1MIRA-pre 7/4/05 1:08 PM Page 1

El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo

Fernando Rey Martínez

Presentación

Miguel Carbonell

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación

1MIRA-pre 7/4/05 1:08 PM Page 2

© 2005
El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo
COLECCIÓN MIRADAS 1
Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación

ISBN: 970-9833-05-7

Dante núm. 14, col. Anzures,
Del. Miguel Hidalgo
11590, México DF

Prohibida su reproducción en cualquier medio impreso o electrónico
sin el permiso expreso y por escrito de los editores.

Impreso en México
Printed in Mexico

Distribución gratuita. Prohibida su venta.

1MIRA-pre 7/4/05 1:08 PM Page 3

Índice

5 **Palabras liminares**
GILBERTO RINCÓN GALLARDO

7 **Presentación**
MIGUEL CARBONELL

15 **EL DERECHO FUNDAMENTAL A NO SER DISCRIMINADO POR RAZÓN DE SEXO**
FERNANDO REY MARTÍNEZ

17 **Introducción: sentido y alcance de la igualdad constitucional**

31 **Contenido del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo**

36 Prohibición de discriminaciones directas.
44 Prohibición de discriminaciones indirectas.
56 Mandato de acciones positivas para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

75 **Las discriminaciones positivas y su distinción de las acciones positivas**

91 **Orientación bibliográfica básica**

95 **Sobre los autores**

Palabras liminares

ENTRE LOS MALES QUE AQUEJAN a nuestra sociedad la discriminación es, acaso, el más dúctil, el más huidizo. Se confabula con la pobreza y la ignorancia, pero también lo encontramos, embozado, en los grupos económicos más poderosos y los círculos académicos del mayor nivel. Su tétrico fantasma vive a través de hábitos y tradiciones; diariamente, sin embargo, adopta nuevas formas y aparece con rostros inéditos. Habita entre los niños en situación de calle lo mismo que en las oficinas de recursos humanos de los grandes consorcios. Se desliza silenciosamente en el aula, en la charla cotidiana, en los discursos de Estado, en las cárceles, las fábricas, los medios masivos de comunicación o los asilos. Es casi omnipresente y no pocas veces invisible.

Por desgracia su carácter etéreo no le resta nada de ferocidad. Tenazmente va corrompiendo el tejido social, viola los derechos de las personas y les roba oportunidades de desarrollo. Este ladrón es, sobre todo, un terrorista de la vida personal de hombres y mujeres, que les impide crecer libremente en un medio justo y tolerante. De ahí que sea responsabilidad del Estado y de la sociedad prevenir y eliminar la discriminación; de ahí, también, que sea preciso abrir diversos frentes para el ataque directo a este cáncer social.

Uno de ellos, a menudo poco apreciado, es el del conocimiento; con frecuencia se juzga, sin duda apresuradamente, que representa el camino largo para solucionar un problema que demanda soluciones prácticas. Se trata de una ponderación equivocada. Quienes así ven las cosas quisieran, igual que nosotros, ver desaparecer la discriminación de inmediato. Empero, una cultura no es algo que se transforme por decreto. El saber es una herramienta poderosa e insustituible en la tarea de disolver prejuicios, aunque quizá sea insuficiente. Para llevarla a cabo se precisa una labor ardua y prolongada, que exige cuidadosa y pausada reflexión. Mucho más cuando se trata de temas especializados, cuya misma naturaleza implica larga preparación y agudo ojo crítico.

Ejemplo de ello son los dos textos con los que iniciamos nuestra colección “Miradas”. El más extenso de ellos, firmado por el doctor

1MIRA-pre 7/4/05 1:08 PM Page 6

Fernando Rey Martínez, aborda *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo.* Es un estudio sólido, minucioso y erudito sobre los avances jurídicos en la ya larga lucha por lograr la igualdad entre mujeres y hombres ante la ley, respetando sus diferencias y tratando de compensar la desventaja histórica que han padecido las mujeres en nuestra cultura.

El espléndido escrito que antecede a esta investigación, cuyo autor es el doctor Miguel Carbonell, presenta con claridad y penetración la obra de Rey y, muy en particular, nos explica por qué su publicación es pertinente en un país diferente a España, donde se originó el abundante material jurisprudencial que contiene. El lector atento encontrará notables paralelismos entre México y la nación ibérica pero, sobre todo, hallará sugerentes fórmulas con que orientar el actuar jurídico de nuestro país, tan necesitado de una reformulación de sus leyes para hacer frente con efectividad institucional al problema de la discriminación por sexo.

Estoy seguro que este libro está destinado a enriquecer el pensamiento y el quehacer de los estudiosos comprometidos con su sociedad y su tiempo.

GILBERTO RINCÓN GALLARDO

Presentación

MIGUEL CARBONELL

I.

EL PRESENTE TEXTO de Fernando Rey Martínez tiene un notable interés para todas las personas preocupadas por conocer la forma como puede cobrar eficacia real el principio de no discriminación por razón de sexo, debido a varias razones.

En primer lugar, el ensayo es de la mayor importancia porque su autor es con seguridad el experto más reconocido sobre el tema en el mundo de habla castellana. En segundo término, porque junto a la construcción teórica del principio de no discriminación por razón de sexo el autor añade un impresionante recuento jurisprudencial que da cuenta de la exuberante casuística a que la aplicación de dicho principio en la práctica puede dar lugar. En tercer término, por la explicación que realiza el autor a partir de una realidad social (la de la España que sale de la larga dictadura franquista y construye en pocos años un sistema democrático respetado en Europa y el resto del mundo) en alguna medida cercana a la que estamos viviendo en México. Quizás estos dos últimos aspectos merezcan un comentario más detallado.

II.

La jurisprudencia constitucional española, como lo explica Rey en su texto, ha ido definiendo el principio de igualdad a partir de un número importante de sentencias. Algunas de ellas han incorporado criterios sostenidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o por tribunales constitucionales de otros países (Alemania y Estados Unidos, por ejemplo).

Los criterios jurisprudenciales citados por nuestro autor demuestran que el principio de igualdad tiene diversas manifestaciones; cada una de ellas, a su vez, requiere de un análisis particular.

Poseen gran interés las páginas que Fernando Rey dedica a la aplicación judicial de la no discriminación. Me parece de especial relevancia el análisis de las tres formas en que se manifiesta este prin-

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 8

cipio: como prohibición de discriminaciones directas, como prohibición de discriminaciones indirectas y como autorización para la puesta en marcha de medidas de acción positiva que remonten discriminaciones originadas tiempo atrás y que se proyectan sobre determinados grupos en situación de vulnerabilidad.

El legislador federal mexicano tuvo la gran oportunidad de incorporar en la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación* el concepto de "discriminación indirecta". El proyecto de ley que presentó un plural grupo de la sociedad civil (reunido en torno a la Comisión Ciudadana para Prevenir la Discriminación), y que fue el principal insumo para la correspondiente discusión parlamentaria, establecía en su artículo cuarto que "será considerada discriminación toda ley o acto que, siendo de aplicación idéntica para todas las personas, produzca consecuencias perjudiciales para las personas en situación de vulnerabilidad", siguiendo el concepto relatado por Fernando Rey de acuerdo con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC) español. Lamentablemente, ese concepto no fue incorporado en la Ley (aunque quizá debería figurar si es que en el futuro se procede a una reforma de la misma).

Por lo que hace a las medidas de acción positiva, también el legislador federal mexicano fue muy cauto, seguramente como producto de la incomprensión que dichas medidas suscitan entre diversos sectores académicos y políticos mexicanos. El proyecto de ley presentado por la Comisión Ciudadana sí contenía importantes medidas de acción positiva (incluso en forma de "cuotas" para beneficio de diversos colectivos que tradicionalmente han sido marginados o discriminados), pero tampoco fueron mantenidas en el trámite legislativo.[1] También es un asunto que habrá que valorar en alguna futura reforma a la Ley mexicana vigente.

La jurisprudencia constitucional española demuestra, además, que el razonamiento judicial enfrentado a problemas de igualdad y no discriminación se vuelve relativamente complejo. Para decirlo en otras palabras: no cualquier juez es capaz de lidiar con éxito cuando se trata de resolver un problema de discriminación. Si el lector hace el ejercicio de comparar la escasa jurisprudencia que han emitido

[1] Una exposición del proyecto de la Comisión Ciudadana y su texto completo puede verse en Miguel Carbonell, "Legislar contra la discriminación", en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 9

sobre el tema los tribunales mexicanos verá que estamos todavía muy lejos del nivel argumentativo que se observa en otras jurisdicciones (cabe destacar, sin embargo, la jurisprudencia de una jurisdicción constitucional muy importante en América Latina: la de la Corte Constitucional colombiana).[2]

En México se han aplicado judicialmente muy pocas veces los principios de igualdad y no discriminación previstos en el artículo primero constitucional (párrafos primero y tercero). Quizá las dos tesis jurisprudenciales más avanzadas sobre el tema –que recuperan en buena medida un canon hermenéutico utilizado con frecuencia por el Tribunal Constitucional español y por la Suprema Corte de Estados Unidos– son las siguientes:

> IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO PRIMERO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). La igualdad es un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros el juez debe ser más exigente a la hora de determinar si aquél ha respetado las exigencias del principio de igualdad. El artículo primero de la Constitución Federal establece varios casos en los que procede dicho escrutinio estricto. Así, su primer párrafo proclama que todo individuo debe gozar de las garantías que ella otorga, las cuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, lo que evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye. Por ello, siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. Por su parte, el párrafo tercero del citado precepto constitucional muestra la

[2] Al respecto, véase Carlos Bernal Pulido, "El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la *Corte Constitucional colombiana*", en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa, (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, *op. cit.*

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 10

voluntad de extender la garantía de igualdad a ámbitos que trascienden el campo delimitado por el respeto a los derechos fundamentales explícitamente otorgados por la Constitución, al prohibir al legislador que en el desarrollo general de su labor incurra en discriminación por una serie de motivos enumerados [en la Ley] (origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil) o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. La intención constitucional es, por lo tanto, extender las garantías implícitas en el principio de igualdad al ámbito de las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y la dignidad de las personas, así como al de aquellas que se articulan en torno al uso de una serie de criterios clasificatorios mencionados en el referido tercer párrafo, sin que ello implique que al legislador le esté vedado absolutamente el uso de dichas categorías en el desarrollo de su labor normativa, sino que debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo. En esos casos, el juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad.
Clave: 1a., núm.: CXXXIII/2004. Amparo directo en revisión 988/2004. 29 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley (en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia), sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales; de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido e, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o ade-

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 11

cuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.

