de lo Contencioso, de 20 de octubre.

<sup>391</sup> PALOMAR OLMEDA, 2016: 645 y ss.

<sup>392</sup> PALOMAR OLMEDA, 2016: 132-133.



muy grave cualquier trato discriminatorio que se haya cometido sobre un trabajador público.

En definitiva, tanto la Administración como los empleados públicos deben mostrar en todo momento el debido respeto a los derechos fundamentales de los propios trabajadores públicos y, asimismo, se castiga como falta muy grave el incumplimiento del principio de no discriminación. Ello ha llevado a un sector de la doctrina laboral a calificar como un auténtico código público de ética este respeto a los derechos fundamentales y, en especial, por todo aquello que pueda derivar en un trato discriminatorio<sup>393</sup>.

#### **IV.2.2. La Directiva 2000/78/CE**

En el ámbito comunitario se ha producido un gran desarrollo de normas antidiscriminatorias relativas a características personales concretas, como el sexo, la raza o la religión, en ámbitos concretos del Derecho. En lo que respecta al ámbito laboral, la libertad ideológica es objeto de protección a través de una regulación específica frente al trato discriminatorio, y viene dada en la Directiva 2000/78/CE. Esta Directiva establece un marco genérico sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>394</sup>.

La primera de las cuestiones que plantea esta Directiva es hasta dónde alcanza su marco general antidiscriminatorio. Como ha señalado M. Amparo BALLESTER PASTOR, la declaración de la Directiva como «marco general de la igualdad de trato» no es en sentido categórico, puesto que su ámbito de protección se refiere a causas concretas de discriminación. A saber, edad, discapacidad, convicciones, religión y orientación sexual<sup>395</sup>. Y no solamente eso, la propia Directiva proclama un marco general antidiscriminatorio que informa el Derecho comunitario, aunque sea ceñido a

---

<sup>393</sup> VILLORIA MENDIETA, 2015: 187.

<sup>394</sup> Esta directiva fue introducida en el ordenamiento jurídico español de forma troquelada. Como puede verse en la STC 3180/2016 TSJ Galicia, de 27 de mayo de 2016 “la tutela antidiscriminatoria prevista en la Directiva 2000/78/CE, traspuesta en nuestro ordenamiento, entre otros, en diversos preceptos del ET y de la LRJS, así como del RD Legislativo 1/2013, de los cuales ha de hacerse una interpretación conforme con tal jurisprudencia comunitaria”. En su día, la efectiva trasposición se efectuó mediante la Ley 62/2003, a la que ya se ha hecho referencia en este estudio y que ahora, en función de la jurisprudencia, puede decirse que contiene los aspectos genéricos de esta directiva, al tener que acudir a otros instrumentos legales para aspectos más específicos.

<sup>395</sup> BALLESTER PASTOR, 2011: 208.

ciertos motivos protegidos, pero es un marco general al que se le han ido aplicando excepciones a partir de los casos planteados ante el TJUE.

La libertad ideológica deviene objeto de protección por parte de esta Directiva en tanto figuran los motivos protegidos de religión y convicciones, cuyo ámbito principal de protección se focaliza en los supuestos de discriminación en el seno de empresas ideológicas<sup>396</sup>. Ahora bien, no deja de ser llamativa la protección de la libertad ideológica en esta directiva. Cronológicamente, esta directiva se promulgó anteriormente a la aprobación de la CDFUE, sin que existiera un vínculo entre los mecanismos de protección de derechos fundamentales y la tutela frente al trato discriminatorio en el Derecho Comunitario. A través de la CDFUE, el Derecho Comunitario protege la libertad ideológica articulando conjuntamente los mecanismos de la Directiva con las garantías de los derechos fundamentales, lo cual podría plantear un problema de coherencia: ¿se aplican antes los mecanismos de la directiva, las garantías de los derechos fundamentales, o ambas en conjunción? A lo largo de la jurisprudencia del TJUE se desprende que en el supuesto de empleo y ocupación se aplica, en primer lugar, la Directiva específica de ese ámbito, acompañada de la debida observancia al respeto de las garantías de los derechos fundamentales. No obstante, es necesario ahondar en esta cuestión: esta Directiva opera de acuerdo con los ordenamientos jurídicos de cada uno de los Estados miembros, pues el alcance y el límite de la libertad ideológica, y de los derechos fundamentales en general, vienen determinados en dichos ordenamientos jurídicos.

En este contexto, la Directiva 2000/78/CE deviene un estándar mínimo de protección frente al trato discriminatorio, sin hacer alusión expresa a los derechos fundamentales, a la libertad ideológica o a las libertades que puedan invocarse a través de las distintas disposiciones que contiene esta norma. En cualquier caso, esta Directiva constituye un estándar de mínimos, los cuales deben incluirse en la normativa de los Estados al trasponer la norma y, en este sentido, como todo estándar, lo establecido por la Directiva supone dos implicaciones para la protección frente al trato discriminatorio de la libertad ideológica: en primer lugar, que cada Estado tiene margen de maniobra para introducir medidas antidiscriminatorias más favorables para tutelar los motivos que permiten hablar de libertad ideológica, es decir, respecto a la religión y a las convicciones tal y como proclama la propia Directiva; y, en segundo lugar, que los

---

<sup>396</sup> BALLESTER PASTOR, 2011: 238-239.

Estados no pueden rebajar el mínimo dado por esta esta norma. Tal y como se ha mostrado, la lógica interna de la propia Directiva remite a los ordenamientos jurídicos estatales en esta materia de derechos y libertades fundamentales, al establecer que las medidas que tomen los Estados se entenderán como las «necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos» (artículo 2.5).

En consecuencia, la citada Directiva ha supuesto un estándar mínimo antidiscriminatorio que opera específicamente dentro del ámbito de la relación laboral. Se expondrán a continuación los mecanismos de mayor relevancia para la libertad ideológica contemplados en esta Directiva, entre los que destacan la inversión de la carga de la prueba y la garantía de indemnidad del trabajador en las relaciones laborales. Otros dos de los mecanismos relevantes introducidos por esta Directiva han sido la noción de acoso discriminatorio y la excepción al principio de no discriminación introducida por los requisitos profesionales, los cuales, en aras de mantener un orden de contenido en este estudio, se exponen en epígrafes posteriores de este capítulo.

#### **IV.2.2.1. La inversión de la carga de la prueba**

La inversión de la carga de la prueba no es un nuevo estándar introducido por la Directiva 2000/78/CE, al darse antecedentes tanto en la jurisprudencia del TJUE como en directivas anteriores<sup>397</sup>. Sin embargo, sí que constituye el primer texto normativo en recogerla expresamente para el ámbito del empleo y la ocupación por motivos relacionados con la libertad ideológica.

En la Directiva 2000/78/CE se recoge la inversión de carga de la prueba en su artículo 10, en donde se señala que es una medida necesaria «para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio

---

<sup>397</sup> Al respecto, la primera sentencia comunitaria en incorporar este mecanismo fue la célebre STJCE de 13 de mayo de 1986, asunto *Bilka*. El TJCE consideró que la empresa infringió el principio de igualdad de trato excluyendo a los trabajadores de tiempo parcial del régimen de pensiones, cuando los trabajadores afectados por esta decisión fueron mayoritariamente mujeres. El TJCE entendió que la empresa debía justificar la decisión mediante criterios objetivos, de lo contrario, concurría en una discriminación por razón de sexo. Posteriormente, la Directiva 1997/80/CE, derogada actualmente por la Directiva 2006/54/UE, devino la primera norma de Derecho Derivado que introdujo expresamente este mecanismo. En su artículo 19, el texto estableció la obligación sobre la parte demandada de probar la vulneración del principio de igualdad de trato y por hechos subsumibles en actos que dan lugar a discriminación directa o indirecta. De la misma manera, una redacción similar se introdujo en el artículo 10 de la Directiva 2000/78/CE, el artículo 8 de la Directiva 2000/43/CE y el artículo 9 de la Directiva 2004/113/CE.

de igualdad de trato». Ahora bien, normativamente caben ciertas excepciones, pues la inversión de la carga de la prueba no se da: al iniciar un procedimiento penal; al instruir el caso por órganos jurisdiccionales o competentes; o al iniciar algún procedimiento extrajudicial voluntario previsto en el ordenamiento jurídico del Estado.

Debido a la vigencia del principio de inversión de la carga de la prueba, la parte actora debe aportar los indicios de que no se ha vulnerado el principio de igualdad y no discriminación<sup>398</sup>. El TJUE ha explicado al respecto que el demandante debe aportar los hechos que permitan probar una alegación acerca de que “la persona que se considera perjudicada por la inobservancia del principio de igualdad de trato”<sup>399</sup>. El TJUE entiende, pues, que deben producirse dos momentos procesales: el relativo a la alegación de los hechos por la parte demandante, es decir, la explicación de un trato discriminatorio por motivos ideológicos a instancia de parte, de la que puedan deducirse indicios de discriminación; y el relativo a la demostración de una *praxis* empresarial que no vulnere el principio de igualdad de trato<sup>400</sup>. La existencia de estos dos momentos procesales se extiende de igual manera en nuestra Jurisdicción Social, aunque se exijan unos requisitos más exhaustivos que la mera aportación de los hechos.

En efecto, la carga de la prueba recae sobre el empresario; sin embargo, en el orden social se exige que el demandante acredite debidamente cualquier indicio de hechos discriminatorios<sup>401</sup>. El elemento probatorio se exige con cierto grado de rigidez a ambas partes. Ahora bien, con mayor rigidez a la parte empresarial, de lo contrario, el mecanismo de inversión de la carga de la prueba se vería reducido a un sinsentido. En primer lugar, recae sobre el empresario, dependiendo del acto que realice y que dé lugar a un trato discriminatorio, la acreditación de los hechos requerirá de un tipo probatorio específico, especialmente una prueba pericial, por ejemplo, la caligráfica. Y en segundo lugar, recae sobre el demandante la exigencia de una aportación, como se observa en la jurisprudencia social, mediante la aportación de indicios discriminatorios que versa sobre la existencia de un móvil que suponga o implique un atentado contra los derechos fundamentales<sup>402</sup>. En otras palabras, el demandante debe acreditar el móvil mediante algún indicio como, por ejemplo, un informe técnico que acredite la concurrencia entre la nueva organización en la empresa y el trato discriminatorio que produce en unos

---

<sup>398</sup> PÉREZ DAUDÍ, 2015: 25.

<sup>399</sup> STJUE de 21 de julio de 2011, asunto *Patrick Kelly*.

<sup>400</sup> STJUE de 25 de abril de 2013, asunto *Asociația ACCEPT*.

<sup>401</sup> STSJ Comunidad de Madrid 320/2016, Sala de lo Social, de 8 de abril.

<sup>402</sup> STSJ Andalucía 778/2012, Sala de lo Social, de 8 de marzo.

trabajadores respecto a la anterior situación o a otros trabajadores, trato que no se daba antes de la implantación de este cambio<sup>403</sup>.

La debida acreditación de los hechos por parte del demandante constituye un requisito esencial para el TC, quien incluso ha catalogado al principio de inversión de la carga de la prueba, en ausencia de esta acreditación, como una prueba «diabólica», porque

«según reiterada doctrina de este Tribunal, cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del *onus probandi* no basta con que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, que se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado la prueba diabólica de un hecho negativo (la no discriminación), sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales»<sup>404</sup>.

Luego, ante el indicio de trato discriminatorio, el empresario debe acreditar que con su medida no pretendía lesionar ningún derecho fundamental; y no así probar que no ha creado, en efecto, un trato discriminatorio.

#### **IV.2.2.2. La garantía de indemnidad del trabajador**

En el artículo 11 de la Directiva 2000/78/CE se establece la protección del trabajador contra las represalias del empresario y que habitualmente es referida por «garantía de indemnidad». Es un tipo de medida destinada, como se establece en el artículo citado, a «proteger a los trabajadores contra el despido o cualquier otro trato desfavorable adoptado por parte del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato».

La garantía de indemnidad se estipula de igual modo en la legislación española en el artículo 17.1 de la Ley 62/2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden

---

<sup>403</sup> Es el supuesto de hecho de la STSJ Cataluña 7751/2013, Sala de lo Social, de 26 de noviembre.

<sup>404</sup> STC 92/2009, de 20 de abril.

Social. A esta garantía del trabajador deben añadirse las medidas concretas frente a represalias que se contemplan en el artículo 8.12 LISOS, por el que los actos de represalias del empresario reciben la consideración de falta muy grave.

De igual manera que la inversión de la carga de la prueba, la garantía de indemnidad tampoco constituye un nuevo mecanismo introducido por la Directiva 2000/78/CE, aunque sí en lo relativo al empleo y la educación en relación a algún motivo de carácter ideológico. En este sentido, la normativa comunitaria ya había introducido un supuesto de protección frente a represalias en la Directiva 1976/207/CE. El TJCE entonces entendió que en garantía de la igualdad de trato, la protección al trabajador alcanza los actos y medidas tomadas por el empresario en reacción a los actos judiciales de los trabajadores que hagan valer su derecho a no ser discriminados<sup>405</sup>.

En el aspecto dogmático, hay autores que consideran la garantía de indemnidad como un mecanismo diferente a la tutela frente al trato discriminatorio, aun así, sin embargo, adicional<sup>406</sup>, mientras que otros la consideran, dada la tradición jurídica comunitaria, un mecanismo propio de esta tutela<sup>407</sup>. En atención a la jurisprudencia del TC, ÁLVAREZ ALONSO explicó que esta garantía se relaciona con la tutela judicial efectiva del trabajador y alcanza tipos de acciones procesales y preprocesales, además la tutela del trabajador frente a un trato discriminatorio por razones ideológicas<sup>408</sup>. La relación entre la garantía de indemnidad y la tutela judicial efectiva del trabajador supera a una perspectiva de tutela frente al trato discriminatorio individual y reparadora para el trabajador. En este sentido, debe concebirse como un principio general de interdicción de la actividad discriminatoria del empresario ante la actividad del trabajador en la tutela de sus derechos<sup>409</sup>.

#### **IV.2.2.3. Otros mecanismos**

En la Directiva 2000/78/CE se han introducido medidas genéricas que los Estados miembros deben desarrollar en sus ordenamientos jurídicos. Son medidas sobre las que la Directiva no especificó un modo concreto de desarrollo, señalando así las directrices mínimas que deben ser abordadas y dando un gran margen de actuación a los Estados.

---

<sup>405</sup> STJCE de 22 de septiembre de 1998, asunto *Coote*.

<sup>406</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, 2007: 189 y ss.

<sup>407</sup> MARTÍN VALVERDE, 2008: 302 y ss.

<sup>408</sup> ÁLVAREZ ALONSO, 2005: 19-22.

<sup>409</sup> ÁLVAREZ ALONSO, 2005: 70.

En el artículo 9.1 de la directiva se señala la posibilidad de los Estados para desarrollar un procedimiento de conciliación laboral, que para este caso resolvería el conflicto ideológico entre trabajador y empresa. Así, a través de este artículo se indica que puede haber lugar a un método extrajudicial de resolución de conflictos por motivos ideológicos, lo que permite promover el principio de igualdad de trato por vías diferentes a los procesos judiciales estatales. Por ejemplo, un mecanismo propuesto por la doctrina laboral ha sido el diálogo social<sup>410</sup>.

En cualquier caso, la Directiva supone una norma de mínimos sobre los que el Estado es libre de incorporar mecanismos que incidan más profundamente en la protección frente al trato discriminatorio. En este sentido, en su artículo 17 se prevé un régimen de sanciones por la discriminación en función de alguno de los motivos protegidos en ella. El régimen de sanciones habilitado por este artículo incluye indemnizaciones a las víctimas, siempre en aplicación del principio de proporcionalidad sobre el daño padecido, que de acuerdo a la jurisprudencia del TJUE debe responder a los principios de idoneidad, proporcionalidad y disuasoriedad<sup>411</sup>. En España, esta función se cumple con la LISOS, a la que también se hace referencia en este capítulo.

Una vez analizada la principal normativa frente al trato discriminatorio por motivos ideológicos, a continuación, se exponen otros aspectos de relevancia en el contexto laboral, siendo la variante colectiva de la libertad ideológica y los derechos fundamentales inespecíficos.

### **IV.3. La variante colectiva de la libertad ideológica**

La libertad ideológica tiene una variante colectiva que también es objeto de tutela frente al trato discriminatorio. En la relación laboral, esta variante tiene especial relevancia a través de la sindicación, y de ahí el papel de los sindicatos como un actor colectivo dotado de una ideología concreta. En las líneas que dan continuación a este epígrafe se exponen tres aspectos relativos a dicha variante colectiva: en primer lugar, la afiliación del trabajador a un sindicato; en segundo lugar, el papel ejercido por los

---

<sup>410</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2009: 41.

<sup>411</sup> El TJUE entiende que el Estado tiene el margen de maniobra suficiente para alcanzar los objetivos que se fijaron en esta directiva y en el régimen de sanciones e indemnizaciones debe apreciarse el efecto disuasorio sobre la discriminación del empresario. De ahí que TJUE no considere un máximo indemnizatorio cuando se aplica la tutela frente al trato discriminatorio y deje total libertad al Estado para el cálculo mediante sus propias reglas. Puede verse esta argumentación en la STJUE de 2 de agosto de 1993, asunto *Marshall II*.

sindicatos como sujetos de Derecho dotados de ideología; y, en tercer lugar, la compatibilidad entre el ideario del trabajador y el del sindicato.

A razón de no exceder las líneas que marcan el objetivo central de la tesis, la explicación se ceñirá exclusivamente a los aspectos relevantes para este fin, advirtiendo con ello el peligro de adentrarse en una temática harto más profunda y no por ello de menor importancia e interés, como es el ámbito relativo al Derecho Sindical, pero que no aportaría nada a este objeto y complicaría de sobremanera la exposición.

El primero de estos aspectos es que el supuesto específico de la sindicación también constituye objeto de tutela frente al trato discriminatorio por motivos ideológicos. A través de la sindicación, el trabajador se incorpora a las filas de un sindicato y para dicha tutela, este hecho debe ser observado como una manifestación externa de la libertad ideológica. De ahí que la sindicación se proteja en virtud del artículo 16 CE. En particular, la norma constitucional protege al trabajador para no declarar sobre su ideología, religión o creencias (art. 16.2 CE) frente al posible trato diferenciado del empresario al tener conocimiento del hecho<sup>412</sup>. La diferencia de trato por parte del empresario se produce al tener conocimiento de los datos ideológicos del trabajador y, en este sentido, la sindicación resulta el supuesto arquetípico para la tutela frente al trato discriminatorio por el manejo de datos ideológicos. Como explicó Juan Antonio SAGARDOY, la sindicación es un derecho específico del trabajador, al contrario de aquellos derechos “inespecíficos como la igualdad y no discriminación, la libertad ideológica y religiosa, el derecho al honor, la intimidad personal, la libertad de expresión y otros derechos fundamentales consagrados en la Constitución”<sup>413</sup>. Este autor explica que la sindicación configura un derecho constitucional que se somete a una tutela característica, establecida en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, de la que se desprenden mecanismos específicos para tutelarla. En cambio, de la protección frente al trato discriminatorio, el autor explica que es «inespecífica», esto es, que el mandato constitucional tiene alcance sobre cualquier relación del ordenamiento jurídico, sin que

---

<sup>412</sup> Ante el posible trato diferenciado del empresario al tener conocimiento de la sindicación del trabajador, deviene objeto de tutela mediante el derecho a no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias. Se dio en el supuesto de hecho de un descuento de la cuota sindical en la nómina del trabajador por parte del empresario, hecho por el que debe haber consentimiento del trabajador para figurar como sindicado o para dar conformidad directa al descuento de la cuota. Por tanto, el consentimiento del trabajador media para que el empresario tenga conocimiento de su militancia sindical, siendo una obligación de respetar su manifestación ideológica de militancia a través de un dato protegido. Por tanto, el consentimiento es un requisito preceptivo para realizar el descuento. Al respecto, pueden consultarse más aspectos del caso en FERRADANS CARAMÉS, 2016: 212.

<sup>413</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, 2015: 67.



este mandato esté delimitado en un ámbito específico del Derecho; para poder observar los mecanismos concretos de protección frente al trato discriminatorio en el ámbito laboral, debe haberse producido una regulación específica sobre cómo proteger ciertos motivos en una determinada situación, por ejemplo, en los supuestos de la sindicación o del despido.

En segundo lugar, los «sindicatos» tienen la facultad de redactar estatutos de acuerdo a una ideología determinada. La posibilidad de actuación y adopción de estrategias en concordancia a una ideología determinada está explícitamente reconocido en la Ley Orgánica de la Libertad Sindical (LOLS)<sup>414</sup>. La titularidad y ejercicio de derechos fundamentales de los sindicatos les viene atribuido por la consideración de las personas jurídicas como sujetos de derecho<sup>415</sup>. De ahí la legitimidad para que los sindicatos puedan defender judicialmente al trabajador cuando padece un trato discriminatorio por motivos ideológicos.

El TC destacó un aspecto esencial de la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales por parte de los sindicatos. Entiende que la defensa de estos derechos y libertades constituye objeto de tutela de los grupos y organizaciones a los cuales pertenece una persona, siempre que estén relacionados con su finalidad<sup>416</sup>. Por tanto, las diferencias de trato por motivos ideológicos en el seno de la empresa también son perseguibles a instancia del sindicato, claro que para ello debe considerarse, a su vez, otro aspecto. La posibilidad de defender la libertad ideológica del trabajador por parte de un sindicato se estipula normativamente en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), donde se establece que pueden ejercer esta defensa tanto el trabajador como los sindicatos. Sin embargo, en relación a la vulneración de derechos fundamentales, en esta misma norma se afirma que el sujeto principal de la relación laboral lo constituye la persona física, es decir, el trabajador. Por tanto, el foco siempre está puesto encima de la figura del trabajador. Ahora bien, la agrupación a la que pertenezca el trabajador puede manifestarse como interesada en la defensa de los derechos fundamentales del mismo<sup>417</sup>, al poder actuar como demandante por sustitución, como demandante en nombre e interés propio, o como coadyuvante del procedimiento (arts. 14 LOLS y 177.1.2 de la LRJS).

---

<sup>414</sup> MARTÍN VALVERDE y MARTÍNEZ MORENO, 2013: 105-106.

<sup>415</sup> GÓMEZ MONTORO, 2002: 101-102.

<sup>416</sup> STC 64/1988, de 2 de abril.

<sup>417</sup> BLASCO PELLICER, 2013: 1093-1097.

Finalmente, debe destacarse la «compatibilidad» entre la ideología propia del trabajador, protegida por el artículo 16.2 CE, con la ideología adoptada por el sindicato, situación que puede generar tensiones por discrepancias de índole ideológica.

Un trabajador no debe adoptar necesariamente la ideología del sindicato al que se afilia. Podría ser que éste decidiera sindicarse por intereses laborales. No es ejemplo extraño aquel por el que un trabajador decide afiliarse a un sindicato por su propio interés, es decir, con la intención de conseguir mejores condiciones laborales y sin haber dado muestra de su ideología política, la cual puede ser contraria a la del sindicato. Ante esta situación, el único impedimento jurídico para que este trabajador alcance ese fin reside en la «observancia» de los estatutos del sindicato al que pretende afiliarse, puesto que es el único requisito establecido por la LOLS a la sindicación. La observancia significa atender a las disposiciones establecidas en tales estatutos una vez que el trabajador se haya afiliado. Al respecto, según Ignacio ALBIOL MONTESINOS<sup>418</sup>, los requisitos formales donde puede identificarse el conflicto con la libertad ideológica del trabajador consisten en los momentos de adquisición y pérdida de afiliación al sindicato, que figuran establecidos en el artículo 4.2 de la LOLS. El autor destaca la puesta en peligro de la organización sindical a través de la compatibilidad ideológica con sus afiliados, al recordar que la afiliación sindical proviene de un acto libre del individuo y, por tanto, el compromiso con los estatutos que ha debido observar provienen de un acto de la autonomía de la voluntad individual para afiliarse. En este sentido, los afiliados al sindicato restan obligados a acatar las directrices establecidas en los estatutos<sup>419</sup>. Ahora bien, la cuestión esencial de este conflicto radica en que el sindicato identifique la compatibilidad entre los estatutos sindicales y la estrategia llevada a cabo por el trabajador en los momentos anteriormente señalados, a saber: la adquisición y la pérdida de afiliación. Sin la observancia de dicho contraste, el margen de maniobra se limita a lo establecido en los estatutos. Por lo que, ante el conflicto de intereses procedente de la divergencia ideológica entre trabajador y la libertad organizativa del sindicato, la tutela de la libertad ideológica protege al trabajador en la dimensión interna de su ideología frente las acciones en contra de sus propias ideas y convicciones políticas. En

---

<sup>418</sup> ALBIOL MONTESINOS, 1990: 62-66.

<sup>419</sup> Como explica Amparo MERINO SEGOVIA (2015: 179), el conflicto de la libertad ideológica del trabajador se produciría con la libertad organizativa de la “asociación sindical en los centros productivos”, puesto que en esta última libertad está latente, incluso, el “poder disciplinario para garantizar que las actuaciones de la sección y de quienes la forman están coordinadas y son conformes con la estrategia sindical”.

consecuencia, los sindicatos tienen la obligación negativa de respetar la ideología de sus afiliados<sup>420</sup>.

#### **IV.4. Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral**

El fuero interno, la esfera íntima o personal del individuo, constituye una esfera inquebrantable, libre de intrusiones. Es una fuente de derechos fundamentales que pueden ser ejercitados y, en consecuencia, tutelados, frente a poderes públicos y frente a terceros<sup>421</sup>.

En el fuero interno, la esfera íntima de la persona, se desarrolla la dimensión interna de la libertad ideológica y en virtud de ello, esta dimensión de la libertad resulta protegida en cualquier relación jurídica<sup>422</sup>. Ello debe conjugarse dentro del discurso que aboga por la tutela y el ejercicio de los derechos fundamentales en cualquier relación jurídica, de ahí que a estos derechos se les denominen derechos fundamentales inespecíficos (en adelante, DFI), pues son derechos que no requieren estar expresamente determinados en una relación; no es necesario, por ejemplo, que figuren en el contrato de trabajo para que su protección esté garantizada. La eficacia, el ejercicio y la tutela de este tipo de derechos se proyectan también sobre una relación laboral<sup>423</sup>. Recientemente, un sector de la doctrina laboral ha abogado por un concepto más amplio que el de derechos estrictamente constitucionales o fundamentales, cuando se refieren a los DFI en la relación laboral. Según esta doctrina, mediante los DFI, otro tipo de derechos como la dignidad, en lo que debe ser un «trabajo decente» podría ser englobada en esta protección<sup>424</sup>.

