

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2020/2021

Convocatoria: Marzo

**NO DISCRIMINACIÓN Y DERECHO CIVIL: DOS EJEMPLOS EN
DERECHO DE SUCESIONES**

Non-discrimination and civil law: two examples in succession law

Realizado por el alumno/a D. Raquel Morell Delgado

Tutorizado por el Profesor/a D. María Elena Sánchez Jordán

Departamento: Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil

Índice

| | Págs. |
|---|--------------|
| 1. Introducción | 6 |
| 2. Derecho antidiscriminatorio en general..... | 7 |
| 2.1. Breve apunte histórico..... | 7 |
| 2.2. La normativa antidiscriminatoria: internacional, europea, estatal y autonómica..... | 9 |
| 2.3. Igualdad formal e igualdad material ¿Qué supone?..... | 14 |
| 2.3.1. Igualdad formal..... | 17 |
| 2.3.2. Igualdad material..... | 23 |
| 2.4. Principio de no discriminación..... | 26 |
| 2.5. Tipos de discriminación..... | 32 |
| 3. No discriminación por razón de sexo y Derecho civil. Antecedentes históricos..... | 33 |
| 4. Reminiscencias discriminatorias: análisis de dos supuestos de discriminación | 41 |
| 4.1. Un caso de discriminación directa: la sucesión en la Corona, art. 57 CE..... | 41 |
| 4.2. Un supuesto de discriminación indirecta: el art. 793 CC..... | 43 |
| 5. Conclusiones..... | 51 |
| 6. Bibliografía..... | 54 |

ABSTRACT

The present work aims to carry out an analysis of anti-discrimination law. For this purpose, we will refer to the content of formal equality, set forth in art. 14 CE; material equality contained in art. 9.2 CE, and, finally, the principle of non-discrimination of art. 14 CE in fine. In addition, a distinction will be made between direct and indirect discrimination, to finally focus on a more specific one, which is discrimination based on sex grounds, understood from the point of view of civil law.

Finally, we will present, on the one hand, an example of direct discrimination on the grounds of sex contained in art. 57 CE, which refers to the preference of men over women in the succession to the Spanish Crown, and, on the other, a case of indirect discrimination, contained in art. 793 CC, which allows the testamentary provisions that impose the absolute condition of not marrying a specific person. All this with the objective of verifying which rights are affected and whether or not there is the effective equality that is advocated in the Constitution.

Key Words: Anti-discrimination law, material equality, formal equality, non-discrimination principle, direct, indirect and sex-based discrimination.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El presente trabajo tiene como objeto el análisis del Derecho antidiscriminatorio. Para ello nos referiremos al contenido de la igualdad formal, enunciada en el art. 14 CE; la igualdad material que contempla el art. 9.2 CE, y, por último, el principio de no discriminación del art. 14 CE in fine. Además, se realizará una distinción entre la discriminación directa e indirecta, para centrarnos finalmente en una más específica, que es, la discriminación por razón de sexo entendida desde el punto de vista del Derecho civil.

Para finalizar expondremos dos supuestos; por un lado, uno de discriminación directa por razón de sexo contenida en el art. 57 CE, que se refiere a la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona española, y, por otro, uno de discriminación indirecta, contenido en el art. 793 CC, precepto en el que se permite que en las disposiciones testamentarias se imponga la condición absoluta de no contraer matrimonio con persona determinada. Todo ello con el objetivo comprobar qué derechos se ven afectados y si existe o no la igualdad efectiva que se propugna en la Constitución.

Palabras clave: Derecho antidiscriminatorio, igualdad material, igualdad formal, principio de no discriminación, discriminación directa, indirecta y por razón de sexo.

1. Introducción.

El Derecho antidiscriminatorio ha producido, a lo largo del tiempo, una evolución en el concepto y contenido de la igualdad, de tal manera que, hoy en día constituye uno de los objetivos principales de los sistemas democráticos, orientado a la erradicación de la discriminación, así como, la proclamación y el logro de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres¹. Esta rama del Derecho abarca, por un lado, la igualdad formal entendida como la igualdad de trato de todas las personas, y por otro, la material, es decir, aquella que tiene como fin el equilibrio de bienes y situaciones económicas entre los individuos². La igualdad se ha convertido en uno de los derechos centrales del constitucionalismo en los dos últimos siglos, tal y como veremos más adelante³.

El Derecho antidiscriminatorio es una muestra de la evolución social y política, entendiéndose de una forma abstracta y universal la igualdad de todos los individuos, enfocándose en superar los comportamientos discriminatorios dirigidos a ciertos colectivos o grupos sociales que estaban muy arraigados en la sociedad⁴. De esta forma, la igualdad se constituye como la piedra angular de los ordenamientos jurídicos.

En este trabajo se va a abordar su estudio de la siguiente manera: en primer lugar, se efectuará un repaso al concepto de Derecho antidiscriminatorio y

¹ CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 50-51*. 2005, pág. 194.

² CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 50-51*. 2005, pág. 194.

³ REY MARTÍNEZ, F. (2017). “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018” en *Uned Revista de Derecho Político, n° 100*. Págs. 128.

⁴ REY MARTÍNEZ, F. (2017). “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018” en *Uned Revista de Derecho Político, n° 100*. Págs. 128.

sus nociones básicas. A continuación, se analizará el principio de igualdad en sus dos vertientes (igualdad formal e igualdad material), para abordar seguidamente el principio de no discriminación; en particular, el que se ocupa de la discriminación por razón de sexo. Para terminar, se examinarán dos supuestos de discriminación que hoy en día aún perviven en Derecho de sucesiones: por un lado, un caso de discriminación directa consagrado en el art. 57 de la Constitución y, por otro, un supuesto de discriminación indirecta que resulta de la regulación contenida en el art. 793 CC.

2. El Derecho antidiscriminatorio, en general.

2.1. Breve apunte histórico.

El Derecho antidiscriminatorio tiene su origen en EEUU en los años sesenta, y surge como respuesta a las revueltas debidas a la segregación racial imperante en la época. En la Constitución de los Estados Unidos de América, que data de 1787, no se incluyeron en el momento de su promulgación referencias a la igualdad, de hecho, se permitía la esclavitud en su art. 4.2. La inclusión del término igualdad vino dada en una serie de enmiendas que se realizaron posteriormente, tras la Guerra Civil o Guerra de Secesión, y los movimientos abolicionistas de la esclavitud⁵. En este sentido, las enmiendas determinantes para la consagración del principio de igualdad y la abolición de la esclavitud fueron las siguientes: en primer lugar, la Decimotercera Enmienda que se aprobó en 1865 y supuso la abolición de la esclavitud, y en la que se estipulaba lo siguiente: “No

⁵ MARTÍN VIDA, M.A (2003). “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense” en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 68 Mayo – agosto 2003, págs. 151 a 194.

existirán dentro de los Estados Unidos, ni en los territorios sujetos a su jurisdicción ni esclavitud ni servidumbre involuntaria, salvo como pena por un delito por el que el interesado haya sido debidamente condenado”. Aunque, en realidad, no fue una abolición radical de la esclavitud, ya que en algunos Estados sureños se generalizaron los *blacks codes*, mediante los cuales se imponían a los negros que habían sido emancipados unas fuertes restricciones legales⁶. Dichas restricciones fueron eliminadas con la aprobación de la Ley de Derechos Civiles de 1866, que tuvo como objetivos básicos regular el derecho a voto y luchar contra la discriminación racial, convirtiéndose en un referente para Europa para desarrollar legislación antidiscriminatoria⁷. En segundo término, otra de las enmiendas determinantes fue la Decimocuarta, aprobada en 1868, mediante la que se incorporó la *equal protection clause*, en la que se estipuló que ningún Estado podía denegar a ninguna persona la protección de las leyes⁸. Con posterioridad se aprobó la Decimoquinta Enmienda, que tuvo como fin el reconocimiento del voto a las personas negras. Sin embargo, el colectivo negro siguió siendo discriminado hasta después de la Segunda Guerra Mundial, aunque fue tras ella cuando se comenzó a aceptar el principio de universalidad de los derechos humanos y con ello se iniciaron esfuerzos

⁶ MARTÍN VIDA, M.A (2003). “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense” en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 68. Mayo – agosto 2003, págs. 151 a 194.

⁷ BARRÈRE UNZUETA, M.A, “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 9. 2003, País Vasco. Págs. 5 y 6.

⁸MARTÍN VIDA, M.A (2003). “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense” en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 68. Mayo – agosto 2003, págs. 151 a 194.

orientados a combatir la discriminación racial tan notoria que se daba en Estados Unidos⁹.

2.2. La normativa antidiscriminatoria: internacional, europea, estatal y autonómica

A partir de las mencionadas luchas raciales, comienza a aprobarse numerosa normativa de carácter internacional para paliar la discriminación, de entre las que destacamos las siguientes: la Declaración Universal de Derechos del Hombre (1948), que marcó un hito en la historia de los derechos humanos y que fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Con ella se implanta un ideal común para los pueblos y naciones que lo suscribieron, estableciendo el principio de igualdad y no discriminación en sus arts. 1 y 2 respectivamente. Destacamos también: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en el que se protege especialmente el derecho a la vida (art. 6), se establece la prohibición de la tortura y la esclavitud (arts. 7 y 8), y se consagra el derecho a la libertad (art. 9), entre otros. Por último, destacamos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), cuyo contenido se dirige a la protección del derecho del trabajo (art. 6), a una buena salud (art. 12), o a la educación (art. 13), entre otros. Además, en el terreno de las organizaciones internacionales especializadas, se destaca especialmente el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, referido específicamente a la

⁹ MARTÍN VIDA, M.A (2003). “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense” en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 68. Mayo – agosto 2003, págs. 151 a 194.

discriminación en materia de empleo y ocupación, que contempla una de las más avanzadas definiciones de lo que se entiende como discriminación¹⁰.

En el ámbito del Derecho europeo, ha habido producción normativa antidiscriminatoria como, por ejemplo, en la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea, concretamente en su Título III bajo la rúbrica “Igualdad”, en los artículos 20 y 21 respectivamente. Ambos artículos propugnan, por un lado, la igualdad de todas las personas ante la ley y, por otro, la prohibición de discriminación por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, entre otros. La Carta también hace mención a la igualdad entre hombres y mujeres en su artículo 23, señalando que ha de garantizarse en todos los ámbitos y permitiendo la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado. Cabe destacar, asimismo, el Convenio Europeo de Protección de los Derechos del Hombre (1950) y su Protocolo 12 (2006), el Tratado de la Unión Europea y la Carta Comunitaria de Derechos de los Ciudadanos.