Clave: 1a., núm.: CXXXII/2004. Amparo directo en revisión 988/2004. 29 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

Como puede verse, en estas tesis ya se incorpora una forma de razonamiento judicial que da cuenta de la enorme complejidad del principio de no discriminación y que concluye adecuadamente en una mayor limitación de la esfera de decisión del Poder Legislativo.[3]

III.

Por lo que hace al interés que tiene el texto de Fernando Rey derivado de las semejanzas que pudieran existir entre el contexto político español y el mexicano, cabe decir que sí existen –en términos generales– algunas convergencias entre los procesos históricos de ambos países.

[3] No es casual que el responsable de su elaboración sea un reconocido constitucionalista mexicano, más acostumbrado a realizar razonamientos abstractos de gran complejidad que otros de sus colegas de la Suprema Corte, que por años se han dedicado a hacer razonamientos silogísticos de muy escasa altura teórica.

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 12

Para empezar, y guardando todas las proporciones del caso, la evolución política de México y de España se da a partir del abandono de un sistema autoritario (una dictadura sangrienta y omnipotente, en el caso español, y un sistema político con fuertes rasgos autoritarios y un partido hegemónico, en el mexicano). Una característica de ambos sistemas es que las mujeres estuvieron por décadas plenamente discriminadas y sin posibilidad alguna de defenderse jurídicamente frente a esa desgracia. Con el tránsito a la democracia, que toma forma en los años 70 en España y un par de décadas después en México, el reto fundamental ha sido construir una institucionalidad jurídica y un entramado normativo capaces de revertir esa discriminación histórica. Para el caso mexicano puede ser de gran interés estudiar la forma en que la jurisdicción constitucional ha ayudado a esa construcción en España.

Por otra parte, el caso español demuestra una evolución no solamente positiva en cuanto a la disminución sustancial de la discriminación por razón de género, sino que también es ejemplar por haberla logrado en poco tiempo. Esto también puede ser interesante para México, ya que justamente una de las exigencias más repetidas por la población en los últimos años es la de materializar el cambio democrático, que por momentos parece haber quedado más en la retórica política que en la realidad cotidiana de los habitantes del país. Una de las mejores formas de darle contenido y sustancia al avance democrático de México es precisamente a través de la remoción de situaciones de sojuzgamiento y humillación como las que sufren cada día millones de mujeres.

IV.

Finalmente, el valor más destacable del texto de Fernando Rey es que trata con enorme solvencia intelectual y con un gran rigor académico un tema que, más allá de la complejidad científica que pueda tener, se instala de lleno en el corazón de la gran discusión a través de la cual se articula el mundo moderno: la que se refiere a la dignidad de todas las personas y el respeto que les debemos.

Esa es la importancia del texto que el lector encontrará en las siguientes páginas: que nos invita a pensar de otra manera las relaciones sociales más primarias, las de los hombres con las mujeres. De la forma en que seamos capaces de remodelar esas relaciones depende en buena medida el éxito de la democracia mexicana del porvenir, lo que equivale a decir que en este tema nos estamos jugando, literalmente,

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 13

el futuro. Por eso es que el luminoso texto de Fernando Rey Martínez merece ser ampliamente difundido y discutido sin descanso.

El hecho de que vea la luz bajo el sello editorial del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación es, sin duda, un signo promisorio de que los tiempos parecen estar cambiando en el tema de la discriminación contra las mujeres.

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 15

El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo

Fernando Rey Martínez
Universidad de Valladolid

Introducción: sentido y alcance de la igualdad constitucional

LA DISCRIMINACIÓN SUFRIDA por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido (desde la simple y brutal violencia hasta los más sutiles comportamientos falsamente protectores),[1] la que afecta al mayor número de personas y la más primaria, porque siempre se añade a las demás discriminaciones. En la voluntad de acabar con esta arraigada situación histórica encuentran su sentido disposiciones constitucionales como la prohibición del artículo 14 de la Constitución española (CE): los españoles somos "iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de [...] sexo"; el artículo 9.2 CE ordena a los poderes públicos la promoción de la igualdad "real y efectiva" de individuos y grupos; el artículo 32.1 CE consagra la "plena igualdad jurídica" entre hombre y mujer en el matrimonio y el artículo 35.1 CE prohíbe la discriminación por razón de sexo respecto del "derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente". La Constitución española se desmarca, pues, por primera vez en la historia de nuestro país, del profundo modelo cultural del patriarcado. Ya Emmanuel Kant había distinguido, en *Los principios metafísicos de la doctrina del derecho* (1797), dentro de los ciudadanos "pasivos", esto es, de aquellas personas no autosuficientes y, por tanto, incapaces de desarrollar alguna función en el Estado, a los no-propietarios, que carecerían de la cualidad "social"

[1] En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, desde la Sentencia 128/1987, uno de los criterios interpretativos centrales es el de determinar si una medida que trate de modo diferente a hombres y mujeres, aparentemente favorable a éstas, es una medida de acción positiva legítima o es, por el contrario, una medida paternalista, falsamente protectora (se protegería a la mujer porque, en definitiva, se la considera un ser de inferior valor social y, por ello mismo, merecedora de un *plus* de protección).

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 18

para ser ciudadanos "activos", y a las mujeres y los niños, que estarían desprovistos de la cualidad "natural" para serlo. A pesar de la irrupción de algunas célebres intrusas, que no vendría sino a corroborar la regla general, la escisión entre espacio público, reservado a los varones, y espacio privado, atribuido a las mujeres, se consolida durante todo el siglo XIX y buena parte del XX (más o menos, hasta los años 60); también como consecuencia del triunfo ideológico del liberalismo (de la *libertad de los modernos*) y su distinción escrupulosa entre Estado y sociedad, entre vida pública y privada. Es paradójico que el ideario liberal e ilustrado, con su cosmovisión centrada en el individuo y su dogma de la *egalité*, abra la puerta al reconocimiento de la igualdad entre los géneros (como lo demuestran, por ejemplo, Condorcet y, de modo sublime, John Stuart Mill, en *The Subjection of Women* [1869], al reivindicar la "igualdad perfecta", esto es, "ni privilegio ni poder para un sexo ni incapacidad alguna para el otro"), pero seguidamente la cierre dando un portazo que mantuvo el portal cerrado hasta hace poco.

El estereotipo fundamental es de sobra conocido: hombres y mujeres son "naturalmente" diferentes y esto se proyecta en distintas "funciones sociales". Quizás el autor clásico que con mayor descaro ha expresado esta idea haya sido Jean-Jaçques Rousseau en su célebre Libro V del *Emilio o de la educación* (1762). El autor dibuja el prototipo de la mujer (Sofía) adecuada al hombre (Emilio). La mujer "está hecha para someterse al hombre". Éste debe ser "activo y fuerte", aquélla "pasiva y débil". El ser propio de las mujeres descrito por este escritor se caracteriza por rasgos como los siguientes: pudor, astucia, coquetería, debilidad, abuso del tocador, "lengua flexible", mantener unida a la familia (por ello el adulterio femenino es más reprochable que el masculino), virtud, docilidad, sumisión, capricho, etcétera. La mujer tiene más espíritu y el hombre más inteligencia. Ella observa y él razona. Por eso, el estudio de la filosofía y de la ciencia (y de "todo aquello que tienda a generalizar las ideas") no es de pertinencia de las mujeres, cuyo aprendizaje debe relacionarse, por el contrario, con la práctica. En consecuencia, la educación de las mujeres debe reducirse sólo a aquello que "les conviene saber". Y puesto que mujer y hombre "están hechos el uno para el otro, pero no es igual su mutua dependencia" (ya que los hombres dependen de las mujeres "por sus deseos" y las mujeres de los hombres "por sus deseos y necesidades"), "toda la educación de las mujeres debe ser relativa a los hombres": complacerles, serles útiles (a través de "las

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 19

labores de su sexo": aguja, cocina, servicio de mesa, etcétera), hacerse amar y honrar de ellos, educarlos de jóvenes, cuidarlos de mayores, aconsejarlos, consolarlos, hacerles las vida agradable y dulce.