A través de los DFI debe contemplarse un cambio de perspectiva que afectaría al modo de entender la tutela frente a un trato discriminatorio: mientras que la prohibición de discriminación gira en torno a los motivos protegidos, el discurso de los DFI pone al

---

<sup>420</sup> ALBIOL MONTESINOS; 1990: 107.

<sup>421</sup> En la sección II.1.3.2. de este estudio se ha expuesto como eficacia horizontal de los derechos fundamentales

<sup>422</sup> VALDÉS DAL-RÉ, 2003a: 502-503.

<sup>423</sup> Según Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ (2003:11-12) “se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos”. Asimismo, una definición muy similar de derechos laborales inespecíficos es la ofrecida también por SANGUINETI RAYMOND (2012: 16-17). Para Antonio BAYLÓS GRAU (1991: 96 y ss.), el reconocimiento de derechos constitucionales en las relaciones laborales nace conectado a la vertiente colectiva de los derechos laborales. Así, el autor explica estos derechos desde la noción de ciudadanía en la empresa, por la que se reivindican de los derechos del trabajador a través de los mecanismos de representación colectiva.

<sup>424</sup> CHACARTEGUI JAVEGA, 2013: 18.

derecho fundamental en la piedra angular de la tutela. Es decir, la prohibición de discriminación debe conjugarse de acuerdo con la vulneración de otros derechos fundamentales, en este caso el ejercicio del derecho fundamental a la libertad ideológica y no en función de los motivos protegidos de religión y opinión<sup>425</sup>. Sin embargo, de ello no trasciende una mayor problemática, puesto que ya fue puesto de manifiesto en el Capítulo III que la prohibición de discriminación es un derecho relacional que afecta al ejercicio del derecho a la libertad ideológica de una forma satisfactoria para la dimensión interna de la libertad y con mecanismos efectivos para su dimensión interna.

Por otra parte, también cabe destacar que, para un sector de la doctrina laboral, la tutela frente al trato discriminatorio por motivos ideológicos queda englobada dentro de la protección propia de los DFI en el contexto de la relación laboral. Según esta doctrina, la libertad ideológica se fundamenta, además del artículo 16 CE, en los derechos a la igualdad y a la no discriminación, a la dignidad, a la integridad física y moral, a la libertad de expresión y a la garantía de indemnidad, que establecen las causas comunes de tratos discriminatorios que desembocan en la degradación de las condiciones laborales y profesionales, en despidos ante discrepancias o ante el hecho de pertenecer a un partido político<sup>426</sup>.

A través de estas referencias a los DFI en la relación laboral, deben advertirse dos aspectos detenidamente, en tanto que repercuten directamente sobre la tutela de la libertad ideológica. En primer lugar, aquel aspecto relativo al conflicto entre la libertad ideológica y el poder de dirección empresarial, lo que constituye un conflicto de derechos en el seno de un proceso productivo: la relación de trabajo. Como se reflejará a continuación, este conflicto entre libertad ideológica y poder de dirección supone un choque de derechos constitucionales que necesariamente debe someterse a un juicio de ponderación o proporcionalidad. En segundo lugar, aquel aspecto por el que se evidencia una lógica proteccionista de los derechos fundamentales en la relación laboral. Como se advierte con los DFI, la libertad ideológica es un derecho fundamental y constituye una norma que debe respetarse, ya no solamente en la relación laboral, sino en cualquier relación jurídica. Claro es que, sobre esta premisa, la libertad ideológica no resulta el único derecho fundamental que recibe esta preceptiva tutela; existen otros derechos que también deben ser respetados bajo esta misma premisa, como los derechos fundamentales del empresario.

---

<sup>425</sup> CÁMARA BOTÍA, 2001: 85.

<sup>426</sup> ALAMEDA CASTILLO, 2014a: 40-41.

Tal y como se indica, los DFI se fundamentan a partir de la protección de los derechos fundamentales en cualquier relación jurídica, de ahí que, aunque estos derechos no estén explícitamente declarados en las normas particulares de un ámbito del Derecho, como el ET, se garantiza su respeto. En este sentido y por norma general, los DFI no configuran parte del elenco de derechos y obligaciones que dan forma al contrato de trabajo que vincula al empresario con el trabajador. Como explicó Miguel GUTIÉRREZ PÉREZ, la protección de los DFI no queda definida en este contrato, sino que pasa por normas individuales y dispersas en el ordenamiento jurídico estatal, como el derecho a la intimidad del trabajador recogido en el Estatuto de los Trabajadores o en las normas sancionadoras de la LISOS<sup>427</sup>. La protección de los DFI está troquelada normativamente y, además, se completa con la jurisprudencia del caso por caso donde se establecen los “principios irreductibles para el ejercicio de los derechos fundamentales inespecíficos” que están sometidos al juicio de proporcionalidad con las libertades del empresario<sup>428</sup>.

De acuerdo con lo explicado por Fernando VALDÉS DAL-RÉ, a través de la noción lógico-formal de derechos fundamentales de la persona del trabajador, los DFI constituyen *prima facie* los límites a la posición del empresario, al tener como sujeto típico, para el ámbito laboral, a la persona del trabajador<sup>429</sup>. En este punto, la cuestión estriba en la propia concepción de los DFI, puesto que abogan por la protección de los derechos fundamentales de cualquier persona en cualquier relación jurídica. Sobre esta lógica, cabe preguntarse qué sucede con la figura del empresario y con la protección de sus DFI.

El empresario es la otra parte de una relación laboral. Representa el sujeto fuerte en esa relación jurídica. La cuestión es identificar si cabe la posibilidad de ser parte activa de un proceso laboral de tutela de derechos y libertades fundamentales y no solamente ser una de las posibles partes pasivas del proceso. Como advirtió María SEPÚLVEDA GÓMEZ, existe tal duda a raíz de la falta de mención del empresario como sujeto de amparo en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social<sup>430</sup>. Esta discusión está fundamentada, además, a partir de la jurisprudencia constitucional (*vid.* a estos efectos STC 170/2013, de 7 de octubre), que reflexiona en torno al conflicto entre los derechos e intereses de los trabajadores con la libertad de empresa y el ejercicio de derechos

---

<sup>427</sup> GUTIÉRREZ PÉREZ, 2011: 108 y ss.

<sup>428</sup> TOSCANI GIMÉNEZ, 2016: 156.

<sup>429</sup> VALDÉS DAL-RÉ, 2003b: 47-48.

<sup>430</sup> SEPÚLVEDA GÓMEZ, 2013: 197-214.

fundamentales del empresario como persona, más allá de su condición de empresario, aunque no terminan de despejarse las dudas. Como se observa en la jurisprudencia constitucional, los derechos e intereses de los trabajadores pueden colisionar con derechos constitucionales del empresario tales como el derecho al honor y a la intimidad. A día de hoy, la tesis que aboga por la falta de legitimidad del empresario para perseguir la tutela de sus DFI parece haber perdido todo índice de sustento, especialmente si se atiende a la normativa que protege frente al acoso moral en el trabajo: la Ley 62/2003, traspositiva de las Directivas 2000/78/CE y 2000/43/CE, y el Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo (AMEVA). Acuerdo, este último, por el que tanto trabajadores como directivos son los sujetos que reciben la pertinente tutela jurídica frente a los actos que atentan contra su dignidad. Según estas normas, el empresario (los directivos) también resulta sujeto activo.

A pesar de ello, efectivamente existe el margen de duda en lo relativo a los DFI del empresario cuando se plantea la protección del derecho a su libertad ideológica. O por lo menos, la cuestión debe ser precisada. En la relación laboral, la ideología del empresario puede manifestarse mediante el ejercicio de la libertad de empresa y más concretamente, a través de las denominadas empresas ideológicas o de tendencia, donde no solamente él, sino toda la organización empresarial fundamenta su actividad en un ideario o una ética concreta que, a efectos prácticos, suele concordar con el ideario o ética del propio empresario. Como se analiza más adelante, un conflicto arquetípico para la libertad ideológica del trabajador es aquel en el que su ideario propio colisiona con el de las empresas de tendencia o ideológicas, las cuales son un tipo de empresa que ha sido observado en la jurisprudencia constitucional en reiteradas ocasiones<sup>431</sup>. Lo general sería plantear la defensa de la libertad ideológica del empresario, aun de forma indirecta, a través de la libertad de empresa, la cual por sí sola ya engloba la manifestación de gran parte de los DFI del empresario. Por esta razón sería conveniente señalar que el discurso para defender los DFI del empresario resulta válido exclusivamente en lo tocante a aquellos derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, dado que la dimensión interna de la libertad ideológica del empresario sí encajaría en la tutela de los DFI a partir de figuras como el mencionado acoso moral, esto es, para la protección de la dignidad de su persona y no relativo al ejercicio de su

---

<sup>431</sup> Por ejemplo, SSTC 47/1985, de 27 de marzo; 106/1996, de 12 de junio; 56/2008, de 14 de abril.

libertad de empresa, situación por la que difícilmente se conjugaría la tutela de estos derechos.

#### **IV.5. Libertad ideológica, libertad de empresa y empresas de tendencia**

En este epígrafe se delimita el conflicto de libertades que genera en el contexto de la relación laboral: la tensión entre el ejercicio de la libertad ideológica y el ejercicio de la libertad de empresa. Esta tensión resulta especialmente visible en el caso de las empresas ideológicas o de tendencia, como se ha hecho alguna mención hasta el momento. A consecuencia de la existencia de este tipo de empresas y del ejercicio de la libertad de empresa, el trabajador puede ser objeto de un trato desigual y perjudicial por motivos ideológicos.

En el contexto jurídico definido por la tensión entre estas libertades, el TC ha establecido el alcance y los límites de la protección frente al trato discriminatorio en lo referente al derecho fundamental a la libertad ideológica.

En primer lugar, para el TC, no hay lugar a ningún tipo de limitación «injustificada» a este derecho fundamental y especialmente en función del ejercicio de los derechos contenidos en los artículos 33 y 38 CE, relativos a la libertad y facultades empresariales<sup>432</sup>. Para el TC, las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo no le comportan al trabajador la privación o inoperancia de sus derechos fundamentales, donde se incluye, junto con su derecho a la libertad ideológica, la facultad para expresar y manifestar libremente las ideas y opiniones, es decir, en conjunción con el artículo 20.1 de la Constitución<sup>433</sup>.

Ahora bien, la existencia del derecho fundamental a la libertad ideológica no constituye una causa de exención del cumplimiento de las obligaciones legalmente contraídas, como ya ha sido avanzado. Un hecho válido aun cuando las obligaciones sean contradictorias al ideario, creencias, ética o filosofía, del trabajador, puesto que lo pactado contractualmente prima sobre el eventual conflicto con el ideario del trabajador<sup>434</sup>. Al mismo tiempo, esta obligación tampoco supone que la ética o ideología

---

<sup>432</sup> Fernando VALDÉS DAL-RÉ (1992: 31 y ss.) explicó que la libertad de empresa consta, por un lado, del libre acceso al mercado y, por otro, del libre ejercicio de actividades empresariales, donde el empresario ejerce de titular de la toma de decisiones de la empresa. En este segundo sentido de la libertad de empresa, el de libre ejercicio de las actividades empresariales, se centrará la tesis para abordar el conflicto jurídico con la libertad ideológica.

<sup>433</sup> STC 88/1985, de 19 de julio.

<sup>434</sup> STC 19/1985, de 13 de febrero.

de la empresa deba ser asumida por el trabajador, sino que se cuestionará la relevancia de ésta última en el correcto desempeño de su labor<sup>435</sup>.

En segundo lugar, estas explicaciones del TC ponen de manifiesto una «contextualización» de la eficacia de la libertad ideológica con motivo de la relación laboral: la entrada del trabajador en la empresa condiciona el ejercicio de su libertad ideológica a través del cumplimiento de sus obligaciones laborales, donde se da la consonancia del respeto a su libertad ideológica con el de otros derechos constitucionales. En otras palabras, el ejercicio de la libertad ideológica se pondera con el ejercicio de otros derechos, especialmente, los relativos a la libertad de empresa<sup>436</sup>. El TC se pronunció sobre esta cuestión a través del límite a los derechos del empresario. Al respecto, el TC explicó que se da una «adecuación» del poder de dirección empresarial frente a la libertad ideológica del trabajador, puesto que, en caso de conflicto, los derechos fundamentales del trabajador prevalecerían sobre los del empresario, al erigirse como límite que debe respetar en el ejercicio de sus facultades<sup>437</sup>.

En síntesis, el ejercicio de la libertad ideológica en la relación laboral exige una contextualización y una adecuación entre los derechos y libertades de ambas partes. El respeto de los derechos fundamentales del trabajador queda garantizado por nuestro ordenamiento, sin embargo, como se ha visto, no le exime del cumplimiento de lo pacto contractualmente y de las obligaciones que de ahí pueda imponerle el empresario.

En tercer lugar, en relación al límite que puede imponerse a la libertad ideológica, el TC estableció dos criterios por los que en el ejercicio de la libertad de empresa se justifica una cierta limitación a los derechos fundamentales del trabajador: la naturaleza del trabajo y la causa de necesidad. Ambos parámetros se encuentran explicados en la STC 99/1994, de 11 de abril.

Sobre la «naturaleza del trabajo», el TC explicó que la labor desempeñada por el trabajador permite suponerle un cierto recato en el ejercicio de sus derechos y que ello está justificado por su propia voluntad al aceptar el contrato de trabajo:

«considerar que las tareas encomendadas al trabajador implicaban la necesaria restricción de su derecho de tal suerte que pudiera entenderse que era la propia voluntad del trabajador -expresada al celebrar el contrato- la que legitimaba las que pudieran exigírsele en el futuro, dentro de los márgenes que se acaban de exponer».

---

<sup>435</sup> STC 47/1985, de 27 de marzo.

<sup>436</sup> SSTC 99/1994, de 17 de mayo y 199/1999, de 8 de noviembre.

<sup>437</sup> SSTC 292/1993, de 18 de octubre y 49/2003, de 17 de marzo.



Y en lo referente a la «causa de necesidad», el TC explicó que la persecución de un fin legítimo por parte de la empresa puede suponer la limitación de derechos de los trabajadores, pero en ese caso, deberá ser la única forma posible de lograrlo. Es decir, de existir una forma menos gravosa de perseguir el fin para los derechos fundamentales, la empleada por el empresario no estaría justificada:

«Los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquellos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar -por parte de quien pretende aquel efecto- que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra».

En cualquier caso, el propio TC explica que la persecución de un fin legítimo por parte de la empresa nunca puede producir un resultado inconstitucional, sino una modulación de los derechos del trabajador tal que no constituya lesión de sus derechos fundamentales<sup>438</sup>.

Finalmente, del mismo modo que sucede con la libertad ideológica, la libertad empresarial no significa un poder absoluto dentro del ámbito de su empresa, pues encuentra un límite principalmente en la persona del trabajador. Definir el alcance y los límites de cada libertad es motivo de una constante actualización en la dogmática laboral. Por ejemplo, el avance de la tecnología ha supuesto la introducción de nuevos mecanismos de control del empresario sobre la actividad de los trabajadores, como el uso aparatos audiovisuales<sup>439</sup> y el manejo de sus datos ideológicos en la creación de perfiles<sup>440</sup>. Además, debe dejarse constancia que este tipo de conflictos pueden exacerbarse y llegar a producir una situación de acoso laboral, situación que por motivos discriminatorios se concibe por un tipo agravado de trato discriminatorio y, en

---

<sup>438</sup> STC 173/1994, de 7 de junio.

<sup>439</sup> Al respecto, LLAMOSAS TRAPAGA (2015: 139 y ss.) analiza la intromisión frente a los derechos de los trabajadores que suponen los medios audiovisuales. Para ello, atiende a las razones de eficacia técnica y seguridad que justifican el uso de estos medios en contraste con los problemas que puede suscitar para los trabajadores, tales como la necesidad de inclusión de todos los movimientos o acciones de los trabajadores o la conservación de los archivos de imágenes y sonido donde éstos figuran.

<sup>440</sup> A través de las redes sociales como Facebook o Twitter, los empresarios pueden acceder a información de los trabajadores y obtener un perfil ideológico de ellos. El manejo de estos datos permite al empresario tener conocimiento de comportamientos del trabajador y para éste último implica la exposición de su opinión e ideas, en ocasiones, sin su conocimiento. *Cfr.* BAKSHY, MESSING y ADAMIC, 2015: 1131-1132.

este caso, se denominaría acoso discriminatorio, el cual puede concursar con otros tipos, por ejemplo, con el acoso sexual<sup>441</sup>.

#### **IV.5.1. La doble dimensión de la libertad ideológica**

Dada la finalidad de precisar la tutela frente al trato discriminatorio para garantizar el ejercicio del derecho a libertad ideológica en la relación laboral, se hacen necesarias una serie de consideraciones que proceden de la doble dimensión de las libertades reconocidas en el artículo 16 CE.

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente capítulo, los límites a la libertad ideológica son o no plausibles en función de la dimensión en la que se proyectan. En cualquier caso, la dimensión interna de la libertad ideológica del trabajador está protegida frente a toda injerencia, sin que el cumplimiento de las obligaciones contractuales acordadas suponga una limitación: las ideas, creencias, convicciones o filosofía del trabajador se sitúan en el objeto de protección del artículo 16.2 CE, relativo a la garantía de no declarar sobre sus propias ideas ni de acogerse a un ideario contrario al propio.

De acuerdo con la interpretación del TC, desempeñar un trabajo no implica la adopción del ideario de la empresa, sino realizar efectivamente las obligaciones contraídas por contrato, sin que ello signifique tener que profesar la ética o ideario de la empresa. A ello debe sumarse el hecho de que el conocimiento y manejo de los datos de carácter ideológico del trabajador requerirá siempre, como requisito para el empresario, el consentimiento expreso del trabajador según el artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPDCP)<sup>442</sup>.

No sucede igual con la dimensión externa de esta libertad y, más precisamente, con la manifestación de ideas, creencias, opiniones o convicciones de cualquier índole. Por norma general, la garantía negativa, relativa al respeto, de la libertad ideológica comprende la protección contra injerencias tanto de poderes públicos como de terceros, aunque deba ser contextualizada en la relación laboral<sup>443</sup>. De esta noción general, un

---

<sup>441</sup> Paz y Eva María MENÉNDEZ SEBASTIÁN, 2016: 4-5.

<sup>442</sup> A pesar de las obligaciones definidas para el empresario sobre la protección de datos de carácter ideológico, cierto sector doctrinal recuerda la falta de especificación de las obligaciones de los trabajadores sobre el derecho de protección de sus datos personales. Así, según Helena MONZÓN PÉREZ (2017: 37-40), el «deber de protección de los datos personales» de los trabajadores está pendiente de desarrollo legal.

<sup>443</sup> SERRANO MAÍLLO, 2006: 156 y ss.

trato desigual, es decir, el trato diferente de un trabajador constituye discriminación en función de la discrepancia de ideas generada con la opinión manifestada por el trabajador. Claro que las manifestaciones de ideas y convicciones del trabajador encuentran un límite en no crear un perjuicio para la empresa. En el supuesto de las empresas ideológicas, se desprende una obligación para el trabajador por la que debe respetar su ideario. Según el TC, esta obligación de respeto resulta exigible, incluso, en situaciones extracontractuales<sup>444</sup>. Este criterio es fácilmente identificable en las empresas ideológicas o de tendencia, donde la actividad del trabajador consiste en representar y transmitir el ideario de la empresa. Es el caso de los trabajadores «de tendencia». No obstante, en los trabajos «neutros», deberá acudir a criterios como el de la buena fe contractual para justificar un atentado a las obligaciones contraídas. *Vid.* STC 106/1996, de 12 de junio.

Si bien este es el contexto general definido a partir de la CE y la jurisprudencia del TC (no injerencia en la dimensión interna de la libertad ideológica del trabajador, pero un cierto límite en la dimensión externa), el TEDH también ha establecido ciertas precisiones en interpretación del artículo 9 CEDH. Especialmente interesante resulta la jurisprudencia relativa a la dimensión interna, puesto que finalmente conecta con la objeción de conciencia en virtud del derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia o, en otras palabras, del derecho fundamental a la libertad ideológica.

En lo relativo a la «dimensión externa» de la libertad ideológica, cabe cuestionarse hasta qué punto el TEDH ha limitado el derecho a la libre expresión de ideas, opiniones y convicciones. Para algunos autores, no caben excesivas limitaciones a este derecho por parte del Estado<sup>445</sup> y los límites son los estrictamente necesarios para no menguar el ejercicio de las libertades en una sociedad democrática<sup>446</sup>. No obstante, el problema surge cuando se precisa un contexto o un negocio jurídico, como en la relación laboral, donde la libertad ideológica debe coexistir con otros derechos, especialmente los relativos a la libertad de empresa.

El TEDH explicó que las libertades del artículo 9 CEDH contienen un marcado carácter público, al tratarse de libertades públicas garantizadas por Estados Constitucionales de Derecho, aunque ello debe precisarse en que los textos constitucionales garantizan, a su vez, lo que en nuestra CE se entiende por «libertad de

---

<sup>444</sup> STC 5/1981, de 13 de febrero.

<sup>445</sup> SAURA FREIXES, 2015: 17-21.

<sup>446</sup> CAPODIFERRO CUBERO, 2015a: 105 y ss.

empresa en un contexto de economía de mercado». Esta precisión procede del artículo 38 CE, donde se establece que la libertad de empresa se manifiesta en el ámbito que define una «economía de mercado». En los estudios jurídicos inmediatamente anteriores a la promulgación de la Constitución de 1978, Miguel BOYER entendió que esta expresión podría entenderse como un sinónimo del liberalismo puro<sup>447</sup>. Pese a esta advertencia previa, lo cierto es que el modelo constitucional español combina la economía en su vertiente liberal con elementos que introducen correctivos sociales, como puede verse, por ejemplo, en el límite que imprime el respeto de los derechos fundamentales<sup>448</sup>, en la cláusula del Estado Social del artículo 1 CE o en la función social de la propiedad del artículo 33 CE. Y ello lleva a una inevitable conclusión en clave antidiscriminatoria: la importancia en las posibles limitaciones a la dimensión externa de la libertad ideológica reside en que el contexto jurídico establecido por relación laboral, donde coexisten la libertad de empresa y la libertad ideológica, tiene que conjugarse de acuerdo con el principio de igualdad y de no discriminación y al máximo respeto a los derechos fundamentales del trabajador<sup>449</sup>. De ahí que, aunque las opiniones o creencias del trabajador deban soportar cierto recato en aras de cumplir con las obligaciones contraídas, tienen *a priori* el tope fijado en el hecho que constituyen un motivo protegido frente al trato desigual y perjudicial para el trabajador.

En segundo lugar, en cuanto a la «dimensión interna», el TEDH ha establecido la misma exigencia que nuestro TC y así lo ha dejado claro en referencia al uso de nuevas tecnologías. De la esfera íntima del trabajador, donde éste se forma sus ideas y una concepción propia del mundo, nace la expectativa de respeto por parte del empresario; por ello configura un límite a su poder de control y dirección. Resulta un límite suficiente para extenderse al uso de la tecnología en su facultad de controlar al trabajador. En función de la jurisprudencia del TEDH, sobre la esfera íntima del trabajador resulta necesario distinguir entre los derechos propios de la relación laboral y los derechos procedentes de esta esfera, esto es, de la dignidad e intimidad del trabajador.

La jurisprudencia reciente del TEDH explica que la relación laboral no desposee al trabajador de su esfera íntima y privada, incluso en los supuesto donde haga uso de los medios del ámbito de trabajo, como utilizar el correo electrónico de la empresa para

---

<sup>447</sup> BOYER, 1978: 261 y ss.

<sup>448</sup> *Vid.* Voto particular de Luís DÍEZ-PICAZO en la STC 37/1981, de 16 de noviembre.

<sup>449</sup> De acuerdo con la postura de GOIG MARTÍNEZ, 2006: 744.

fines privados<sup>450</sup>. Los derechos que nacen de esta esfera del trabajador están siempre protegidos, así, la tutela alcanza situaciones como el secreto de comunicaciones del trabajador<sup>451</sup> y, especialmente, las situaciones relativas a la intimidad del trabajador que permiten confeccionar su perfil y recibir un trato diferenciado en función de motivos ideológicos<sup>452</sup>. Ejemplo de ello, en el uso de nueva tecnología, sería el acceso a información privada y propia del trabajador por medios telemáticos y redes sociales.

La dimensión interna se caracteriza por definirse como una libertad negativa, un ámbito inalcanzable para cualquier límite, sea por no ver menoscabada la esfera íntima personal de la libertad ideológica del trabajador, sea por no manifestar una adhesión a cualquier opinión, convicción, idea, religión, ética, etc., contraria a la del trabajador, como así ha especificado el propio TEDH<sup>453</sup>. Sobre esta premisa, el TEDH entendió que resultó discriminatorio exigir una titulación superior a la ostentada por la trabajadora para justificar el despido, cuando esta trabajadora había sido objeto de un trato desigual y acoso por su afiliación a un grupo minoritario religioso. En ese supuesto, el TEDH entendió que el requisito formal fue un adorno con el que se revistió el despido, cuando en realidad sucedía un supuesto de discriminación por los derechos protegidos en el artículo 9 CEDH<sup>454</sup>.

La jurisprudencia en torno a la dimensión interna de la libertad ideológica encauza inevitablemente con la objeción de conciencia. Cabe señalar que la objeción de conciencia no constituye un derecho contenido en el CEDH ni tampoco en el sentido que ha establecido nuestro TC. Como explicó ESCOBAR ROCA, de nuestra Constitución se desprenden dos supuestos explícitos de objeción, de acuerdo con los artículos 30.2 y 20.1.d CE, y un supuesto implícito de derecho general a la objeción de conciencia que se da en el ejercicio del derecho a la libertad ideológica del artículo 16 CE<sup>455</sup>.

En un principio, en la jurisprudencia del TEDH se dio cabida a un mecanismo de tutela equiparable a la objeción de conciencia que se recoge en el ordenamiento jurídico español, aunque en ese caso, tal mecanismo no versaba sobre algún supuestos del artículo 9 CEDH, pese a que la jurisprudencia tampoco resultaba excluyente de tutelarla

---

<sup>450</sup> STEDH de 12 de enero de 2016, *Barbulescu vs. Rumanía*.