La normativa europea referida anteriormente se complementa con una serie de directivas dirigidas a la prohibición de discriminación por razón de sexo, que inicialmente se habían limitado al ámbito del empleo y la ocupación¹¹. De las directivas vamos a destacar especialmente las siguientes: Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 junio de 2000¹², también conocida como la Directiva de igualdad racial, que tiene por objeto establecer un marco normativo con el fin de luchar contra la discriminación por motivos raciales

¹⁰ CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 50-51. 2005, pág. 218.

¹¹ SÁNCHEZ JORDÁN. M.E., “Artículos 16 a 18”, en *El Estatuto de Autonomía de Canarias, Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre* (dir. J. Suay Rincón y F. Villar Rojas), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, págs. 117 y 118.

¹² Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. «DOCE» núm. 180, de 19 de julio de 2000.

aplicando el principio de igualdad de trato (art. 1). En segundo lugar, la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000¹³, cuyo objeto se circunscribe a “establecer un marco general para luchar contra la discriminación, por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.” (art. 1). En tercer lugar destacamos al Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006¹⁴, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres, en asuntos de empleo y ocupación. Por último, la Directiva del Consejo 2004/113, de 13 de diciembre de 2004¹⁵, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes, servicios y su suministro.

En definitiva, cabe subrayar que la Unión Europea ha desarrollado un marco normativo que tiene como objetivo eliminar la discriminación en los Estados Miembros por los motivos enunciados con anterioridad, de tal manera que asegura a la ciudadanía un estatus de protección que afecta a todos los ámbitos de la vida y no solo a la discriminación por razón de sexo o raza.

En España, puede afirmarse que el Derecho antidiscriminatorio está contemplado en la Constitución Española de 1978. Por un lado, nos

¹³ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. «DOCE» núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

¹⁴ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). «DOUE» núm. 204, de 26 de julio de 2006.

¹⁵ Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. «DOUE» núm. 373, de 21 de diciembre de 2004.

encontramos con la proclamación de la igualdad como un valor superior del ordenamiento jurídico en el art. 1 CE: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”; y, por otro, como antesala de los derechos fundamentales en su art. 14 CE : “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 último artículo es revelador, en el sentido de que tenemos, por un lado, la igualdad en y ante la ley y, por otro, el derecho a no sufrir ningún tipo de discriminación de los que contempla el precepto¹⁶. Los preceptos constitucionales dan pie a la aprobación de legislación que tiene como objeto fomentar el principio de igualdad y de no discriminación, como, por ejemplo, la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo¹⁷ para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo objeto queda delimitado en el art. 1: “Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley, tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria”.

¹⁶ HERRERO OVIEDO, M., OTERO CRESPO, M., INFANTE RUIZ, F.J. “Capítulo 25: Libertad. Violencia. No discriminación” en *Tratado de derecho de la persona*. Tomo II. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013. págs. 683 y 684.

¹⁷ «BOE» núm. 71, de 23/03/2007.

Otro ejemplo relevante es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre¹⁸, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En este caso su objeto va dirigido a la consecución de la igualdad de oportunidades y de trato para las personas con discapacidad (art. 1).

En el plano autonómico, y más concretamente en lo referido a la Comunidad Autónoma Canaria, puede apuntarse que en su reformado Estatuto de Autonomía por medio de la Ley Orgánica 1/2018 de 5 de noviembre¹⁹, y más específicamente en su art. 17, se garantiza la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, así como la adopción de medidas efectivas para acabar con la desigualdad entre ambos por medio de políticas y acciones activas. Las medidas que contempla este artículo se vinculan con el art. 11 del mismo Estatuto, ya que por medio del mismo se acuerda, que los poderes públicos canarios tendrán que garantizar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de igualdad y no discriminación, entre otros. Por lo tanto, podemos llegar a la conclusión de que los artículos citados son una ampliación o concreción del artículo 14 CE²⁰. En lo que se refiere a la producción normativa canaria en términos de igualdad y no discriminación, destacamos la Ley 1/2010, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y hombres²¹, y la Ley 8/2014, 28 octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales²².

¹⁸ «BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.

¹⁹ «BOE» núm. 268, de 6 de noviembre de 2018

²⁰ SÁNCHEZ JORDÁN. M.E., “Artículos 16 a 18”, en El Estatuto de Autonomía de Canarias, Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre” (dir. J. Suay Rincón y F. Villar Rojas), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, págs. 109 y ss.

²¹ «BOE» núm. 67, de 18 de marzo de 2010.

²² «BOC» núm. 215, de 5 de noviembre de 2014.

Del recorrido histórico - normativo que hemos expuesto se puede llegar a la conclusión de que el Derecho antidiscriminatorio surge a consecuencia de una profunda, y sistemática discriminación racial del colectivo afroamericano en Estados Unidos. Precisamente, es por ello por lo que se producen una serie de revueltas, que tienen como principal objetivo que se proporcione a este colectivo diferenciado las condiciones necesarias de igualdad, para que puedan desarrollarse como personas en la sociedad sin que les sean impuestas limitaciones por razón de su raza. Tras la Segunda Guerra Mundial es cuando realmente se va a tomar conciencia sobre los derechos humanos y es por ello que a partir de entonces se inician acciones con el fin de paliar la discriminación no solo en el ámbito racial sino en cualquier otro tipo de sector. En la actualidad, Europa ha sido una de las regiones pioneras en la erradicación de la discriminación, no en vano desde su momento fundacional la Comunidad Europea tuvo entre sus valores fundamentales el principio de igualdad y no discriminación.

2.3. Igualdad formal e igualdad material ¿qué supone?

La igualdad es un objetivo de las organizaciones sociales, económicas, políticas y jurídicas de las actuales sociedades democráticas del siglo XXI²³. Con el fin de avanzar hacia la igualdad tanto en su vertiente de igualdad formal, referida a la igualdad de trato de toda la ciudadanía, como en la de la igualdad material, entendida como el equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales de los seres humanos en su conjunto²⁴, se ha proclamado en distintos textos el derecho a la igualdad.

²³ REY MARTÍNEZ, F. (2017). “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018” en *Uned Revista de Derecho Político*, nº 100. Págs. 127.

²⁴ CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* N° 50-51, 2005, págs. 193-218.

El principio de igualdad tiene sus antecedentes históricos en las constituciones liberales, y, en el caso de España, en la Constitución de 1931²⁵, que en su art. 2 proclama que “ Todos los españoles son iguales ante la ley”.

En la actualidad, y como ya se apuntó más arriba, la igualdad se consagra en la Constitución Española como valor superior del ordenamiento jurídico en su artículo 1.1 y, al mismo tiempo, se reconoce como derecho fundamental en el artículo 14 abarcando, por un lado, la igualdad en y ante la ley y, por otro, el derecho a no sufrir ningún tipo de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social²⁶. Asimismo el término “igualdad” se refleja explícitamente en varios preceptos constitucionales, como en el art. 23.2 con respecto al derecho de acceso a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad. Otros ejemplos se encuentran en los arts. 31 y 32, referentes a un sistema tributario justo, basado en el principio de igualdad, el primero, y sobre el derecho a contraer matrimonio del hombre y la mujer, en condiciones de plena igualdad jurídica, el segundo²⁷. Cabe destacar que el término igualdad también aparece de forma implícita en otros preceptos constitucionales mediante la utilización de términos como: “todas las personas”, “los ciudadanos” o “los españoles”, poniendo de manifiesto de esta forma el acceso a los derechos que se enuncien en cada caso en

²⁵ RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO – FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley” en *Comentarios a la Constitución Española Tomo I. La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley* Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 326.

²⁶ HERRERO OVIEDO, M., OTERO CRESPO, M., INFANTE RUIZ, F.J. “Capítulo 25: Libertad. Violencia. No discriminación” en *Tratado de derecho de la persona. Tomo II*. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013, pág. 683.

²⁷ RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO – FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley” en *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I. La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley* Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 326.

condiciones de igualdad por cualquier sujeto²⁸. En los países de nuestro entorno la igualdad se consagra en términos similares; es lo que sucede, por ejemplo, en el caso de la Constitución alemana, en cuyo art. 3 se propugna la igualdad de todas las personas ante la ley, y contempla el derecho a la no discriminación por razones como la ascendencia, idioma o patria entre otras. En la Constitución italiana se hace alusión a la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer ningún tipo de discriminación. En lo que se refiere a los Convenios y Tratados Internacionales, como ya se indicó en el apartado anterior, se sigue la misma línea; así, en el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se prohíbe la discriminación y en la Carta Europea de Derechos Fundamentales se proclama la igualdad ante la ley, así como el derecho a no ser discriminado por una serie de motivos que quedan enunciados en los arts. 20 y 21 respectivamente²⁹.

Por lo dicho anteriormente podemos llegar a la conclusión de que la igualdad, en términos constitucionales, posee una triple condición: como valor del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), como principio cuya efectividad tiene que ser garantizada por los poderes públicos (art.9.2 y 14 CE) y, por último, como derecho fundamental, sin que pueda prevalecer discriminación alguna (art. 14)³⁰. De tal manera que afecta a tres ámbitos diferenciados: el primero de ellos es el liberal, que conlleva la prohibición de la arbitrariedad en lo que respecta a la creación y aplicación de las normas, el segundo es el democrático, ya que se tiene en cuenta a la

²⁸ RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO – FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley” en *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I. La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley*” Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 326.

²⁹ HERRERO OVIEDO, M., OTERO CRESPO, M., INFANTE RUIZ, F.J. “Capítulo 25: Libertad. Violencia. No discriminación” en *Tratado de derecho de la persona. Tomo II*. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013, pág. 683.

³⁰ REY MARTÍNEZ, F. (2017). “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018” en *Uned Revista de Derecho Político, nº 100*, págs. 127.

sociedad en su conjunto, sin diferenciación de grupos por cuestiones como la raza, el sexo o etnia, y el tercero se refiere al ámbito social, en el que el concepto de igualdad legítima que exista un derecho desigual con el objetivo de garantizar el acceso a individuos, y grupos que se encuentren en una especial vulnerabilidad a la igualdad de oportunidades³¹. Estas dimensiones, a su vez, se encuentran estrechamente vinculadas a la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social, tal y como expresa el art. 10.1 CE³².