Ecos (más o menos atenuados) de esta visión se encuentran todavía hoy vigentes entre nosotros. Sin embargo, al menos desde el punto de vista jurídico-constitucional, las mujeres son, al fin, sujetos del derecho en igualdad de condiciones con los hombres. La conquista del derecho femenino al sufragio a lo largo de la primera mitad del siglo pasado sólo puede considerarse un antecedente, pero no el inicio de este cambio. Un examen histórico así lo confirma. En España es la Constitución de 1931 la que extendió a las mujeres por primera vez el derecho de sufragio (artículo 36: "Los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de 23 años, tendrán los mismos derechos electorales según las leyes"). Pero como relata un testigo de excepción, A. Royo Villanova (1934: 102), la extensión del sufragio a la mujer fue una de las reformas más discutidas, que al final fue aprobada con tan sólo cuatro votos de diferencia. Precisamente, este autor votó a favor: "¿No han acreditado muchas veces las mujeres que son superiores a los hombres?" Otro testigo eminente, Luis Jiménez de Asúa (1932: 258 y ss), también era partidario de conceder el voto a las mujeres ("poner siquiera a debate esto me parece injurioso"), pero aplazándolo un tiempo, pues "mientras nuestras mujeres no estén preparadas y no sean independientes, su voto será un arma de regresión más que de avance" (a pesar de este temor, Jiménez de Asúa votó también a favor de la reforma). En ese periodo numerosas corrientes doctrinales, de uno y otro signo político, se pronunciaban contrarias al sufragio femenino: desde la que pronosticaba que ello supondría la duplicación del voto "de los maridos, padres y hermanos" (y, además, si no fuera así, "se rompería la armonía que debe reinar en el hogar doméstico"), e incluso la venta del voto (sobre todo en el caso de mujeres de "vida licenciosa": artistas, camareras, etcétera), hasta la que preconizaba que la *cultura femenina* debía permanecer en el hogar doméstico al margen de la política. Esta última opinión admitía formulaciones más groseramente sexistas (con cita expresa de Proudhon: "El día en que el legislador conceda a las mujeres el derecho electoral será el día de mi divorcio") y otras más sutiles, como la de Carlos Ruiz del Castillo (1939: 532 y ss), para quien no es cierta la opinión de John Stuart Mill según la cual el sufragio femenino duplicaría el capital intelectual de la humanidad, pues ésta "no se beneficia con aportaciones cuantitativas [...] sino cualitativas: la producción de un tipo de

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 20

cultura femenina, diferenciada y exquisita [...], el feminismo que se ha impuesto es un masculinismo extendido a la mujer".

Ahora bien, ¿qué significado tiene la idea jurídica de igualdad? La igualdad es un concepto que procede de la tradición jurídica occidental, concretamente de Platón (*Leyes*, lib. VI, 757), y especialmente de Aristóteles (*Política*, lib. II, sobre todo, 1280a, 1282b y 1283a; *Ética a Nicómaco*, lib. V, en particular, 1130-1133): "Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales" (*Política*, 1280a). Esta identificación conceptual, desde Grecia hasta nuestros días, de la igualdad con un cierto tipo de distribución (de bienes por fuerza escasos) debe su éxito a su plasticidad, a que constituye un enunciado vacío de contenido o, por mejor decir, a que posee un contenido mínimo, la coherencia entre el criterio con arreglo al cual se mide la igualdad (o la desigualdad) y la finalidad de la medida (norma o práctica) que introduce la diferenciación, contenido mínimo que es, además, formal (de modo que para determinar aquella coherencia, esto es, la razonabilidad de la diferencia, hay que acudir a criterios materiales externos al juicio de igualdad).

La igualdad no puede entenderse como una obligación de que todos los individuos sean tratados exactamente de la misma manera (igualdad no es identidad), ni tampoco, por el contrario, puede permitir toda diferenciación (en cuyo caso se disolvería la misma idea de igualdad). Ésta supone, en realidad, un criterio histórico, por lo que a un mismo *concepto* le han dado significado diversas *concepciones*, algunas de ellas no sólo diferentes sino también contradictorias. Repárese, por ejemplo, en que el pasaje citado de Aristóteles intenta demostrar las razones por las cuales la "democracia" es una forma de gobierno "desviada", pues no busca el provecho de la comunidad, sino tan sólo de los "pobres". ¿Qué concepción histórica de la igualdad se expresa en la Constitución española? Naturalmente, la propia de un Estado que se autodefine como "social y democrático de Derecho" (artículo 1.1 CE). La igualdad constitucional, en su triple condición de *valor* superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE), de *principio* ("Los españoles son iguales ante la ley", artículo 14a CE), cuya realidad y efectividad corresponde promover a los poderes públicos (artículo 9.2 CE), y de *derecho fundamental* ("sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social",

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 21

artículo 14b CE), explicita, al mismo tiempo, tres dimensiones: de libertad, democrática y social. En su dimensión liberal, la idea de igualdad conlleva la prohibición de arbitrio, tanto en el momento de creación de la norma que introduce la diferencia, cuanto en el de su aplicación. La igualdad, desde la perspectiva del principio democrático, excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja, como el de las mujeres, puedan quedarse "aislados y sin voz". Desde el punto de vista social, la idea de igualdad legitima un derecho desigual a fin de garantizar a individuos y grupos con desventaja una igualdad de oportunidades. Todas estas dimensiones se enraizan en el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10.1 CE), de lo que se deriva la igual *dignidad social* de todos los ciudadanos; hay que rechazar toda creación o aplicación del derecho que trate a algunos miembros de la comunidad como ciudadanos de segunda clase. En palabras del Tribunal Supremo estadounidense en *Zobel vs. Williams* (1982), se viola la igual ciudadanía "cuando la sociedad organizada trata a alguien como un inferior, como parte de una casta dependiente o como un no-participante".

La igualdad es un criterio de distribución de recursos por fuerza escasos; por eso se plantea siempre en contextos de reparto y de modo problemático (y por eso está asociada a la idea misma de justicia e incluso de derecho).[2] Es un criterio que, en general, se postula históricamente como razonable para medir la legitimidad o ilegitimidad de una desigualdad jurídica de trato entre un conjunto de individuos

[2] En el Palacio Público de Siena, en el corazón de la bella región italiana de Toscana, se halla el fresco que pintó Ambrogio Lorenzetti entre 1338 y 1339 sobre *El buen y el mal gobierno* y sus efectos. El buen gobierno se representa con diversas figuras, pero las principales son una mujer y un anciano. La primera simboliza a la justicia, está sentada y muestra las palmas de sus manos, como indicando que no tiene manchas o secretos que ocultar. Su rostro es grave y no dulce (es más difícil ser justo que bueno). Sobre ella hay una figura alada que evoca la sabiduría (el tema de ésta como madre u origen de la justicia es clásico en la tradición política occidental). La mano derecha de la sabiduría no sujeta, como es normal en sus representaciones iconográficas, una lámpara encendida, sino la balanza de la justicia. En uno de los platillos, un ángel decapita a una persona mientras corona a otra (la justicia distributiva o reparto de bienes y males de la comunidad a sus miembros en función de los méritos de cada cual); en el otro platillo un ángel da a una persona un cofre y a otra una espada (la justicia conmutativa o equilibrio de derechos y deberes entre las personas que negocian, contratan, etcétera). Desde ambos platillos de la balanza descienden dos cuerdas que une en su mano una figura femenina sentada debajo de la justicia y que es la concordia (que es el fruto de la justicia, así como la discordia lo es de la injusticia). Esa cuerda pasa por las manos de 24 personas, que

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 22

dado, respecto de un criterio previamente determinado (un *tertium comparationis*). En otras palabras, la idea de igualdad sirve para determinar, razonable y no arbitrariamente, qué grado de desigualdad jurídica de trato entre dos o más sujetos es tolerable. Es por ello, constitutivamente, una técnica de control. La igualdad es un criterio que mide el grado de desigualdad jurídicamente admisible.[3] Admitido esto, hay que introducir ahora algunas distinciones. La tradición jurídica occidental, desde las revoluciones liberales (y su reivindicación de la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos, con la consiguiente abolición de los privilegios de nacimiento), viene entendiendo como especialmente odiosas y, por tanto, de interpretación estricta y, hasta cierto punto, excepcional, las desigualdades de trato en el momento de la aplicación judicial y administrativa de la norma.[4] La igualdad en la aplicación (judicial y administrativa) del derecho tiende, por ello, y sin perjuicio de la concurrencia de otros principios de signo potencialmente distinto –como el de la independencia del órga-

representan el Consejo gobernante de la ciudad (un embrión de Parlamento), y asciende hacia la figura del majestuoso anciano que está en el centro de la composición y que representa el gobierno de la misma ciudad, una especie de cuerpo místico de la república, rodeado de las virtudes políticas: paz, amor a la patria, magnanimidad, etcétera. Una figura que destaca del fresco es una mujer con alas, la seguridad, que en una mano lleva una horca de la que cuelga un hombre y en la otra un letrero que reza: "Que cualquiera camine sin miedo libremente y cada cual siembre trabajando mientras que la comuna mantenga el señorío de esta mujer que ha quitado a los malos todo poder". La obra conserva la máxima actualidad: sólo de la justicia (cuya administración requiere una gran dosis de sabiduría) que debe regir el gobierno de la comunidad se desprende la concordia civil (de *con-cor*: un mismo corazón).

[3] Como agudamente observa J. I. Martínez (1991: 539 y ss), a quien seguiré en este punto central: "ni en la naturaleza ni en la sociedad existe lo 'igual' sino, precisamente, lo 'diverso'. Es falso, dice Vauvernargues, que la igualdad sea una ley de la naturaleza; la naturaleza no tiene nada hecho igual. Por tanto, la igualdad no es una realidad objetiva o empírica anterior al derecho, que éste sólo tenga que percibir, sino que toda constatación jurídica de la igualdad implica siempre un juicio de valor, un proceso de abstracción que depende de la elección de las propiedades, criterios o rasgos considerados como relevantes entre los que se compara. El concepto de igualdad es incompleto y remite siempre a un punto de vista desde el que se realizan las comparaciones; tiene, pues, un sentido *procesal*: abre una vía para el argumentar racional en relación con qué desigualdades jurídicas de trato son tolerables bajo qué circunstancias".

[4] Según la clásica expresión de Anschütz, "las leyes deben ser aplicadas sin mirar a las personas". La posición subordinada de los órganos judiciales y de la administración al derecho refuerza esta exigencia.