<sup>451</sup> STEDH de 3 de abril de 2007, *Copland vs. Reino Unido*.

<sup>452</sup> VILLALBA SÁNCHEZ, 2016: 89-90.

<sup>453</sup> STEDH 18 de diciembre 1996, *Valsamis y Efstratiou vs. Grecia*.

<sup>454</sup> STEDH de 14 de abril de 2007, *Ivanova vs. Bulgaria*.

<sup>455</sup> ESCOBAR ROCA, 1993: 203 y 217-218.

bajo este precepto<sup>456</sup>. Finalmente, el TEDH estableció el doble criterio del «grado de fuerza» y «consistencia de las convicciones profundas» del individuo en su conciencia, que en efecto encuentra amparo en las garantías del artículo 9 CEDH, en relación a un conflicto en el que no pueda resolverse de otra manera que respetando la conciencia de esta persona frente a los demás derechos y obligaciones presentes en un negocio jurídico<sup>457</sup>. Las convicciones del trabajador deben ser de tal entidad que el cumplimiento del deber le genere un conflicto moral grave. Además, para el TEDH también constituye un requisito la solidez de las creencias, en la medida que el trabajador adecúe su conducta a la mismas y el conflicto se le plantee insuperable.

En este punto puede afirmarse que la principal tensión entre la libertad ideológica y libertad de empresa reside en el marco de la esfera personal o íntima del trabajador<sup>458</sup>. Las intromisiones en la esfera íntima de los sujetos se protegen con la inmunidad de las ideas, creencias o pensamientos de la persona incluso en ámbitos como el laboral<sup>459</sup>. Esta garantía permite catalogar de «obligación negativa de no hacer» aquella actividad del empresario que colisione con esta esfera íntima del trabajador y, por norma general, la inmunidad de la esfera íntima del trabajador se articula con una magnitud suficiente para traspasar a su exteriorización, situación en la que el trabajador tiene facultad de manifestar externamente sus ideas u opiniones sin exponerse a padecer, en principio, un perjuicio en su contra. En consecuencia, puede ser afirmado que las ideas, creencias u opiniones del trabajador deben entenderse como un factor irrelevante para la consecución de las obligaciones nacidas de una relación laboral, siempre y cuando no creen un daño, lo cual constituiría la excepción. En otras palabras, la valoración del trabajador se produce en función de su aptitud profesional, no de su ideología<sup>460</sup>.

---

<sup>456</sup> Decisión de inadmisibilidad del TEDH de 10 de marzo de 2009, *Lang vs. Austria*.

<sup>457</sup> STEDH de 17 de enero de 2012, *Feti Dermitas vs. Turquía*.

<sup>458</sup> Una esfera personal que debe identificarse con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, debido a la repercusión de la dignidad humana sobre los derechos fundamentales. Explica el TC que de la dignidad se desprende el derecho a que el resto de derechos fundamentales sean respetados por cualquiera (STC 208/2013, de 16 de diciembre), aun en el ámbito de lo referido por uso de nuevas tecnologías o la «nueva sociedad digital», como explica Ana GARRIGA DOMÍNGUEZ (2015: 57-59).

<sup>459</sup> Explica Ignacio ALBIOL MONTESINOS (2011: 962-965) que “hay determinadas esferas de la persona que se desenvuelven en ámbitos sociales, y uno de ellos es el trabajo. Los derechos individuales y particulares que reconoce nuestra Constitución (...) son el exponente de una concepción de la persona con una esfera inviolable, que si en los ámbitos impersonales de la sociedad se preservan frente a toda agresión, son igualmente tutelables dentro de aquellos vínculos y relaciones que en los ámbitos propios de los roles sociales se adoptan por las personas, y uno de ellos es el trabajo”.

<sup>460</sup> Aquella actividad empresarial que pretenda acceder a la vida privada del trabajador no puede exceder de la valoración de su aptitud profesional, a excepción de aquellos casos donde deba discutirse la compatibilidad con los intereses/ética/ideología de la empresa. *Cfr.* PÉREZ DE LOS COBOS, 2005: 23-25.

La principal fundamentación de la inviolabilidad en la esfera íntima del trabajador, y en particular de la dimensión interna de su libertad ideológica, proviene de la doctrina jurídica del derecho fundamental a la intimidad recogida en el artículo 18 CE. La tutela de este derecho se comprende como principal «escudo» ante las intromisiones del empresario<sup>461</sup>. La dimensión interna de la libertad ideológica conforma la vertiente íntima del trabajador, y en la proyección externa de esta intimidad, el trabajador expone elementos privados propios de su esfera personal, ante los que existe la expectativa, como se afirma, de ser respetados por el empresario<sup>462</sup>. En otras palabras, este respeto se presume como una manifestación de la buena fe del empresario hacia el trabajador en la relación laboral<sup>463</sup>.

Definido el límite de la facultad del empresario para inmiscuirse en la intimidad del trabajador, debe recordarse que esta garantía de la dignidad de la persona se encuentra expresamente recogida en el ET<sup>464</sup>. Según el ET, el empresario tiene la facultad de manifestar el poder de dirección a través del control de la actividad laboral, actuando ceñido, en cualquier caso, al mismo ámbito laboral y con el límite estricto señalado por la norma en la dignidad humana<sup>465</sup>. Para desempeñar esta facultad, la ley permite al empresario adoptar las medidas de vigilancia y control que considere oportunas, como se ha expuesto a través del uso de nuevas tecnologías<sup>466</sup>, que son aplicadas en

---

<sup>461</sup> SERRANO OLIVARES, 2011: 99-102.

<sup>462</sup> VALDÉS DE LA VEGA, 2008: 144-148.

<sup>463</sup> CONDE MARÍN, 2007: 360.

<sup>464</sup> El artículo 20.3 del ET establece que «el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso».

<sup>465</sup> Como se viene observando, dignidad humana se identifica con la esfera íntima del trabajador, *vid.* MAYOR GÓMEZ, 2016: 225-237. Como explica Joaquín APARICIO TOVAR (2013: 140), en la conexión entre intimidad y dignidad se “debe empezar aceptando la doctrina constitucional de que la intimidad, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, consistiendo en un poder jurídico para imponer a los demás el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima”.

<sup>466</sup> El uso de la tecnología en una relación laboral es, sin duda, un tema sensible y complejo. El límite a la esfera personal no queda limitado en la persona del trabajador y puede verse en sentido contrario. El empresario también tiene derechos fundamentales que deben protegerse en la relación de trabajo, que aquí ha sido expuesto a partir del discurso de los derechos innominados o derechos fundamentales inespecíficos. No se trata de un discurso estéril y encuentra justificación en la jurisprudencia. Sirva de ejemplo la STS 678/2014, de 20 de noviembre, donde se discutió la licitud de la grabación al «jefe» mientras sancionaba a la trabajadora. En este supuesto se declaró haber derecho a la grabación en tanto no supuso una intromisión ilegítima en la intimidad del demandante. No obstante, la relevancia doctrinal para el discurso de los derechos fundamentales inespecíficos radica en el debate judicial que efectivamente tuvo lugar y se percibe en la sentencia sobre los derechos fundamentales de un sujeto inicialmente no previstos para una relación jurídica.

los mecanismos de control de la actividad del trabajador<sup>467</sup>.

En efecto, de este conflicto expuesto nace uno de los casos paradigmáticos para la libertad ideológica en dicha relación, en tanto del ejercicio de la facultad de control y dirección puede desprenderse un trato discriminatorio al tener conocimiento de datos de carácter ideológicos. La norma general indica que la tensión entre ambas libertades, ideológica y empresarial, se resuelve mediante una serie de obligaciones de no hacer para el empresario, lo que implica que hay un deber de abstenerse sobre la esfera personal del trabajador y que debe ser entendido como un «principio de neutralidad» sobre la dimensión interna de la libertad ideológica del trabajador<sup>468</sup>. Este principio de neutralidad se configura como un mandato también en virtud de la prohibición de discriminación en la relación laboral, donde el empresario deberá cargar con la demostración de que no ha habido un trato discriminatorio en el ejercicio de su poder de control y dirección. De la prohibición de discriminación nace la inversión de la carga de la prueba para supuestos de decisiones empresariales donde puedan verse afectados estos derechos del trabajador<sup>469</sup>.

Finalmente, cae recordar en torno a todo lo expuesto que la libertad ideológica encuentra fundamento en la dignidad humana, y que en la relación laboral ésta se protege con especial ahínco a través de la «esfera íntima del individuo». En este sentido, la libertad ideológica será observable de tres maneras, según las esferas que constituyen la intimidad: en primer lugar, en relación a la esfera «íntima» en sentido estricto, que se refiere a lo más secreto de la persona, a sus opiniones, decisiones y acciones más íntimas; en segundo lugar, a la esfera «individual», la cual hace referencia a los aspectos vinculados al honor, imagen personal y la personalidad del individuo, por los que puede construirse una imagen del individuo de acuerdo con un determinado perfil ideológico; y, por último, a la esfera «privada», aquella en la que se ejerce la privacidad, vida

---

<sup>467</sup> Al respecto, el TC acepta el uso de mecanismos audiovisuales (STC 186/2000, de 10 de julio), incluso acceder al correo electrónico de la compañía (STC 170/2013, de 7 de octubre), siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos. Entre estos requisitos se encuentra que el empresario brinde la información previa de cómo utilizar los ordenadores de la empresa y qué uso darle a Internet, además de eliminar cualquier atisbo de intimidad de la persona del trabajador cuando quiera utilizarlo como medio probatorio. La doctrina laboral ha debatido sobre el uso de nuevos medios en la relación laboral. Para un análisis más extenso de los elementos que configuran la cuestión *cf.* SEMERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, 2002 y SEPÚLVEDA GÓMEZ, 2013.

<sup>468</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, 2004: 364.

<sup>469</sup> SSTC 38/1981, de 23 de noviembre y 125/2007, de 10 de mayo.



privada e intimidad personal y familiar asegurada frente a terceros, de la persona humana<sup>470</sup>.

La perspectiva del vínculo de la libertad ideológica con la esfera íntima del individuo fue adoptada por el Tribunal Constitucional, para subrayar que el individuo vive elaborando “una visión propia de ideas y concepciones de la existencia”<sup>471</sup>. La garantía de esta facultad individual se traduce en la inmunidad de las propias ideas del individuo, lo que se conoce como la facultad de *agere licere* con plena inmunidad de coacción que procede del artículo 16 CE<sup>472</sup>. La inmunidad de la dimensión interna del individuo acoge cualquier expresión relativa a la libertad de pensamiento y resulta tutelada frente a terceros, traduciéndose para la relación laboral, en la inmunidad del trabajador frente a cualquier tipo de interferencia por parte del empresario.

El Tribunal Constitucional no se limitó a incorporar estos postulados en la jurisprudencia, e incluyó en esa inmunidad ciertos aspectos relativos a la dimensión externa de la libertad ideológica, especialmente en lo relativo al vínculo con los poderes públicos, aunque se extiende en cierto a la relación jurídica entre trabajador y empresario<sup>473</sup>. Como se ha observado, no obstante, la garantía de la dimensión externa debe precisarse. En una relación laboral, la manifestación de ideas, creencias o pensamientos del individuo coexiste con los derechos propios del empresario y de la propia empresa, por lo que se produce una «modulación» de los derechos constitucionales desde que el trabajador entra a trabajar en una organización, siendo posible tal modulación en la medida de lo estrictamente imprescindible para desenvolver la actividad profesional<sup>474</sup>. Y en caso de conflicto de derechos, deberán ponderarse los derechos e intereses de trabajador y de empresario de acuerdo con las circunstancias concurrentes del conflicto entre sus derechos<sup>475</sup>. En palabras de Maria José RODRÍGUEZ CRESPO, se requiere una “correcta definición y valoración

---

<sup>470</sup> La concepción de la esfera íntima compuesta por tres esferas procede de la doctrina alemana. A partir de la noción genérica de intimidad que refiere al espacio ligado “a las diferentes esferas por las que el individuo manifiesta sus intereses personales y la voluntad de estructurar su vida”, se explica que la intimidad está compuesta particularmente de la esfera íntima (*Intimsphäre*), la esfera privada (*Privatsphäre*) y la esfera individual (*Individualsphäre*). Vid. MARTÍNEZ DE PISÓN, 2016: 413-414.

<sup>471</sup> STC 120/1990, de 27 de junio.

<sup>472</sup> Una facultad que Andrés OLLERO TASSARA (2007: 266-267) entiende como un “cierto elemento de laicidad”.

<sup>473</sup> JIMÉNEZ CAMPO, 1995: 4057.

<sup>474</sup> SEMPERE NAVARRO, 2015: 13-22.

<sup>475</sup> De la jurisprudencia constitucional asentada, entre otras sentencias, vid. SSTC 99/1994, de 11 de abril de 1994; y 204/1997, de 25 de noviembre de 1997.

constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo”<sup>476</sup>.

#### **IV.5.2. Las empresas ideológicas o de tendencia**

Todo lo expuesto hasta el momento es objeto de una nueva especificación, a partir de la entrada en escena de las denominadas «empresas ideológicas» o de «tendencia»<sup>477</sup>.

En este tipo de relaciones de trabajo, las empresas están dotadas de idearios, creencias o incluso ética, y la compatibilidad entre la ideología del trabajador y la de la empresa ya no resulta tan clara. Para arrojar luz sobre este tipo de situaciones, el TC explicó lo que debe entenderse por «tareas neutras»<sup>478</sup> o sin carga ideológica. Este tipo de tareas se llevan a cabo en la empresa por trabajadores que no exteriorizan ningún mensaje ideológico, de ahí que resulte imposible contravenir el ideario o tendencia de la empresa<sup>479</sup>.

De esta doctrina jurídico-judicial puede concluirse que, incluso con un ideario o ética declarados por la empresa, la dimensión interna del trabajador está protegida frente al trato discriminatorio, puesto que el límite reside en la manifestación externa de la ideología del trabajador y su compatibilidad con el ideario de la organización. En ese caso, la manifestación de la ideología del trabajador debe crear efectivamente un perjuicio para la empresa, que siempre será tenido en cuenta en función de los requisitos del puesto de trabajo. Por ejemplo, un tema de actualidad para la doctrina laboral consiste en la compatibilidad entre los símbolos religiosos portados por el trabajador y su puesto de trabajo. Portar un símbolo religioso constituye una manifestación externa de las creencias del trabajador, y en las empresas en las que no hay declarada tendencia o no existe una normativa del sector que prohíba la exhibición de símbolos en el lugar de trabajo, una decisión empresarial tomada en función de tales símbolos puede constituir un trato discriminatorio. Las empresas deben atender a los elementos de

---

<sup>476</sup> RODRÍGUEZ CRESPO, 2015: 47-48.

<sup>477</sup> El término «empresa ideológica» tiene la primera referencia en la doctrina jurídica española en APARICIO TOVAR, 1980: 269-306.

<sup>478</sup> STC 106/1996, de 12 de junio. Al respecto, *vid.* el comentario de la sentencia de Alfredo MONTOYA MELGAR (1997: 196) sobre la frontera entre la libertad de expresión del trabajador, las ofensas al empresario y la posible vulneración de sus derechos fundamentales.

<sup>479</sup> Término contrario al de «tareas de tendencia», por las cuales el trabajador, como explicó BLASCO JOVER (2009: 223-224), “contribuye al desarrollo, mantenimiento y difusión del planteamiento ideológico de la organización”.

«neutralidad» del puesto de trabajo<sup>480</sup>. Si el símbolo o la manifestación de la ideología del trabajador no supone un impedimento a las funciones que desempeña, no presente problema, no puede resultar objeto de restricción, pues la causa o el motivo de tomar una decisión determinada es la aptitud o competencia del trabajador para llevar a cabo la actividad laboral y, no así, el ejercicio del derecho fundamental.

Este escenario lleva a preguntarse por el alcance de la protección sobre la manifestación externa de las ideas, pensamiento o creencias del trabajador. En este sentido y como se ha señalado anteriormente, destaca que la protección de esta manifestación adquiere la relevancia suficiente para tutelar la afiliación sindical del trabajador frente al empresario. La afiliación del trabajador a un sindicato manifiesta una opción de contenido ideológico del trabajador y, en consecuencia, la tutela frente al trato discriminatorio protege el supuesto donde el trabajador decida no declarar sobre ella<sup>481</sup>. Este motivo constituye un supuesto de manifestación de ideología, protegido frente a terceros, de acuerdo con el artículo 7 LOPD, en donde ideología, afiliación sindical, religión o creencias representan tipos de datos protegidos frente al conocimiento del empresario ante posibles actos discriminatorios<sup>482</sup>.

Autores como Ángel Luis DE VAL TENA califican la ideología o el fin ideológico de la empresa como el concepto que integra la actividad de la empresa<sup>483</sup>. De esta premisa se valió el autor para diferenciar dos tipos de empresas ideológicas. Por un lado, aquellas en las cuales la ideológica representa un concepto amplio o global, las que dirigen su actividad hacia fines políticos, educativos, artísticos, etc., y suponen la adhesión a una determinada concepción del mundo, la denominada «tendencia». Y por otra parte, se situarían aquellas empresas que se hacen valer de un concepto rígido de ideología para llevar a cabo su actividad, en la que estrictamente se englobarían los partidos políticos, sindicatos y confesiones religiosas.

---

<sup>480</sup> Para un análisis extenso de la cuestión, *vid.* CONTRERAS MAZARÍO, 2017: 125-150.

<sup>481</sup> Hecho reconocido, asimismo, en las leyes autonómicas. La afiliación sindical representa un dato que puede crear un perjuicio para la «intimidad y los demás derechos privados legítimos», como refleja el artículo 21.1.f) de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, del Parlament de Catalunya, sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Al respecto, *vid.* el estudio de GARRÓN FONT, 2017: 277-296.

<sup>482</sup> Para PÉREZ LUÑO (2001: 7) hubiera sido más efectivo proteger datos a través del artículo 14 de la Constitución y no del 16, al entender que de esta manera se prevendría cualquier tipo de discriminación y no solamente los datos especificados en el artículo de la LOPD.

<sup>483</sup> De VAL TENA, 1994: 178-179. En efecto, aunque sea necesario un desarrollo legislativo para precisar el contenido y alcance de los derechos de estas organizaciones, la doctrina del Tribunal Constitucional evidencia el conflicto entre derechos fundamentales de la empresa con los del trabajador - STC 15/1982, de 23 de abril-

En el aspecto normativo, por lo que respecta a las empresas ideológicas o de tendencia sucede que no existía una regulación expresa en el ordenamiento jurídico español. Por tanto, no existía un marco normativo de referencia en el que situar adecuadamente las empresas ideológicas. El concepto de empresa ideológica o de tendencia tiene origen jurisprudencial, inicialmente, en la jurisprudencia del TC<sup>484</sup>. Posteriormente, fue aprobada la Directiva 2000/78/CE sobre discriminación en el ámbito empresarial, en cuyo artículo 4.2 incorporó la expresión «respecto a la ética de la organización», en establecimiento de la compatibilidad de la ética de la empresa con las causas de discriminación, entre ellas la ideología del trabajador, y los requisitos profesionales para el puesto de trabajo.

Si bien el precedente normativo sobre las empresas de tendencia se encuentra en la citada directiva comunitaria, la referencia al concepto de empresa ideológica en una norma no impidió la compatibilidad con las explicaciones ya realizadas por el TC. Según Jorge OTADUY<sup>485</sup>, la empresa ideológica deviene constituida como un instrumento del ejercicio colectivo de la libertad ideológica, respondiendo así a principios como el pluralismo, la libertad de asociación y la igualdad<sup>486</sup>. De ahí que se considere a la empresa ideológica tributaria de una tutela jurídica acorde al artículo 16 CE<sup>487</sup>. En este tipo de empresas, la ideología, un ideario propio, cierta ética, constituye y sostiene la actividad de la organización. Ana Isabel GARCÍA SALAS explica que el derecho de las empresas a difundir su ideología se establece como un límite para el ejercicio de los derechos de los trabajadores relacionados con su ideología, religión o creencias. Por esta razón, la autora señala como ejemplo paradigmático la creación de centros docentes, y su derecho a crear los medios materiales necesarios para difundir la ideología adoptada<sup>488</sup>. En estos supuestos se observa el conflicto entre la ideología del docente-trabajador frente al centro de tendencia, habitualmente representado por un colegio religioso.

El derecho a la libertad ideológica exige el respeto del ideario de la empresa. Como expresó Raquel POQUET, la libertad ideológica debe “compaginarse con el derecho de

---

<sup>484</sup> *Vid.* STC 106/1996, de 12 de junio, que destaca la ausencia de normativa estatal sobre empresas y organizaciones ideológicas, para diferenciar que, a diferencia de un centro educativo, un hospital religioso no entraría dentro de esta categoría debido a que la principal función de este centro sería la sanitaria por encima de la función ideológica.

<sup>485</sup> OTADUY, 1985: 281.

<sup>486</sup> BLAT GIMENO, 1986: 19-21.

<sup>487</sup> CALVO GALLEGO, 1995: 74.

<sup>488</sup> GARCÍA SALAS, 2016: 202-203.

la empresa a difundir fielmente su mensaje moral o ideológico”<sup>489</sup>. Consecuentemente, esta compatibilidad se traduce en requisitos contractuales porque crean *de facto* un vínculo de obligaciones negativos tanto para el empleador como para el trabajador, el cual se configura entre la compatibilidad del vínculo ideológico de la empresa con los requisitos laborales desempeñados<sup>490</sup>. De este vínculo originado por el respeto mutuo entre la ideología del trabajador y de la empresa destaca el hecho de la ausencia de necesidad tanto de compartir ideología con el centro como de adherirse a ella<sup>491</sup>, pues el artículo 16.2 CE constituye una garantía para el trabajador incluso en un contexto ideológico delimitado como el caso de las empresas de tendencia.

En síntesis, se ha hecho una referencia circunstancial al caso de los «centros docentes». En este tipo de centros, la premisa inicial del posible conflicto de carácter ideológico se identifica con el hecho de que pueden acogerse a un conjunto de valores determinados y establecer su enseñanza a tenor de la ética adoptada. El caso paradigmático de los centros docentes es aquel en el que se ha adoptado un dogma religioso, y el conflicto con la libertad ideológica acontece, habitualmente, a través de figuras como la libertad de cátedra del personal docente, reconocida como derecho fundamental en el artículo 20.1.c) CE. En este sentido, la libertad de cátedra, como explicó el TC, es una manifestación posible de la libertad ideológica

«una proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones de los docentes en el ejercicio de su función. Consiste, por tanto, en la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de su enseñanza, presentando de este modo un contenido, no exclusivamente pero sí predominantemente negativo»<sup>492</sup>.

El origen de la jurisprudencia acerca del conflicto entre la libertad de cátedra y la libertad del centro para adoptar su propio ideario se remonta a principios de los años ochenta, cuando se establecieron diversos puntos de interés para la delimitación conceptual de este conflicto. El TC estableció por entonces los requisitos por los que no puede verse limitado este derecho vinculado a la libertad ideológica:

---

<sup>489</sup> POQUET, 2015: 233.

<sup>490</sup> Sirva de ejemplo para la compatibilidad ideológica la STSJ de Cataluña 1148/2007, de 9 de febrero, donde se declaró haber causa de discriminación en el despido colectivo realizado por la empresa de automóviles SEAT. En aquel despido, los trabajadores afectados fueron desproporcionadamente los afiliados al sindicato CFG.

<sup>491</sup> ALONSO OLEA y MONTOYA MELGAR, 1997: 191-194.

<sup>492</sup> STC 217/1992, de 1 de diciembre.

«en primer lugar, la enseñanza en estos niveles tiene exigencias propias que son incompatibles con una tendencia expansiva de estas libertades y que, en segundo lugar, el profesor ni está obligado a convertirse en apologista del ideario propio del centro o a transformar su enseñanza en adoctrinamiento, ni facultado, por su propia libertad, para dirigir ataques directos o solapados contra el mismo, sino sólo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo, no resulten contrarios a aquél»<sup>493</sup>.

Consecuentemente, de esta interpretación sobre la libertad de cátedra se desprenden dos tipos de obligaciones relevantes a fin de tutelar la libertad ideológica: unas de carácter positivo y otras de carácter negativo, consistentes en el rigor objetivo de la enseñanza, donde los idearios del centro no pueden abarcar el total del contenido de la enseñanza impartida; y, asimismo, en la facultad de los docentes a no incorporar la orientación ideológica específica del centro<sup>494</sup>. Esta última obligación no es más que el derecho, en definitiva, a no adherirse a un ideario contrario al propio del artículo 16.2 CE en su variante para el derecho a la libertad de cátedra y que, en otro orden, pone de manifiesto el carácter relacional de la libertad ideológica.

En el caso de los centros docentes, una cuestión diferente viene determinada por el alcance de la manifestación externa de la libertad ideológica del docente, esto es, hasta qué punto resulta compatible manifestar una opinión contraria al ideario del centro en el que éste imparte docencia. Según el TC, la actividad del docente «hostil» contra el ideario del centro configura el presupuesto para justificar el despido por motivos ideológicos. Aunque matiza el TC que la disconformidad del docente no resulta en sí misma motivo suficiente para justificar este tipo de despido “si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades educativas del Centro”<sup>495</sup>.

Si bien el caso paradigmático para la libertad ideológica viene expuesto a través de los denominados centros docentes, resulta preciso señalar otro tipo de supuestos, como el acontecido en el ámbito de las «sociedades cooperativas». En las cooperativas, el posible trato discriminatorio viene acompañado de la imposibilidad de acceso a mecanismos de defensa característicos del Derecho Laboral, como la libre sindicación por no existir un sindicato, lo que pone en jaque los mecanismos antidiscriminatorios.

---

<sup>493</sup> STC 5/1981, de 13 de febrero, relativa a la libertad de cátedra de los docentes en centros privados.

<sup>494</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2010: 70-71. En este artículo se plantean, además, las implicaciones del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) sobre la libertad de cátedra. La autora estudió, para ello, el alcance y límites de la libertad de cátedra en el seno de la Ley Orgánica de Universidades.

<sup>495</sup> STC 47/1985, de 27 de marzo.

En el ámbito cooperativo, al trabajador se le emplea bajo la figura de «socio de trabajo», figura que formalmente no cumple con los requisitos de la relación laboral, en tanto que, al ser socio de la empresa, resulta beneficiario de la actividad de la sociedad. En otras palabras, no trabaja por cuenta ajena, sino que lo hace en calidad de órgano de la sociedad de la que es parte.