2.3.1. La igualdad formal

El contenido de la igualdad ha variado con el paso del tiempo, sobre todo en lo que se refiere a su acepción, contenido y relevancia en el plano social debido a la multiplicidad de ámbitos en los que puede incidir. En la actualidad existen controversias sobre lo que se entiende como igualdad, debido a que a pesar de que la mayoría de países de nuestro entorno tienen una aceptación casi universal de la misma, nos encontramos en una situación en la que no todos los miembros integrantes de una sociedad poseen una percepción igualitaria de ella, como se observa, por ejemplo, en el debate existente sobre la discriminación positiva³³. Esto supone que lo que no es igual deberá de ser tratado de forma desigual, motivo por el cual serán contrarias al principio de igualdad aquellas normas que, de forma total y absolutamente injustificada, lleven aparejadas consecuencias diferentes

³¹ REY MARTÍNEZ, F. (2017). “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018” en *Uned Revista de Derecho Político*, nº 100, págs. 129.

³² REY MARTÍNEZ, F. (2017). “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018” en *Uned Revista de Derecho Político*, nº 100, págs. 128 – 129.

³³ CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Nº 50-51, 2005, págs. 193 y 194.

a supuestos de hecho equivalentes, así como aquellas que supongan que se dispense un tratamiento igual a situaciones manifiestamente diferentes³⁴.

La igualdad formal se encuentra enunciada en el art. 14 CE y contiene dos vertientes diferenciadas: la primera, es la positiva, y se refiere a la exigencia de un tratamiento igual a sujetos que se encuentren en iguales circunstancias, mientras que la segunda, es la negativa, que es la prohibición de trato desigual cuando se dirija a personas que se encuentran en situaciones iguales³⁵. La noción de igualdad ante la ley, supone que toda la ciudadanía está sometida de forma igualitaria al ordenamiento jurídico y que, además, tiene derecho a invocar la protección de los derechos que el propio ordenamiento les reconoce. Esto, a su vez, se relaciona con la necesidad de abstracción y generalidad que debe poseer la norma jurídica a la hora de tipificar los supuestos de hecho, a los que se van a atribuir consecuencias jurídicas para los ciudadanos³⁶.

El imperativo de universalidad se manifiesta utilizando terminología que abarca a la sociedad entendida en su conjunto, como por ejemplo: “todos”³⁷, “los ciudadanos”³⁸ o “nadie”³⁹, entre otros, cuyo objetivo es básicamente reflejar esa generalidad mencionada anteriormente para garantizar la

³⁴ CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 50-51, 2005, págs.195.

³⁵ HERRERO OVIEDO, M., OTERO CRESPO, M., INFANTE RUIZ, F.J. “Capítulo 25: Libertad. Violencia. No discriminación” en *Tratado de derecho de la persona. Tomo II*. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013, pág. 684.

³⁶ RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO – FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley” en *Comentarios a la Constitución Española Tomo I*. Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 328.

³⁷ Art. 15 CE.

³⁸ Art. 23 CE.

³⁹ Art. 25 CE.

igualdad de trato⁴⁰. Sin embargo, debemos tener en cuenta que por la complejidad y evolución del concepto de igualdad, esta conlleva otras manifestaciones que van más allá de la propia generalidad, ya que también lleva implícita el principio de equiparación; es decir, que se dispense un tratamiento igualitario en situaciones que no son del todo idénticas, ya que existen diferencias entre ellas pero las mismas no son esenciales, de tal forma que se llegan a considerar irrelevantes, con el fin de que los sujetos disfruten de determinados derechos, cargas o se les aplique una determinada disposición específica⁴¹. Para poder aplicar este último principio se deben establecer una serie de criterios, a fin de distinguir cuándo estamos ante hechos o situaciones irrelevantes o accesorias o, por el contrario, ante situaciones relevantes o esenciales de cara a la aplicación de la norma jurídica de forma igualitaria. Se trata de una situación compleja, que dependerá del caso concreto en el que nos encontremos. Un ejemplo de ello se encuentra en el propio artículo 14 CE, cuando hace referencia a la no discriminación por una serie de motivos tales como nacimiento, raza, sexo o religión, poniendo de manifiesto que se trata de cuestiones relevantes de cara a la aplicación de la ley en condiciones de igualdad, consagrando de esta manera la prohibición de discriminación por dichos motivos⁴².

Unido al mandato de equiparación aparece, como punto de apoyo, el principio de diferenciación. Si el principio de equiparación suponía tratar igual dos situaciones a pesar de sus diferencias porque estas eran

⁴⁰ CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 50-51*, 2005, págs.202.

⁴¹ CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 50-51*, 2005, págs.202.

⁴² CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 50-51*, 2005, págs.203.

irrelevantes, el principio de diferenciación exige “el tratamiento diferenciado de situaciones semejantes, pero de acuerdo con presupuestos normativos que excluyan la arbitrariedad o la discriminación”, solo cuando las diferencias existentes sean de carácter relevante⁴³. La concreción de este último principio podemos encontrarla, por ejemplo, en el art. 31.1 CE, en el que se dispone que “contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad”. Puede decirse que se aplica, en este caso, el principio de diferenciación porque se establece una distinción de los contribuyentes en función de la capacidad económica de cada uno de ellos⁴⁴.

La igualdad ante la ley también exige la igualdad en la aplicación de la ley, que es la que tiene como destinatario al juzgador a la hora de aplicar el contenido de la ley, como muestra del sometimiento de los poderes públicos al principio de igualdad y de legalidad⁴⁵. La igualdad en la ley constituye un límite para el juzgador, y así lo demuestra reiterada jurisprudencia como, por ejemplo, la STC 22/1981⁴⁶, de 2 de julio, en la que se afirma que la igualdad que reconoce el art. 14 vincula al poder legislativo, y además lo tiene como destinatario. Asimismo, la STC 34/1981⁴⁷, de 10 noviembre, destaca que la inobservancia del principio de igualdad puede suponer la

⁴³ CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 50-51, 2005, pág.203.

⁴⁴ CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 50-51, 2005, págs.203.

⁴⁵ RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO – FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley” en *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*. Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 328.

⁴⁶ STC 22/1981, de 2 de julio (FJ. 3).

⁴⁷ STC 34/1981, de 10 de noviembre (FJ. 3A).

inconstitucionalidad de la ley. Sin embargo, en la STC 22/1981⁴⁸ se afirma que el principio de igualdad no implica “en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica”, y, teniendo en cuenta la doctrina del TEDH, relacionada con el art. 14 CEDH, se declara “que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El art. 14 Convenio Europeo, no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es solo 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”. Por lo tanto, le va a corresponder al legislador apreciar cuándo se encuentra ante situaciones distintas y cuándo es necesario proceder a diferenciarlas y tratarlas de manera desigual, siempre desde el punto de vista del principio de igualdad y los límites del mismo⁴⁹.

En lo que se refiere a la igualdad en la aplicación de la ley, el Tribunal Supremo tiene como función esencial garantizarla, y esto se hace por medio del recurso de casación para unificación de doctrina, que se encuentra regulado en el art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵⁰. Uno de los requisitos para acceder a él, es que la sentencia que se haya impugnado haya realizado una interpretación y posterior aplicación de la ley de forma contraria a como lo han hecho antes las Audiencias Provinciales o la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵¹.

⁴⁸ STC 22/1981, 2 de julio (FJ 3).

⁴⁹ STC 34/1981, de 10 noviembre (FJ 3C).

⁵⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 08/01/2000.

⁵¹ REY MARTÍNEZ, F. (2017). “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018” *Uned Revista de Derecho Político*, nº 100, pág. 131.

Para apreciar la vulneración de la igualdad en la aplicación judicial de la ley se deben cumplir con una serie de requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵² y que son los siguientes:

- 1) Que exista una acreditación de un *tertium comparationis*, debido a que el juicio de igualdad solo podrá realizarse mediante una comparación entre la sentencia que se ha impugnado y las resoluciones precedentes a la misma del mismo órgano judicial, que en casos sustancialmente iguales se hayan resuelto de forma contradictoria.
- 2) La identidad del órgano judicial, para poder discernir si nos encontramos en una situación en la que el criterio expresado por el juzgador está fundamentado, y se ajusta a Derecho, o bien se trata de una valoración puramente arbitraria que no está fundamentada con arreglo al ordenamiento jurídico.
- 3) Ausencia de cualquier motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio. Esto se explica básicamente en que se vincula la igualdad de la aplicación de la ley con el principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE, que significa que un órgano judicial no puede cambiar sin motivo alguno el sentido de las decisiones que han sido adoptadas con anterioridad en casos que sean sustancialmente iguales, sin argumentar de forma razonada los motivos que le han llevado a separarse de los criterios establecidos en casos precedentes.

La conclusión a la que podemos llegar es que el principio de igualdad formal enunciado en el art. 14 CE implica la prohibición de la aplicación de

⁵² STC 11/2013, de 28 de enero (FJ 3).

cualquier diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable. Además, es un principio de carácter vinculante para el legislador (igualdad en la ley), para los órganos juzgadores (igualdad en la aplicación de la ley) y, por último, para los particulares (igualdad horizontal). El Tribunal Constitucional ha establecido una serie de criterios⁵³ que permiten distinguir entre una situación en la que existe diferencia de trato y otra discriminatoria.

2.3.2. La igualdad material

La igualdad material constituye un mandato para los poderes públicos, con el objetivo de promover las condiciones necesarias para que la igualdad entre los individuos y los grupos sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que sean necesarios para ello, tal y como contempla el art. 9.2 CE⁵⁴. El artículo mencionado tiene como antecedente el art. 3.2 de la Constitución italiana, en el que se afirma: “es cometido de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”⁵⁵. Se trata de un concepto contrapuesto al de la igualdad formal, que tiene su origen en las luchas obreras del siglo XIX, debido a que el cumplimiento de forma estricta de la igualdad formal contemplada en la normativa civil, no eliminaba la desigualdad latente entre trabajadores y empleadores por el abuso de poder de estos últimos. Nace de esta forma el concepto de igualdad real o material, que dio lugar a que las relaciones entre los sujetos

⁵³ STC 11/2013, de 28 de enero (FJ. 4).