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 23

no judicial– hacia la garantía de la identidad (o de la menor desigualdad posible) jurídica de trato.[5]

Por el contrario, la idea de que el principio constitucional de igualdad vincula también al legislador y no sólo a los órganos terminales del derecho es de acuñación reciente.[6] Ahora bien, el momento de la creación del derecho, sobre todo el que reviste forma de ley, goza de un amplio margen de libertad de configuración del que, evidentemente, carece el juez; en consecuencia, la vinculación del legislador al principio de igualdad es, necesariamente, de menor intensidad. De hecho, es característico de la actividad legislativa establecer diferencias de trato, atribuir beneficios o cargas especiales a determinados grupos de ciudadanos.[7] ¿Cómo conciliar la contradicción aparente entre el principio constitucional de igualdad y la potestad legislativa de diferenciar o clasificar? Una respuesta clásica la encontramos en el trabajo de Joseph Tussman y Jacobus Tenbroek (1949: 341 y ss). Distinguen estos autores entre la doctrina de la *clasificación razonable* y la de la *clasificación sospechosa*. Con carácter general, la cláusula constitucional de igualdad en relación con el problema de la potestad legislativa de establecer diferencias jurídicas de trato se reduce al requerimiento de *razonabilidad*. Los criterios para determinar cuándo una diferencia jurídica de trato es razonable y, en consecuencia, no discriminatoria, son tomados por el Tribunal Constitucional (TC) español a través del cauce exegético previsto en el artículo 10.2 CE, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.[8] Sin embar-

[5] En la práctica, sin embargo, la interpretación amplia de este principio con los requisitos de la identidad del órgano judicial y de los supuestos de hecho resueltos en forma contradictoria, y de ausencia de una fundamentación judicial que justifique el cambio de criterio, viene a configurarlo de modo semejante al de igualdad en la creación de la diferencia de trato: igualdad equivale a razonabilidad de la diferente aplicación judicial.

[6] G. Leibholz la propuso (aludiendo al "cambio de significado" de la igualdad), como técnica de control de la constitucionalidad de la ley, en su clásico estudio *Die Gleichheit vor dem Gesetz* (*La igualdad ante la ley*), de 1925 (aunque fue una tesis minoritaria en el periodo de Weimar frente a la poderosa doctrina positivista) y él mismo se ocupó de aplicarla desde el Tribunal Constitucional Federal alemán después de la Segunda Guerra Mundial.

[7] En palabras del juez Brewer, en *Atchison, Topeka y SFRR vs. Matthews*, de 1898, "la verdadera idea de la clasificación [normativa] es la desigualdad".

[8] La desigualdad debe basarse en una justificación objetiva y razonable, esto es, debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y tal justificación debe apreciarse mediante un examen de la razonabilidad y objetividad, conforme a criterios

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 24

go, el TC exige para apreciar la razonabilidad de la diferencia jurídica de trato tan sólo la existencia de alguna mínima justificación de la finalidad pretendida, lo cual me parece una solución más aceptable en relación con el principio democrático y el de separación de poderes que si pretendiera verificar un más estricto examen de proporcionalidad. Los principios democrático y de separación de poderes aconsejan un juicio por parte de la jurisdicción constitucional generalmente *deferente* hacia el fruto del proceso político, la ley. Dicha deferencia ha de ser, evidentemente, máxima en el ámbito socioeconómico y mínima en relación con los derechos fundamentales. Un magnífico ejemplo del carácter poco deferente y casi fatal para la ley en examen del *test* de proporcionalidad en vez del de razonabilidad lo proporciona el voto particular de la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 70/1983, de julio 26. La mayoría del TC había declarado que el establecimiento de una edad máxima (60 años) para el acceso al cargo de interventor en los municipios de Madrid y Barcelona era razonable, no porque obedeciera a una presunción de incapacidad personal del mayor de esa edad, sino para evitar que accedieran a tal puesto funcionarios de edad cercana a la jubilación que apenas tuvieran tiempo suficiente para conocer las peculiaridades de tales ayuntamientos. El voto discrepante empieza afirmando que el criterio de mera razonabilidad adoptado por el TC se confunde por completo con la regla de la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE. Sin embargo, lo correcto no es justificar la razón de ser de la norma para hacer posible la desigualdad, "sino tratar de justificar la ruptura de la igualdad en sí misma, que sólo puede encontrarse en una tutela de bienes jurídicos que estén constitucionalmente protegidos y tengan carácter superior a los que resultan sacrificados, siempre que se dé una regla de proporcionalidad entre el bien protegido y el derecho sacrificado". Por tanto, la desigualdad debe tener un fin constitucional (en este caso, la eficacia de la administración es un bien constitucionalmente protegido, pero de inferior rango al de la igualdad), la diferencia normativa debe ser adecuada y proporcionada al fin que persigue (en nuestro caso tampoco ocurriría, según el voto discrepante, ya que ni los mayores de 60 años son incapaces, ni se favorece la eficacia de la gestión con la medida, ni se garantiza la continuidad en el ejercicio del cargo a los

y juicios de valor generalmente aceptados, de la relación de proporcionalidad, que se exige lógica, entre los medios empleados y los fines y efectos perseguidos por la diferenciación normativa de trato.

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 25

interventores en los citados municipios), y ha de tener carácter general o constituir una excepción justificada (lo que tampoco concurre, pues se refiere sólo a Madrid y a Barcelona, y no hay suficientes razones para ello). En conclusión, el TC debiera haber anulado la diferencia considerada. En mi opinión, no se solucionan los problemas del juicio de igualdad sustituyendo el criterio del legislador por el del TC. Es discutible la imposición de una edad máxima para ese puesto en tales municipios, pero también lo es la argumentación que aporta el voto particular (¿en qué se basa, por ejemplo, para afirmar que la medida no favorece la eficacia de la gestión?, ¿o para sostener que no hay razones para distinguir Madrid y Barcelona del resto de los municipios?). Con el juicio de proporcionalidad (salvo que se trate de derechos fundamentales, como la prohibición de discriminación por razón de sexo), el TC se convertiría en legislador.

Por cierto que esta comprensión del concepto de igualdad constitucional arroja una nueva luz para situar de modo adecuado la contraposición clásica (pero superada, a mi juicio, en el contexto del actual Estado social y democrático de derecho) entre la igualdad *formal* (del artículo 14a CE) y la igualdad "real, material, substancial o de oportunidades" (del artículo 9.2 CE). De ningún modo se hallan en tensión dialéctica: la igualdad substancial (artículo 9.2 CE en relación con diversos principios rectores del Capítulo Tercero, Título I de la Constitución) implica el establecimiento de diversas diferencias de trato jurídico en favor de ciertos colectivos sociales (indicados por el texto constitucional, como la infancia, la juventud, la tercera edad, las personas con discapacidad física y psíquica, los consumidores, los desempleados, las familias, etcétera), en función de criterios de desigualdad no sólo jurídicamente razonables y válidos (que enervan cualquier posible discusión sobre la validez de esa diferencia de trato jurídico, si bien puede subsistir la disputa no sobre el qué, pero sí respecto al cómo y a cuánto), sino, vale decir, especialmente legítimos en cuanto expresamente queridos por el constituyente. Es decir, 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 entra en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico en favor de grupos sociales en desventaja querido por el constituyente o el legislador. Al contraponer radicalmente igualdad formal y real se opera con un concepto de igualdad formal que la confunde con *identidad* (de trato); de ahí las dificultades para encajar en ese contexto las desigualdades jurídicas de trato típicas de la

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 26

igualdad real. Pero la igualdad no es identidad (tampoco la formal) es un criterio que se presume racional para medir la legitimidad de las desigualdades de trato jurídico. Concurriendo criterios de desigualdad de trato como la infancia, las discapacidades, la carencia de empleo, etcétera, el juicio de igualdad, esto es, de razonabilidad de las diferencias, se torna más fácil: cuenta a su favor con una presunción constitucional (o legal) *iuris tantum* de validez.

Como los ejemplos no son concesiones a la pereza mental, la utilización de uno puede ser ilustrativa: en la STC 3/1983, de enero 25, el TC encontró que era razonable y no discriminatoria la diferencia normativa de trato entre trabajadores y empleadores consistente en la exención a aquéllos, pero no a éstos, de la consignación previa del importe de la condena incrementada en 20% como requisito del recurso de casación laboral. Justificación: la desigualdad socioeconómica y jurídica de los trabajadores. Sin embargo, el Tribunal contrapone igualdad formal e igualdad real (lo que no era necesario para su discurso): "Siendo esto así, es evidente que la igualdad entre trabajadores y empresarios promovida por el derecho laboral [...] no puede ser desconocida o quebrada por una presunta plena efectividad del artículo 14 CE, pues lo contrario equivaldría, paradójicamente, a fomentar mediante el recurso a la igualdad formal una acrecentada desigualdad material en perjuicio del trabajador y en vulneración del artículo 9.2 CE". Esta opinión parece confundir la "plena efectividad del artículo 14 CE" con la identidad de trato. Pero igualdad no es identidad; la igualdad del artículo 14 CE permite hallar, sin ningún problema, plenamente razonables, las desigualdades normativas de trato en favor de los trabajadores. La igualdad formal del artículo 14 CE es la igualdad del Estado social. No se contrapone a la igualdad real del artículo 9.2 CE: ésta es, junto con el Capítulo Tercero, un *localizador ideológico* de nuestra Constitución y una cautela complementaria del constituyente (una "norma de anclaje", en la terminología de Forsthoff) respecto del sentido de la igualdad en nuestro Estado social. Hay que pasar página al calendario también en las categorías doctrinales que empleamos. De hecho, más adelante el TC ha utilizado la presunta igualdad formal del artículo 14 CE para extender el objeto del proceso de amparo a ciertos principios rectores del Capítulo Tercero, como el derecho al trabajo (artículo 35.1 CE), el sistema de pensiones adecuadas (artículo 50 CE), etcétera. En la STC 23/1989, de febrero 2, declaró que la exclusión que un concurso administrativo municipal había efectuado de las sociedades mercantiles en favor

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 27

de personas físicas de limitadas posibilidades económicas para la explotación de kioscos de prensa era razonable y no discriminatoria por la política de fomento del empleo que deben adoptar los poderes públicos (artículo 40.1 CE); y en la STC 25/1989, de febrero 3, estimó también razonable la diferencia de trato entre explotaciones mineras subterráneas y a cielo abierto por la necesidad de estabilizar el sector (artículo 40.1 CE), de equilibrar y armonizar su desarrollo (artículo 131.1 CE), de la utilización racional de los recursos naturales y la protección del medio ambiente (artículo 45 CE) y de la congruencia con una política de fomento de pleno empleo (artículo 40.1 CE).