Bien es cierto que, en sociedades cooperativas de pocos socios, lo anterior no constituye una auténtica problemática; es en casos donde la sociedad cooperativa tiene un número relevante de empleados y, por consiguiente, cierta estructura orgánica jerarquizada, por la que los socios de trabajo de los estamentos inferiores carecen de garantías básicas laborales y, en definitiva, de derechos, como en el ejemplo referido previamente de inexistencia de un sindicato de empresa.

Resulta paradójico que formalmente al trabajador no se le pueda denominar «trabajador», cuando el «socio de trabajo» recibe una nómina a final de mes, tiene una jornada laboral, está bajo el personal superior de dirección inmediato, posee la capacidad para mejorar salarial y laboralmente y, además, el carácter del desempleo del socio de trabajado está equiparada con la del trabajador por cuenta ajena<sup>496</sup>. Puede que a partir de la Ley 31/2006, que incorporó al ordenamiento español las normas comunitarias sobre la «implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas», normativamente se pueda considerar en cierto modo el uso indistinto de los términos «trabajador» y «socio de trabajo», aunque las sociedades cooperativas se valen de que el socio de trabajo es socio y beneficiario y, por tanto, no trabaja por cuenta ajena, sino propia, esto es, en tanto que socio de la cooperativa, se da trabajo a sí mismo.

Al constituirse con la finalidad de buscar el beneficio común de los socios, las sociedades cooperativas elevan un fin por encima del ánimo de lucro característico del sector empresarial, lo que, según OTADUY<sup>497</sup>, supondría el requisito para elevar su categorización al de empresas ideológicas: los fines o valores cooperativos devienen el baremo por los que una sociedad tiene la facultad de apartar de la línea de trabajo a aquellos trabajadores o socios de trabajo manifiestamente contrarios a ellos. Claro es que esta afirmación parte de la necesaria observación de los fines o valores cooperativos como un ideario o tendencia de la sociedad. Para la doctrina laboral española no está tan claro que una sociedad cooperativa pueda ser catalogada como empresa de tendencia,

---

<sup>496</sup> LÓPEZ GANDÍA, 2006: 210-211.

<sup>497</sup> OTADUY, 1985: 174-175.

aunque la doctrina jurídica italiana sí es tajante en este sentido: el ideario configurado por los fines cooperativos inspira el valor de asociación de dicha empresa, de ahí que resulte incompatible con la disconformidad ideológica del trabajador. En otras palabras, según esta doctrina, el trabajador cuyo ideario sea contrario a los fines cooperativos no tiene lugar en esa sociedad<sup>498</sup>.

Esta incompatibilidad no tiene cabida en nuestra tradición jurídica, puesto que de la Constitución Española se predica el indiferentismo ideológico. En cualquier caso, el paralelismo que podría establecerse con esta incompatibilidad entre el ideario cooperativo y el del trabajador, debería establecerse a partir de la «hostilidad» del trabajador, como se ha expuesto a partir de la jurisprudencia del TC. En este sentido, lo que piense el socio de trabajo no debe suponer un problema para la cooperativa, siempre que cumpla con su aportación de socio a esa sociedad. Contrariamente, si la opinión o creencia del trabajador es manifiestamente contraria a los valores societarios y suponen un daño para la actividad social, se estaría creando una hostilidad resultado de la divergencia ideológica del socio de trabajo con la sociedad a la que ha decidido ser parte. En definitiva, la coyuntura se resume en la existencia de la siguiente patología: aunque haya divergencia, si el socio cumple con su aportación de trabajo a la sociedad, no caben motivos ideológicos para poner fin a su vínculo con ésta, al contrario de cuando la divergencia ideológica crea dificultades para poder perseguir los fines sociales.

Debe apreciarse que lo anterior resulta dable en función del derecho fundamental a la libertad ideológica. Al preguntarse por la tutela frente al trato discriminatorio del socio de trabajo se observa un reducto jurídico, a día de hoy, ciertamente complejo en las sociedades cooperativas. En atención a la LISOS y la Ley 31/2006, la prohibición de un trato discriminatorio se encuentra reducida a las decisiones empresariales, en este caso, de los órganos de dirección de la sociedad, sobre la implicación del trabajador en

---

<sup>498</sup> Según BIAGI (1983: 100-106), la concepción ideológica de la cooperativa entrelaza la función de la cooperativa con el movimiento sindical, debido a que su función no está estrictamente ceñida al ánimo de lucro, por lo que resulta “incompatible con reacciones antiobreras o reaccionarias”. Si bien en Italia las sociedades cooperativas están ideológicamente vinculadas a un movimiento ideológico-político concreto, lo que justifica la compatibilidad entre el ideario del trabajador y el de la sociedad para poder ser socio de la misma, éste no es el caso de España. Según BLAT GIMENO (1986: 71-73), la compatibilidad es determinante para negar su calificación como empresa ideológica. No obstante, lo cierto es que en España el origen de una cooperativa viene justificado no por un objeto que debe ser necesariamente el ánimo de lucro y sí por la puesta en común de algún tipo de valor, como explica DÍAZ DE LA ROSA (2015: 258-259), para la satisfacción de las “necesidades y aspiraciones sociales o económicas que presentan en común todos sus socios”. Por tanto, aunque se discuta la idoneidad del término «empresa de tendencia» para las cooperativas, el conflicto por motivos ideológicos es completamente plausible.



la cooperativa, donde los motivos ideológicos no pueden suponer una barrea en la toma de decisiones<sup>499</sup>.

Además del caso de las sociedades cooperativas, debe dejarse constancia de la «Administración Pública», y si las garantías de esta libertad frente al trato discriminatorio se pueden predicar en los mismos términos. Para ello es necesario dar respuesta a si la Administración puede adoptar algún ideario propio o una ética particular. En cualquier caso, el artículo 14 del TREBEP establece los derechos propios que protegen al trabajador en su esfera íntima, la prohibición de no discriminación por motivos ideológicos y la libertad de expresión del trabajador público, en los apartados h), i) y k) respectivamente.

A diferencia de las empresas o entidades privadas, la Administración es un ente vinculado estrictamente al principio de legalidad, del que se desprenden reglas como la igualdad y la no discriminación y, especialmente, por su estricta vinculación con el interés público. Pese a este vínculo que la diferencia sustancialmente de una empresa, la Administración tiene diversas facetas, una de las cuales la evidencia como un ente de poder contratante, pues no existen solamente los contratos que vinculan a un trabajador funcionario con la Administración, sino que ésta realiza contratos con servicios de limpieza, de jardinería o de líneas de teléfono e Internet como si de una empresa se tratara.

Teniendo presente lo anterior, cierto sector de la doctrina jurídica explica que la Administración debe comprenderse dentro de las empresas denominadas «empresas neutras», cuya actividad carece de contenido ideológico<sup>500</sup>. Autores como María José GÓMEZ-MILLÁN sitúan dentro de esta categoría a la actividad desarrollada por la Administración<sup>501</sup>. La categoría empleada por esta autora sirve para abordar el estudio de situaciones como la figurada en la STSJ Andalucía 716/2010, de 2 de marzo de 2010: en el supuesto de hecho se debatió el despido de unos trabajadores contratados por tiempo definido y prorrogados una vez terminado el contrato. Los trabajadores eran afines al partido opositor al del Consistorio del Ayuntamiento que extinguió sus contratos, tal y como habían manifestado públicamente durante el periodo electoral. La

---

<sup>499</sup> En el artículo 10 bis 2 d) de la LISOS se establece que «las decisiones adoptadas en aplicación de la Ley sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, que contengan o supongan cualquier tipo de discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas por razón de sexo, nacionalidad, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio, en general, de las actividades sindicales, o lengua».

<sup>500</sup> CALVO GALLEGOS, 1995: 184-185.

<sup>501</sup> GÓMEZ-MILLÁN, 2001: 167-279.

decisión de extinguir los contratos prorrogados fue respaldada tanto por el Pleno Municipal como por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo Andaluz. Ante este hecho, el fallo que resolvió la sentencia declaró los despidos nulos bajo fraude de ley. Para TSJ de Andalucía interesa ver la capacidad de la Administración para actuar como un ente contratante y, por consiguiente, la posibilidad de producir discriminación por motivos ideológicos aun en supuestos de aparente «neutralidad laboral», en el sentido que una empresa de tendencia, como sucedía en caso. Además, la resolución judicial se pronunció sobre un supuesto de discriminación ideológica empleando para ello la figura jurídica del «fraude de ley». Aunque fácticamente la Administración tenga esta facultad de contratación, la jurisprudencia es reticente a catalogarla específicamente como empresa ideológica o de tendencia, pues la Administración sirve a unos fines generales y está estrechamente vinculada al principio de legalidad<sup>502</sup>.

Para poner fin a este epígrafe no puede pasarse por alto que la «objección de conciencia» constituye un tipo de manifestación de la libertad ideológica y que ello también debería observarse en el contexto de una empresa de tendencia.

Se ha puesto de manifiesto que, en la STC 53/1985, de 11 de abril, el TC explicó que la objeción de conciencia podría ser concebida para un contexto diferente al del servicio militar, lo que profundizaba en la posibilidad de establecer una objeción genérica de conciencia fundamentada a partir del artículo 16 CE y no del artículo 30.2 CE. Si bien, además, el propio TC estableció los parámetros por los que debe entenderse una manifestación de opinión contraria u «hostil», en la jurisprudencia solamente se ha contemplado la objeción de conciencia implícita en el artículo 16 CE en aquellos supuestos amparados por la norma determinada en un sector y en el ejercicio de un derecho no frente a cualquier orden o mandato, sino frente a una norma de tipo coercitivo respaldada por el orden jurídico estatal, tal y como explicó ESCOBAR ROCA<sup>503</sup>. A día de hoy, no se ha producido el desarrollo normativo del artículo 16 CE que establezca el derecho general a la objeción de conciencia por motivos ideológicos. Por tanto, en lo que respecta a la libertad ideológica, la respuesta que permite el ordenamiento ante las coyunturas de carácter moral o ideológico es aquella dable desde la dimensión interna de esta libertad, siempre que no pueda realmente efectuarse *ex profeso* una objeción frente a terceros de carácter ideológico. En otras palabras, si se analizan este tipo de conflictos de acuerdo con las posibilidades que ofrece la tutela de

---

<sup>502</sup> Cfr. STSJ Madrid 1097/2016, de 21 de diciembre.

<sup>503</sup> ESCOBAR ROCA, 1993: 42.

la dimensión interna de la libertad ideológica, el trabajador ve reducida su potencial posición de objetor a aquella dispuesta a través de las garantías de la dignidad y de la intimidad de la persona y, por consiguiente, no de un mecanismo propio del derecho fundamental a la libertad ideológica.

#### **IV.5.3. Los requisitos profesionales**

Para la libertad ideológica, el aspecto de mayor incidencia sobre su tutela frente al trato discriminatorio viene dado por el artículo 4 de la Directiva 2000/78/CE, en el que se establece la excepción al principio de no discriminación por motivos ideológicos en la relación laboral a partir de los «requisitos profesionales». Requisitos que la Directiva prevé con gran incidencia para aquellos casos que la empresa se haya declarado de tendencia. Cabe decir que, en la Directiva, se recoge el motivo protegido de religión, ahora bien, a continuación, se cita una suerte de cláusula abierta en referencia a cualquier otro tipo de convicciones o ética que pueda revestir la actividad profesional. Por tanto, el contexto ideológico empresarial que puede dar lugar a justificar un trato desigual no está ceñido estrictamente a la religión.

La denominación de requisitos profesionales procede del propio texto normativo, donde el artículo se acompaña del título «requisitos profesionales». En el artículo 4 de la Directiva se establece que una diferencia de trato

«no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado»

A tenor del citado artículo, el trato desigual por motivos ideológicos puede ampararse por dos razones: la naturaleza de la actividad profesional y el contexto donde se lleva a cabo el trabajo.

El requisito de la «naturaleza de la actividad profesional» se reivindica fuertemente en las empresas ideológicas o de tendencia, previstas en el segundo apartado del artículo 4 de la Directiva 2000/78/CE, traducéndose en un requisito ideológico o ético para el ejercicio de la profesión en la empresa. Por esta razón, su implementación se ha llevado

a cabo especialmente a través de la adecuación a los centros docentes religiosos, como explican Santiago CATALÀ RUBIO y Agustín MOTILLA<sup>504</sup>.

La naturaleza de la actividad significa que la ideología o la religión deben ser determinantes para poder realizar la actividad profesional. En este sentido, el TC ha configurado la naturaleza de la actividad profesional como un requisito de «competencia» para desempeñar una determinada actividad laboral<sup>505</sup>. En favor de los centros docentes religiosos hay que señalar que la normativa comunitaria no impide que las confesiones religiosas, siempre legalmente establecidas de acuerdo con el ordenamiento jurídico estatal, actúen como si de un empresario se tratara<sup>506</sup>.

En virtud de la Directiva 2000/78/CE, la norma general es que el trabajador no puede padecer un trato discriminatorio por razón de ideología. Sin embargo, si bien los requisitos para el puesto de trabajo dan lugar a la justificación de un trato desigual pero que deja de ser discriminatorio, en cualquier caso, las razones para realizar efectivamente este trato deberán someterse a las reglas del «principio de proporcionalidad». Sobre este principio, la lógica imperante en la relación entre la causa, ejemplificada por decisiones y actos del empresario que dan lugar a un trato discriminatorio por motivos ideológicos, por un lado, y su efecto sobre la libertad ideológica del trabajador, por otro, lleva a considerar una interpretación restrictiva de la justificación del uso del requisito de la naturaleza de la actividad profesional.

Los requisitos se aplican al conflicto generado por la tensión entre la ideología del trabajador con la ética, ideario o religión declarada preceptivamente por la empresa. En estos términos, la ideología del trabajador será relevante para aplicar este requisito en cuanto cree un daño manifiesto para la ética o ideario de la empresa. De ahí es posible afirmar que difícilmente se dará la aplicación de este requisito si el trabajador no ha manifestado su ideología en alguna situación vinculada con su actividad profesional. La manifestación de un ideario contrario al de la empresa en el ámbito privado constituye un límite protegido bajo la intimidad personal, pues la libertad ideológica del trabajador se protege a través del vínculo de con la esfera íntima del individuo. En consecuencia, en lo tocante a la libertad ideológica, la naturaleza del trabajo de ser comprendida: particularmente, según el daño producido por manifestar la ideología durante la actividad laboral; y, genéricamente, según el requisito de objetiva competencia para

---

<sup>504</sup> CATALÀ RUBIO y MOTILLA, 2012: 85 y ss.

<sup>505</sup> STC 128/2007, de 4 de junio.

<sup>506</sup> CALVO GALLEGO y FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2001: 145-146.

desempeñar la actividad laboral, que se aplica según la capacidad del trabajador para llevar a cabo la faena, de acuerdo con los términos empleados por el TC.

Además, en la Directiva se establece el requisito el «contexto» del lugar de trabajo. El contexto ideológico puede verse con más detalle a través del siguiente ejemplo. Un centro docente de religión judía publica un anuncio para contratar a un jardinero y se presentan diferentes personas en condiciones similares, donde algunas de ellas son personas comulgantes con esta religión, y otras llevan una filosofía de vida que no adopta ninguna religión en particular. Amparándose en el contexto ideológico, el centro docente religioso, en tanto que el empresa, puede contratar a las personas de religión judía y excluir al resto de candidatos. Ello no sería motivo de discriminación si únicamente se alega esta razón: que ha contratado personas cuya religión es afín a la del centro. En los centros religiosos, los trabajadores que comulgan con tal religión tienen mejor posición para desempeñar su actividad laboral. La Directiva da por opción válida y lógica que una empresa con una ética o ideario determinado pueda decantarse por escoger a las personas que manifiestamente comulguen con su ideario.

Ahora bien, de este contexto se deben realizar dos consideraciones.

La primera es que el principio de proporcionalidad debe regirse por las reglas de la buena fe y la lealtad del trabajador hacia la empresa, tal y como exige la propia directiva. Tanto el trabajador de ideología «neutra» como el trabajador de «tendencia» deben respetar la ética o el ideario de la empresa. Este respeto debido del trabajador le obliga a realizar una prestación de consecución, realización y determinación de los fines ideológicos de la empresa, puesto que este tipo de relación laboral imprime un régimen de deuda de contenido ideológico entre el trabajador y el empresario. A través del contexto ideológico se establece un requisito para ejecutar debidamente la prestación laboral del trabajador; un requisito profesional que puede imponer legítimamente el empresario<sup>507</sup>. El debido respeto del trabajador finaliza en el deber de prestación de la actividad laboral y, en consecuencia, no quedan sujetas a la legalidad aquellas decisiones del empresario que excedan del requisito ideológico determinado para el cargo<sup>508</sup>.

La segunda consideración es que el contexto ideológico configura un objeto de prestación de carácter ideológico en el negocio jurídico celebrado entre trabajador y empresario. Por tanto, no cabría ningún otro tipo de trato desigual por motivos

---

<sup>507</sup> CALVO GALLEGO y FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2001: 150-151.

<sup>508</sup> CALVO GALLEGO, 1995: 153 y ss.

ideológicos, a tenor de las exenciones previstas en esta Directiva a través de los requisitos profesionales. Es menester volver a reseñar que el alcance de la facultad del empresario para realizar un trato desigual amparado en la ley y en función de motivos ideológicos se limita a las manifestaciones de la dimensión externa de la ideología del trabajador, en tanto que éstas impidan el efectivo cumplimiento de las obligaciones dispuestas en el contrato laboral y/o creen un daño para la empresa. Establecidos estos parámetros, el trato desigual no resultará válido si trae consecuencias para la dimensión interna de la libertad ideológica, ubicada en esfera íntima del trabajador, al quedar excluida en su totalidad del trato discriminatorio en el ordenamiento jurídico español<sup>509</sup>.

#### **IV.6. Discriminación laboral por motivos ideológicos**

A través de esta sección van a exponerse los diferentes tipos de trato discriminatorio que se pueden producir en el ámbito laboral, con una especial atención a los actos del empresario que derivan en discriminación y a la figura del acoso moral. La exposición se detendrá particularmente en esta última figura, el acoso moral, un tipo de acoso discriminatorio, que entre otras razones puede ser causado por motivos ideológicos. A este tipo de situaciones resulta posible darles respuesta través de las normas administrativas y penales. Estas dos temáticas, los tipos de trato discriminatorio por motivos ideológicos en el ámbito laboral y las respuestas que se encuentran en las normas administrativas y penales, configuran el orden del epígrafe.

##### **IV.6.1. Trato discriminatorio y acoso moral**

Existe una denominación específica para el trato discriminatorio que se produce en el seno de una relación de trabajo: la discriminación laboral.

Al observar la normativa internacional se obtiene una primera referencia de qué característica personal relacionada con la libertad ideológica está protegida frente al trato discriminatorio en el ámbito jurídico-laboral. En los Convenios OIT se ofrece, además, una definición de qué debe ser entendido por este tipo discriminación característica del ámbito laboral. Puede tomarse como referencia el artículo 1 del C111 OIT, en donde se establece que la «discriminación laboral» viene referida por cualquier

---

<sup>509</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, 1985: 427.

«distinción, exclusión o preferencia padecida por el trabajador que altere la igualdad de trato u oportunidades en el trabajo». Entre las características destacan la «religión» y la «opinión política» como motivos protegidos frente al trato discriminatorio: en general, en los diversos Convenios de la OIT<sup>510</sup> y, en particular, en el Convenio 181 OIT<sup>511</sup>.

Según GODÍNEZ VARGAS, el motivo «opinión política» que se introduce junto con la expresión «distinción, exclusión o preferencia» comprende tanto la expresión de una idea como una opinión. Así, el autor entiende que opinión política tiene un sentido amplio, dado que incluye

«cualquier actividad por medio de la cual se exprese el apoyo o no a esos ideales, principios o valores. La conducta que se sanciona puede originarse tanto en una acción (se dio el apoyo a) como en una omisión (no se dio el apoyo a), así como en una conducta explícita o implícita»<sup>512</sup>.

En un sentido amplio, las ideas, creencias o pensamientos del trabajador configuran la opinión que puede manifestar el trabajador y, según su contenido, puede existir una diferencia de trato que sea discriminatoria para el trabajador. Por ello, el trato discriminatorio o, en otras palabras, la discriminación laboral, estará motivada por la opinión legítima que el trabajador haya expresado<sup>513</sup>.

Ahora bien, la discriminación laboral debe ser diferenciada del «acoso discriminatorio», concepto que puede ser catalogado como una modalidad agravada de acoso discriminatorio, aunque es necesario definirlo con mayor rigurosidad. Si bien la prohibición de discriminación hace referencia al trato peyorativo por alguno de los motivos protegidos por el ordenamiento jurídico, el acoso, por su parte, es una figura

---

<sup>510</sup> Entre los Convenios de la OIT figuran el C111 OIT, relativo a la discriminación en el empleo y la ocupación, definido por la propia OIT como uno de sus Convenios Fundamentales (*vid.* <http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm>). Del mismo modo, los convenios C122 OIT, relativo a la política de empleo, C156 OIT, relativo a los trabajadores con responsabilidades familiares, y C181 OIT, sobre la no discriminación en el acceso al empleo, establecen la prohibición de discriminación de una manera similar al C111 OIT y lo establecido en las directivas comunitarias. Además de estos convenios, la igualdad de trato y no discriminación está presente en artículos específicos de otros convenios de la OIT que regulan otros aspectos específicos de la relación laboral. Sirva de ejemplo el artículo 6 del Convenio 158 OIT sobre la prohibición de despido por motivo de enfermedad o lesión, sobre el que nuestra jurisprudencia entiende que la normativa internacional define «causas odiosas de discriminación», *vid.* stc 339/2013, de 19 de noviembre.

<sup>511</sup> El Convenio 181 OIT tiene el fin de promover la igualdad de oportunidades y de trato en el acceso al empleo y profesiones. En el artículo 5.1 prohíbe, entre sus tipos, la discriminación por motivo de religión y opinión política. Sobre el fin de este convenio, explica ALAMEDA CASTILLO (2014b: 38 y ss.) que el ámbito material del acceso al empleo incluye el servicio relacionado con la búsqueda de empleo, como el hecho de brindar información no vinculante sobre oferta y demanda.

<sup>512</sup> GODÍNEZ VARGAS, 2014: 739-744.

<sup>513</sup> URRUTIKOETXEA, 2014: 224.

que requiere ser precisada, dado que comporta ciertos cambios en la tutela frente al trato discriminatorio.

Debe tenerse en cuenta que, al hablar de algún tipo de acoso discriminatorio, adquiere relevancia la conducta ilícita. Para el Derecho, la tutela no descansa en el trato discriminatorio que hiere la dignidad e integridad moral de la víctima, sino en el acto o conducta que da lugar a esta situación<sup>514</sup>. Mediante el acoso discriminatorio se produce un cambio de perspectiva que va desde una óptica proteccionista frente al trato discriminatorio sobre la víctima, a una inquisitiva sobre la conducta que realizar el actor.

En el aspecto normativo, la noción de acoso discriminatorio procede de la Directiva 2000/78/CE, donde se introdujeron una serie de motivos protegidos frente a este tipo de conductas: religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual<sup>515</sup>. Por tanto, la noción de acoso discriminatorio por motivos ideológicos procede de la Directiva y cabe señalar, a su vez, que en esta Directiva no se incluyen ni el acoso discriminatorio por motivo racial o étnico, al incorporarse en la Directiva 2000/43/CE, ni el de género, conocido como acoso por razón de sexo, al establecerse en las Directivas 2004/113/CE, 2006/54/CE y 2010/41/CE.

En el artículo 2.1 de la Directiva 2000/78/CE se establece que el acoso discriminatorio es un comportamiento destinado a «atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». Con esta definición, en la Directiva se establece un comportamiento constitutivo de un trato discriminatorio que podría ser descrito en los términos relativos a un tipo agravado de discriminación directa. En cualquier caso, lo reseñable es que el acoso recibe la consideración de «acto discriminatorio»<sup>516</sup>. Según la misma Directiva, debe entenderse por acoso discriminatorio un atentado sobre la dignidad de la persona, que ROSA QUESADA ha entendido como una condición especificada para evitar así conceptos

---

<sup>514</sup> URRUTIKOETXEA, 2014: 227.

<sup>515</sup> La noción de acoso discriminatorio procede, cronológicamente, de la Directiva 2000/43/CE, publicada unos meses antes a la Directiva 2000/78/CE, donde se incorporó la misma definición introducida por la anterior directiva. ALTÉS TÁRREGA (2008: 52 y ss.) explicó que, con la trasposición de las directivas al ordenamiento jurídico español, mediante la Ley 62/2003 se pretendió la aplicación real y efectiva del principio de igualdad y no discriminación. Para ello, la legislación guardó mucha similitud entre los tipos de acoso, diferenciando básicamente en el motivo protegido y amparándose en criterios objetivos como la gravedad suficiente. Debido a la relevancia social y política, el acoso por razón de sexo se ha configurado como un motivo protegido diferenciado en la modalidad de acoso. Desde la Convención de Estambul de 2011, la concepción sobre esta modalidad de acoso, conocido como *stalking* -a diferencia del conocido *mobbing* o acoso laboral-, lleva a una parte de la doctrina laboral a considerarlo como un supuesto *sui generis*, cfr. MAUGERI, 2016: 226-253.

<sup>516</sup> TOSCANI GIMÉNEZ, 2009: 112-113.



jurídicos indeterminados, esenciales para “el entendimiento correcto del principio de igualdad de trato”<sup>517</sup>.

Al identificar este tipo de acto en el atentado contra la dignidad del trabajador, puede parecer que con esta precisión se está limitando la noción de acoso discriminatorio, no obstante, no es así por las siguientes dos razones: en primer lugar, aunque se señale de forma genérica la dignidad de la persona, el bien jurídico tutelado continúa siendo la esfera íntima de la persona y en lo tocante a la libertad ideológica, su protección se canaliza bajo la misma vía, por tanto, no se limita, en todo caso se articula por el mismo medio; y, en segundo lugar, el propio TJUE ha empleado la noción de acoso discriminatorio para supuestos no previstos expresamente en la Directiva. El TJUE extendió la noción de acoso discriminatorio a un nuevo tipo, el acoso por asociación<sup>518</sup>. Este concepto procede de un supuesto de discriminación por asociación debido al motivo de diversidad funcional<sup>519</sup>, aunque recientemente el TJUE ha empleado el criterio usado para establecer este tipo de acoso de forma horizontal con otros motivos protegidos<sup>520</sup>.