⁵⁴ Definición de la Rae Jurídica.

⁵⁵ FERNANDEZ LÓPEZ, M.F. “Art. 9.2 La Igualdad real” en *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo I, Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 161.

mencionados fueran más equilibradas gracias a la intervención del Estado⁵⁶. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el art. 9.2 CE: “es un precepto que compromete la acción de los poderes públicos, a fin de que pueda alcanzarse la igualdad sustancial entre los individuos con independencia de su situación social, del que no se deriva concretamente el derecho a formar parte de órganos de la Administración Pública, pues es esta una medida más entre las posibles que corresponderá decidir a los «poderes públicos», sin que pueda deducirse un derecho concreto a participar que se imponga a la elección por aquellos de las medidas más adecuadas⁵⁷”.

La igualdad material no es un concepto diferenciado y autónomo, y tampoco es un concepto contrario a la igualdad formal, sino que ha de entenderse vinculando ambos conceptos. Aunque se encuentren regulados en preceptos diferentes a los largo de la Constitución, debemos tener en cuenta que la igualdad real se halla enmarcada en el art. 9.2 CE, que permite que se establezcan diferentes tratos jurídicos en favor de determinados colectivos sociales, todo ello en función de criterios jurídicos razonables y válidos (que tienen que estar fundamentados en aras de garantizar el principio de igualdad)⁵⁸. Tal y como afirma REY MARTÍNEZ⁵⁹: “la igualdad real, en el Estado social se ubica dentro del esquema conceptual de la igualdad formal, la igualdad «real» es la misma igualdad «formal» cuando entre en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico, en favor de grupos sociales en desventaja querido por el constituyente o el legislador”.

⁵⁶ REY MARTÍNEZ, F. (2017). “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018” *Uned Revista de Derecho Político*, nº 100, pág. 128 y 129.

⁵⁷ STC 39/1986, de 31 de marzo (FJ. 2B).

⁵⁸ REY MARTÍNEZ, F. (2017). “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018” en *Uned Revista de Derecho Político*, nº 100, pág. 130.

⁵⁹ REY MARTÍNEZ, F. (2017). “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018” en *Uned Revista de Derecho Político*, nº 100, pág. 130.

La jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la igualdad sustancial o material, como por ejemplo en la STC 12/2008, en la que se refiere a la violencia de género y afirma que la diferenciación normativa existente en materia penal puede ser legítima, salvo que sea desproporcionada, provocándose “un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable”⁶⁰. La decisión de la introducción de medidas diferenciadoras queda confiada al legislador, quien no podrá transgredir los derechos y libertades constitucionales enunciados en el art. 53.1 CE, ni los principios constitucionales del art. 9.2 CE y tampoco podrá afectar al contenido esencial del principio de igualdad del art. 14 CE⁶¹. Un ejemplo claro de la igualdad material, en el ámbito de la perspectiva de género, consistiría en la toma de medidas que ayuden a paliar las situaciones en las que hay desigualdad entre hombres y mujeres. En este punto, el Tribunal Constitucional ha declarado que: “con el fin de que se lleve a cabo la efectiva equiparación de la mujer con el hombre, cabe la posibilidad de tomar medidas de acción positiva que tengan como beneficiaria a la mujer y esto es así, porque la misma parte de una situación inicial de desigualdad que permite que esta situación pueda corregirse con este tipo de medidas específicas y así, eliminar normas protectoras de trabajo que supongan en sí mismas un bloqueo del acceso de la mujer al trabajo en igualdad de condiciones”⁶².

En mi opinión, podemos decir que la igualdad material es un mandato que no se dirige a la sociedad o al individuo, sino que se dirige a los poderes públicos, encomendándoles la adopción de medidas tendentes a que la igualdad formal del art. 14 CE sea efectiva y, por lo tanto, útil para la

⁶⁰ STC 12/2008, de 29 de enero (FJ 6).

⁶¹ STC 34/1981, de 10 de noviembre (FJ 3B).

⁶² STC 3/1993, de 14 de enero (FJ 3).

sociedad. Para conseguir esa utilidad es necesario que se pongan en marcha los mecanismos necesarios como la toma de medidas que equiparen situaciones desiguales: así, por ejemplo, incentivando la presencia de mujeres en listas electorales, en tribunales de oposiciones, en consejos de administración de empresas o en tribunales de tesis. Por lo tanto, para entender o poner en práctica la igualdad material es necesario vincularla a la igualdad formal, otorgando de esta forma al derecho fundamental de igualdad un plus de protección y efectividad, integrándose de esta forma ambos conceptos⁶³.

2.4. Principio de no discriminación

El principio de no discriminación, tal y como se ha mencionado con anterioridad, surge como consecuencia de las luchas del movimiento antisegregacionista en EEUU y ha encontrado su reflejo en numerosos convenios internacionales.

El principio de no discriminación se recoge en el art. 14 de la Constitución Española después de consagrar la igualdad 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”. En dicho precepto se enuncian una serie de motivos de no discriminación específicos, así como una cláusula abierta refiriéndose a cualquier otra condición o circunstancia, con independencia de si es personal o social⁶⁴. Sobre dicha cláusula cabe destacar la jurisprudencia constitucional, que apunta lo siguiente⁶⁵: “...Esta referencia constitucional expresa no implica [...] la creación de una lista cerrada de supuestos de

⁶³ FERNANDEZ LÓPEZ, M.F. “Art. 9.2 La Igualdad real” en *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*, Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 161.

⁶⁴ FERNANDEZ LÓPEZ, M.F. “Art. 14, La prohibición de discriminación” en *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*, Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 354.

⁶⁵ STC 128/1987, de 16 de julio. CENDOJ.

discriminación; pero sí 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 solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE”. De esta forma, Tribunal Constitucional vincula la prohibición de la discriminación con la dignidad de la persona, con el objetivo de que desaparezcan las situaciones arraigadas de marginación⁶⁶. La conexión entre ambas es lo que legitima la existencia de un derecho desigual, es decir, que se garantice a todos los individuos un tratamiento en condiciones de igualdad, con independencia de la situación en la que se encuentren, teniendo para ello como fundamento el orden político y la paz social, tal y como enuncia el art. 10.1 CE. De aquí se deriva la igual dignidad social de todos los ciudadanos, con el fin de que se rechace cualquier creación, aplicación o interpretación de las normas que tenga como consecuencia que se trate a los miembros de la sociedad como ciudadanos, o individuos de segunda clase⁶⁷.

La cláusula antidiscriminatoria se ubica conjuntamente con la declaración de igualdad ante la ley, de tal manera que podemos llegar a pensar que la prohibición de discriminación es una manifestación o quizás una consecuencia de dicha igualdad⁶⁸. En los países de nuestro entorno se contemplan ambos principios de forma diferenciada atribuyéndole a la

⁶⁶ FERNANDEZ LÓPEZ, M.F. “Art. 14, La prohibición de discriminación” en *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*, Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 354.

⁶⁷ REY MARTÍNEZ, F. (2017). “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018” en *Uned Revista de Derecho Político*, nº 100, pág. 129.

⁶⁸ CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Nº 50-51, 2005, págs.209.

igualdad ante la ley y al de no discriminación un estatus propio⁶⁹. En España se siguió en este punto el modelo francés y el italiano, en los que se recoge conjuntamente la igualdad ante la ley y la prohibición de no discriminación⁷⁰. En la actualidad, la jurisprudencia ha entendido que la prohibición de la discriminación, posee unas características propias que hacen que la misma se entienda como “... un mandato especial que, aun cuando derivado del principio de igualdad va más lejos, y dice algo distinto del mandato de igual protección en el marco de la ley”⁷¹.

El concepto de discriminación se encuentra estrechamente vinculado a igualdad material regulada en el art. 9.2 CE, debido a que para la erradicación de la discriminación se exige la remoción de los obstáculos que la impidan o dificulten la igualdad⁷². Sin embargo, en la actualidad se ha relacionado con el art. 14 CE, dotando de una mayor fuerza al concepto de discriminación⁷³. La utilización del término “discriminación” tiene su origen en la normativa internacional, siendo identificado con aquellas situaciones que atentaban de forma directa contra la dignidad del ser humano⁷⁴. El término ha ido evolucionando a lo largo de la historia. Así, en un principio, poseía un carácter peyorativo, utilizando la expresión “discriminación contra”, sobre todo tras la Primera Guerra Mundial con el surgimiento de

⁶⁹ CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 50-51*, 2005, págs.209.

⁷⁰ CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 50-51*, 2005, págs.211.

⁷¹ STC 128/1987, de 16 de julio (FJ 7).

⁷² FERNANDEZ LÓPEZ, M.F. “Art. 14, La prohibición de discriminación” en *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*, Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 356.

⁷³ FERNANDEZ LÓPEZ, M.F. “Art. 14, La prohibición de discriminación” en *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*, Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 354.

⁷⁴ CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 50-51*, 2005, págs.212.

minorías sociales y religiosas que requerían una protección especial de carácter antidiscriminatoria, frente a su utilización en la actualidad por medio de la expresión “discriminación entre”, equiparándolo a términos como distinguir o diferenciar en función de unos criterios basados en la razonabilidad⁷⁵. Tras la Segunda Guerra Mundial se comienza a generalizar el uso del término, que consistía en negar a determinados individuos la igualdad de trato basándose en categorías naturales o sociales, poseyendo un significado que se alejaba de la mera diferenciación de trato y que será utilizado en los textos internacionales de la ONU⁷⁶. La primera definición en el ámbito internacional de la discriminación la encontramos en el Convenio 111 de la OIT de 1958, concretamente en su artículo 1.1, en el que se concreta que es: “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”⁷⁷. En términos similares, la Convención sobre discriminación en la educación de 1960 estipula lo siguiente sobre la discriminación: “toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, sexo, lengua, religión, opinión, origen social, condición económica o nacimiento que tenga el propósito o efecto de destruir o alterar la igualdad de trato en materia de enseñanza”⁷⁸. Con posterioridad aparecerá otra acepción en la Convención

⁷⁵RODRÍGUEZ PIÑERO, M Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. “Sobre el cambio del significado del término discriminación” en *Diario la Ley*, n° 9314, 2018, págs. 84 y 88

⁷⁶CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 50-51, 2005, págs.212.

⁷⁷ Convenio número 111 de la O.I.T. relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. «BOE» núm. 291, de 4 de diciembre de 1968.