La doctrina de la clasificación (normativa) *sospechosa* se refiere sólo a aquellos supuestos en los que el criterio o rasgo de diferenciación de trato jurídico es la raza, el sexo, la religión, la ideología, el nacimiento o cualquier otro que la experiencia histórica evidencie como proclive para configurar una diferencia peyorativa entre las personas, basada en prejuicios gravemente odiosos para la dignidad de la persona. En estos supuestos la diferencia entre grupos sociales conlleva un riesgo muy alto de catalogar a alguno de ellos como inferior. Admitido que el legislador pueda, en ocasiones, establecer diferencias jurídicas de trato en atención a tales criterios (en caso contrario tendríamos que hablar de la doctrina extrema de la clasificación totalmente *prohibida*, predicable en nuestro ordenamiento, a mi juicio, sólo respecto del nacimiento), el examen judicial de control de la diferencia normativa se deberá tornar mucho más riguroso. En la jurisprudencia estadounidense se aplican, en este sentido, los estándares del *strict scrutiny test* (para la raza) y el menos exigente del *intermediate scrutiny test* (en relación con el sexo), aunque últimamente están convergiendo en el *test* de la *exceedingly persuasive justification* (estándar de la justificación sumamente convincente). En la sentencia *United States vs. Virginia* (1996), dictada por el Tribunal Supremo en medio de una gran controversia pública, se han abierto las puertas del Instituto Militar de Virginia a las mujeres. La opinión mayoritaria, escrita por la juez Ginsburg, afirmó que la política de admisión exclusivamente masculina de la institución violaba la cláusula constitucional de igualdad. La *rationale* empleada en la sentencia fue que "quienes busquen defender una diferencia jurídica de trato basada en el sexo deberán demostrar una justificación sumamente persuasiva" lo que, precisamente, el Tribunal no apreció en el caso (ni la diversidad de modelos educativos públicos, ni los efectos benéficos posibles de una educación no mixta, ni el método muy duro de ense-

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 28

ñanza del Instituto fueron considerados por el Tribunal una justificación tal).

En definitiva, hay que distinguir entre la doctrina de la clasificación (o diferencia jurídica de trato) razonable o principio general de igualdad (cuya vulneración produce una discriminación en sentido amplio) y la doctrina de la clasificación sospechosa o prohibición de discriminación en sentido estricto por alguna de las causas indicadas en el inciso final del artículo 14 CE (o percibidas por el legislador o el TC como incluibles en tal sede, dado el carácter abierto de la lista que contiene el precepto). No obstante, principio de igualdad y prohibición de discriminación, aunque conceptos diferentes (en sentido y alcance, en el periodo de su emergencia histórica, en eficacia,[9] etcétera), guardan una relación de género (igualdad) a especie (prohibición de discriminación): la prohibición de discriminación es una variedad de la igualdad cuando el criterio de desigualdad que concurre es uno de los sospechosos.

En contra de lo que usualmente suele afirmarse tampoco son equivalentes, según creo, el concepto de igualdad substancial (en realidad, como hemos visto, encajable en el esquema interpretativo general de la igualdad formal, con la particularidad de la explicitación por el constituyente de la razonabilidad de las eventuales diferencias jurídicas de trato, no sólo permitidas, sino incluso pretendidas) y la prohibición de discriminación en sentido estricto. Y no lo son porque las diferencias jurídicas de trato adoptadas para lograr una igualdad de oportunidades en favor de cualquier colectivo social situado en cierta desventaja fáctica son, en el sentido acuñado por R. Alexy (1993: 402 y ss), un *principio*, esto es, un mandato a los poderes públicos de optimización, dentro de sus posibilidades técnicas y financieras; y las prohibiciones de discriminación en sentido estricto (por razón de raza, sexo, etcétera) son una *regla*, más concretamente un auténtico derecho fundamental, es decir, un derecho subjetivo judicialmente exigible. El mandato de igualdad real del artículo 9.2 CE, en relación con los principios rectores del Capítulo Tercero (que informarán la actuación de los poderes públicos y sólo podrán ser ale-

[9] Respecto de la vinculación frente a particulares es claro que es mucho mayor en el caso de la prohibición de discriminación que en el juicio general de igualdad. En este punto se impone la remisión a los clarificadores trabajos de Juan María Bilbao Ubillos (2000: 97-120, y 1997: 395 y ss).

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 29

gados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, artículo 53.3 CE), está condicionado por tres factores: 1. depende de las posibilidades financieras y técnicas del país en cada momento; 2. su desarrollo por las distintas mayorías políticas que se vayan sucediendo puede ser, en aplicación de las diversas concepciones ideológicas y estratégicas en presencia, muy diferente; y ello es legítimo en virtud del principio democrático. Como toda la Constitución, pero más aún, el Capítulo Tercero no es un programa, sino un marco de posibilidades de actuación; y 3. no sólo la determinación de cómo fomentar la igualdad real está abierta sino, incluso, la precisión de qué grupos sociales pueden ser beneficiarios de políticas de fomento (el Capítulo Tercero contiene, evidentemente, una lista abierta).

De hecho, como observa Denninger (1994: 69 y ss), uno de los puntos característicos del constitucionalismo actual es una nueva sensibilidad no por la igualdad, sino por la desigualdad. Frente a la tradición iluminista de la modernidad, que postulaba la autonomía del individuo, la universalización de la razón y la igualdad de los ciudadanos, el actual *gusto* por la diversidad (propio de la posmodernidad) propone la salvaguarda de la identidad del individuo en el marco de un grupo limitado y circunscrito (nuestro grupo), una pluralidad de esferas particulares de valores (que cuestionan la validez de una razón universal) y el reconocimiento de la igualdad (abstracta) como desigualdad en sentido concreto: un derecho igual a la desigualdad. Todo ello se traduce en "exigencias de prestaciones compensatorias difíciles de cumplir". Por el contrario, las prohibiciones de discriminación en sentido estricto ni deben hacerse depender de las posibilidades financieras y técnicas, ni estar en el centro de la polémica política de los partidos que compiten por la mayoría en el Parlamento (sino sustraída de ella por tratarse de derechos fundamentales genuinos; los derechos son "triunfos frente a la mayoría", según la feliz expresión de R. Dworkin), ni se debe poder referir a cualquier grupo social en desventaja, sino a aquellos que, según la experiencia histórica, son víctimas de una profunda y arraigada discriminación, marginación u hostilidad sociales. Es decir, son víctimas de un *prejuicio*, o valoración social negativa hacia un grupo y sus miembros individuales, prejuicio a la vez causa y consecuencia de la vigencia de *estereotipos* o generalizaciones que atribuyen propiedades o caracteres a los integrantes de un conjunto sin considerar las diferencias realmen-

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 30

te existentes entre ellos.[10] Los rasgos de pertenencia de estos grupos son, comúnmente,[11] inmodificables por el miembro individual y no dependen de la libre elección del sujeto, de su mérito y trayectoria particular, y suelen ser, además, transparentes, de suerte que, normalmente, se produce una cierta *estigmatización social*[12] por el hecho de la simple pertenencia a un grupo que uno no ha elegido, del que normalmente no se puede salir y del que no se puede ocultar ser partícipe.

Las prohibiciones de discriminación en sentido estricto tienen dos efectos. Uno negativo: la prohibición absoluta de cualquier trato jurídico diferenciado y perjudicial por el mero hecho de pertenecer al colectivo social que sufre la discriminación, y otro positivo: la licitud (diríamos, la especial licitud) de acciones positivas en su favor, pero de un modo aún más incisivo (por las razones apuntadas) que las acciones positivas que derivan del artículo 9.2 CE en relación con los grupos en desventaja del Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución. Con la prohibición constitucional de discriminaciones concretas es "como si le pusieran dientes" al Estado social.

[10] La noción de estereotipo proviene, precisamente, del mundo de la imprenta: un tipo fijo en metal que sirve para producir múltiples imágenes en materiales porosos y dúctiles (papel, tela, etcétera).

[11] No es el caso de la ideología o la religión, por ejemplo.

[12] La prohibición de discriminación del artículo 14 CE, como muy bien han apreciado M. Rodríguez Piñero y M. F. Fernández (1986: 154) tiene un sentido "unilateral", no "bilateral" de comparación como es el juicio típico del principio de igualdad: protege a los gitanos, a las mujeres, etcétera.

Contenido del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL sobre igualdad y no discriminación, tal como viene siendo últimamente resumida (por ejemplo, en el fundamento jurídico cuarto de la STC 200/2001, de octubre 4), transita por los siguientes elementos:

a) El artículo 14 de la CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.

Como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de julio 2, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 14 Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 32

de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionales a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos.

En resumen, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad con sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de julio 2, FJ 3; 49/1982, de julio 14, FJ 2; 2/1983, de enero 24, FJ 4; 23/1984, de febrero 20, FJ 6; 209/1987, de diciembre 22, FJ 3; 209/1988, de noviembre 10, FJ 6; 20/1991, de enero 31, FJ 2; 110/1993, de marzo 25, FJ 6; 176/1993, de mayo 27, FJ 2; 340/1993, de noviembre 16, FJ 4; 117/1998, de junio 2, FJ 8, por todas).