Más allá de la noción que se deriva de la normativa y se desarrolla en la jurisprudencia, la terminología puede resultar un tanto confusa. El acoso discriminatorio necesariamente se efectúa por algún motivo protegido frente a discriminación, de ahí que deba distinguirse entre el acoso y la discriminación laboral.

El acoso discriminatorio constituye un tipo específico de acoso en el ámbito laboral o, simplemente, acoso laboral, también conocido por cierta doctrina por el término «*mobbing*», y que Concepción NIETO MORALES explica como la “violencia psicológica injustificada a través de actos negativos y hostiles dentro o fuera del trabajo por parte de superiores y compañeros. Dicha violencia psicológica se produce de forma sistemática y recurrente durante un tiempo prolongado”<sup>521</sup>. El atentado se produce sobre la esfera íntima de la persona y por ello también es habitual encontrar el término «acoso moral»<sup>522</sup>, que es el término habitualmente empleado por nuestros tribunales.

---

<sup>517</sup> QUESADA SEGURA, 2007: 60-61. La relevancia de la distinción entre este «atentado» a la dignidad y otro tipo de «trato» discriminatorio repercute especialmente en el ámbito judicial, como puede observarse esta noción en la jurisprudencia reciente de los tribunales de justicia españoles, verbigracia, STSJ País Vasco 173/2017, Sala de lo Social, de 24 de enero.

<sup>518</sup> STJUE de 27 de julio de 2008, asunto *Coleman*.

<sup>519</sup> NAVAS NAVARRO, 2009: 1197.

<sup>520</sup> Vid. STJUE de 16 de julio de 2015, asunto *Chez Razpredelenie Bulgaria AD vs. Komisia za zashita ot diskriminatsia*.

<sup>521</sup> NIETO MORALES, 2016: 110.

<sup>522</sup> VILLEGAS FERNÁNDEZ y LAFONT NICUESA, 2006: 55 y ss.

En lo referente a la libertad ideológica, este acoso moral es un tipo de violencia que repercute igualmente sobre la esfera íntima del individuo, aunque el motivo de la hostilidad necesariamente se identifique en las ideas, creencias o pensamientos concretos de ese individuo. Cuando lidia un motivo protegido, en este caso los de carácter ideológico, el TC considera que este tipo de acoso es un tipo «agravado» de discriminación. Las garantías para la persona proceden del derecho fundamental a la intimidad, en virtud del artículo 18.1 CE, relativo al derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen y, asimismo, del artículo 4.2.e) ET<sup>523</sup>. El derecho fundamental a la intimidad está vinculado con la dimensión interna de la libertad ideológica, al otorgarle a esta libertad la inmunidad frente a terceros, y para el TC supone “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás”<sup>524</sup>. A estos efectos, la dimensión interna de la libertad ideológica debe ser identificada en el ámbito propio, reservado del individuo y constitutivo de la intimidad, esta esfera íntima que justifica la protección frente a terceros, una esfera donde puede padecerse ningún tipo de perjuicio. De ahí que el acoso sea considerado un tipo agravado de discriminación.

Como se ha mostrado, el acoso moral no es un fenómeno solamente tipificado a partir de la protección de la esfera íntima de la persona, también lo es por la penalización de la conducta delictiva. Explicó ARBONÉS LAPENA que en España se castiga la conducta del hostigamiento que supone un atentado contra la integridad y la dignidad del trabajador, con independencia del daño creado. No existe una normativa específica, en todo caso, la trasposición de directivas relativas al concepto de acoso moral. Ello no ha sido impedimento para que en nuestro ordenamiento jurídico exista una jurisprudencia reseñable sobre el acoso moral<sup>525</sup>. El estudio de la jurisprudencia por parte de esta autora muestra los elementos objetivo y subjetivos que caracterizan a este tipo acoso en el contexto de la relación laboral. Por un parte, los elementos objetivos que configuran el acoso son: la conducta típica de hostigamiento, persecución o violencia psicológica; la reiteración de la conducta, en relación a la frecuencia de lo que se hace; el lugar de trabajo o con ocasión del mismo, lo que permite perseguir situaciones como el ciberacoso; y el daño psíquico derivado, que la autora explica que no deben ser evaluadas en función de la gravedad, sino del plan delictivo llevado a cabo

---

<sup>523</sup> STC 70/2002, de 3 de abril.

<sup>524</sup> STC 231/1988, de 2 de diciembre.

<sup>525</sup> ARBONÉS LAPENA, 2014: 24-27.

por el acosador. Por otra parte, los elementos subjetivos vienen conformados a partir de los distintos perfiles de acosador (narcisista, paranoide, antisocial u obsesivo-compulsivo) y de víctima<sup>526</sup>.

El acoso moral ha supuesto un quebradero de cabeza para el Derecho, un verdadero problema para la efectiva protección de la dignidad e intimidad de la persona y de ahí que, pese a la ausencia de una norma específica que lo defina, su tratamiento ha sido acompañado de políticas específicas para su erradicación. En el Acuerdo Marco Europeo de 2007 sobre acoso y violencia en el trabajo (AMEVA) se estableció que «las empresas deben redactar una declaración de que no tolerarán el acoso y la violencia», y se especifica el tipo de procedimiento a seguir ante estas situaciones. A tenor de esta normativa, ARBONÉS LAPENA explica que esta obligación, de carácter preventivo, tiene cabida en la legislación de los riesgos laborales en función de los denominados «riesgos psicosociales» y en donde le resulta posible observar tres tipos de obligaciones preventivas: primarias, previas a la vía judicial, donde se exige al empresario garantías de que no se materialice el resultado lesivo del acoso a través de medios, como la evaluación de riesgos, la formación de trabajadores o la vigilancia y control de la salud; secundarias o reparadoras, destinadas a identificar las conductas o actos que derivan en acoso y caracterizadas por la evaluación de los riesgos en la esfera íntima del trabajador por parte de la empresa; y terciarias o sancionadoras, cuyo objetivo es la rehabilitación o recuperación de los trabajadores víctimas del acoso<sup>527</sup>.

Para MOLINA NAVARRETE, la penalización del acoso moral en la relación de trabajo responde a las “políticas de lucha criminal contra la violencia psico-moral en los lugares de trabajo”<sup>528</sup>. Prestando atención a la jurisprudencia, esta protección frente al acoso moral debe observarse de acuerdo con un triple criterio: el de carácter continuado de la conducta de acoso, la intencionalidad de tal conducta o dolo y la lesión efectiva y grave de la integridad moral del trabajador<sup>529</sup>. En este sentido, el acoso moral no se prueba meramente con la aportación del hecho, sino que debe demostrarse la lesión efectiva y grave mediante una situación de hostigamiento y, además, que éste tenga un alto grado de intensidad. Como se explica en la STSJ Galicia 5087/2014, Sala de lo Social, 20 de octubre:

---

<sup>526</sup> ARBONÉS LAPENA, 2014: 30-33.

<sup>527</sup> ARBONÉS LAPENA, 2014: 90-94.

<sup>528</sup> MOLINA NAVARRETE, 2007: 76.

<sup>529</sup> *Cfr.* entre otras, STS, Sala 2ª de lo Penal, de 24 de marzo de 2003 y SAP Vizcaya, sala Penal, de 2 de febrero de 2006.

“se viene exigiendo, para determinar la existencia de acoso moral, que la situación de violencia sea grave, llegando a utilizarse los términos violencia intensa o extrema, lo que quiere decir para calificar una conducta, como acoso moral, no basta que exista una violencia psicológica leve o menor, incapaz por sí misma de provocar daño en persona normal, sino que se requiere que el hostigamiento tenga un alto grado de intensidad”.

En consecuencia, de lo anterior se observa una distinción entre el acoso y la discriminación por motivos ideológicos que cabe destacar. La discriminación por motivos ideológicos se incluye dentro del principio de intervención mínima del Derecho Penal, contrariamente al acoso discriminatorio, cuya gravedad exige, en efecto, la intervención penal y la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en el 173 CP<sup>530</sup>. Esta gravedad ha sido recogida en la jurisprudencia, donde los tribunales han explicado que en la norma penal se incluyen “lo que podríamos denominar torturas cometidas por particulares”<sup>531</sup>. La gravedad pone de manifiesto la magnitud del daño producido en la víctima<sup>532</sup>.

Realizada la distinción entre acoso y discriminación según la gravedad de la decisión, es preciso señalar además otros dos aspectos relevantes del acoso en la relación laboral. Se diferencian dos tipos de responsabilidad que se derivan de la conducta que da lugar al acoso: en primer lugar, la realizada en el seno de la empresa y, en segundo lugar, la propiciada por la relación de trabajo. Es decir, es posible realizar una distinción en función de si el acoso tiene lugar en la empresa o si es resultante de la relación entre víctima y acosador.

En el supuesto de «acoso en el seno de la empresa», el empresario tiene conocimiento de la situación de hostigamiento hacia un trabajador, que será entendido como horizontal entre trabajadores y como vertical en el supuesto de realizarse por un superior jerárquico del trabajador. Desde que el empresario tiene conocimiento de la situación de acoso a un trabajador tiene el deber de hacer uso de los mecanismos legales para solucionarla. Esta obligación para el empresario procede de la tutela de la intimidad en las relaciones laborales, más concretamente, por la aplicación de las reglas contempladas en la LISOS (Real Decreto Legislativo sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social)<sup>533</sup>. Así, en la jurisprudencia constitucional se evidencia que el

---

<sup>530</sup> MARTÍNEZ ATIENZA, 2011: 194.

<sup>531</sup> SAP Huelva 142/2014, de 24 de abril.

<sup>532</sup> STSJ Madrid 7/2017, Sala 4ª, de lo Social, de 10 de enero.

<sup>533</sup> CASTRO ARGÜELLES y RODRÍGUEZ CARDO, 2008: 255 y ss.

trabajador recibe la tutela de su intimidad como garantía de indemnidad y directamente en relación al artículo 4.2.g) ET<sup>534</sup>.

En el acoso en el seno de la empresa, la cuestión debe centrarse en qué acciones del empresario constituyen acoso en el trabajo a partir de los términos establecidos en el artículo 8.12 LISOS. En este artículo se estipula como una infracción administrativa muy grave la «decisión» tomada por el empresario que cree una situación de discriminación directa o indirecta para un trabajador<sup>535</sup>. En dicho artículo se incluyen dos supuestos relativos a la decisión empresarial: uno para el supuesto de tomar la decisión unilateralmente, como acto de manifestación del poder de dirección del empresario; y otro sobre la decisión tomada como represalia ante las acciones administrativas y/o judiciales emprendidas por el trabajador para exigir el cumplimiento del principio de no discriminación. En el supuesto de tener conocimiento de la situación de acoso, la responsabilidad del empresario recibe la misma previsión por parte de la LISOS (art. 8.13.bis), ahora bien, hay que señalar que la responsabilidad viene derivada de la «pasividad» del empresario ante el conocimiento de los hechos dentro del alcance de su poder de dirección. Al respecto, la doctrina laboral ha señalado, además, que existe la obligación preventiva de dar respuesta al acoso desde un punto de vista de prevención de la situación y en perspectiva de no discriminación<sup>536</sup>.

Finalmente, cabe advertir, un hecho procesal de relevancia para la tutela frente al trato discriminatorio. Este tipo de infracciones son de carácter administrativo, aunque procedan del ámbito laboral, y las consecuencias judiciales sobre su responsabilidad deben tutelarse en el orden jurisdiccional administrativo y no en el foro de lo social (art. 1.1 LISOS).

En cuanto al «acoso en una relación de trabajo», los sujetos del conflicto se componen necesariamente por las figuras de trabajador y de empresario. En consecuencia, este segundo supuesto identifica al empresario como actor de la discriminación o acoso, a diferencia del acoso en el seno de la empresa donde la responsabilidad le resulta imputable por dos razones: por su pasividad ante el conocimiento del hecho y por no tomar medidas.

---

<sup>534</sup> CASTRO ARGÜELLES y RODRÍGUEZ CARDO, 2008: 262.

<sup>535</sup> Las infracciones y las consiguientes sanciones contempladas en la ley abarcan cualquier modalidad de discriminación y acoso que el empresario tenga conocimiento en el seno de la empresa. Así, puede verse un análisis realizado para el supuesto de discriminación por razón de sexo en TAPIA BALLESTEROS, 2011: 8 y ss.

<sup>536</sup> FABREGAT MONTFORT, 2012: 31-32.

Como se ha mostrado, las decisiones del empresario pueden dar lugar a un trato discriminatorio e incurrir en una infracción administrativa justiciable en el foro contencioso. A ello se añade que la producción de una grave situación de discriminación en la relación laboral puede resultar en un ilícito penal. En este sentido, TAPIA BALLESTEROS explicó que constituye la conducta típica del artículo 314 CP<sup>537</sup>. Sucede que el trato discriminatorio contemplado en el tipo penal requiere estar revestido de una connotación «grave» y por ello exige que la situación no haya podido solventarse de acuerdo con los medios previstos a través de los cauces contenciosos, salvo la excepción de incurrir en el tipo de discriminación indirecta por motivos ideológicos, esto es, a través de un acto aparentemente neutro que cree una situación de discriminación. En este caso, el dolo de este tipo de trato cumpliría directamente con el requisito objetivo del código<sup>538</sup>.

Lo acontecido en los supuestos donde el empleador es la Administración también da lugar a situaciones de trato discriminatorio y acoso por motivos ideológicos. Cuando el trabajador es un funcionario público o el personal descrito en el artículo 1.3 ET, la relación de trabajo se rige por el Estatuto de la Función Pública y las leyes administrativas o estatutarias de su ámbito de función pública<sup>539</sup>. De ahí que estos asuntos sean siempre objeto de enjuiciamiento del foro contencioso y no en el social<sup>540</sup>. Pese a la diferencia de foro competente, los tribunales contenciosos emplean los mismos criterios en las normas administrativas que son empleados en las otras jurisdicciones en materia de acoso y de discriminación. Por tanto, se reproducen los mecanismos antidiscriminatorios para relación laboral entre el funcionario público y la Administración en los tribunales de primera instancia sin mayores consecuencias<sup>541</sup>.

Finalmente, valga sintetizar que de los actos que dan lugar a situaciones de discriminación en la relación laboral pueden destacarse dos tipos de especial notoriedad en lo tocante a la protección de la libertad ideológica. Por un lado, aquellos procedentes de la pasividad del empresario ante una situación de discriminación, momento en el que el empresario tiene conocimiento de lo acontecido, y que según cierta doctrina laboral,

---

<sup>537</sup> TAPIA BALLESTEROS, 2014: 216.

<sup>538</sup> TAPIA BALLESTEROS, 2014: 216-220.

<sup>539</sup> BLASCO PELLICER, 2013: 1099.

<sup>540</sup> En la STSJ de las Islas Baleares 172/2014, de 14 de mayo, el TSJ recordó que las situaciones litigiosas entre el funcionario de carrera y el empleador público “corresponden a la competencia material de la jurisdicción contencioso-administrativa”.

<sup>541</sup> Sirva de ejemplo la Sentencia núm. 216/2014 del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 4 de Barcelona, de 9 de octubre.

debe suponerse como un tipo de responsabilidad derivada del contrato de trabajo<sup>542</sup>. Y, por otro lado, los actos del empresario propiamente dichos, a raíz de su poder de dirección, en el momento de tomar algún tipo de decisión que deriva en discriminación directa o indirecta, o en la consumación de un ilícito penal.

#### **IV.6.2. Las respuestas administrativa y penal**

La protección de la libertad ideológica frente al trato discriminatorio cuenta con elementos jurídicos característicos de otros ámbitos del ordenamiento, no solamente relativos al orden social. Mediante la contemplación de estos elementos es posible cuantificar la gravedad de los actos que derivan en un trato discriminatorio o en acoso moral, al observar el daño producido y al incorporar elementos indemnizatorios y resarcitorios previstos para tales actos.

El primero de estos elementos se presenta con la LISOS, la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, y el régimen de sanciones que establece frente a las situaciones de trato discriminatorio y de acoso. Anteriormente a esta ley, las sanciones venían esgrimidas en artículos genéricos del ET con vagas referencias a ciertos tipos de trato discriminatorio, cuyas garantías se observan en la contratación, la duración de la relación laboral y la extinción del contrato de trabajo.

Ha podido observarse, aunque de forma circunstancial, que la LISOS se centra en los actos del empresario que constituyen un trato discriminatorio por motivos ideológicos sobre el trabajador. El propio ET identifica las «decisiones empresariales» como uno de los momentos de mayor relevancia en la aparición de discriminación: tanto en la decisión de emplear al trabajador (art. 4.2 ET), como en cualquier otra decisión empresarial a lo largo de la duración de la relación laboral (art. 17.1 ET), incluida la que pone fin a la misma. El alcance y repercusión de estos actos despiertan la protección normativa de los ámbitos administrativo y penal. Respectivamente, porque la naturaleza de los actos da lugar a infracciones administrativas y porque la magnitud del propio acto merece la imposición de una pena, que en función de la gravedad se podrá castigar con penas privativas de libertad.

La observación pertinente es que los actos del empresario quedan monitorizados por las normas de la LISOS y, por tanto, la tutela de la libertad ideológica del trabajador

---

<sup>542</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, 2004: 124.

deriva en sanciones a los actos y omisiones del empresario. De esta manera, supondrán infracciones muy graves las decisiones unilaterales del empresario productoras de discriminación directa o indirecta por motivos ideológicos durante la duración de la relación laboral, y, asimismo, las decisiones efectuadas luego de una reclamación efectuada por el trabajador por los mismos motivos (art. 8.12 LISOS) o, en otras palabras, las represalias sobre el trabajador que reivindica no ser discriminado. De acuerdo con el ET, este tipo de tutela alcanza a los actos del empresario en el momento de la contratación al prohibir toda discriminación favorable o adversa en el acceso al empleo (art. 16.2 LISOS), y es que la LISOS califica igualmente de muy grave las condiciones impuestas por el empresario que discriminan al trabajador por motivos ideológicos<sup>543</sup>. Del mismo modo, se considera una infracción administrativa la pasividad del empresario ante el conocimiento de una situación de discriminación ideológica u acoso laboral bajo el imperio de su poder de dirección (art. 8.13 y 8.13 bis LISOS).

El TC explicó que la aplicación de estas previsiones de la LISOS deben producirse a partir de la observancia de los «daños morales» ocasionados, por los comportamientos del empresario contrarios a la dignidad y a los derechos fundamentales del trabajador<sup>544</sup>. Al establecer la referencia de los daños, se hacen necesarios los factores concurrentes de la gravedad de la conducta y de los efectos sobre el trabajador en el reconocimiento del daño moral<sup>545</sup>. Según el baremo establecido en la LISOS, las infracciones graves del empresario desencadenan en una sanción dineraria (art. 40.1 LISOS) que puede doblarse en caso de reincidencia (art. 41 LISOS).

En el enjuiciamiento de la discriminación en el orden social se incluye una potestad sancionadora, hecho que ha constituido un objeto de debate para la doctrina laboral. Como explica María Teresa ALAMEDA CASTILLO, un sector doctrinal aboga por concebir la tutela normativa laboral como ostentadora de las dimensiones material, moral y punitiva del Derecho. De ser así, la tutela laboral incluiría los aspectos preventivo y disuasorio que son propios del *ius puniendi*. A pesar de mostrar esta discrepancia, la autora argumenta en favor de incorporar la compensación por daños

---

<sup>543</sup> CASTRO ARGÜELLES y RODRÍGUEZ CARDO, 2008: 264.

<sup>544</sup> STC 247/2006, de 24 de julio.

<sup>545</sup> Como explica M. Amparo BALLESTER PASTOR (2015: 46-47), la jurisprudencia constitucional asentó estos criterios antes de la reforma de la ley reguladora del proceso laboral (nueva LJS), pero posteriormente el TS en la STS, Sala 4ª de lo Social, de 5 de febrero de 2013, fue el que confirmó la doctrina establecida por el TC sobre la indemnización por daños morales relacionados a la dignidad del trabajador.



patrimoniales del daño emergente y lucro cesante, junto a los daños extrapatrimoniales, donde se incorporan los daños morales que cumplen con las finalidades resarcitoria y compensadora de la indemnización que acarrea la sanción al empresario. En cualquier caso, la autora indica que la relevancia de ambas concepciones va encaminada a poner el foco sobre el daño causado<sup>546</sup>. Y en atención a este apunte, la jurisprudencia ya había dado pistas sobre la relevancia del hecho resarcitorio, especialmente en lo concerniente a la concreción de la indemnización. Para el TS resulta posible hallar la cuantificación de la indemnización de los daños morales tanto en los criterios desprendidos de la LISOS<sup>547</sup>, como en cualquier otro mecanismo cuantitativo que permita la determinación, siempre que no sea «arbitrario o desproporcionado»<sup>548</sup>. Ambos criterios adoptados por el TS evidencian la importancia de precisar la indemnización sobre algún criterio objetivo para así compensar, reparar y resarcir el daño causado por los actos que incurren en un trato discriminatorio o en acoso por motivos ideológicos.

Además de las sanciones e indemnizaciones que se desprenden de la LISOS, las leyes procesales contemplan la indemnización como un derecho del trabajador para solicitar el reparo del daño causado a raíz del trato discriminatorio por algún motivo ideológico (art. 183 LJS). Las decisiones del empresario constituyen infracciones administrativas graves o delitos penales<sup>549</sup>, pero estas decisiones constituyen para el trabajador, además, el fundamento habilitante para su defensa a través de un proceso especial de tutela de la libertad ideológica. Asimismo, configuran el motivo por el que se puede extinguir el contrato laboral a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del empresario<sup>550</sup>.

La tutela resarcitoria de los daños causados se compone necesariamente de las indemnizaciones, cuya finalidad no es otra que la protección de la integridad moral del trabajador. En la integridad moral se identifican los derechos de la personalidad, identificados con la dignidad de la persona, la intimidad y la dimensión interna de la libertad ideológica y, en definitiva, con cualquier factor que configure la esfera íntima del trabajador. Por tanto, la cuantificación del «daño moral» resulta un hecho palmario para la tutela antidiscriminación de la libertad ideológica.

---

<sup>546</sup> ALAMEDA CASTILLO, 2014a: 48 y ss.

<sup>547</sup> La citada STS, Sala 4ª de lo Social, de 5 de febrero de 2013, Rec. 89/2012.

<sup>548</sup> STS, Sala 4ª de lo Social, de 14 de febrero de 2014, Rec. 119/2013.

<sup>549</sup> Constituyen una falta administrativa grave para cualquier tipo de discriminación. Por ejemplo, resulta posible encontrar tutela administrativa antidiscriminación en otros ordenamientos a raíz de los estudios comparados de tutela antidiscriminación por razón de sexo. Cfr. BALLESTER PASTOR, 2016: 62 y ss.

<sup>550</sup> CEBRIÁN CARRILLO y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, 2014: 113-114.

La jurisdicción social se hace eco de lo complejo, gravoso y afanoso que le resulta al trabajador articular su defensa con elementos probatorios objetivos para demostrar los daños que ha soportado. Por ello la jurisprudencia contempla elementos como la inversión de la carga de la prueba o el empleo de cualquier medio de cuantificación del daño en un sentido proporcionado, alejándose así de los parámetros de cuantificación establecidos inicialmente por la LISOS. Uno de los medios de cuantificación señalados es la apreciación del daño por el trabajador. Y para hacer lo propio del plausible arbitrio de la parte afectada resulta preciso, en efecto, una exteriorización del daño que permita reponer al trabajador de sus derechos y prevenir los comportamientos *contra legem* del empresario<sup>551</sup>.

Pese a los diferentes baremos utilizados, pueden darse variaciones en la indemnización a razón de la misma situación de acoso o trato discriminatorio, porque existen dificultades al establecer una valoración que cuantifique con cierto grado de precisión el daño. Para llevar a cabo la difícil empresa de establecer una correcta valoración del daño, en la jurisprudencia se habían tomado prestados análogamente criterios y mecanismos de otras normas, como el baremo empleado en la regulación de los accidentes de circulación presente en el Anexo del RD Legislativo 8/2004. Con la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Social se introdujeron las normas que habilitan al trabajador a incorporar la apreciación de la cuantía indemnizatoria en el planteamiento de la demanda, la valoración de la cuantía se adjunta al establecimiento de las circunstancias relevantes del daño (gravedad de la intromisión en su esfera íntima, consecuencias, duración de la situación, etc.). Según explica FABREGAT MONTFORT, cuando una sentencia refleja la especificación del daño que se establece en la demanda, la problemática de cuantificar el daño moral se esclarece al no producirse confusión con una única indemnización que englobe todos los aspectos del supuesto y, de esta manera, se especifican y justifican cada una de las partidas dinerarias de la indemnización por los daños concretos producidos<sup>552</sup>.

Además de la LISOS, el segundo de los elementos de incidencia para la tutela de la libertad ideológica frente al trato discriminatorio viene caracterizado por las normas del Código Penal. En los artículos 314 y 510 a 512 CP se enumeran las conductas que incurren en ilícito por motivos discriminatorios.

---

<sup>551</sup> ALAMEDA CASTILLO, 2014a: 53 y ss.

<sup>552</sup> FABREGAT MONTFORT, 2016: 73-74.

El artículo 314 CP hace referencia a la discriminación en la relación de trabajo. Para ello, se tipifica como delito producir una grave discriminación tanto en el empleo privado como público. Así, la tutela penal no admite distinción en el debate si una Administración cumple con los requisitos de un empresario, al incluir a cualquier trabajador del ámbito público como sujeto protegido frente a un trato discriminatorio, directo o indirecto, en el seno de cualquier relación de trabajo.

Por otra parte, en el artículo 510.2 CP se incluyen los denominados delitos de odio, aunque difícilmente el trato discriminatorio en la relación laboral es subsumible en el tipo penal. En efecto, la actividad del empresario podría devenir en la conducta típica de «difusión de ideas discriminatorias» que reza el artículo, sin embargo, la tutela de este precepto y los criterios de causalidad judicialmente establecidos no están pensados para el contexto de la relación laboral. Sí están pensados para el contexto laboral los artículos 511 y 512 CP, aunque no se conjugan sobre la relación entre trabajador y empresario y, además, se limitan exclusivamente a un tipo de acción. Estos artículos recogen un tipo de omisión pura: la denegación de prestación por motivos discriminatorios. En ellos, se prevé la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, tanto del funcionario público como en el ejercicio de cualquier profesión, oficio, industria o comercio. El artículo 511 CP prevé la discriminación llevada a cabo en la prestación de servicios, sea por parte de un particular o un funcionario, a través de la denegación de la prestación de servicios que recae sobre una persona o un colectivo y sus miembros. En el artículo 512 CP se prevé la denegación de una prestación en el ejercicio de una actividad profesional o empresarial por motivos discriminatorios, entre los que se encuentran las razones ideológicas<sup>553</sup>.