⁷⁸ La Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su undécima reunión, celebrada en París, del 14 de noviembre al 15 de diciembre de 1960.

Internacional sobre la eliminación de todas la formas de discriminación racial en el año 1965, que se diferenciará de las anteriores en que solo se refiere a la discriminación por razón de la raza: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos o libertades fundamentales en las esferas política, económica, social o cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”⁷⁹. Por último, destacamos la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, en la que se especificó un nuevo ámbito del término discriminación: “la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”⁸⁰

Pero, en definitiva, ¿en qué consiste la discriminación? La respuesta la encontramos una vez más en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: “consiste en tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes, o no aparecen fundados más que en los concretos

⁷⁹ Adhesión de España al Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, con una reserva a la totalidad del artículo XXII (Jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia). «BOE» núm. 118, de 17 de mayo de 1969.

⁸⁰ Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. «BOE» núm. 69, de 21 de marzo de 1984.

motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas [...] por el art. 14 CE”⁸¹.

De las definiciones anteriormente expuestas podemos llegar a la conclusión de que la discriminación lleva implícita en sí misma una diferenciación de trato en perjuicio del propio sujeto que ha sido discriminado⁸². Además, se trata de un fenómeno eminentemente jurídico, ya que en un principio tiene su manifestación más inmediata en la sociedad, pero supera ese ámbito para ser una problemática que debe de ser resuelta mediante la intervención del legislador⁸³. Los sujetos destinatarios de la prohibición de discriminación de cualquier tipo son los sujetos considerados de forma individual, o como un grupo social y también debe basarse en los motivos tasados en el art. 14 CE, produciendo una situación objetiva de discriminación, que es lo que al fin va a producir que se adopten medidas para eliminarla⁸⁴.

A medida que vamos avanzando en las definiciones referentes a la igualdad, formal o material, y al principio de no discriminación, nos percatamos de que tienen sentido los conceptos cuando los vinculamos entre sí, unos no existen sin los otros. De tal manera que la igualdad material necesita de la igualdad formal, para erradicar cualquier forma de discriminación y todo ello, a su vez, se conecta con la dignidad de la persona y el respeto a los derechos que le son inherentes.

⁸¹ STC 182/2005 de 4 de julio (FJ. 7).

⁸² CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 50-51, 2005*, págs. 218.

⁸³ CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 50-51, 2005*, págs. 218.

⁸⁴ CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 50-51, 2005*, págs. 218.

2.5. Tipos de discriminaciones

En principio nos podríamos encontrar ante dos tipos de discriminaciones: la primera de ellas es la discriminación directa, que se produce cuando se le da a un individuo, o a un colectivo determinado, un trato menos favorable que a otros individuos o colectivos que se encuentran en una situación similar, por motivos que atienden a la raza, sexo o religión entre otros⁸⁵. Un ejemplo de discriminación directa sería la discriminación por razón del sexo de la persona que se daría, por ejemplo, cuando se dispense un trato desfavorable a una mujer que se encuentre en estado gestacional, considerándose este último un supuesto especial de discriminación directa⁸⁶. En cambio, la discriminación indirecta se producirá cuando una disposición normativa, criterio o bien una práctica, que sean aparentemente neutros, sitúe a un individuo o colectivo en posición de desventaja con respecto de otros, con la salvedad de que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima, y siempre que sus medios sean adecuados y necesarios⁸⁷. En este sentido, cabe destacar la STC 145/1991⁸⁸, ya que fue la primera sentencia que abordó este concepto en España, estableciendo que la prohibición de discriminación por razón del sexo de la persona que se contempla en el art. 14 CE comprende tanto la discriminación directa como la indirecta; es decir, abarca “aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio de que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno u otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo”

⁸⁵ REY MARTÍNEZ, F. (2017). “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018” en *Uned Revista de Derecho Político*, nº 100, pág. 140.

⁸⁶ STC 17/2007, 12 de febrero (FJ. 6) y 74/2008, de 23 de junio (FJ 2).

⁸⁷ REY MARTÍNEZ, F. (2017). “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018” en *Uned Revista de Derecho Político*, nº 100, pág. 140.

⁸⁸ STC 145/1991, de 1 de julio (FJ. 3).

3. No discriminación por razón de sexo y Derecho civil. Antecedentes históricos

La discriminación por razón de sexo es una de las causas de discriminación que más pronunciamientos han originado y, debido a la influencia comunitaria, es la que más técnicas y recursos interpretativos ha producido⁸⁹. Este tipo de discriminación ha sido dirigida generalmente hacia la mujer, debido a que, históricamente, su estatus jurídico se encontraba limitado en lo que se refería a su capacidad de obrar, de tal manera que no se le reconocía autonomía suficiente como para tomar decisiones y defender sus intereses, porque este tipo de acciones quedaban reservadas a su marido (si estaban casadas) o a sus padres (cuando no habían contraído matrimonio). Por lo tanto, esta situación tenía como consecuencia principal la discriminación en cualquier ámbito de su vida⁹⁰. De entre las limitaciones con las que las mujeres tenían que convivir las más destacables fueron: el sometimiento a la licencia marital, decidiendo el marido por la mujer, la exclusión de las madres en el ejercicio de la patria potestad, que recaía en el padre, así como en lo relativo a la mayoría de edad: en el caso de la mujer era más elevada, puesto que solo se alcanzaba a los 25 años. Por último, en el ámbito laboral debe destacarse la limitación de acceso a determinadas profesiones⁹¹.

Se trata de una discriminación que tiene carácter primario, es decir, normalmente se añade a las demás discriminaciones. Esta discriminación se

⁸⁹ FERNANDEZ LÓPEZ, M.F. “Art. 14, La prohibición de discriminación” en *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*, Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 352.

⁹⁰ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “Capítulo 10: Identidad: Derecho y Género” en *Tratado de derecho de la persona. Tomo II*. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013. págs. 524 y 525.

⁹¹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “Capítulo 10: Identidad: Derecho y Género” en *Tratado de derecho de la persona. Tomo II*. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013. Pág. 525.

ha perpetuado en el tiempo y en el espacio adoptando diferentes formas (no solo la violencia) como, por ejemplo, en lo referido a la brecha salarial, la conciliación laboral o el techo de cristal⁹². Las mujeres constituyen la mitad de la población mundial, motivo por el cual no pueden ser tratadas como un colectivo diferenciado y esto lo que significa es que la normativa antidiscriminatoria tendrá que abordar esta situación de manera transversal (*gender mainstreaming*)⁹³; es decir, cualquier normativa que se apruebe tiene que contemplar el impacto que pueda tener sobre la mujer en el ámbito de su desarrollo personal, social o económico⁹⁴. El art. 14 CE prohíbe la discriminación por razón de sexo, aunque, en el plano normativo internacional y nacional se emplea el término género, significando este último “atributos socialmente construidos, roles, actividades, responsabilidades y necesidades predominantemente relacionados con la pertenencia al sexo masculino o femenino en determinadas sociedades o comunidades en un momento dado”⁹⁵. Ambos términos no son equivalentes, ya que el género es un constructo social que tiene la función de asignar determinados roles o tareas a mujeres y hombres de forma diferenciada, mientras que el sexo alude a meras características físicas o fisiológicas⁹⁶. Con respecto al plano normativo, el derecho a no sufrir discriminación por razón de género se reconoce en la Declaración Universal de Derechos

⁹² REY MARTÍNEZ, F. (2017). “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018” en *Uned Revista de Derecho Político*, nº 100, pág. 146.

⁹³ Gender mainstreaming es la terminología acuñada en la IV Conferencia Mundial en Beijing celebrada el 15 de septiembre de 1995.

⁹⁴ HERRERO OVIEDO, M., OTERO CRESPO, M., INFANTE RUIZ, F.J. “Capítulo 25: Libertad. Violencia. No discriminación” en *Tratado de derecho de la persona. Tomo II*. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013. Tomo II pág. 705.

⁹⁵ RAE jurídica.

⁹⁶ REY MARTÍNEZ, F. (2017). “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018” en *Uned Revista de Derecho Político*, nº 100, pág. 146 y 147.

Humanos⁹⁷. En los años setenta se produjeron innumerables movimientos en contra de la discriminación hacia la mujer, que tuvieron como consecuencia la realización de reformas normativas importantes, que produjeron que Naciones Unidas declarase el año 1975 como el Año Internacional de la Mujer⁹⁸, celebrando posteriormente la década de la Mujer (1975 – 1985) mediante una serie de Conferencias celebradas en México, Copenhague y Nairobi, pero el verdadero punto de inflexión lo constituyó la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, también conocida como “La Carta Magna de las Mujeres”⁹⁹. Tras ella, destacamos la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos¹⁰⁰, Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer aprobada por Naciones Unidas mediante la Resolución 48/104 de la Asamblea General de Naciones Unidas (1993)¹⁰¹, mediante la cual se reconoce: “la urgente necesidad de una aplicación universal a la mujer de los derechos y principios relativos a la igualdad, seguridad, libertad, integridad y dignidad de todos los seres humanos”¹⁰². Debe citarse, además, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como “La

⁹⁷ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

⁹⁸ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “Capítulo 10: Identidad: Derecho y Género” en *Tratado de derecho de la persona. Tomo II*. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013. Pág. 526.

⁹⁹ Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. «BOE» núm. 69, de 21 de marzo de 1984.

¹⁰⁰ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993, Viena (Austria)

¹⁰¹ Disponible en: <https://www.un.org/es/documents/ag/res/48/list48.htm>. (Fecha de última consulta el 20 febrero del 2021).

¹⁰² Disponible en: <https://www.un.org/en>. (Fecha de última consulta: 20 de febrero de 2021).

Convención de Belem Do Para” de la Organización de Estados Americanos (1994), en la que se afirma que la “violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales...”¹⁰³; el Programa de acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo (1994)¹⁰⁴; la Declaración y Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial de la Mujer y debe hacerse una mención especial a la Conferencia Internacional de Beijing (1995), que supuso avances jurídicos dirigidos a garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en cualquier ámbito de la vida¹⁰⁵.