En el proceso constitucional en el que se solicite la aplicación del principio de igualdad, "compete a los órganos del Estado demandados en el procedimiento constitucional la carga de ofrecer la justificación que el diferente trato legal posee", y a quien la deduzca, "la aportación de un término de comparación adecuado y suficiente que permita constatar que ante situaciones de hecho iguales le han dispensado un trato diferente sin justificación objetiva y razonable" (por todas, STC 261/1988, de diciembre 22). En bastantes ocasiones el TC ha estimado que no existía ese *tertium comparationis* adecuado, como por ejemplo, en la exclusión del régimen de afiliación al sistema de seguridad social de los trabajadores del servicio doméstico a quienes sean familiares hasta cierto grado del empleador (STC 109/1988, de junio 8), la asignación de sanciones penales distintas a diferentes tipos delictivos (STC 65/1986, de mayo 22) o el establecimiento de un distinto régimen para la adquisición de una pensión de orfandad entre la adopción plena (equiparada a la filiación por naturaleza) y la adopción simple (STC 33/1983, de mayo 4). Para determinar si se da un trato diferente y discriminatorio a situaciones que son semejantes "será necesario también precisar si las situaciones subjetivas son efectivamente comparables o cotejables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso" (STC 29/1987, de marzo 6).

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 33

Por otro lado, el juicio de igualdad no comprende la "discriminación por indiferenciación" (STC 86/1985, de julio 10), esto es, el derecho a un trato legal diferenciado de supuestos distintos (o interdicción de la igualdad de trato entre sujetos en posiciones fácticas diferentes). El artículo 14 CE no abarca un "derecho a la desigualdad", sino un derecho a la igualdad: la prohibición de trato normativo desigual de situaciones subjetivas semejantes (que sí se permite sobre situaciones diferentes), así como, paralelamente, el artículo 9.2 CE permite un trato normativo desigual, pero no exige la igualdad de hecho frente a desigualdades jurídicas legítimas (STC 8/1986, de enero 21). "La igualdad no es una realidad ni un concepto matemático, abstracto, sino tratamiento desigual a lo desigual o igual de lo parecido o semejante" (STC 29/1987, de marzo 6).

b) La virtualidad del artículo 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de agosto 3, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (SSTC 128/1987, de julio 16, FJ 5; 166/1988, de septiembre 26, FJ 2; 145/1991, de julio 1, FJ 2).

En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los motivos concretos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el artículo 14 CE (con carácter general respecto al listado del artículo 14 CE, SSTC 83/1984, de febrero 8, FJ 3; 20/1991, de enero 31, FJ 2; 176/1993, de mayo 27, FJ 2; en relación con el sexo, entre otras, SSTC 128/1987, de julio 16, FJ 6; 207/1987, de diciembre 22, FJ 2; 145/1991, de julio

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 34

1, FJ 3; 147/1995, de octubre 16, FJ 2; 126/1997, de julio 3, FJ 8; en relación con el nacimiento, SSTC 74/1997, de abril 21, FJ 4; 67/1998, de marzo 18, FJ 5; Acto del Tribunal Constitucional (ATC) 22/1992, de enero 27; en relación con la edad, STC 31/1984, de marzo 7, FJ 11).

No obstante el Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de noviembre 22, FJ 6; 128/1987, de julio 26, FJ 7; 229/1992, de diciembre 14, FJ 2; 126/1997, de julio 3, FJ 8; en relación con las condiciones personales o sociales, SSTC 92/1991, de mayo 6, FFJJ 2 a 4; 90/1995, de julio 8, FJ 4; en relación con la edad, STC 75/1983, de agosto 3, FFJJ 6 y 7; en relación con la raza, STC 13/2001, de enero 29, FJ 8), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación.

Al respecto el Tribunal tiene declarado que, a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex costitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (STC 126/1997, de julio 3, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de diciembre 14, FJ 4; 75/1983, de agosto 3, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de noviembre 10, FJ 6). También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del artículo 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el artículo 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2).

Esta interpretación, aunque sustancialmente convincente, presenta, a mi juicio, algunas debilidades significativas desde el punto de vista teórico, como se puede deducir de cuanto ya se ha expuesto en el primer capítulo de este texto. Señalaré tres. Primera: la pertinaz confusión entre el juicio de razonabilidad y el más astringente de proporcionalidad en relación con el principio y derecho de igualdad general. Éste tiene que ver únicamente con el juicio de razonabilidad, no con el de proporcionalidad, que es el correspondiente a las prohibiciones de discriminación concretas (raza, sexo, etcétera). La propia jurisprudencia del Tribunal (y de todos los tribunales comparables de nuestro entorno) así lo corrobora una y otra vez (aunque no siempre sea posible una castidad metodológica y haya *interferencias* entre ambos tipos de estándar judicial en algunos casos). Segunda: el Tribunal no acaba de incorporar en toda su extensión la doctrina de la categoría sospechosa respecto de los rasgos de discriminación estricta (raza, sexo, etcétera). En este punto sólo alude a una vaporosa relación con la dignidad humana, disolviendo las ventajas de un análisis más fino de los tipos de discriminación concretos, de sus similitudes y diferencias, etcétera. Todo esto es muy importante porque la discriminación por razón de raza no tiene exactamente el mismo contenido que la discriminación por sexo o por nacimiento, etcétera. Aprecio aquí cierta tosquedad argumental. Tercera debilidad: la idea de que la prohibición constitucional de discriminaciones concretas tiende a la "paridad de trato", de modo que las diferenciaciones jurídicas de trato por sexo, raza, etcétera, deben ser excepcionales y analizadas estrictamente por el Tribunal. No comparto esta interpretación. Si el mandato constitucional obligara a la identidad serviría como cristalizador jurídico en el tiempo de las desigualdades fácticas entre grupos sociales. Mientras existan grupos sociales en desventaja fáctica se requerirán medidas de diferenciación jurídica de trato que equilibren la situación, medidas que, evidentemente, no son de interpretación estricta sino todo lo contrario, instrumentos de realización "real y efectiva" del Estado social, democrático y de derecho. Las únicas diferencias jurídicas de trato que deben controlarse minuciosamente (a esto, técnicamente, lo llamamos juicio de proporcionalidad, o en el derecho estadounidense *strict scrutiny test*, que es el mismo juicio del contenido esencial como límite de los límites de cualquier derecho fundamental) son las diferencias *perjudiciales* (las discriminaciones *negativas* y también, en mi opinión, las *positivas*), pero no aquellas diferencias jurídicas de trato que

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 36

beneficien a las mujeres, los miembros de la comunidad gitana, etcétera, pero que, simultáneamente, no perjudiquen a los demás miembros de la comunidad (esto es, las acciones positivas). Esta interpretación requiere una explicación más detallada. A ello se dedican las siguientes líneas.

El contenido del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo puede comprenderse, a mi juicio, según un modelo de tres escalones: a) la prohibición de discriminaciones directas; b) la prohibición de discriminaciones indirectas; c) la licitud y exigencia de medidas de acción positiva para lograr la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres. La prohibición de discriminaciones directas e indirectas integran el concepto de "igualdad de trato" y el mandato de acciones positivas el de "igualdad de oportunidades".

Prohibición de discriminaciones directas, esto es, de toda norma o acto que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo. El TC ha estimado que son contrarias a la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo las siguientes discriminaciones directas:

1ª. Las cláusulas de celibato, es decir, la norma (en casi todos los casos se trataba de la reglamentación de trabajo de la Compañía Telefónica Nacional de España) que suspendía el contrato de trabajo para el personal femenino por causa del matrimonio (STC 7/1983, de febrero 14 y, en sentido similar, 8/1983, 13/1983, 15/1983, 86/1983, 34/1984 y 59/1993).
2ª. La disposición de la Ley de junio 19 de 1971, de protección a familias numerosas, que reservaba la titularidad de cabeza de familia al padre, y a la madre sólo en defecto de aquél (STC 241/1988, de diciembre 19); el problema suscitado en el caso era que el empleador de la recurrente (el Consejo General de Colegios de Médicos) exigía la condición de cabeza de familia para el reingreso tras una excedencia forzosa anterior.
3ª. La norma que establecía que, en caso de separación y a falta de acuerdo de los padres, los hijos menores de siete años quedarían al cuidado de la madre, salvo que el juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo. La STC 144/2003 otorgó el amparo contra la aplicación judicial de esta norma (antigua redacción del artículo 159 del Código Civil), que ya estaba derogada en ese

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 37

momento (desde el año 1990),[13] por vulneración del artículo 14 CE, "al restablecer el órgano judicial una discriminación por razón de sexo que el propio legislador ya había eliminado".

4ª. La norma de conflicto que señalaba la nacionalidad del marido al tiempo de contraer matrimonio como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales del matrimonio y, en defecto o por insuficiencia de capitulaciones matrimoniales, también a las relaciones patrimoniales de los cónyuges. La STC 39/2002, de febrero 14, sostuvo la derogación sobrevenida de esta regulación (artículo 9.2 del Código Civil) por vulneración del derecho a la igualdad entre los cónyuges (artículo 32.1 CE) y de la prohibición de discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE). El Tribunal afirma que "la mera utilización de un punto de conexión que da preferencia al varón supone en sí, superada la llamada neutralidad formal de las normas de conflicto, una vulneración del derecho a la igualdad". Y ello es así incluso aunque el resultado de la aplicación de tal norma en cada caso concreto resultare más favorable a la mujer.

5ª. El cálculo judicial de indemnización discriminatorio por haberse basado en un salario que, a su vez, había sido declarado discriminatorio por razón de sexo por un órgano judicial (STC 183/2000, de julio 10).[14]

6ª. Discriminaciones por razón de embarazo. Han recaído sobre este asunto varias sentencias de gran interés. Es clara la línea inequívocamente garantista del Tribunal. En la sentencia 166/1988, de septiembre 26, el TC otorga el amparo a una empleada que alegaba que su contrato había sido resuelto unilateralmente por el Insalud debido a su embarazo pues, según el Tribunal, correspondía al empleador la carga de probar que no fue ésta la causa de la resolución contractual. El dato de mayor interés quizá resida en que la resolución se produjo durante el periodo de prueba. Ya en una sentencia anterior, 94/1984, de octubre 16, el Tribunal había sostenido la validez del escrutinio, desde la óptica de la prohibición de discriminación, del contrato de trabajo durante el

[13] La regulación actual remite al juez la decisión de a cuál de los dos progenitores confiará el cuidado de los menores, atendiendo al beneficio de éstos.