En caso de que un trabajador se viera afectado por un trato discriminatorio que responde a motivos ideológicos, el supuesto debería ser abordado mediante la protección que brinda el artículo 314 CP, puesto que es la norma prevista para los actos del empresario que causan un trato discriminatorio. Como explica TAPIA BALLESTEROS, el bien jurídico protegido en este artículo consiste en no ser discriminado laboralmente por alguno de los motivos protegidos específicamente en el precepto, configurado así “un delito autónomo en el que se protege al titular del bien jurídico de una acción que le lesionará”<sup>554</sup>.

---

<sup>553</sup> MARTÍNEZ ATIENZA, 2015: 209.

<sup>554</sup> TAPIA BALLESTEROS, 2014: 197-198.

Es preciso prestar atención a la conducta típica que se establece en el artículo. Sobre el tenor literal de éste resulta posible identificar dos tipos de conducta diferentes y necesarias para la aplicación de la norma punitiva: los actos discriminatorios y restablecer la situación de igualdad.

En lo tocante a los actos discriminatorios, para que sea aplicado este precepto penal se exige la producción de una situación de discriminación y, por tanto, no la mera actividad, sino una discriminación de resultado<sup>555</sup>. Por su parte, la conducta típica requiere, además, que no se haya restablecido la situación de igualdad tras requerimiento o sanción administrativa ni se hayan reparado los daños derivados de ella. La necesidad de un requerimiento administrativo o judicial constituye un requisito para la aplicación del artículo 314 CP, pues la normativa penal debe coordinarse con las circunstancias recogidas en las normas administrativas y el ET<sup>556</sup>. Dicho de otro modo, el tipo objetivo se cumple sobre un requisito formal de omisión del deber de restablecimiento por parte del empresario, de ahí la necesidad de algún tipo de requerimiento. Lo que lleva, en consecuencia, a un delito realizado mediante una comisión por omisión *sui generis*, ya que la conducta típica consiste, en realidad, en una triple conducta: en poner fin a la lesión del bien jurídico; en deber haberlo reparado; y asimismo en haber creado un resultado discriminatorio grave<sup>557</sup>. Valga mencionar, además, que este delito prescribe al cabo de cinco años<sup>558</sup>.

Este tipo objetivo requiere el cumplimiento de una conducta típica configurada por una triple formalidad, lo que se traduce en una difícil aplicación del artículo. En cualquier caso, el tipo objetivo debe ser considerado de acuerdo con el carácter integral de la protección penal, puesto que en el artículo se considera una la relación laboral tanto la de naturaleza privada como la de naturaleza pública. La consideración del sujeto activo del tipo penal no conlleva mayor problemática en el ámbito privado, de acuerdo al art. 1.2 ET se identifica con el empresario. Ahora bien, la consideración de la autoridad pública remite de forma genérica a la condición de funcionario, según el artículo 9.2 TREBEP<sup>559</sup>, aunque al no existir propiamente una especificación normativa,

---

<sup>555</sup> TAPIA BALLESTEROS, 2014: 216.

<sup>556</sup> GARCÍA ARÁN, 2004: 1293-1295.

<sup>557</sup> MARTÍNEZ ATIENZA, 2015: 167-168.

<sup>558</sup> MARTÍNEZ ATIENZA, 2014: 552.

<sup>559</sup> En el artículo 9.2 TREBEP, sobre los funcionarios de carrera se dictamina que en «todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca».

autores como TAPIA BALLESTEROS (2014: 232-234) entienden que debe tratarse de un sujeto con competencia suficiente para reparar los daños derivados de la situación de discriminación y que, además, haya desobedecido el requerimiento o sanción administrativa, cumpliendo así con la conducta descrita.

En conclusión, las normas penales que censuran alguna modalidad del trato discriminatorio no entienden la distinción entre una relación laboral de ámbito público o privado: su finalidad es tutelar al trabajador discriminado. Esto puede parecer contradictorio con lo expuesto al inicio de esta sección, donde se explicaba que a través del acoso y de la desaprobación normativa del trato discriminatorio se produce un cambio de perspectiva, al pasar de la tutela proteccionista de la esfera íntima del trabajador hacia la conducta del empresario que atenta contra ella. En realidad, no existe tal contradicción y el orden expositivo está justificado: en cualquier caso, el bien jurídico protegido siempre es la esfera íntima del trabajador, aunque las normas se centren en la conducta dañina para justificar un tipo de tutela preventiva o sancionadora. El orden expositivo y la subsiguiente clasificación de las obligaciones del empresario expuestas *ut supra* ha respondido al trato normativo de las conductas que atentan contra el bien jurídico donde se identifica la libertad ideológica.

# CONCLUSIONES

**I. El incremento de la diversidad cultural en el ámbito laboral requiere una revisión de los instrumentos de protección de la libertad ideológica.** El constante flujo migratorio crea un panorama muy diverso en el ámbito jurídico-laboral. En la actualidad, a la diversidad de trabajadores en las empresas y en la Administración Pública se añaden los movimientos de personas propios de la era de la Globalización. Los flujos migratorios en el trabajo causan el incremento de la diversidad cultural.

La diversidad debe ser vista, asimismo, como la diversidad del conjunto de ideologías de cada uno de los trabajadores; por consiguiente, de creencias, de religiones, de opiniones y, en definitiva, de particulares opciones intelectuales a partir de las que cada uno se crea una idea acerca del mundo que le rodea. Esta diversidad ideológica plantea una seria problemática: si al trabajador se le respeta por su forma de pensar, por sus ideas y su concepción del mundo; si ello configura el pretexto para que el trabajador sea objeto de represión o sanción; y si ello constituye la razón de un trato desigual respecto a otros trabajadores.

Es entonces cuando el jurista debe preguntarse si los instrumentos de los que dispone permiten dar respuestas justas a una problemática de tan grandes dimensiones para la ideología de los individuos. Y en caso afirmativo, debe reivindicarse el instrumento idóneo para cumplir con las exigencias de una sociedad cambiante.

**II. El conjunto normativo compuesto por la CE, el ET y la Directiva 2000/78/CE configura el marco legal de la protección de la libertad ideológica frente al trato discriminatorio en la relación jurídico-laboral.** En la Constitución se proclama solemnemente la libertad ideológica, sin mayor limitación a su exteriorización que la exigible por el orden público estipulado por ley (16.1. CE) y se garantiza, además, el derecho a no declarar sobre el contenido de las propias ideas (16.2 CE). Estos son los márgenes definidos por la CE para la libertad ideológica del individuo.

Ahora bien, esta libertad no es la única proclamada en el artículo 16 CE, pues figura junto con la religiosa y de culto. A diferencia de la libertad religiosa, la ideológica carece de una Ley Orgánica propia. No existe desarrollo normativo de su contenido a través de este tipo de ley. Ante dicha ausencia, el contenido esencial del derecho habrá de deducirse del precepto constitucional.

Además de este artículo, la CE configura el marco normativo de referencia a través del artículo 14, por el que se proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación. La Constitución prohíbe el trato discriminatorio por una serie de características personales, de rasgos definitorios del individuo, entre los cuales se encuentran los de carácter ideológico.

En la CE se hallan específicamente la religión y las opiniones como motivos vinculados con la ideología. Junto a estos motivos deben considerarse los proclamados en el artículo 9 CEDH, en virtud del vínculo interpretativo con este convenio, y los textos normativos relativos a la prohibición de discriminación con vigencia en el ordenamiento jurídico español. Así, entre los motivos ideológicos también deben considerarse las creencias o las ideas. Y ello teniendo presente que no constituyen una lista cerrada, pues el propio texto constitucional incorpora una «cláusula abierta» para la protección de características personales que no están expresamente previstas.

Por su parte, el ET es la norma de referencia para la relación jurídico-laboral, que une al trabajador con el empresario. En lo relativo a la libertad ideológica y a la prohibición de discriminación, en el ET se determina su protección a través de los artículos 17.1 y 4.2.c).

En el artículo 17.1 ET se establece el «principio de no discriminación en las relaciones laborales». Entre los motivos ideológicos allí protegidos se encuentran la religión, las convicciones, las ideas políticas y la adhesión o no a un sindicato y a sus acuerdos. Este artículo tiene por finalidad proyectar el principio de no discriminación sobre preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales y decisiones del empresario, y sobre todo tipo de materias y situaciones generadas en el empleo. El artículo 17.1 ET es, en definitiva, un auténtico principio general de las relaciones laborales.

En cuanto a la protección específica que ofrece esta norma para el derecho a la libertad ideológica, la norma de referencia del ET es el artículo 4.2.c), destinado a garantizar la esfera íntima del individuo. En este artículo se establece el derecho al respeto de la intimidad del trabajador y a la debida consideración de su dignidad. De ahí que su protección se extienda a situaciones de acoso por motivos de carácter ideológico.

Finalmente, configura el marco general de la protección de libertad ideológica la Directiva 2000/78/CE, que complementa al ET al aportar el único criterio objetivo por el que resulta posible establecer una diferencia de trato por algún motivo ideológico en el ámbito jurídico-laboral: los denominados «requisitos profesionales». En el artículo 4

de la Directiva se estipula que un trato desigual por motivos ideológicos no será discriminatorio debido a la naturaleza de la actividad profesional o el contexto en el que se lleva a cabo.

En estos casos, la característica personal constituirá un requisito determinante. Y la connotación de requisito «determinante» viene fijada por la persecución de un objetivo legítimo y, a su vez, que el propio requisito sea proporcionado (artículo 4.1). En cuanto a los motivos ideológicos, la misma Directiva establece la licitud de los objetivos empresariales de índole ideológica, al prever expresamente la facultad empresarial de adoptar una ética o un ideario propio. En virtud de esta ética empresarial, puede justificarse un trato desigual de acuerdo con los ya mencionados requisitos de naturaleza de la actividad profesional y del contexto del trabajo (artículo 4.2).

**III. En el ámbito laboral, la definición del contenido de la libertad ideológica, y su ejercicio, se presentan especialmente problemáticos.** Con carácter general, el contenido del derecho a la libertad ideológica viene determinado por dos ámbitos de protección diferenciados: el fuero interno del individuo y las posibles formas de exteriorizar las ideas. Por su parte, la relación jurídico-laboral se caracteriza por una asimetría de posiciones, que potencialmente puede ser fuente de restricciones indebidas de la libertad ideológica. Ante esta amenaza, se hacen necesario recurrir a garantías específicas.

La dimensión interna de la libertad goza de inmunidad frente a cualquier tipo de interferencia, pues lo que acontece en el fuero interno del individuo, donde éste se forma una visión acerca de lo que le envuelve y, en definitiva, desarrolla su actividad intelectual, constituye un ámbito que ningún poder, facultad o actividad, público o privado, puede invadir o regular.

Al trabajador no se le puede imponer que adopte un ideario, esto es, que se adhiera a la ética o ideología de la empresa. En los términos expuestos, tal imposición constituiría una intromisión ilegítima dentro de un coto vedado para el ejercicio del derecho a la libertad de empresa. Si bien la empresa puede declararse abierta y legítimamente de tendencia o ideológica, ello no supone la imposición de su ideario a sus trabajadores, sino que los trabajadores deban respetarlo fielmente. Ante esta situación, la empresa no tiene más potestad que la exigencia del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el trabajador, por las que éste debe prestar un determinado



servicio a la empresa o realizar actividades concretas que, por otro lado, pueden consistir en difundir el ideario empresarial.

En consecuencia, la obligación de adherirse al ideario de la empresa, en caso de que la tenga, no figura entre las exigibles al trabajador. Esta obligación debe discutirse en los términos de la capacidad profesional del trabajador para realizar las exigencias de su puesto de trabajo. Y en este sentido, el trabajador sí puede tener la obligación de difundir el ideario empresarial, aunque sea contrario al suyo.

Esta inmunidad de la esfera íntima no puede ser predicada de la exteriorización del pensamiento o las ideas, puesto que es natural que el ejercicio de la libertad ideológica choque con el ejercicio de otros derechos fundamentales. De ahí es posible afirmar que la dimensión externa de la libertad ideológica puede verse limitada. Ahora bien, solamente en determinadas situaciones. Los límites se observan en casos como el deber de respetar el derecho al honor y a la propia imagen del empresario ante opiniones de contenido calumnioso manifestadas por el trabajador, o como la manifestación de opiniones hostiles al ideario empresarial, que generan un daño personal al empresario o económico para su organización. En este tipo de situaciones, los tribunales evalúan el contenido vejatorio de las ideas expresadas por el trabajador o el grado de hostilidad de las opiniones en contra del ideario empresarial para determinar el derecho que debe prevalecer.

En síntesis, la libertad ideológica del trabajador tiene dos ámbitos de protección claramente diferenciados: uno externo, en el que rigen los límites constituidos por otros derechos; y, otro interno, inmune a toda interferencia.

**IV. Los requisitos profesionales son el único límite aplicable a la protección de la libertad ideológica frente al trato discriminatorio.** La protección frente al trato discriminatorio se proyecta eminentemente sobre la relación laboral. No hay cabida para la justificación de un trato desigual y perjudicial, por motivos ideológicos, para el trabajador, si no está justificado en algún requisito que cuestione objetivamente su capacidad para desempeñar sus funciones y obligaciones laborales. Por ello, los motivos ideológicos no pueden justificar este tipo de trato a no ser que impidan el cumplimiento de las exigencias del puesto de trabajo.

Como se ha mostrado, los requisitos profesionales se establecieron en la Directiva 2000/78/CE y tienen gran relevancia en el supuesto de acceso al empleo en una empresa ideológica, situación en la que el empleado puede valerse de un criterio establecido

sobre la ideología para justificar la decisión de contratar un trabajador afín al ideario o ética de la empresa y no a otro. Esta decisión sería proporcionada de acuerdo con los fines legítimos que persigue la empresa.

La afirmación de que los requisitos profesionales constituyen el único límite a la prohibición de discriminación puede parecer contradictoria con la jurisprudencia del TJUE. Al incorporar estos requisitos en una directiva comunitaria, *a priori* parecía que se dio seguridad jurídica acerca de los criterios que permiten justificar un trato discriminatorio. Sin embargo, el TJUE explicó que los requisitos profesionales no serían el único criterio para justificar un trato desigual y perjudicial para un trabajador, sino que, en lugar de éstos, sí que podrían serlo otros recogidos en la jurisprudencia y pese a haber quedado fuera del Derecho Derivado. Con ello, en determinados supuestos, los requisitos profesionales no son apropiados para justificar un trato desigual según el TJUE, en los que se hace valer de otros criterios objetivos para justificarlo.

Estos otros criterios versan sobre el correcto desempeño del trabajo y la mejor posición, o capacidad, para realizarlo, como, por ejemplo, la antigüedad. Con ello, el TJUE aplicó un criterio que pivotaba sobre realizar correctamente el trabajo, sin que a éste pueda denominarse «requisito profesional», pues es el término previsto en la norma de la que se desentendió.

A fin de poder llamar requisito profesional al tipo de criterios empleados por el TJUE, hubiera sido oportuno realizar una interpretación similar a la elaborada por nuestro TC: dentro de estos requisitos, el correcto desempeño del trabajo entraría en la categoría de «la naturaleza de la actividad profesional», que prevé como un subtipo la misma Directiva. Dicho en otras palabras, por requisitos profesionales puede entenderse cualquier criterio que permita justificar la competencia para desempeñar la actividad laboral, sin necesidad de apartarse de la categoría establecida en la directiva, como hizo el TJUE.

**V. En la relación jurídico-laboral, los motivos ideológicos no reciben menos protección que el resto de características personales.** No puede suponerse que la protección frente al trato discriminatorio ofrezca dos tipos de garantías según si las características personales son o no son de carácter ideológico.

Esta cuestión puede suscitarse a tenor de una sentencia del TJUE (STJUE de 14 de marzo de 2017) por la que aceptó razones de índole ideológica en la justificación del despido de una trabajadora. Concretamente, por razón de la religión de la trabajadora,

quien se presentó al puesto de trabajo portando velo cuando en esa empresa existe una normativa que impide al trabajador lucir símbolos religiosos, filosóficos o políticos.

En la interpretación del TJUE se manifestó que, a diferencia del resto de rasgos personales protegidos frente a discriminación, los de carácter ideológico pueden ser observados externamente a través de los símbolos que luce la persona. Se entiende que, en el momento de desarrollar su jornada laboral, el trabajador puede desprenderse de los símbolos, dejarlos en el guardarropa, sin asumir que ello suponga una discriminación por motivos ideológicos.

En esta situación no se discute o se pone en duda la ideología de la persona, sino que se le pide desprenderse de símbolos que no son necesarios para desempeñar las funciones laborales. El TJUE explicó que mientras exista una normativa en la empresa por la que se prohíba expresamente la exhibición de símbolos, la cuestión estriba en si esa exhibición entorpece el correcto desempeño del trabajo y no sobre el motivo ideológico de religión, filosofía o política adoptada por el trabajador. Es necesario dejar constancia de la necesidad de que la prohibición figure en una norma; el trato no podrá justificarse en ausencia de una previsión normativa, que constituye de esta manera un requisito inexcusable.

Claro es que la exhibición de símbolos constituye una manifestación posible de la ideología y, por consiguiente, con ellos se crea una situación en la que resulta factible generar un trato discriminatorio. Por consiguiente, el uso de este tipo de símbolos y el límite que se les puede imponer queda encauzado dentro de las reglas derivadas de la aplicación del principio de proporcionalidad. Así, los símbolos religiosos, filosóficos o políticos fácilmente disimulables, piénsese en una cadena o en una alianza, no plantean serias complicaciones. Ante este tipo de símbolos resulta complicado poder limitar el ejercicio de la libertad ideológica, pues son fácilmente disimulables, y los conflictos que puedan originar serían resueltos de acuerdo con la regla de la idoneidad para desempeñar el trabajo.

Ahora bien, la proporcionalidad en el uso de un símbolo disimulable puede concurrir con el límite que viene determinado por la naturaleza de la actividad profesional. Este sería el caso del cirujano que lleva pulseras de un partido político: si bien cuando pasa consulta no es necesario que se desprenda de ellas al poder disimularlas bajo la bata blanca, cuando esté en el quirófano necesariamente deberá dejarlas en el guardarropa a fin de esterilizarse según el protocolo de higiene establecido para una operación.

La aplicación del principio de proporcionalidad a la restricción de la libertad ideológica resultante de la prohibición de símbolos lleva a la conclusión de que esta restricción no es necesaria para garantizar otros fines constitucionalmente establecidos, en este caso, la libertad de empresa. En cambio, si el símbolo no es disimulable, la aplicación del principio puede arrojar un resultado distinto, al considerarse que la prohibición sí sería necesaria para garantizar tales fines.

**VI. En Derecho Comunitario, la opinión no está expresamente contemplada como motivo protegido frente a discriminación, pero sí de manera indirecta.** La normativa comunitaria en materia de no discriminación no incluye entre los motivos protegidos el de la «opinión». Por tanto, se presentaba *a priori* como un motivo ideológico desterrado de la protección frente al trato discriminatorio. No obstante, la exigencia de su respeto a través de cauces indirectos y observables en la práctica del TJUE permite afirmar que efectivamente existe la protección de este motivo ideológico en el foro comunitario.

A diferencia de la cláusula abierta de características personales protegidas frente a discriminación incorporada en el CEDH y en la CE, en la Unión Europea las únicas características protegidas son las que expresamente se contemplan en el Derecho Originario. Y en lo tocante a los motivos ideológicos, la «opinión» no se encuentra entre las características personales en el TFUE.

Pese a esta ausencia en la normativa, la CDFUE, que crea un vínculo jurídico con la jurisprudencia del TEDH; la prohibición genérica de discriminación, en tanto que Principio General del Derecho Comunitario; y el principio del respeto a la tradición jurídica de los Estados Miembros en materia de derechos fundamentales, hacen que el TJUE haya ampliado de forma genérica la protección frente a discriminación. Todo ello lleva a concluir que la opinión sí está protegida frente a discriminación por el Derecho Comunitario, si bien de manera indirecta, porque todavía no existe jurisprudencia específica del TJUE en este ámbito.

**VII. La inmunidad de la dimensión interna de la libertad ideológica del trabajador no exime del cumplimiento de ciertas obligaciones laborales. Y esto no ha de parecer incoherente.** El individuo disfruta de la inmunidad de sus ideas y, sin embargo, se le obliga a cumplir con una serie de obligaciones que pueden ser contradictorias con su ideología. La protección de las ideas del individuo no alcanza a

fundar la exención de obligaciones libremente contraídas. Esta inmunidad o protección del ideario del individuo se ciñe a lo que acontece en su fuero interno, en la esfera íntima de la persona, donde se ubica la dimensión interna de la libertad ideológica. Al trabajador se le exige la realización efectiva de una determinada conducta externa, lo cual no implica exigirle un compromiso íntimo con la misma.

En caso de que la tensión entre el ideario de la empresa y su ideología le suponga al trabajador un verdadero conflicto moral, sería en realidad un supuesto de incoherencia interna a la voluntad del propio individuo. Jurídicamente, las obligaciones que libremente ha aceptado el trabajador no pueden ser infringidas por el ejercicio de su propia ideología, incluso en los casos en que el trabajador adopta una ideología de forma sobrevenida. El ejercicio de la autonomía de la voluntad de los individuos, de trabajador y de empresario en este caso, expresada en la firma de un contrato laboral, genera obligaciones para ambas partes que no pueden ser impugnadas por motivos ideológicos. Por tanto, exigir al trabajador que cumpla con las obligaciones a las que libremente se ha comprometido no afecta a la inmunidad de la dimensión interna de la libertad ideológica.

**VIII. El ejercicio de la libertad ideológica por parte del empresario se comprende dentro del ejercicio de la libertad de empresa.** A través del discurso de los derechos fundamentales inespecíficos, esto es, que los derechos reconocidos por la Constitución a todo ciudadano no pueden ser dejados de lado en ningún tipo de relación jurídica, se ha abogado por la protección de los derechos fundamentales del empresario en la relación jurídico-laboral, entre los cuales, en efecto, se encuentra la libertad ideológica. Y ello a pesar de que el empresario es el sujeto fuerte de esta relación jurídica.

Sin embargo, debe advertirse que la libertad ideológica del empresario no queda garantizada en los mismos términos que la del trabajador. En esta relación, la ideología del empresario se manifiesta a través del ejercicio de la libertad de empresa. Por ello, la ideología del empresario está protegida por dos derechos distintos, en función del ámbito en que se ejerza. En lo relativo a un atentado contra su esfera íntima, su fuero interno o dimensión interna de la libertad ideológica, el empresario tiene la inmunidad propia de este derecho fundamental.

Ahora bien, las empresas pueden adoptar una ética, un ideario, que, por norma general, se corresponde con el del empresario. Cuando sucede el conflicto entre la

ideología empresarial y la del trabajador, la ideología de la parte empresarial es vista indistintamente como la ideología del empresario o como la ideología de la empresa. Y es en este sentido que dicha ideología se observa como una facultad empresarial para imponer obligaciones laborales de acuerdo con un fin legítimo, el cual viene caracterizado por dicho ideario. Entonces, en virtud de esa facultad, la ideología del empresario resulta protegida por medio de la libertad de empresa.

Por ello se sostiene que hay dos fuentes de protección de la ideología del empresario. Una de ellas distinta a la del trabajador. En caso de un conflicto laboral entre trabajador y empresario, la ideología del empresario se ve protegida, como se ha observado, por medio de los derechos relativos a la libertad de empresa y no a través de los relativos a la libertad ideológica, que está en conexión con la dignidad de la persona a través de la esfera íntima del individuo. De ahí es inevitable concluir que, en el conflicto entre la ideología del trabajador con la del empresario, el trabajador es el único sujeto que ve tutelada su libertad ideológica en función de las garantías que nacen del derecho fundamental del artículo 16 CE, al garantizarse al empresario por medio de los derechos que nacen de los artículos 33 y 38 CE.

**IX. El procedimiento preferente y sumario puede limitar paradójicamente la correcta protección de los derechos del trabajador.** Una de las implicaciones del amparo de los derechos fundamentales es la posibilidad de iniciar simultáneamente el procedimiento preferente y sumario y el procedimiento ordinario. El inicio del procedimiento preferente y sumario no excluye la posibilidad de iniciar este segundo procedimiento ni interrumpe los plazos para iniciarlo. El objeto estricto que exige el amparo no es impedimento para que el trabajador persiga la tutela del resto de sus derechos más allá de la eventual vulneración del derecho a su libertad ideológica.

Mientras que el amparo exige que el procedimiento preferente y sumario se encauce estrictamente en torno a la vulneración del derecho fundamental a la libertad ideológica, el procedimiento ordinario no se ve limitado, pues es un procedimiento de cognición ilimitada. Luego, el juez del procedimiento ordinario puede entrar a conocer de todos los hechos que rodean a la vulneración de la libertad ideológica del trabajador y no así el juez del procedimiento preferente y sumario.

Las cuestiones acerca de la litispendencia y la cosa juzgada no plantean serias dudas: habitualmente, del juicio preferente y sumario se obtiene una cosa juzgada que debe ser observada en la resolución del procedimiento ordinario. Del mismo modo, la

cosa juzgada procedente del juicio ordinario, de cognición ilimitada, integraría la causa discutida en el preferente, que quedaría finalizado de acuerdo con el mismo resultado obtenido en el procedimiento ordinario. De no ser así, se quebrantaría el principio de *non bis in ídem*.

La problemática para la estrategia procesal del trabajador surge a raíz de la cognición limitada del procedimiento preferente y sumario, que se ve ceñida a una tutela judicial estrictamente relativa al derecho fundamental a la libertad ideológica, y por la que el juez no puede pronunciarse más allá de esta causa. Con la libertad ideológica sucede que es un derecho relacional, que puede manifestarse en el ejercicio de otros derechos. Y este hecho es de suma importancia para el trabajador que ve vulnerada su libertad en alguna situación característica de la relación laboral, tal y como puede ser el despido. En caso de plantear el procedimiento especial, el trabajador estaría impidiendo al juez pronunciarse sobre la licitud de otros hechos; en este caso, los hechos que dan lugar a ese despido puede que no sean constitutivos de una lesión de la libertad ideológica del trabajador, pero sí que sean ilícitos en cuanto a la ausencia de la debida forma para realizar este acto jurídico.