En el ámbito del Derecho comunitario, el principio de igualdad entre mujeres y hombres ya constaba desde los inicios de la CEE¹⁰⁶, quedando reflejado en el Tratado de Roma¹⁰⁷ en su art. 119. En la actualidad consta dicho principio en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁰⁸, en cuyo artículo 3 se establece que la Unión Europea combatirá, entre otras, la discriminación y fomentará la igualdad entre mujeres y hombres. Con referencia a las Directivas podemos destacar la 2004/113/CE¹⁰⁹ del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro

¹⁰³ Disponible en: <http://www.oas.org/juridico>. (Fecha de última consulta: 20 de febrero de 2021).

¹⁰⁴ Disponible en: <https://www.un.org/en>. (Fecha de última consulta: 20 de febrero de 2021).

¹⁰⁵ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “Capítulo 10: Identidad: Derecho y Género” en *Tratado de derecho de la persona. Tomo II*. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013. Pág. 526.

¹⁰⁶ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “Capítulo 10: Identidad: Derecho y Género” en *Tratado de derecho de la persona. Tomo II*. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013. Pág. 527.

¹⁰⁷ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, 25 de Marzo de 1957.

¹⁰⁸ Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas. Protocolos. Anexos. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa. «DOUE» núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

¹⁰⁹ «DOUE» núm. 373, de 21 de diciembre de 2004.

y en cuyo artículo 1, se decreta que el objeto de la ley es combatir la discriminación sexual y que entre en vigor en los Estados Miembros el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Esta Directiva dispone, en el artículo 2, lo que se entiende por discriminación directa definiéndola como: “la situación en que una persona haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que es, ha sido o sería tratada otra persona en una situación comparable, por razón de sexo”, y por otro lado, considera que la discriminación indirecta es: “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúa a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”. Otra Directiva relevante es la 2006/54/CE¹¹⁰ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que tiene como fin principal garantizar la igualdad en el ámbito del empleo, en lo relativo a las condiciones de trabajo y retribución, así como los regímenes profesionales de la seguridad social, de tal manera que se podrán adoptar los procedimientos que se estimen convenientes para que se garantice la eficacia del principio de igualdad, tal y como se establece en el art. 1. Por último, la Directiva 2010/41/UE¹¹¹ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo, con la que se pretende hacer efectivo, en los

¹¹⁰ «DOUE» núm. 204, de 26 de julio de 2006.

¹¹¹ «DOUE» núm. 180, de 15 de julio de 2010.

Estados Miembros, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el marco de la actividad autónoma (art. 1).

La prohibición de la discriminación por razón de sexo se encaminó, en sus inicios, a lograr la igualdad formal¹¹². Para ello era necesario erradicar del ordenamiento jurídico el trato diferenciado que colocaba a las mujeres en una peor situación que los hombres, es decir, lo que se buscaba era la consecución de la uniformidad con el varón, creyendo que con esto sería suficiente para acabar con la discriminación por razón de sexo¹¹³. No obstante, se encontraron con numerosos problemas prácticos, ya que la normativa se enfocaba en cuestiones como la aprobación de políticas de ayuda a mujeres en relación a cuidados de los hijos y dependientes, tratándose estos de roles atribuidos históricamente a las mujeres, ignorando en este sentido a los hombres, que quedaban fuera de este tipo de políticas¹¹⁴. Las reformas más importantes se desarrollaron en el ámbito del Derecho de familia, debido a que era el campo en el que se encontraban los mayores obstáculos legales, que llegaban incluso a limitar la capacidad de obrar de las mujeres y su autonomía. Es a partir de aquí cuando se abre el camino hacia la conquista de la igualdad formal, como, por ejemplo, en el plano del Derecho del trabajo, en lo referido a la baja de maternidad. En este

¹¹² VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “Capítulo 10: Identidad: Derecho y Género” en *Tratado de derecho de la persona. Tomo II*. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013. Pág. 526.

¹¹³ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “Capítulo 10: Identidad: Derecho y Género” en *Tratado de derecho de la persona. Tomo II*. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013. Pág. 526.

¹¹⁴ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “Capítulo 10: Identidad: Derecho y Género” en *Tratado de derecho de la persona. Tomo II*. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013. Pág. 526.

punto puede indicarse que en la actualidad se comparte la baja para el cuidado de los hijos recién nacidos entre ambos progenitores¹¹⁵.

A partir de los años ochenta, los diferentes ordenamientos se fueron adaptando a las exigencias de la igualdad formal, pero al mismo tiempo se percataron de que no existía un ejercicio real y eficaz de los derechos en condiciones de igualdad entre mujeres y hombres. Lo que ocurría es que las mujeres fueron incorporándose a los ámbitos públicos, desarrollaron diferentes actividades laborales, culturales y artísticas, pero seguían siendo discriminadas, produciéndose de esta forma, lo que se conoce como el desencanto de los “treinta gloriosos (1945 – 1975)”; es decir, que a pesar de la inclusión de la mujer en numerosos ámbitos, seguía siendo relegada a profesiones tradicionalmente feminizadas o en niveles jerárquicos bajos¹¹⁶.

En la actualidad, para paliar esta situación, se han aprobado normativas específicas dirigidas a las mujeres que, en ocasiones, han sido criticadas por quebrantar el principio de igualdad formal, como ha ocurrido con la Ley Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹¹⁷, cuya existencia se justifica con la necesidad de hacer efectiva la igualdad de derechos en los términos del art. 9.2 CE. El objetivo de la aprobación de estas medidas es lograr la igualdad sustancial entre hombres y mujeres, debido a que la igualdad formal no es suficiente para remover los obstáculos

¹¹⁵ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “Capítulo 10: Identidad: Derecho y Género” en *Tratado de derecho de la persona. Tomo II*. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013. Pág. 526.

¹¹⁶ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “Capítulo 10: Identidad: Derecho y Género” en *Tratado de derecho de la persona. Tomo II*. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013. Pág. 527.

¹¹⁷ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. «BOE» núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

en el ejercicio de los derechos por parte de las mujeres¹¹⁸. Nos encontramos ante políticas de género que tienen como propósito erradicar cualquier tipo de discriminación para facilitar la promoción de las mujeres en ámbitos en los que su presencia es limitada o que no se corresponde con su número efectivo en la sociedad, como por ejemplo en el caso de la participación equilibrada de mujeres y hombres en las listas electorales que impone la Ley de Igualdad¹¹⁹.

Por lo expuesto con anterioridad, entendemos que la eliminación de la discriminación por razón de sexo sigue siendo un reto de las sociedades y sistemas democráticos del siglo XXI, ya que, a pesar de la inmensa producción normativa, siguen existiendo lagunas que llevan a que persista en el tiempo y el espacio la discriminación sexual. Bajo mi punto de vista, la solución es la transversalidad, es decir, tener en cuenta que con la aprobación de una determinada normativa se puede generar discriminación, motivo por el cual es necesario que se realicen estudios que contemplen todos los ámbitos a los que va a afectar dicha normativa, detectando posibles transgresiones al principio de igualdad y corrigiéndolos para evitar situaciones que no permitan al individuo, en este caso a la mujer, desarrollarse en condiciones de igualdad.

¹¹⁸ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “Capítulo 10: Identidad: Derecho y Género” en Tratado de derecho de la persona. Tomo II. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013. Pág. 529.

¹¹⁹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “Capítulo 10: Identidad: Derecho y Género” en Tratado de derecho de la persona. Tomo II. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013. Pág. 530.

4. Reminiscencias discriminatorias: Análisis de dos ejemplos de discriminación

4.1 Un caso de discriminación directa: la sucesión en la corona, art. 57 CE

El artículo 57 CE contiene las siguientes reglas de sucesión a la Corona: “1. La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos. 2. El Príncipe heredero, desde su nacimiento o desde que se produzca el hecho que origine el llamamiento, tendrá la dignidad de Príncipe de Asturias y los demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona de España. 3. Extinguidas todas las líneas llamadas en Derecho, las Cortes Generales proveerán a la sucesión en la Corona en la forma que más convenga a los intereses de España. 4. Aquellas personas que teniendo derecho a la sucesión en el trono contrajeran matrimonio contra la expresa prohibición del Rey y de las Cortes Generales, quedarán excluidas en la sucesión a la Corona por sí y sus descendientes. 5. Las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona se resolverán por una ley orgánica”.

Se trata de un precepto cuyos precedentes históricos se encuentran en la Constitución de 1812 Constitución de 1837, y por último, en la Constitución de 1876, en los que queda clara la preferencia del varón sobre la mujer en el

momento de la sucesión¹²⁰. El art. 57 CE está vinculados con la idea de continuidad familiar o dinástica para acceder a la titularidad de la Corona¹²¹. En dicho artículo se establece la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión, por lo tanto, nos encontramos ante un supuesto de discriminación directa por razón de sexo. Esto significa que, estando en una misma situación para suceder a la Corona, se le aplica a la mujer un trato desfavorable, de tal manera que no podría acceder a la misma, siendo esta situación, en mi opinión, contraria al principio de igualdad ante la ley que enuncia el art. 14 CE. Sin embargo, el Consejo de Estado¹²² argumenta que no existe contradicción jurídica entre el art. 57.1 y la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 14 CE, debido a que: “... ambas reglas han sido establecidas por el mismo poder constituyente, una con carácter general y otra con carácter singular, limitada esta a un único objetivo: acomodar la sucesión en el trono al orden histórico [...] Los dos preceptos, el art. 14 y el art. 57.1, tienen ámbitos de aplicación distintos en el texto constitucional y no se interfieren mutuamente. La conveniencia de reformar el segundo no se deriva, en suma, de ninguna contradicción jurídica con el primero, sino del progresivo deterioro que ha sufrido en la conciencia social todo tipo de postergación femenina”. Aunque el Consejo de Estado haya considerado que no existe vulneración del art. 14 CE, hay que recordar que en el debate parlamentario de la Constitución no había un consenso absoluto. Así, por ejemplo, el Sr. Múgica Herzog manifestó la abstención del Grupo Socialista en la votación del art. 57.1 CE precisamente

¹²⁰ GARCÍA TORRES, J. “Art. 57” en *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo I, Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 1558.

¹²¹ GARCÍA TORRES, J. “Art. 57” en *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo I, Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 1558.