[14] En la STC 183/1998 ya se apuntó esta doctrina, pero no se aplicó al caso porque no había habido previamente discriminación retributiva por razón de sexo declarada por el órgano judicial.

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 38

periodo de prueba, aunque en aquel supuesto no apreció violación del artículo 14 CE. En la sentencia 173/1994, de junio 7, el TC extiende más allá el ámbito de la tutela de la trabajadora grávida, reduciendo a la vez la potestad discrecional empresarial de selección del personal, ya que en el caso el empleador (el Ministerio de Cultura) no despidió a la recurrente, sino que simplemente no le renovó el contrato temporal a causa de su embarazo. EL TC hace avanzar la eficacia de la prohibición constitucional de discriminación a la fase anterior a la relación laboral ya formalizada, cual es la del acceso al empleo, pues de lo contrario, "quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad)". En la sentencia 136/1996, de julio 23, el TC otorga el amparo por discriminación por embarazo no ya por una resolución durante el periodo de prueba o por la no renovación de un contrato temporal sino directamente por un despido. En este caso se establece la doctrina que se repetirá posteriormente en las sentencias 20/2001, de enero 29; 41/2002, de febrero 25; 17/2003, de enero 30 y 98/2003, de junio 2. El esquema argumentativo del Tribunal se inicia con la invocación, vía artículo 10.2 CE, de la normativa internacional[15] y comunitaria[16] específicamente aplicable para concluir que los tratos desfavorables en el trabajo, basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el artículo 14 CE.

[15] Según el artículo 5. d) de los convenios núms. 158 y 103 de la Organización Internacional del Trabajo, la recomendación núm. 95 y la declaración de 1975 sobre igualdad de trato y de oportunidades para las trabajadoras, también de la OIT, el embarazo no constituye causa justificada para la resolución de la relación laboral.

[16] De la directiva 76/207 de la Comunidad Económica Europea (CEE) y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, incluso aunque no se haya producido la comunicación expresa al empresario del estado de gestación. Esta misma directiva protege no sólo frente al despido, sino también frente a extinciones por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por los trastornos relacionados con el embarazo, frente a rescisiones temporales (no sólo indefinidas), frente a la no contratación por razón de embarazo o la no renovación, incluso aunque el estado de gestación impida ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo.

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 39

A continuación, se indica que corresponde a la trabajadora acreditar la existencia de indicios de que ha sufrido la discriminación y al empleador probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable su decisión y destruir así la sospecha de lesión constitucional generada por los indicios. En relación con la aportación de los indicios por quien alega la discriminación, el Tribunal ha concretado en la sentencia 17/2003, de enero 30, que debe tratarse de "un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, poniendo de manifiesto el motivo oculto que se denuncia" y que dicho indicio no puede ser "la mera alegación de la violación constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse". Por su parte, el ATC 89/2000, de marzo 21, sostiene que tendrán "aptitud probatoria" los hechos "que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho" y que "pese a no generar una conexión tan patente y, por tanto, resultar más fácilmente neutralizables, sean, sin embargo, de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental". Debe superarse, en todo caso, "un umbral mínimo" de prueba (STC 17/2003, de enero 30). En el caso que dio origen a esta última, la sentencia impugnada ante el TC había concluido que la demandante no había aportado suficientes indicios, pero el Tribunal, tras llevar a cabo un escrutinio estricto, no concluye de modo coincidente con esta opinión, por lo que estima el amparo.[17] La sentencia razona que ni la sentencia del órgano judicial ordinario cumplió con el mandato de invertir la carga de la prueba, ni el empleador cumplió con su carga probatoria de que fueron otras las causas motivadoras del cese.[18] Por el contrario, en la STC 41/2002, de febrero 25, el Tribunal concluye, confirmando la sentencia del tribunal ordinario, que las alegaciones

[17] En efecto, el Tribunal considera, en contra de las tesis asumidas por la sentencia impugnada, que el empleador conocía la situación de embarazo de la trabajadora, que el contrato de ésta no había expirado, que existe una conexión temporal entre el embarazo y el cese, y que el argumento de que la empleadora fuera un organismo público que daba trabajo a 98 mujeres y 29 hombres no demuestra por sí mismo la inexistencia de discriminación porque ni está en cuestión una discriminación por razón de sexo no adjetivada, sino otra cualificada por embarazo, ni el *quantum* de mujeres excluye la posibilidad de una discriminación singular.

[18] En mi opinión se incurre por ello en cierta confusión conceptual, porque bastaría con haber apreciado que, de modo incorrecto, el órgano judicial no exigió la inver-

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 40

del demandante no resultaron convincentes en cuanto a la existencia de indicios de discriminación.[19]

Respecto de la inversión de la carga de la prueba, el TC ha precisado que "no se trata de situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo (la no discriminación), sino ante la carga de probar, sin que le baste intentarlo, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito contrario a la igualdad" (STC 98/2003, de junio 2). Esta carga probatoria opera también en los casos de decisiones discrecionales (como, por ejemplo, el libre nombramiento y cese de cargos de confianza) que no precisan ser motivadas, pero que no por ello se sustraen al respeto de los derechos fundamentales. En la sentencia 98/2003 el Tribunal estimó el amparo presentado por una trabajadora que ocupaba la jefatura de la secretaría de un consejero regional, pues fue cesada formalmente por "errores e incumplimientos en el desempeño de sus funciones" pero, en realidad, por haberse embarazado. Dada tal divergencia, éste sería un buen ejemplo de discriminación directa *oculta*. El TC no consideró "verosímiles" las razones que aportó el empleador para despedirla.[20] También falló en sentido semejante en la STC 136/1996, de julio 23.[21]

Resulta de interés también la STC 20/2001, de enero 29, que extiende la licencia por embarazo a toda funcionaria, también las de carácter interino. La administración había fundado el cese de

sión de la carga de la prueba para estimar el amparo por violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Dado que dicho órgano no cumplió con su obligación, mal puede el empleador desvirtuar la motivación discriminatoria. Se produce, pues, cierta indefensión del demandado desde el punto de vista del debate sobre la posible discriminación sexual.

[19] La empresa no conocía el embarazo y el despido no fue válido desde el punto de vista legal porque no estaba suficientemente justificada la necesidad invocada por la empresa de amortizar el puesto de trabajo por causas organizativas, pero no se aportaron por la demandante "indicios de discriminación que prueben la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o, al menos, de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razón de embarazo".

[20] La demandante había trabajado para el empleador sin problema alguno durante los dos años anteriores hasta que quedó embarazada; la administración no explicitó en momento alguno las razones concretas del incumplimiento del que se acusaba a la trabajadora, etcétera.

[21] Ciertamente, la recurrente había faltado al trabajo varias veces (por lo cual fue despedida), pero lo había hecho por causa de su embarazo, que era conocido por la empresa. El TC estimó el amparo.

1MIRA 7/4/05 1:09 PM Page 41

manera directa e inmediata en el hecho de que la actora "no cumplía los requisitos de idoneidad que permitían continuar sustentando el nombramiento como funcionaria interina al hallarse, precisamente, en situación de baja por maternidad". En su opinión, "la administración no debe soportar las consecuencias de tal circunstancia". La sentencia impugnada había validado esta interpretación, considerando que la demandante no había aportado término adecuado de comparación, ya que no podría ser conceptuado como tal el estatus de los funcionarios de carrera a fin de extender a los interinos el régimen previsto para aquéllos. El TC se desmarca por completo de esta lectura, estimando, por el contrario, que la diferencia de trato sufrida por la demandante había incurrido en discriminación por razón de sexo.[22]

La última sentencia relativa a la protección constitucional de la mujer embarazada es la STC 161/2004, de octubre 4. Una mujer piloto fue calificada por su empresa como "no apta circunstancial" por razón de embarazo, por lo que le fue suspendido su contrato de trabajo en tanto que se encontraba imposibilitada para desempeñar sus funciones como piloto y no se le podía ofrecer un puesto distinto por falta de vacantes. El Tribunal Constitucional considera, sin embargo, que la empresa la discriminó por razón de sexo, puesto que tendría que haberle ofrecido un puesto de trabajo en tierra adecuado a la situación de la demandante y viable en su estado de embarazo.

7ª. En el capítulo de las discriminaciones directas hay que llamar la atención sobre dos sentencias de gran valor simbólico e histórico: la que considera que la no admisión por el Ministerio de Defensa de una mujer a las pruebas para el ingreso en la Academia General del Aire es una medida contraria al artículo 14 CE (STC 216/1991, de noviembre 14), y la que declara inconstitucional el artículo primero del decreto de 26 de julio de 1957, que prohibía el trabajo de la mujer en el interior de las minas (STC 229/1992, de diciembre 14). En esta última sentencia el TC concede el amparo a la recurrente, estimando su pretensión de ocupar en igualdad con los trabajadores varones una plaza de ayudante minero en HUNOSA, que le había sido denegada por la empresa (en aplicación del artículo primero del decreto citado), a

[22] Y por este motivo, al no ser un caso de igualdad en general, sino de discriminación en particular, no haría falta aportar término de comparación.

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 42

pesar de haber superado la prueba de admisión. Tanto la sentencia laboral de instancia como la de suplicación habían considerado que la prohibición del trabajo de las mujeres en las minas era conforme con el artículo 14 CE en la medida en que se trataba de una norma protectora de las mujeres. Pero el TC no lo entiende así; dicha prohibición, aunque responde históricamente a una finalidad tuitiva, evitar la sobreexplotación del trabajo femenino, no es una medida de acción positiva o de apoyo para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que no favorece el trabajo de las mujeres, sino que lo restringe. En efecto, "hay que vigilar con particular reserva (y periódicamente)" las medidas protectoras pues pueden basarse, realmente, en prejuicios infundados que responden a una "división sexista del trabajo", o bien que por las mejoras en las condiciones de trabajo, como ha ocurrido en las minas, han perdido su razón de ser. En el caso, la sentencia señala como prejuicio sexista en presencia el de la menor fortaleza física de la mujer respecto del hombre, un estereotipo que más que reforzar una diferencia "real, natural o biológica" limita o perjudica a la mujer en el mercado de trabajo. Este aspecto será analizado con detalle en los casos de discriminación indirecta.