La protección de la libertad ideológica a través de este procedimiento excluye la posibilidad de garantizar otros derechos del trabajador, debiendo acudir a otra instancia, la ordinaria, para reclamar su tutela. Por tanto, es menester concluir que la protección idónea para el trabajador que entienda menoscabada su libertad ideológica es a través de un procedimiento ordinario, en el cual la cognición no se limita a la cuestión de la libertad ideológica.

**X. No procede la regulación de la objeción de conciencia en el ámbito jurídico-laboral.** El TC ha admitido la posibilidad de ejercer el derecho a la objeción de conciencia en ámbitos no expresamente previstos por la CE (SSTC 15/1982, 101/1983, 160/1987, 161/1987, 321/1994 y ATC 1227/1988) en virtud del artículo 16.1 CE. Ante esta situación cabe preguntarse si procedería la regulación de una objeción de conciencia dentro del marco laboral.

La ausencia del derecho genérico a la objeción de conciencia no debe interpretarse como una laguna que impide la efectiva protección de la libertad ideológica, puesto que aquél no figura expresamente en el contenido de la libertad ideológica a tenor del texto constitucional. Su ausencia no minimiza el contenido esencial de esa libertad, sino que su desarrollo introduciría un mecanismo más, un derecho específico, para tutelarla.

A la hora de cuestionarnos sobre el alcance de este derecho en la relación jurídico-laboral, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del TEDH. Este tribunal se ha pronunciado en distintas ocasiones acerca de la negativa de reconocer el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, una negativa que sería contraria al artículo 9 CEDH. En el ejercicio de este posible derecho, debe tenerse presente el siguiente requisito señalado por el tribunal (que se corresponde con la jurisprudencia del TC): para ejercer un derecho a la objeción de conciencia derivado de dicho artículo, el TEDH entiende que debe producirse un conflicto grave e insuperable entre las creencias del individuo y la obligación de realizar el servicio militar. Del mismo modo, en el ámbito jurídico-laboral, la especificación del derecho la objeción de conciencia debería partir de un conflicto igualmente grave e insuperable para la conciencia del individuo.

En el contexto laboral, el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia se realizaría frente a determinados deberes propios de este ámbito, un ámbito que presenta una serie de derechos y de obligaciones contractuales. Sin embargo, en este caso, el presupuesto del derecho a la objeción de conciencia (la afectación ilegítima de la libertad ideológica) no concurre. En efecto, del mismo modo que carece de sentido invocar una supuesta limitación de la libertad ideológica cuando al trabajador se le exige el cumplimiento de esas obligaciones, frente a ellas, y por esa misma razón, también carece de sentido invocar un supuesto derecho a la objeción de conciencia.

Más allá de las obligaciones contractuales, cabría plantear si cabe la objeción de conciencia frente a obligaciones sobrevenidas. El derecho a la promoción figura en el contenido esencial del derecho al trabajo que proclama la CE, por el que el trabajador puede progresar en su puesto de trabajo. Y a fin de progresar laboralmente, el trabajador debe desempeñar nuevas faenas, ampliar las tareas ya estipuladas o asumir responsabilidades. En efecto, tales obligaciones deben ser asumidas para progresar en el trabajo y configuran, así, un derecho y unas obligaciones susceptibles, con gran probabilidad, de no estar presentes en el contrato laboral. Aun sin ese tipo de previsión, configurarían un ámbito en el que tampoco cabe invocar el derecho a la objeción de conciencia, puesto que se trata de obligaciones libremente asumidas por el trabajador en tanto que ha decidido ejercer su derecho a la promoción, que requiere necesariamente del cumplimiento de tales obligaciones.

**XI. La interpretación realizada por el TC ha desnaturalizado la inversión de la carga de la prueba prevista para los casos de trato discriminatorio.** En la



perspectiva del tribunal, el proteccionismo que inspira este mecanismo no debe suponer la inoperancia de los derechos de defensa de la otra parte, la demandada, en este caso, el empresario que supuestamente haya llevado a cabo un trato discriminatorio sobre alguno de sus trabajadores.

La afirmación de que el TC ha desnaturalizado este mecanismo se debe a las implicaciones de su interpretación para el trabajador y el empresario, las cuales pueden observarse como dos requisitos que deben operar siempre de forma previa a su aplicación. El trabajador debe acreditar los hechos y el empresario, lo que debe probar, no es exactamente que no haya realizado un trato discriminatorio. En consecuencia, surge la duda de quién debe probar y qué se debe probar exactamente.

El elemento probatorio impone cierta rigidez a la aportación de los hechos por la parte demandante. El trabajador debe acreditar debidamente cualquier indicio de discriminación. No solamente se le exige una descripción de los hechos a partir de los cuales se desprenda algún indicio de trato discriminatorio, sino que, además, debe acreditar la existencia de un móvil. Dicho en otras palabras, tildar la decisión empresarial de discriminatoria no es suficiente para aplicar el mecanismo de inversión de la carga de la prueba. Se hace necesario algún elemento objetivo que permita deducir el indicio de discriminación y que constituya el presupuesto para que opere dicho mecanismo. De lo contrario, según el TC, aplicar este mecanismo sin la debida acreditación de los hechos representa una prueba diabólica para la otra parte, para el empresario, consistente en la demostración de un hecho negativo: que no ha discriminado. Por consiguiente, para la aplicación de la inversión de la carga de la prueba se exige una prueba, lo que aparentemente se plantea contradictorio con la finalidad del propio mecanismo.

Además, la inversión de la carga probatoria exige que el empresario acredite que no pretendía lesionar los derechos fundamentales de los trabajadores con la medida realizada. Esto es, en la persecución de un fin legítimo empresarial, el empresario debe demostrar la finalidad inocua de la medida; si pretendía o no crear tal perjuicio al emplear esos medios, es decir, que la medida adoptada no tenía por propósito atentar contra los derechos fundamentales del trabajador.

En efecto, ambos requisitos pueden llevar a la conclusión de que el mecanismo de inversión de la carga de la prueba ha quedado desnaturalizado. Ahora bien, no debe ser inadvertido que la finalidad de este mecanismo no es la prueba de los efectos producidos con la implantación de la medida empresarial, sino de la existencia o

inexistencia de un trato discriminatorio en el empleo de dicha medida. De este modo, la interpretación sobre este mecanismo no significa exactamente que se reinvierta la carga probatoria, pues no consiste en la constatación de los efectos generados con la práctica empresarial. Al discutirse las medidas adoptadas por el empresario con este mecanismo judicial, se determina si los medios empleados por el empresario constituyen, para ese caso concreto, una instancia de trato discriminatorio. De ahí que, para el demandante, el requisito de acreditación de los hechos se traduzca en la existencia de una característica personal del trabajador, de la que pueda deducirse un indicio de discriminación. El trabajador debe acreditar que el rasgo o la característica personal puede haber provocado la medida llevada a cabo por el empresario o, en otras palabras, que el motivo ideológico existe, que choca con la medida adoptada por el empresario y que de ahí se deduce un indicio discriminatorio. Cuando el trabajador alega haber sido objeto de un trato discriminatorio, debe dar razones acerca de en qué considera haberlo sido. Y es en este sentido en el que debe comprenderse la acreditación debida de los hechos exigida por el TC. Así, no se observa como una carga excesiva para el trabajador, sino como un presupuesto necesario para poder aplicar el mecanismo.

La cuestión nace acerca de las consideraciones realizadas por el propio TC, quien, por un lado, tilda este mecanismo como una prueba diabólica ante la ausencia de este presupuesto y, por otro lado, considera que para el demandado debe configurarse como la demostración de una medida destinada a la persecución fines legítimos empresariales y no a lesionar derechos fundamentales. Tales consideraciones se presentaban bajo una terminología perturbadora que, en definitiva, desnaturalizan la finalidad del mecanismo.

**XII. La aplicación del artículo 314 CP, previsto para los casos de discriminación por motivos ideológicos, exige la realización de una conducta verdaderamente excepcional.** La conducta típica establecida en el artículo 314 CP, relativo a la protección frente a los actos del empresario que dan lugar a un trato discriminatorio en el seno de la empresa, requiere la concurrencia de dos hechos: la existencia de un trato discriminatorio de resultado, esto es, que se haya causado un daño grave para el trabajador; y el no restablecimiento de la situación de igualdad. Luego, la conducta típica es una comisión por omisión *sui generis*: la omisión está precedida de una conducta de resultado, que también puede derivarse de una omisión, la del empresario que desatiende la situación de discriminación ideológica que padece un trabajador en la empresa, y, en ese caso, configuraría una comisión por omisión doble.

Es necesario para la aplicación de la norma que exista la conducta de omitir la reparación del daño; que el empresario no haya restablecido la situación tras un requerimiento. Con ello, la aplicación del artículo depende de desoír el requerimiento o sanción administrativa para reparar los daños derivados de la situación de discriminación. El requerimiento administrativo es un requisito necesario, pues su observancia es en todo caso preceptiva, al tener que coordinarse el tipo penal con las circunstancias recogidas en las normas administrativas y el Estatuto de los Trabajadores.

Tales requisitos, necesarios para poder aplicar la norma penal, deben comprenderse como instancias para solventar la situación de discriminación y son siempre precedentes a la intervención penal, intervención sometida en todo caso al principio de *ultima ratio*. Los requisitos dificultan excesivamente la aplicación de esta norma en los supuestos de discriminación por motivos ideológicos. Ello da evidencia del carácter disuasorio y preventivo de una norma que solamente se invoca judicialmente cuando se ha tenido oportunidad de restablecer la situación y de restituir los daños generados a través de este tipo de trato, y no se ha hecho.

**XIII. La tutela frente al acoso moral carece de una regulación específica, aunque judicialmente recibe una respuesta satisfactoria a través de las normas que protegen la dimensión interna de la libertad ideológica.** El acoso moral es un fenómeno que formalmente carece de una normativa específica y, sin embargo, ello no supone un impedimento para el desarrollo de una tutela efectiva e integral, con plenas garantías frente al hostigamiento, persecución o violencia psicológica en el trabajo. El acoso moral es considerado un tipo agravado de acoso discriminatorio. En este caso, alguna de las características personales protegidas frente al trato discriminatorio, entre ellos los motivos ideológicos, son la razón del hostigamiento.

La protección frente al acoso moral se encauza a través de las garantías de la integridad moral y de la dignidad de la persona. Dicho en otras palabras, esta protección procede de la tutela de la esfera íntima del individuo, un reducto personal inaccesible e inexpugnable para cualquier sujeto. El bien jurídico protegido a través del acoso moral es idéntico al protegido con la dimensión interna de la libertad ideológica: la esfera íntima del individuo. Ahora bien, la conducta de hostigamiento, en el caso del acoso moral, recibe la sanción del artículo 173 CP, a diferencia del 314 CE previsto para la situación de discriminación que no haya sido reparada. Al través del acoso moral se

castigan conductas realmente graves, por las que la hostilidad causa verdaderos estragos psicológicos en la víctima.

Aunque existe una diferencia esencial entre la conducta sancionada en el trato discriminatorio por motivos ideológicos y la castigada a través del acoso moral, en ambos tipos se evidencia que la protección llevada a cabo por los tribunales es de demostrada eficacia. La ausencia de una normativa específica no ha supuesto ningún impedimento para la aplicación de unos instrumentos que garantizan de manera efectiva la esfera inviolable del individuo en cualquier situación y frente a cualquier tipo de agresión. Por todo ello, no cabe otra conclusión que reafirmar la correcta y suficiente protección de la libertad ideológica a través de las garantías existentes, pues a través de éstas es posible hacer frente a fenómenos que carecen de una regulación sistemática y, asimismo, es posible la obtención de un resultado satisfactorio en los términos exigidos por la tutela efectiva de un derecho fundamental.

**XIV. En líneas generales, el derecho positivo satisface las exigencias de la protección de la libertad ideológica, aunque existen ciertas cuestiones controvertidas.** Salvo ciertas cuestiones controvertidas, tal y como se ha puesto de manifiesto, el estudio sistemático de la normativa en torno a la protección de la libertad ideológica en el ámbito jurídico-laboral permite realizar esta afirmación. Existen mecanismos jurídicos suficientes para garantizar el ejercicio de la libertad, tanto en los conflictos característicos del ámbito laboral como en las situaciones de un trato desigual y perjudicial por motivos ideológicos o, en otros términos, frente a un trato discriminatorio.

El derecho positivo ofrece un ámbito de inmunidad para la libertad ideológica, en su dimensión interna, junto con las garantías típicas de nuestro ordenamiento jurídico para la defensa de un derecho fundamental, para su dimensión externa a este respecto. En consecuencia, la protección de la libertad ideológica es suficiente. Cuando dos o más derechos fundamentales entran en conflicto, en este caso, la libertad ideológica con la libertad de empresa, éste se resuelve con la clásica ponderación de derechos, por la que no es posible afirmar que alguno de los derechos no esté garantizado, sino que, en una determinada situación generada en el trabajo, por ejemplo, un despido, una de las libertades prevalece sobre la otra.



## Bibliografía

ABAD CASTELOS, M., BARRANCO AVILÉS, M.C. y LLAMAZARES CALZADILLA, M.C. (2015); *Derecho y minorías*, Dykinson, Madrid.

AGUDO FERNÁNDEZ, JAÉN VALLEJO y PERRINO PÉREZ, 2016; *Terrorismo en el siglo XXI (la respuesta penal en el escenario mundial)*, Dykinson, Madrid.

AGUILAR DE LUQUE, L. (1981); “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española”, *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 10.

ALAMEDA CASTILLO, M.T. (2014a); “Repensando el modelo de tutela resarcitoria en la vulneración de derechos fundamentales inespecíficos en el contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, núm. 66.

- (2014b); *Estudios previos al Contrato de Trabajo y Discriminación*, Aranzadi, Thomson Reuters, Madrid.

ALBERT, M. (2015); “Discriminación por razones de conciencia y nueva concepción de la “intimidad material”, en HERMIDA DEL LLANO, C. (ed.) *Nuevos derechos y nuevas libertades en Europa*, Dykinson, Madrid.

ALBIOL MONTESINOS, I. (1990); *El sindicato en la empresa*, Ediciones Deusto, Bilbao.

(2011) (dir.); *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ALEXY, R. (1986); *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ALLI TURRILLAS, I. (2016); *Prevención de la delincuencia grave y organizada en la Unión Europea: De la cooperación a la integración*, Dykinson, Madrid.

ALONSO GARCÍA, E. (1983); “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”, *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102.

ALONSO GARCÍA, M.A. (2017); *Análisis en 10 puntos de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre contratos de interinidad. Reacción de los tribunales españoles*, en *Revista de Derecho vLex*, Editorial vLex, núm. 154, marzo 2017.

ALONSO OLEA, M. (1983); “Discriminaciones laborales y jurisprudencia constitucional”, *Revista Española de Derecho al Trabajo*, Civitas, núm. 16.

ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A. (1997); *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XIV, 1996, Aranzadi, Madrid.

ALSTON, P. (2004); “A human rights perspective on the Millennium Development Goals”, Background paper for the UN Millennium Project Task Force on Poverty and Economic Development. UN Millennium Project, Nueva York.

ALTÉS TÁRREGA, J.A. (2008); *El acoso del trabajador en la empresa*, Laboral Práctico, Tirant lo Banch, Valencia.

ÁLVAREZ ALONSO, D. (2005); *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Bomarzo, Albacete.

ÁLVAREZ ALONSO, D. y CASTRO ARGÜELLES, M.A. (2007); *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Cizur Menor, Aranzadi Tomson-Reuters, Navarra.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M. (2010); “La libertad de cátedra y el profesorado universitario ante el Espacio Europeo de Educación Superior”, *REJIE. Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, Universidad de Málaga, núm. 2.

AMÉRIGO, F. y SUÁREZ, G. (2006); Artículo 14: Igualdad ante la ley, en *Comentarios a la Constitución Española*, Vol. II, Artículos 10 a 23 de la Constitución Española de 1978, Edersa, Madrid.

ANGULO LÓPEZ, G. (2015); *Teoría contemporánea de los derechos humanos. Elementos para una reconstrucción sistemática*, Dykinson, Madrid.

AÑÓN ROIG, M.J. (2013); “Derecho Antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, *Isonomía*, núm. 39.

ATIENZA, M. (2012); *Tres lecciones de Teoría del Derecho*, Editorial Club Universitario, Alicante.

ATIENZA, M. y FERRAJOLI, L. (2005); *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

APARICIO TOVAR, J. (1980); “Relación de Trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas”, en VVAA; *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profesores Bayón Chacón*, Universidad Complutense, Madrid.

- (2013); “Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, núm. 64.

APARISI, A. (1995a); “Notas sobre el concepto de discriminación”, *Derechos y libertades*, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 5.

- (1995b) “Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 12.

ARAGÓN REYES, M. (2004); “Problemas del recurso de amparo”, en PÉREZ TREMPES P. (Coord.); *La reforma del recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ARBONÉS LAPENA, H.I. (2014); *Acoso moral en el trabajo y su tutela preventiva*, Bomarzo, Albacete.

ARLETTAZ, F. (2012); “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad religiosa. Un análisis jurídico-político”, en *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, Instituto Bartolomé de las Casas: Universidad Carlos III.

- (2013); “Objeción de conciencia: consideraciones sobre España a la luz de la jurisprudencia europea”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, CLADH, núm. 3.

BAGENSTOS, S.R. (2009); *Law and the contradictions of the Disability Rights Movements*, Yale University Press, New Heaven, CT.

BALAGUER, F. (2003); “Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 69.

BALLESTER PASTOR, M.A. (2011); “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92.

- (2015); “El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, núm. 69.

- (2016); “Igualdad, no discriminación y conciliación en España”, en *Non-Discrimination and Work-Life Balance*, The Comparative Labour, Law Dossier, IUSLabor, Universitat Pompeu Fabra, núm. 3.

BAKSHY, E., MESSING, S. y ADAMIC, L. (2015); “Exposure to ideologically diverse news and opinion on Facebook”, *Science*, núm. 6239, Vol. 348.

BARRÈRE, M. y MORONDO, D. (2005); *Igualdad de oportunidades e igualdad de género. Una relación a debate*, Dykinson – IISJ Oñati, Madrid.

BARRIOS, G.L. y PÉREZ CAMPOS, A.I. (2016); *La labor creadora de Derecho del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: una aproximación al tema a partir del Derecho del Trabajo español*, Anuario Jurídico y Económico, Real Centro Universitario Escorial - María Cristina, núm. 49.

BASTIDA, F.J. (2004); “Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales”, en *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid.

BAYLÓS GRAU, A. (1991); *El Derecho del Trabajo. Modelo para armar*, Trotta, Madrid.

- (2015); *Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género*, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, núm. 72, octubre 2015.

BEATTY, D.M. (20); *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford.



BELL, M. (2012); *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford Studies in European Law, Oxford University Press, Oxford, 2002.

BENEYTO, J.M. (2006); “El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión como libertades fundamentales de la persona”, en *Comentarios a la Constitución Española*, Vol. II, Artículos 10 a 23 de la Constitución Española de 1978, Edersa, Madrid.

BIAGI, M. (1983); *Cooperative e rapporti di lavoro*, Franco Angeli, Milano.

BILBAO UBILLOS, J.M. (1997); *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, McGraw Hill, Madrid.

BLANCH, J.M., ESPUNY, M.J. y GALA, C. (2003); *Teoria de les Relacions Laborals. Fonaments*, UOC, Barcelona.

BLASCO JOVER, C. (2009); *El derecho a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información*, Bomarzo, Albacete.

BLASCO PELLICER, Á. (2013); “Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales”, en *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, Valencia.

BLAT GIMENO, F.R. (1986); “Relaciones laborales en empresas ideológicas”, *Relaciones Laborales*, Madrid.

BOYER, M. (1978); “El sistema económico de la futura Constitución española”, en VV.AA.; *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

BURROWS, N. y GREAVES, R.; *The Advocate General and EC Law*, Oxford University Press, Oxford.

CATALÁ, A. (2010); “Discriminación múltiple por razón de género y pertenencia a minoría étnica”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Instituto Aragonés de la Mujer, núm. 26.

CALVO ÁLVAREZ, J. (1998); “Los principios informadores del Derecho Eclesiástico Español en la Doctrina”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Instituto para el Estudio de la Libertad Religiosa, núm. 14.

CALVO GALLEGO, F.J. (1995); *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, Consejo Económico y Social de España, Madrid.

CALVO GALLEGO, F.J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. (2001); “La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario”, *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 59.

CÁMARA BOTÍA, A. (2001); “Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33.

CAÑAMARES ARRIBAS, S.; “Libertad religiosa e igualdad. Algunos supuestos discutidos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Iustel, núm. 25.

CAPODIFERRO CUBERO, D. (2015); “Los límites a las libertades de expresión e información”, en GAVARA DE CARA, J.C.; *El control judicial de los medios de comunicación*, J.M. Bosch Editor, Barcelona.

- (2015); “Problemas y contradicciones de la regulación de la cláusula de conciencia de los periodistas”, *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 94.

CASAS BAAMONDE, M.E. (2004); “Incidente de nulidad de actuaciones y recurso de amparo constitucional”, *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1.

CASCAJO CASTRO, J.L. y GIMENO SENDRA, V. (1988); *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1984.

CASTILLO RODRÍGUEZ, L. (2008); “El nuevo incidente de nulidad de actuaciones”, *Actualidad Civil*, Wolters Kluwer, núm. 8.

DE CASTRO, B. (1980); “Derechos Humanos y Constitución (Reflexiones sobre el Título I de la Constitución española de 1978)”, *Revista de Estudios políticos (Nueva Época)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 18, noviembre-diciembre.

DE CASTRO, F. (1952); *Derecho civil de España*, Instituto de Ciencias Políticas, Madrid, 1952 (Ed. Civitas, 2008).

CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ CARDO, I. (2008); “Infracciones y sanciones en materia de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 78.

CASTRO CONTE, M. (2014); “El nacimiento del Contrato de Trabajo”, en CEBRIÁN CARRILLO, A. y NÚÑEZ-CORTÉS, P. (dirs.); *Lecciones de Contrato de Trabajo*, Dykinson, Madrid.

CATALÀ RUBIO, S. y MOTILLA, A. (2012); “Empresa, trabajo y factor religioso. El fenómeno religioso en el ámbito laboral y empresarial”, *Editorial Académica Española*, Madrid.

CAVAS MARTÍNEZ, F. (2011); “Libertad ideológica y contrato de trabajo”, en GONZÁLEZ DÍAZ, F.A. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dirs.); *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales. Estudios ofrecidos al profesor Alfred Montoya Melgar*, Aranzadi, Thomson Reuters.

CEBRIÁN CARRILLO, A. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (2014); *Lecciones de Contrato de trabajo*, Dykinson, Madrid.

CERDÁ, C. (2009); “El problema de la discriminación en el ámbito privado: una aproximación a las legislaciones recientes en Alemania y España”, *Revista de Derecho Privado*, Ed. Reus, Nº. 16, 2009.

CHACARTEGUI JAVEGA C. (2013); *Dignidad de los trabajadores y derechos humanos del trabajo según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Bomarzo, Albacete.

CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. (2007); “Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Extra núm. 3.

CONDE MARÍN, E. (2007); *La buena fe en el contrato de trabajo*, La Ley, Madrid.

CONTRERAS MAZARÍO, J.M. (2017); “Símbolos religiosos y principio de no discriminación en las relaciones laborales: el caso del velo islámico (Comentario a las ‘conclusiones’ emitidas por las Abogadas Generales en dos cuestiones prejudiciales presentadas ante el TJUE)”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, núm. 77.

CORDÓN MORENO, F. y LOZANO CUTANDA, B. (2014); “Overruling de la jurisprudencia constitucional sobre el requisito de interponer el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo (STC 216/2013)”, *Diario la Ley*, núm. 8238.

CUBILLO, C. (2008); *Tratamiento jurídico del mobbing*, Editorial Universitaria Ramón Aceres, Madrid.

DEOP MADINABEITIA, X. (2000); “De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos. El Protocolo adicional Nº 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Universidad de Navarra, v. XVI.

DÍAZ DE LA ROSA, A. (2015); “La sociedad cooperativa como estructura jurídica de empresa. Una reflexión a propósito del anteproyecto del Código Mercantil”, *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 32.

DÍAZ REVORIO (2015); *Discriminación en las relaciones entre particulares*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DÍEZ-PICAZO, L. (1999); *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M. (2005); *Sistema de derechos fundamentales*, Cizur Menor, Thomson-Civitas.

DOIG DÍAZ, Y. (2008); “Análisis del nuevo incidente de nulidad de actuaciones en la Ley Orgánica 6/2007 de reforma del artículo 241 LOPJ”, *Diario La Ley*, núm. 6889.

DE DOMINGO, T. (2016); “Una aportación a la reconstrucción del derecho subjetivo en el Estado constitucional de Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32.

ELEGIDO FLUITERS, P. y SÁIZ ÁLVAREZ, J.M. (2015); “Gestión de la diversidad en la organización. Definición, impacto, retos”, *Sociedad y utopía: Revista de Ciencias Sociales*, Universidad Pontificia de Salamanca, núm. 45-46.

ELLIS, E. y WATSON, P. (2013); *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford European Union Library, Oxford.

ESCOBAR ROCA, G. (1993); *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

- (2002); *El Estatuto de los periodistas. Régimen normativo de la profesión y organización de las empresas de comunicación*, Tecnos, Madrid.

FABREGAT MONTFORT, G. (dir.) (2012); *Acoso moral, sexual, y por razón de sexo en el trabajo. Un tratamiento integral*, Bomarzo, Albacete.

- (2016); “La responsabilidad civil por daños en el acoso laboral”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, núm. 76ta.

FAYOS GARDÓ, A. (2015); “Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI”, en *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid.

FERNÁNDEZ, C.; LLAMAS, A. y PECES-BARBA, G. (2001); *Textos básicos de Derechos Humanos*, Aranzadi, Madrid.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1994); *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título III de la LOTC*, Marcial Pons, Madrid.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. (1985); “Libertad ideológica y prestación de servicios”, *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Wolters Kluwer, Vol. I.

- (1986); *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid.

- (2009); “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 98.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., PÉREZ DEL RÍO, M.T. y DEL REY GUANTER, S. (1993); *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Instituto de la mujer, Madrid.

FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1990); “La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 70.

FERNÁNDEZ-ESPINAR, L.C. (2012); “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”, *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 26.

FERRADANS CARAMÉS, C. (2016); “Análisis jurisprudencial de cláusulas de ventajas reservadas pactadas en la negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, núm. 75.