¹²² Dictamen E 1/2005, de 16 de febrero de 2006, págs. 31 y 32. Base de datos del Consejo de Estado.

porque “manifiesta preferencia, en el mismo grado, del varón a la hembra” y además declaró: “nosotros consideramos que esto es una discriminación entre ambos sexos”; una posición similar fue adoptada por la Sra. Calvet Puig, en nombre del Grupo Comunista.¹²³

En mi opinión, nos encontramos ante un supuesto que transgrede los límites del artículo 14 CE, que representa un claro ejemplo de discriminación por razón de sexo. Con respecto a la argumentación que se desprende del informe del Consejo de Estado, opino que, si una norma suprema como es la Constitución Española alude al principio de igualdad de forma reiterada a lo largo de su texto, no puede contener en ella misma preceptos que supongan una desigualdad manifiesta entre sexos, como es el caso del art. 57 CE, y tampoco puede justificarse amparándose en una tradición histórica, porque argumentaciones de este tipo son las que provocan que se sigan perpetuando roles de género en el tiempo y el espacio. Lo lógico en un Estado de Derecho sería eliminar las reminiscencias históricas que supongan cualquier tipo de discriminación, por el motivo que sea.

4.2 Un supuesto de discriminación indirecta: el art. 793 CC

El artículo 793 CC contempla lo siguiente: “La condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste. Podrá, sin embargo, legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión o prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero o viudo”.

¹²³ GARCÍA TORRES, J. “Art. 57” en *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*, Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 1558.

Se trata de un precepto que tiene su anclaje histórico en el Derecho Romano¹²⁴. La condición absoluta de no contraer matrimonio se consideró inválida a partir de la Lex Julia o Julia Miscela; sin embargo, era válida la condición de no contraer nuevas nupcias impuestas al viudo o viuda (Leyes 2 y 3, tít. 42 lib. 6, del Código). Junto a ello, fueron también admitidas las condiciones de casarse y de no casarse con persona o personas determinadas (Ley 63, lib. 35, tit. 1)¹²⁵. En la legislación histórica española no se regularon condiciones referentes al matrimonio. Sin embargo, el Proyecto de 1851, en su artículo 713, sí que reprodujo la condición absoluta de no contraer matrimonio en los mismos términos del actual art. 793 de nuestro Código Civil. También estuvo presente en el art. 882 del Anteproyecto del año 1882, en los mismos términos¹²⁶.

Los supuestos que contiene la norma son los siguientes: primero nos encontramos con una norma general que es la que establece que la condición absoluta de no contraer matrimonio se tendrá por no puesta. Después, introduce dos salvedades a la norma general: la primera estipula que se tendrá por puesta cuando se imponga al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste, y la segunda se refiere a la admisión de la posibilidad de legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación o una pensión o prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero o viudo.

Estamos ante una condición absoluta, que implica la imposibilidad de contraer matrimonio con nadie. También es perpetua porque se refiere a que

¹²⁴ GARCÍA GOYENA, F. “Art. 713 del Proyecto Isabelino de 1851” en *Concordancia, motivos y comentarios del Código Civil español*. Zaragoza, 1974, pág. 380.

¹²⁵ ALBÁCAR LÓPEZ, JL y DE CASTRO GARCÍA, J. “Artículo 793 CC.” en *Código Civil Doctrina y Jurisprudencia*. 1ª Edición, Editorial Trivium Madrid, 1991, pág. 620.

¹²⁶ ALBÁCAR LÓPEZ, JL y DE CASTRO GARCÍA, J. “Artículo 793 CC.” en *Código Civil Doctrina y Jurisprudencia*. 1ª Edición, Editorial Trivium Madrid, 1991, pág. 620.

no puede casarse nunca y, por último, bajo toda circunstancia, es decir, en ningún caso¹²⁷. Es resolutoria aplicando en este caso el art. 800 CC: “Si la condición potestativa impuesta al heredero o legatario fuere negativa, o de no hacer o no dar, cumplirán con afianzar que no harán o no darán lo que fue prohibido por el testador, y que, en caso de contravención, devolverán lo percibido con sus frutos e intereses. Por lo tanto una vez cumplida el viudo o viuda entrará en el goce de la herencia, en caso contrario a la herencia se le dará el destino que haya estipulado el testador o bien se acudirá a la sucesión intestada”.

Al contemplar el precepto la prohibición mencionada anteriormente, está reconociendo de forma implícita lo siguiente¹²⁸:

- Condición específica de contraer matrimonio con persona determinada y de no contraer matrimonio con cualquiera.
- Condición de no casarse: durante un determinado período de tiempo o hasta que llegue un momento determinado o con personas de determinadas características o clase social y de no casarse en ciertas circunstancias.

Estas condiciones que estamos tratando se encuentran con el límite del art. 792 CC. : “Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa”. Se trata de una concreción de la regla general sobre condiciones no permitidas; por lo

¹²⁷ SANCHEZ HERNÁNDEZ, C., CAÑIZARES LASO, A. DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “ Art. 793 CC” en *Código Civil Comentado Volumen II, Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087)*. Editorial Civitas, Navarra, 2011, pág. 744.

¹²⁸ SANCHEZ HERNÁNDEZ, C., CAÑIZARES LASO, A. DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “ Art. 793 CC” en *Código Civil Comentado Volumen II, Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087)*. Editorial Civitas, Navarra, 2011, pág. 744.

tanto, deberemos tener en cuenta el caso concreto para poder discernir si nos encontramos ante una condición posible de aplicar o no. Cuando el precepto se refiere a las buenas costumbres, estamos ante normas de Derecho privado, con lo cual su límite inmediato es el respeto a la ley y lo que legitima a este precepto es básicamente la voluntad del testador, que es la ley de la sucesión a tenor del art. 675 CC: “Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento. El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley.” Otros límites con los que se encuentra el art. 793 CC son, por un lado, el del art. 44 CC, en el que se determina que la condición absoluta de no contraer matrimonio se tendrá por no puesta por considerarse ilícita, y por otro, el del art. 45 CC, que contiene lo siguiente: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de éste Código” y, por último, lo dispuesto en el art. 32.1 CE: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

Asimismo, la doctrina¹²⁹ considera que la condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio es contraria a la moral debido a que priva al individuo de la libre decisión en lo que concierne a su estado civil, así como del ejercicio del derecho fundamental de contraer matrimonio libremente del art. 32 CE. Recientemente se ha estimado que esta tesis de la ilicitud de cualquiera de las condiciones impuestas por el testador que tenga como fin o consecuencia limitar la libertad individual del favorecido dejaría sin

¹²⁹ ALBÁCAR LÓPEZ, JL y DE CASTRO GARCÍA, J. “Artículo 793 CC.” en *Código Civil Doctrina y Jurisprudencia*. 1ª Edición, Editorial Trivium Madrid, 1991, pág. 620.

contenido la posibilidad de condicionar las disposiciones testamentarias, suponiendo de esta forma una merma considerable de la libertad de testar¹³⁰.

Teniendo clara la estructura del art. 793 CC., ¿cuándo es lícita la disposición de no contraer matrimonio? Será lícita cuando se haya impuesto al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de estos, es decir, solo podrá ser impuesta por ascendientes o descendientes, matrimoniales o no, pero nunca por parientes con otro grado de parentesco¹³¹. Llegados a este punto, podemos encontrarnos con multiplicidad de supuestos¹³² en los que la condición sería lícita, como por ejemplo: no casarse con persona determinada, no casarse nunca o por cierto tiempo o hasta que llegue cierto momento o hecho (por ejemplo sacarse el carnet de conducir o terminar una determinada formación), o no casarse sino fuera de ciertas circunstancias (como no casarse en un determinado país), incluso no casarse con determinadas personas que reúnan unas determinadas características (por ejemplo que no sean españoles o no sean católicos) o bien no casarse con personas de determinada clase social o con determinados apellidos, entre otras posibilidades¹³³. Aquí entra en juego

¹³⁰ SANCHEZ HERNÁNDEZ, C., CAÑIZARES LASO, A. DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “ Art. 793 CC” en *Código Civil Comentado Volumen II, Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087)*. Editorial Civitas, Navarra, 2011, pág. 744.

¹³¹ SANCHEZ HERNÁNDEZ, C., CAÑIZARES LASO, A. DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “ Art. 793 CC” en *Código Civil Comentado Volumen II, Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087)*. Editorial Civitas, 2011, pág. 744.

¹³² APARICIO CARRILLO, E.J. “ Si te casas no heredas...: artículo 793.1º párrafo del Código Civil” en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José González García*. Pamplona, Aranzadi, 2012, pág. 1440.

¹³³ SANCHEZ HERNÁNDEZ, C., CAÑIZARES LASO, A. DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “ Art. 793 CC” en *Código Civil Comentado Volumen II, Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087)*. Editorial Civitas, 2011, pág. 744.

siempre la voluntad del testador entendida como la ley de la sucesión, ya que la interpretación de las disposiciones testamentarias va a estar presidida por el principio de supremacía de la voluntad del testador, y ello es así por lo dispuesto en el artículo 675 CC: “Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento. El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley.”

Del análisis realizado del art. 793 CC, llegamos a la conclusión de que estamos ante un ejemplo de discriminación indirecta, ya que se trata de un precepto aparentemente neutro, que sitúa a un individuo o colectivo en posición de desventaja con respecto de otros. En este caso, el colectivo que se va a ver afectado es el conformado por las mujeres, debido a que según los datos que arrojan los informes del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de diciembre del 2019¹³⁴, las beneficiarias de las pensiones de viudedad recibidas por mujeres ascienden a 1.605.943, mientras que las percibidas por los hombres ascienden a un total de 133.974. Esto quiere decir que nos encontramos ante una situación en la que hay muchas más viudas que viudos, que a su vez significa que el contenido del art. 793 CC, referido a la prohibición de no contraer matrimonio, se aplicará a un número muy superior de mujeres que de hombres, creando de esta forma una situación de discriminación por razón de sexo.

Nos encontramos, por tanto, ante un precepto que es contrario no solo a la Carta de Derechos Humanos (arts. 20 y 21) y a la Directiva del Consejo

¹³⁴ Disponible en: <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/>. (Fecha de última consulta: 7 de marzo de 2021).

2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, en la que se prohíbe la discriminación indirecta en el art. 4.1, sino que, además, atenta de forma flagrante contra el principio de igualdad formal, enunciado en el art. 14 CE, y el de igualdad material del art. 9.2 CE, ya que a pesar de la neutralidad formal inicial del precepto, se genera una situación de discriminación por razón de sexo que debe ser corregida con la actuación de los poderes públicos.

Además, el art. 793 CC afecta a la dignidad de la persona, que está regulada en el Título 1 “De los derechos y deberes fundamentales” en el artículo 10 CE, en el que se establece lo siguiente: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”. La dignidad es inherente a la persona, al ser humano, por lo tanto está presente en todos actos jurídicos que realice el individuo, y más específicamente, en lo relativo a la autonomía privada o autonomía de la voluntad, que se refiere al poder de la persona orientado a que los actos que lleve a cabo tengan trascendencia jurídica¹³⁵. Esto quiere decir que nos encontramos ante un poder de autorregulación jurídica mediante el cual el sujeto decide las relaciones jurídicas que va a mantener, qué contenido poseen y en qué términos se van a desarrollar. Por lo tanto, nos encontramos ante un ámbito de decisión en el plano jurídico que está

¹³⁵ JIMÉNEZ CAMPOS, J., “Art.10”, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I. Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución* (Directores Miguel Rodríguez – Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde), Wolters Kluwer, Madrid, 2018. págs. 213 y 214.

estrechamente relacionado con la independencia, libertad y dignidad de la persona¹³⁶. Si tenemos en cuenta que las disposiciones testamentarias son actos de autonomía de la voluntad, podemos afirmar que tienen que respetar el ordenamiento jurídico y, de forma más específica, la dignidad de la persona; es decir, la voluntad del sujeto siempre tiene que respetar los derechos fundamentales del individuo al que van dirigidas las disposiciones testamentarias.

Otro de los derechos constitucionales que podría verse afectado por el art. 793 CC es el derecho a contraer matrimonio del art. 32 CE, que se encuentra en la Sección 2ª “De los derechos y deberes de los ciudadanos” del Capítulo segundo “Derechos y libertades” del Título I de la Constitución “De los derechos y deberes fundamentales”, y en el que se apunta lo siguiente: “1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”. Este artículo está vinculado con el Convenio Europeo de DDHH, que propugna en su artículo 12 el derecho a contraer matrimonio, así como con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que incluye en su art. 9 el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia. Estamos ante un derecho de titularidad individual que, sin embargo, no es de ejercicio individual, ya que exige la existencia de otra persona para que pueda ser ejercitado y del consentimiento mutuo libremente expresado por los contrayentes¹³⁷. Por lo tanto, el derecho a contraer matrimonio también incluye el derecho a no

¹³⁶ VERDERA SERVER, RAFAEL, “Lecciones de Derecho Civil 1” Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, pág. 201 y ss.

¹³⁷ STC 51/2011, 14 abril (FJ. 7).

contraerlo¹³⁸ limitándose el contenido de la libertad de contraer matrimonio a asegurar la capacidad de elección del sujeto¹³⁹. Por lo tanto, si es impuesta al individuo la condición absoluta de no contraer matrimonio, se está afectando a la capacidad de elección del sujeto, es más, no se le está permitiendo decidir sobre si quiere casarse o no, porque, se le exige que para recibir la herencia no contraiga matrimonio.

A modo de conclusión, el art. 793 CC, supone en primer lugar, la imposición de la condición de no casarse, ya que, si lo hace, no recibiría la herencia; en segundo lugar, se limita la capacidad del sujeto para elegir si quiere casarse o no, afectando así a la dignidad de la persona; y en tercer lugar, la posibilidad de que un precepto como este se utilice en una disposición testamentaria tiene como consecuencia que se produzca una discriminación por razón de sexo, ya que en España hay una cantidad mucho más elevada de mujeres viudas que de hombres viudos, lo que supone que si se generalizase la utilización del art. 793 CC, sería la mujer la más afectada, ya que vería mermados muchos de sus derechos constitucionales como el derecho a la igualdad, su dignidad y su libertad de decisión en ámbitos personales de su vida, obligándola en la práctica a que se perpetúe en su viudez para no perder la herencia que le corresponde de pleno derecho.

5. Conclusiones

En primer lugar, la igualdad ha de ser comprendida desde varios puntos de vista: el primero, como valor del ordenamiento jurídico; el segundo, como derecho fundamental; y, el tercero, como un principio que ha de ser

¹³⁸ URÍAS MARTÍNEZ, J. “Art. 32. Régimen Constitucional del Matrimonio” en *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*, Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 1137.

¹³⁹ URÍAS MARTÍNEZ, J. “Art. 32. Régimen Constitucional del Matrimonio” en *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*, Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 1137.

garantizado por los poderes públicos, lo que permite alcanzar la igualdad en y ante la ley. Por lo tanto, la igualdad no debe ceñirse a un significado meramente formal, tal y como enuncia el propio artículo 14 CE, sino que ha de ser entendida como un concepto vivo y cambiante, porque así se ha constatado con el recorrido histórico – jurídico que hemos expuesto. Se trata pues, de ir equiparando situaciones en las que determinados colectivos sociales, que se han visto tradicionalmente discriminados por diferentes circunstancias, ejerzan sus derechos en condiciones de igualdad con el resto de la ciudadanía. El papel fundamental recae en los poderes públicos, ya que son ellos y no otros, los que deben de habilitar acciones positivas, a partir de criterios objetivos y razonables, que faciliten la remoción de obstáculos que impidan el ejercicio de los diferentes derechos en condiciones de igualdad por los individuos.

En segundo lugar, uno de los retos de los ordenamientos jurídicos actuales es el de eliminar la discriminación en todas sus facetas, siendo la más difícil de erradicar la discriminación indirecta. Esto se debe a que, en ocasiones, tal y como hemos visto a lo largo del trabajo, nos encontramos con preceptos que formalmente son neutros pero que, sin embargo, producen algún tipo de discriminación, como resulta del ejemplo expuesto del art. 793 CC. En este caso, para poder constatar que efectivamente existe discriminación por razón de sexo, nos ha hecho falta acudir a datos sobre la cantidad de viudos y viudas existentes en España con el fin de comprobar qué colectivo se vería más afectado con la aplicación del precepto, y en este caso, como se comprobó, fue la mujer. La complejidad de la discriminación indirecta radica en que en muchas ocasiones habrá que acudir a datos externos, que nos permitan tener una visión global del ámbito de aplicación

del precepto, para constatar en qué medida afecta al ejercicio de los derechos por los individuos.

En tercer lugar, otro de los tipos de discriminaciones en el que se ha centrado en este trabajo ha sido la motivada por razón de sexo dirigida hacia la mujer, lo que me ha hecho plantearme serias dudas sobre si nos encontramos o no ante un sistema jurídico igualitario. Si partimos de la existencia de la igualdad formal contemplada en la Constitución, y la aparición a lo largo de la Carta Magna de expresiones como “todas las personas” o “los ciudadanos”, podemos entender que lo que pretendía el constituyente con la redacción era reforzar de forma implícita el concepto de igualdad como un valor universal, inherente a todos los individuos. Sin embargo, nos topamos con el art. 57 CE, en el que se establece una preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona. Bajo mi punto de vista, este precepto puede ser considerado como un caso que contempla un caso de discriminación directa y manifiesta hacia la mujer por el simple hecho de serlo y que tiene como consecuencia limitar su derecho al acceso a la Corona. Resulta contradictorio que tengamos una Constitución en la que se promulgue la igualdad como un valor superior del ordenamiento jurídico, y sin embargo, se contemple un precepto tan claramente discriminatorio.

La conclusión final a la que hemos llegado es que la igualdad en términos formales se ha conseguido, mientras que, en el caso de la efectiva y real nos queda aún un largo camino por recorrer.

Bibliografía:

ALBÁCAR LÓPEZ, JL y DE CASTRO GARCÍA, J. “Artículo 793 CC.” en *Código Civil Doctrina y Jurisprudencia*. 1ª Edición, Editorial Trivium Madrid, 1991, pág. 619 – 621.

APARICIO CARRILLO, E.J. “Si te casas no heredas...: artículo 793.1º párrafo del Código Civil” en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José González García*. Pamplona, Aranzadi, 2012, pág 1433 – 1454.

BARRÈRE UNZUETA, M.A, “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 9. 2003, País Vasco. Págs. 1 – 26.

CERDÁ – MARTÍNEZ PUJALTE, C.M. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Nº 50-51. 2005, pág. 193 – 218.

FERNANDEZ LÓPEZ, M.F. “Art. 9.2 La Igualdad real” en *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo I, Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 161 – 171.

FERNANDEZ LÓPEZ, M.F. “Art. 14, La prohibición de discriminación” en *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo I, Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 345 – 363.

GARCÍA GOYENA, F. “Art. 713 del Proyecto Isabelino de 1851” en *Concordancia, motivos y comentarios del Código Civil español*. Zaragoza, 1974, pág. 380 – 381.

GARCÍA TORRES, J. “Art. 57” en *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo I, Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 1551 – 1569.

HERRERO OVIEDO, M., OTERO CRESPO, M., INFANTE RUIZ, F.J. “Capítulo 25: Libertad. Violencia. No discriminación” en *Tratado de*

derecho de la persona. Tomo II. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013. págs. 682 - 709.

JIMÉNEZ CAMPOS, J., “Art.10”, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I. Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución* (Directores Miguel Rodríguez – Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde), Wolters Kluwer, Madrid, 2018,. págs. 207 – 224.

MARTÍN VIDA, M.A (2003). “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense” en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 68 Mayo – agosto 2003, págs. 151 – 194.

REY MARTÍNEZ, F. (2017). “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018” en *Uned Revista de Derecho Político, nº 100*. Págs. 126 – 171.

RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO – FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley” en *Comentarios a la Constitución Española Tomo I. La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley* Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 324 – 352.

SANCHEZ HERNÁNDEZ, C., CAÑIZARES LASO,A. DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ,R. “ Art. 793 CC” en *Código Civil Comentado Volumen II, Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087)*. Editorial Civitas, Navarra, 2011, pág. 744 – 747.

SÁNCHEZ JORDÁN. M.E., “Artículos 16 a 18”, en *El Estatuto de Autonomía de Canarias, Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre* (dir. J. Suay Rincón y F. Villar Rojas), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, págs. 109-131.

URÍAS MARTÍNEZ, J. “Art. 32. Régimen Constitucional del Matrimonio” en *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*, Ed. Wolters Kluwer, 2018. Pág. 1135 – 1163.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. “Capítulo 10: Identidad: Derecho y Género” en *Tratado de derecho de la persona. Tomo II*. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013. págs. 524 – 550.

VERDERA SERVER, RAFAEL, “*Lecciones de Derecho Civil 1*” Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, pág. 191 – 204.