FERRAJOLI, L. (2005); “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho”, en ATIENZA, M. y FERRAJOLI, L.; *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F.

- (2006); “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29.

- (2008); *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid.

FIGUERUELO BURRIEZA, A. (1986); *El recurso de amparo en el marco del ordenamiento jurídico español*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca.

DE LA FLOR, M.L. (2016); *Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el nuevo complemento por maternidad*, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, núm. 76, octubre 2016.

FREDMAN, S. (1998); *Women and the Law*, Clarendon Press, Wotton-under-Edge, Gloucestershire, UK.

FREIXES, T.; “La igualdad y la Constitución de la Unión Europea”, en FIGUERUELO, A.; *Las mujeres en la Constitución Europea. Estudios multidisciplinares de género*, Aquilafuente, Ediciones Universidad de Salamanca.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. (1988); “Estudio doctrinal: el principio de subsidiariedad en el recurso de amparo constitucional”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 1480.

GARCÍA ARÁN, M. (2004); “Artículo 314 CP”, en *Comentarios al Código Penal*, Marcial Pons, Madrid.

GARCÍA-CUEVAS, E. (2015); “La igualdad constitucional y la interdicción de la discriminación”, *Revista de Derecho UNED*, Universidad Nacional de Educación a Distancia UNED, núm. 16.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, T.R. (1999); *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid.

GARCÍA GARNICA, M.C. y ROJO, R. (2014); *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Dykinson, Madrid.

GARCÍA GIL, B. (2014); “Significado del derecho del trabajo”, en CEBRIÁN CARRILLO, A. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *Lecciones de contrato de trabajo*, Dykinson, Madrid.

GARCÍA MANRIQUE, R. (2010); “La semántica confusa de la igualdad”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33.

GARCÍA MORILLO, J. (1994); *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (2017); “Redefiniendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad”, *Revista de Información Laboral*, Aranzadi, Cizur Menor.

GARCÍA SALAS, A.I. (2016); *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*, Lex Nova - Thomson Reuters, Pamplona.

GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A. (1986); *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. (2015); *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la era del big data y de la computación ubicua*, Dykinson, Madrid.

- (2016); “La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad: concepto y elementos”, en *Nuevos retos para la protección de Datos personales. En la Era del Big Data y la computación ubicua*, Dykinson, Madrid.

GARROCHO SALCEDO, A. (2013); “Delitos de denegación de una prestación por motivos discriminatorios de los artículos 511 y 512 CP”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5.

GARRÓS FONT, I. (2017); “La intimidad y los demás derechos privados legítimos”, en VV.AA.; *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

GAY FUENTES, C.; “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión y su aplicación por el Tribunal Constitucional Español”, *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 120.

GIL RUÍZ, J.M. (2017); “Prohibición de discriminación. artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.; *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Comares, Granada.

GIMENO SENDRA, V. (2017); *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, Edisofer, Madrid.

GODÍNEZ VARGAS, A. (2014); “Discriminación por opinión política”, en BAYLÓS GRAU, A.P., THOMÉ, C.F., GARCÍA SCHWARZ, R. y CASAS BAAMONDE, M.E., (coords.); *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GOIG MARTÍNEZ, J.M. (2006); *Artículo 38: La libertad de empresa*, en VV.AA.; *Comentarios a la Constitución Española, Tomo III – Artículos 24 a 38 de la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid.

GÓMEZ ALCALÁ, R.V. (1997); *La ley como límite de los derechos fundamentales*, Porrúa, México D.F.

GÓMEZ MILLÁN, M.J. (2001); “Extinción del contrato de trabajo. El despido por razones ideológicas en la Administración pública”, *Temas laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 108, 2001.

GÓMEZ MONTORO, A.J. (2002); “La titularidad de los derechos fundamentales por personas jurídicas. Un intento de fundamentación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 65.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ-BUGALLAL, M.C. y MEDINA RUBIO, R. (2013): *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Club Universitario, Alicante.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2017); *La dignidad de la persona*, Thomson-Civitas, Aranzadi, Pamplona, 1986.

GRIEF, N. (2002); “Non-discrimination under the European Convention of Human Rights: a critique of the UK Government’s refusal to sign and ratify Protocol 12”, *European Law Review*, núm. 27.

GÜERRI, C. (2015); *La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España*, Indret. Revista para el análisis del Derecho, Universitat Pompeu Fabra, núm.1.

GUIBOURG, R.A. (1996); “Igualdad y discriminación”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19.

GUTIÉRREZ PÉREZ, M. (2011); *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Laborum, Murcia.

HALLEY, J. (2008); *Sexuality Harassment*, en Mackinnon, C.A.; Siegel, R.B. (eds.); *Directions in sexual harassment law*. Yale University Press, New Heaven.

HERMIDA, C. (2015); *Nuevos derechos y nuevas libertades en Europa*, Dykinson, Madrid.

HERRANZ, C. (2015); “Género, inmigración y discriminación múltiple. Un enfoque interseccional de las políticas públicas españolas”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Dykinson, núm. 32.

HERRING, J. (2009); *Older people in Law and Society*, Oxford University Press, Oxford.

HIERRO, L. (1995); “Las huellas de la desigualdad en la Constitución”, en MATE RUPÉREZ (coord.), *Pensar la igualdad y la diferencia: una reflexión filosófica*, Editorial Fundación Argentina.

IGARTUA MIRÓ, M.T. y OJEDA AVILÉS, A. (2008); “La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 73.

JAÉN, M. y PERRINO, A.L. (2015); *La reforma penal de 2015*, Dykinson, Madrid.

JAHAN, S. y JESPERSEN, E. (2016); *Informe sobre Desarrollo Humano 2016. Desarrollo humano para todas las personas*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York y Communications Development Incorporated, Washington D.C.

JIMÉNEZ CAMPO, J. (1983); “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9.

- (1995); “Voz «Libertad ideológica»”, *Enciclopedia Jurídica Básica, Vol. III*, Civitas, Madrid.

- (2006); “Artículo 53: Protección de los derechos fundamentales” en *Comentarios a la Constitución Española, Vol. II, Artículos 10 a 23 de la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid.

JOHNSON, W.B. (1987); *Workforce 2000. Works and workers for the Twenty-First Century*, Hudson Institute, Indianápolis.

KHAN-FREUND, O.; *Trabajo y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1987.

KELSENG, H. (1979); *Teoría general del Estado*, Editorial Nacional, México D.F.

KHAITAN, T. (2015); *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford.

KI-MOON, B. (2014); “The Road to Dignity by 2030: Ending poverty, transforming all lives and protecting the planet”, United Nations General Assembly. Consulta on-line: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/69/700&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/69/700&Lang=E)

KORTHAUS, H. (2006); *Das neue Antidiskriminierungsrecht*, Taschenbuch, Mainz.

LACASTA ZABALZA, J.I. (2011); “Notas sobre el pluralismo y la objeción de conciencia”, en BARRANCO AVILÉS, M.C. y GARRIDO, M.I.; *Libertad ideológica y objeción de conciencia. Pluralismo y valores en Derecho y Educación*, Dykinson, Madrid.

DE LAMA, A. (2003); “Discriminación múltiple”, *Anuario de Derecho Civil*, Boletín Oficial del Estado, (BOE), núm. LXVI-I.



LESMES, S. (2005); “Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral”, *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, Universidad del País Vasco, núm. 13, 2005.

LLAMOSAS TRAPAGA, A. (2015); “Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y la comunicación”, Dykinson, Madrid.

LIPARI, N. (2016); *Las categorías del derecho civil*, Dykinson, Madrid.

LÓPEZ GARCÍA, J.A. (2008); “Georg Jellinek: Apuntes biográficos e intelectuales”, en VV.AA.; *Entre la ética, la política y el derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. I, Dykinson, Madrid, 2008.

- (2011); “Teorías actuales de la democracia y el multiculturalismo”, en BARRANCO AVILÉS, M.C. y GARRIDO, M.I.; *Libertad ideológica y objeción de conciencia. Pluralismo y valores en Derecho y Educación*, Dykinson, Madrid.

LÓPEZ GANDÍA, J. (2006); *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

LOUSADA AROCHENA, J.F. (2012); “La prueba de la discriminación en el Derecho Comunitario”, *Revista de Derecho Social*, núm. 60, Bomarzo.

LOURIDO RICO, A.M. (2004); *La nulidad de actuaciones, una perspectiva procesal*, Comares, Granada, 2002.

LUACES, A.I.; “Marco jurídico de protección de los derechos de las personas con discapacidad. De dónde venimos y a dónde vamos”, en *Retos y desafíos en materia de discapacidad. Una visión multidisciplinar*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (2007); *Derecho de la Libertad de Conciencia*, Vol. I, Thomson-Civitas, Pamplona.

MAKKONEN, T. (2002); “Multiple, Compound, and Intersectional Discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore”, *Institute for Human Rights, Abo Akademi University*, Turku, Finlandia, núm. 12.

MARABEL MATOS, J. (2016); “El ordenamiento jurídico internacional y los principios informadores del Derecho Eclesiástico”, en *El Derecho Fundamental de Libertad Religiosa en el ámbito de los Servicios Públicos Sanitarios*, Dykinson, Madrid.

MARKS, S. (2004); “The Human Right to Development: Between Rhetoric and Reality”, *Harvard Human Right Journal*, Vol. 17.

MARTÍN VALVERDE, A. (2008); “La jurisprudencia social del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: evolución y tendencias recientes”, en ALIPRANTIS, N., SUPIOT, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; *Actualidad de la justicia social. Liber amicorum en homenaje a Antonio Marzal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona.

MARTÍN VALVERDE, A. y MARTÍNEZ MORENO, C. (2013); “Artículo 2”, en PÉREZ DE LOS COBOS, F. (dir.) y THIBAUT ARANDA, J. (coord.) *Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia*, Tecnos, Madrid, 2010.

MARTÍN VIDA, M.A. (2003); *Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción positiva en Derecho estadounidense*, Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 68.

MARTÍNEZ ATIENZA, G. (2011); *Tratamiento jurídico-Criminológico del Mobbing o Acoso laboral*, Editorial vLex, Barcelona.

(2014); “Comentarios al Código Penal. Estudio sistematizado”, vLex, Barcelona.

(2015); “Derecho Civil, Penal Sustantivo y Procesal. Jurisprudencia del tribunal Supremo”, vLex, Barcelona.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (2016); “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXXII.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (1999); “La protección internacional de la libertad religiosa y de conciencia, cincuenta años después”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 2.

MAUGERI, A.M. (2016); “El *stalking* en el Derecho comparado. La obligación de incriminación de la Convención de Estambul y técnicas de tipificación”, *Revista Penal*, Tirant lo Blanch, núm. 38.

McCRUDDEN, C. (2007); *Buying Social Justice, Equality, Government & Legal Change*, Oxford University Press, Oxford.

MELAMED, C. y SAMMAN, E. (2013); *Equity, inequality, human development in a post-2015 framework*, united Nations Development Programme, Human Development Report Office, Nueva York.

MENDIZÁBAL ALLENDE, R. (2012); “La función jurisdiccional”, en *De La guerra de los jueces. Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional*, Dykinson, Madrid.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz y Eva María (2016); “El acoso laboral como fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración. Criterios de actuación y valoración”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 38.

MERINO SEGOVIA, A. (2015); “La acción sindical en la empresa. Nuevas orientaciones en la doctrina judicial a propósito del crédito horario del delegado sindical”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, núm. 70.

MESTRE I MESTRE, R.M. (2017); “Prohibición de discriminación general (Protocolo núm. 12)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.; *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en al Consejo de Europa*, Comares, Granada.

MESSEGUER VELASCO, S.; “La protección de la libertad religiosa en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de Derecho Público*, Fundación de Cultura Universitaria, núm. 48.

DE MIGUEL BERIAIN (2004); “Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 21.

MILL, J.S. (2014); *El utilitarismo*, Alianza Editorial, Barcelona, 1863.

MOECKLI, D. (2008); *Human Rights and Non-discrimination in the ‘War of Terror’*, Oxford Monographs In International Law - Oxford University Press, Oxford.

MOLINA NAVARRETE, C. (2007); *La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo*, Bomarzo, Albacete.

MONTOYA MELGAR, A. (1997); “Comentario a la STC 106/1996, de 12 de junio” en LONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.; *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo XIV, Aranzadi, Madrid.

MONZÓN PÉREZ, H. (2017); “El “deber de protección de datos personales” de los trabajadores y su transgresión”, *Revista de Información Laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, núm. 2.

MORAWA, A.H.E. (2011); “The New Judicial Federalism’ in the United States. The interplay of Federal and State Courts in Constitutional Adjudication”, *Schulthess Juristische Medien AG*, Universität Luzern y Schulthess, Zürich.

MOTOC, I.V. (2009); *The International Law of Genetic Discrimination: The Power of ‘Never Again’*, en Murphy, T. (ed.); *New Technologies and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford.

MUÑOZ RUIZ, A.B. (2009); *El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad en la unión europea y su extensión a los cuidadores*, Temas Laborales, Revista Andaluza de trabajo y Bienestar Social, núm. 101.

MÜLLER, F. (2016); *La positividad de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid.

MURDOCH, J. (2007); *Freedom of thought, conscience and religion. A guide to implementation of Article 9 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbook, núm. 9, Council of Europe, Cedex, Estrasburgo.

NAVAS NAVARRO, S. (2009); “Derecho Antidiscriminación en la Unión Europea”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXII-3.

NEBRERA, M. (1995); “De la libertad ideológica poco antes de la Revolución Francesa” (Su construcción desde la crítica a la intolerancia de Voltaire), *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 88.

- NIETO, A. (2007); *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, Madrid.
- NIETO MORALES, C. (2016); *Análisis y valoración de la prueba pericial Social, Educativa, Psicológica y Médica. El perito judicial*, Dykinson, Madrid.
- NOGUEIRA, M. (2009); “Tutela judicial del principio de igualdad y no discriminación”, en MOLINA, O.; *Gestión práctica de planes de igualdad*, Bomarzo, Albacete.
- (2012); “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”, *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, Universidad del País Vasco, núm. 25.
- OLIVER ARAUJO, J. (1986); *El recurso de amparo*, Ediciones de la Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca.
- OLLERO TASSARA, A. (2007); “Laicidad y laicismo en el marco de la Constitución española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXIV.
- ORTEGA Y GASSET, J (1986); *Ideas y creencias y otros ensayos de filosofía*, Alianza, Madrid.
- OTADUY, J. (1985); *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*, EUNSA, Pamplona.
- PALACIOS, A. y ROMANACH, J. (2006); *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Diversitas Ediciones – AIES y Generalitat Valenciana, Consell de Benestar Social.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2016); *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid.
- PALOMEQUE LÓPEZ, C. (2003); “Derechos fundamentales generales y relación laboral. Los derechos laborales inespecíficos”, en MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (coord.); *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Aranzadi, Madrid, 2003.
- PASCO COSMÓPOLIS, M. (1986); “El salario: su protección y garantía”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 40.
- PAZOS PÉREZ, A. (2016); “Comentario de la STC 203/2015, de 5 de octubre, sobre la libertad de expresión sindical”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, núm. 73.
- PECES-BARBA, G. (1978a); *Libertad, poder, socialismo*, Civitas, Madrid.
- (1978b); “La nueva Constitución española desde la Filosofía del Derecho”, *Documentación Administrativa*, Instituto Nacional de Administración Pública, núm. 180, extraordinario, octubre-diciembre.
- (1984); *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid.
- (2010); *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999.

PERALES, M. (2015); “Derechos fundamentales europeos en el núcleo de los nuevos principios”, en HERMIDA DEL LLANO, C.; *Nuevos derechos y nuevas libertades en Europa*, Dykinson, Madrid.

PERALTA MARTÍNEZ, R. (2012) “Libertad ideológica y libertad de expresión como garantías institucionales”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 16.

PÉREZ ÁLVAREZ, S.; “El derecho del menor a ser educado conforme a su propia conciencia según los estándares del TEDH”, *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 95, enero 2016, pp. 149-188.

PÉREZ DAUDÍ, V. (2015); “La carga de la prueba como medio procesal para la protección del derecho a la igualdad en el orden civil”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, J.M. Bosch Editor.

PÉREZ DE LA FUENTE, Ó. (2014); “La dignidad humana en serio. Desafíos actuales de los derechos fundamentales”, *Derechos y Libertades*, Dykinson, núm. 31.

PÉREZ DE LOS COBOS, F. (2005) (dir.); *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid.

PÉREZ LUÑO, A.E. (1987); “Sobre la igualdad en la Constitución Española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 4, 1987.

- (2001); “La tutela jurídica de los datos personales en España”, *La Toga*, Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, nº 131.

- (2008); *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid.

- (2010); *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

POLO SABAU, J.R. (2012a); “Libertad de creencias y orden público en la Constitución española: claves de interpretación”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, Marcial Pons, Vol. XV, núm. 2.

- (2012b); *Derecho y factor religioso*, Dykinson, Madrid.

POGGE, T. (ed.) (2007); “Severe poverty as a Human Rights Violation”, en *Freedom for poverty as a Human Right. Who owes what to the very poor?*, The Philosopher’s Library series, UNESCO Publishing and Oxford University Press.

POQUET CATALÀ, R. (2015); “El despido ideológico en empresas de tendencia”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8.

PRIETO SANCHÍS, L. (2004); “El derecho fundamental de la libertad religiosa”, en IBÁN, I., MOTILLA, A. y PRIETO SANCHÍS, L.; *Manual de derecho eclesiástico*, Trotta, Madrid.

- (2006); “Libertad y objeción de conciencia. STC 15/1982, de 23 de abril”, *Persona y derecho, Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Universidad de Navarra, núm. 54.

QUESADA SEGURA, R. (2007); “La no discriminación, la igualdad de trato y oportunidades en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 3 extra.

RAMÍREZ MORA, J.M. (2015); “Habemus jurisprudencia sobre las cláusulas suelo: la esperada segunda sentencia del Tribunal Supremo”, *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 148.

RECASENS SICHES, L. (2013); *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México D.F.

REQUENA CASANOVA, M. (2010); “Comentario sentencia TEDH de 8 de diciembre de 2009”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 36, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

REY, F. (1995); *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid.

- (2008); “La discriminación múltiple, una realidad anti-gua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 84.

RODRÍGUEZ CRESPO, M.J. (2015); “El ejercicio de la libertad ideológica en el ámbito empresarial: doctrina general y últimos pronunciamientos judiciales”, *Revista de Información Laboral*, Lex Nova, núm. 8.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. (2004); *El acoso moral en el trabajo. La responsabilidad en el acoso moral en el trabajo*, Dijusa, Madrid.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (1995); “Jurisdicción y justicia constitucionales”, en *La jurisdicción constitucional en España*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

- (2004); “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, *Persona y Derecho*, núm. 50.

ROLLNERT, G. (1998); “Ideología y libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-1990)”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 99.

- (2002); *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

ROMERO GALLARDO, A. (2015); “Comentario sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 208/2013, de 16 de diciembre (Asunto “Crónicas Marcianas”: entrevista a una persona con discapacidad psíquica para ridiculizarla, emitida por televisión e internet)”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Junta de Casilla y León, núm. 35, enero 2015.

RORIVE, I.; “A comparative and European examination of National Institutions in the field of racism and discrimination”, en BOYLE, K.; *New Institutions for human Rights Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 138 y ss.

ROVIRA-SUEIRO, M.E. (2002); “La protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales de la persona en la nueva LEC”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 6.

RUÍZ MIGUEL, A. (1996); “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19.

RUÍZ RESA, J.D. (2000); “El concepto de interés en Ihering”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 3, 2000.

RUTHERGLEN, G. (2013); Concrete or abstract conceptions of Discrimination?, en HELMAN, D. y MOREAU, S. (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. (2015); *El derecho del trabajo a mis 80 años*, Editorial Universitaria Ramón Aceres, Madrid.

SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R. (1997); “Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia”, *Anales de Derecho. Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 15.

SALOMON, M. (2008); Poverty, privilege and international law: The millennium development goals and the guise of humanitarianism, *German Yearbook of International Law*, Duncker & Humblot.

SALVADOR MARTÍNEZ, M. (2009); *Las medidas de acción positiva. Principio de igualdad y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., GOIG MARTÍNEZ, P. y MELLADO PRADO, S. (2001); *La democracia constitucional española*, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid.

SÁNCHEZ TORRES, E. (2011); “La incidencia de la prueba estadística y del principio de transversalidad en la objetivación de la responsabilidad empresarial en materia de igualdad y no discriminación”, *Diario la Ley*, núm. 7667, Wolters Kluwer.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (2007); “Garantía jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 7.

SANGUINETI RAYMOND, W. (2012); “Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales”, *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Wolters Kluwer, núm. 21-22.

SANTOS FERNÁNDEZ, M.D. (2005); *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*, Bomarzo, Albacete.

SAURA FREIXES, N. (2014); “La protección de la libertad de expresión en internet. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en GAVARA DE CARA, J.C., de MIGUEL BÁRCENA, J. y RAGONE, S. (dirs.); *El control de los cibermedios*, J.M. Bosch Editor, Barcelona.

- (2015); *Libertad de expresión y derecho a promover y proteger los derechos humanos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona.

SECO, J.M. (2017); “De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y cuestiones a revisar”, *Derechos y libertades*, Dykinson, núm. 36.

SEIFERT, A.; “La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de los trabajadores en Alemania”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, núm. 76.

SEMPERE NAVARRO, A.V. (2015); “Apuntes sobre la libertad de conciencia en el ámbito laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Aranzadi, Thomson Reuters, núm. 10.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. (2002); *Nuevas Tecnologías relaciones laborales*, Aranzadi, Navarra.

SENGUPTA, A. (2007); “Poverty Eradication and Human Rights”, en Pogge, T. (ed.); *Freedom for poverty as a Human Right. Who owes what to the very poor?*, The Philosopher’s Library series, UNESCO Publishing and Oxford University Press.

SEPÚLVEDA GÓMEZ, M. (2013); “Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso de correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites”, *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 122.

SERRANO MAÍLLO, M. (2006); “Libertad ideológica, religiosa y de culto”, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (coord.); *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- (2015); “Libertad ideológica, religiosa y de culto”, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (coord.); *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

SERRANO RUÍZ-CALDERÓN, 2007: 12-54., J.M.; “La cuestión de la eutanasia en España. Consecuencias jurídicas”, *Cuadernos de Bioética*, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Vol. 18, núm. 62.

SERRANO OLIVARES, R. (2001); “El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, núm. 103.

SHAMAN, J.M. (2008); *Equality and Liberty in the Golden Age of State Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford.

- (2010); “The End of Originalism”, *San Diego Law Review*, Vol.47, Núm. 83.

SOMEK, A. (2011); *Engineering equality. An essay on European Antidiscrimination Law*, Oxford University Press, Oxford.



STROHAL, Ch. (2005); “Prefacio”, en VV.AA.; *La lucha contra los delitos de odio en la región OSCE (Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa). Una visión general de Estadísticas, Legislación e Iniciativas Nacionales*, Movimiento contra la Intolerancia y OSCE/OIDHR, Madrid.

TAPIA BALLESTEROS, P. (2011); “Infracciones y sanciones derivadas del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4.

- (2014); *La Discriminación Laboral. Análisis del Artículo 314 CP*, Tirant lo Blanch, Valencia.

TORRES GUTIÉRREZ, A. (2005); “La libertad de pensamiento, conciencia y religión”, en SANTOLAYA MACHETTI, P. y GARCÍA ROCA, F.J.; *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2009); “Garantías del trabajador frente al despido arbitrario, discrecional provocado por el propio empresario”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, núm. 46.

- (2016); “Las facultades de la empresa de videovigilancia de sus trabajadores. Comentario a la STC 39/2016, de 3 de marzo”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, núm. 74.

URRUTIKOETXEA, M. (2014); *Acoso laboral y lesión de derechos fundamentales*, Bomarzo, Albacete.

De VAL TENA, A.L. (1994); “Las empresas de tendencia ante el derecho al trabajo. Libertad ideológica y contrato de trabajo”, *Proyecto Social. Revista de relaciones laborales*, Universidad de Zaragoza, núm. 2.

VALDÉS DAL-RÉ, F. (1992); “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en APARICIO TOVAR, J. y BAYLÓS GRAU, A.P. (eds.); *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid.

- (2003a); “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador. Una aproximación de derecho comparado”, *Derecho Privado y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 17.

- (2003b); “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador. Un ensayo de noción lógico-formal”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Wolters Kluwer, núm. 2.

VALDÉS DE LA VEGA, B. (2008); “El derecho a la intimidad y su expectativa de respeto en el uso personal de las tecnologías de la información y comunicación en el trabajo. Un comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 y a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, núm. 42.

VALLS, J. (2015); “Delitos contra la Constitución”, en MORILLAS, L. (Dir.); *Estudio sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid.

VÁZQUEZ, C. (2015); “La protección penal de las personas con discapacidad. Una aproximación de los delitos de discriminación del Código Penal español”, en *Retos y desafíos en materia de discapacidad. Una visión multidisciplinar*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid.

DE VEGA GARCÍA, P. (1979); “Poder constituyente y regionalismo”, en TRUJILLO, G. (coord.), *Federalismo y Regionalismo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

VILADRICH, P.J. (1996); *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español*, Eunsa, Pamplona.

VILLALBA SÁNCHEZ, A. (2016); “Los derechos fundamentales del trabajador frente a los nuevos instrumentos de control empresarial”, *Revista Derecho Social y Empresa*, Dykinson, núm. 6.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.N. y LAFONT NICUESA, L. (2006); “Acoso moral”, en MARCOS GONZÁLEZ, J.I.; *La tutela frente al acoso moral: laboral, escolar, familiar e inmobiliario*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid.

VILLORIA MENDIETA, M. (2015); *Ética pública y buen gobierno. Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid.

VIVERN, C. (1992); *Derecho y Discrecionalidad*, Cuadernos de la Facultad de Derecho, Mallorca, UIB, núm.18.

VV.AA. (2007); *Takling multiple discrimination*, Danish Institute for Human Rights y Comisión Europea, Luxemburgo.

WHITE, R.C.A. (2004), *Workers, Establishment, and Services in the European Union*, Oxford European Union Law Library, Oxford.

WEISSBRODT, D. (2008); *The Human Rights of Non-citizens*, Oxford University Press, Oxford.

YACKLE, L. (2007); *Regulatory, Rights: Supreme Court Activism, the Public Interest, and the Making of Constitutional Law*, University of Chicago Press, Chicago.