8ª. Supuestos de acoso sexual. La sentencia del Tribunal Constitucional 224/1999 tiene el mérito de haber configurado por primera vez el acoso sexual como una forma de discriminación sexual[23] (así como una violación del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE). Para que pueda apreciarse acoso sexual el Tribunal exige "una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado en actos, gestos o palabras", comportamiento "que se perciba como indeseado e indeseable por su víctima" y que "sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato". La sentencia 136/2001 también resuelve un caso de acoso sexual, pero en este caso el Tribunal confirma la sentencia del Supremo, que no había considerado suficientes los indicios aportados por la recurrente,[24] en razón de lo cual desestima el amparo.

[23] Pues "afecta notoriamente y con mayor intensidad a la mujer que al hombre, como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación" (fundamento jurídico 5).

[24] Los cuales habían sido una comida con el presidente de la empresa, el supuesto acosador; tres testimonios de compañeros y un cuadro médico de ansiedad. El TC apreció que, en el tiempo de los hechos, la demandante estaba tramitando su separación,

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 43

9ª. Todos los casos de discriminaciones directas resueltos por el Tribunal merecen una valoración positiva, menos uno. La sentencia 126/1997, de julio 3, declara no contraria al artículo 14 CE una no negada discriminación directa, la regla de la preferencia del varón sobre la mujer en el orden regular de las transmisiones hereditarias de los títulos nobiliarios (contenida en la partida 2.15.2, en vigor). Más exactamente, el TC estima que no es de aplicación en este caso el típico examen judicial estricto sobre cualquier posible discriminación sexual, pues "admitida la constitucionalidad de los títulos nobiliarios por su naturaleza meramente honorífica y la finalidad de mantener vivo el recuerdo histórico al que deben su otorgamiento, no cabe entender que un determinado elemento de dicha institución –el régimen de su transmisión *mortis causa*– haya de apartarse de las determinaciones establecidas en la Real carta de concesión". En otras palabras, el derecho de nobles sería resistente frente a la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo por tratarse de un derecho histórico, de escaso significado (tan sólo honorífico-simbólico) y, sobre todo, de estricto carácter privado (vale decir, un auténtico *derecho de particulares* en el sentido con que acuñó este concepto C. Sforza). Los votos particulares de los magistrados Carlos Viver, Tomás S. Vives y Pedro Cruz resultan, empero, más convincentes. El orden regular de sucesión de los títulos nobiliarios, al que es aplicable la Constitución y su artículo 14, es una discriminación frontal por razón de sexo, pues dicho orden se establece en una norma jurídica (y no en "una simple regla de comportamiento establecida por determinados grupos sociales en virtud de sus particulares convenciones") y los actos de concesión, rehabilitación y transmisión *mortis causa* de los títulos nobiliarios no son fruto tampoco de relaciones *inter privatos*, sino ejercicio de facultades públicas del monarca (artículo 62 F), en el que intervienen diversos órganos estatales (desde el Consejo de Estado hasta los órganos judiciales, pasando por el refrendo del ministro

lo que también podría explicar su estado de ansiedad. La sentencia afirma que "dado que no podemos alterar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal Supremo […] hemos de concluir que no se ha producido la vulneración denunciada sin descartar la realidad psicológica del acoso que la actora dice haber sufrido […] los hechos psicológicos sólo pueden probarse a través de hechos físicos y de los aquí presentados no cabe extraer, razonablemente y habida cuenta de los límites de nuestra jurisdicción, la existencia de una situación discriminatoria o lesiva del derecho fundamental".

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 44

de Justicia), "y todo este proceso está regido por normas cuyo contenido no se limita a reconocer un ámbito de autonomía de la voluntad o privada, sino que establecen auténticas reglas de *ius cogens*, plenamente integradas, y esto es aquí lo más relevante, en el ordenamiento jurídico vigente en la actualidad en España". Aunque los títulos nobiliarios sean hoy un simple *nomen honoris* de escasa trascendencia, sus efectos jurídicos no son ni inexistentes ni irrelevantes (como demuestra la importante "litigiosidad" judicial que suscitan), se integran en el "patrimonio inmaterial" de ciertos individuos y, además, "el valor de los derechos fundamentales no se mide por el número de sus posibles titulares ni por el mayor o menor alcance de sus consecuencias jurídicas o prácticas". Sin olvidar el prejuicio profundamente odioso que está en el origen histórico de esta preterición de la mujer: su incapacidad para transmitir el linaje en condiciones de igualdad con el hombre y, en definitiva, su inferioridad. Por otro lado, la tesis de que si la Constitución acepta la pervivencia de una institución histórica debe admitirla tal como es sin exigir ninguna adaptación (*sint ut sunt aut non sint*: sean como son o no sean, según sentenció el papa Clemente XIII para negarse a modificar las Constituciones de S. Ignacio) es muy endeble desde el punto de vista jurídico. Por una parte, el orden regular de transmisión *mortis causa* no es un elemento basilar de la institución; por otra, y, sobre todo, los títulos nobiliarios también tienen que adaptarse a la Constitución, al estado de los derechos fundamentales (la *publicatio* de los títulos nobiliarios tiene el pequeño coste derivado de la circunstancia de vivir en una *res publica* constitucional).

Prohibición de discriminaciones indirectas, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros respecto del sexo de los que derivan, por la desigual situación fáctica de hombres y mujeres afectados, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno y otro sexo (de ahí que a este tipo de discriminación se la denomine también "discriminación de impacto"). La doctrina de la discriminación indirecta es de acuñación jurisprudencial entre nosotros. El TC ha incorporado este concepto, aunque no sin ciertas oscilaciones. La STC 145/1991, de julio 1, es la que lo introduce, con cita expresa de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (que a su

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 45

vez lo toma de la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense, desde la sentencia *Griggs vs. Duke Power Company*, de 1971). Las recurrentes en amparo eran limpiadoras de un hospital público que pedían el mismo salario que los peones, pues venían realizando igual trabajo y, sin embargo, percibían, según convenio colectivo, inferior sueldo. El TC les otorga el amparo por entender que eran víctimas tanto de una discriminación directa (según el principio de igual retribución por trabajo de igual valor) como indirecta: desigual valoración (adoptando como criterio determinante el sexo) de trabajos equivalentes desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de la prestación. La prohibición constitucional de discriminación comprende también las discriminaciones indirectas, que la STC define como "tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciador y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de la diferencia sexual". En el caso en examen no le satisface al TC la justificación de la razonabilidad de la diferencia entre las categorías de "peones" y de "limpiadoras" que había observado el órgano judicial ordinario (la mayor fatiga y esfuerzo físico que caracterizan a la figura de peón). Este criterio, afirma el TC, es "una premisa no demostrada [...] que otorga mayor valor injustificadamente a una cualidad predominantemente masculina, desconociendo otras características del trabajo (atención, cuidado, responsabilidad, etcétera) más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos". La misma denominación de "limpiadoras" es calificada por el TC de discriminatoria. La STC 58/1994, de febrero 28, profundiza en los criterios de valoración sobre si han de considerarse o no de igual valor los trabajos desempeñados preferentemente por mujeres respecto de los trabajos, mejor retribuidos, realizados preferentemente por hombres. El problema planteado por el asunto era el de si constituía una discriminación el hecho de que las empleadas de las secciones de envasado y expedición de la empresa Antonio Puig, SA, a pesar de ostentar categorías profesionales superiores o equivalentes a las de sus compañeros de las mismas secciones, percibían una retribución mensual sensiblemente inferior. El TC aprecia una discriminación prohibida, pues el empleador no justificó suficientemente la diferencia de trabajos entre hombres y mujeres en orden a concederles una retribución distinta y, además, el único criterio de diferencia que mencionó fue el de "mayor

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 46

esfuerzo físico" de los varones, criterio que, formulado aisladamente, es sexista. Remitiéndose a la sentencia *Enderby* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de octubre 27 de 1993, el TC aísla tres reglas generales: 1ª) en los supuestos en los que existan categorías predominantemente ocupadas por trabajadores de uno u otro sexo, desigualmente retribuidas, y no exista transparencia en la determinación de los criterios retributivos, corresponde al empleador la carga de poner de manifiesto los citados criterios, a fin de excluir cualquier sospecha de que el sexo haya podido ser el factor determinante de dicha diferencia; 2ª) el parámetro de igualdad no es aquí la igualdad de tareas, sino la igualdad del valor del trabajo; 3ª) en la valoración del trabajo ha de garantizarse que los criterios de evaluación no sean, por sí mismos, discriminatorios, sino que se trate de criterios neutros. El TC aplica estos criterios en la sentencia 147/1995, de octubre 16, al identificar como discriminación indirecta la diferencia retributiva del distinto trabajo, pero de igual valor, de las mujeres (envasado y control estadístico) y de los varones (mezclas, moldeado y bombas de satinado) dentro de una empresa. El empleador no logró probar que los criterios de diferencia retributiva fueran neutrales, ni su valoración fue objetiva y transparente, por lo que no consiguió desvanecer la apariencia discriminatoria. No obstante, aplicando estos criterios, falló, en la sentencia 250/2000, conforme a Constitución, la utilización del esfuerzo físico como criterio diferencial del valor salarial atribuido a las categorías masculinizadas de "cargadores, decargadores y apiladores" (en el Convenio de Manipulación y Envasado de Agrios de la Región Murciana de 1994) frente a las de "marcadoras, triadoras y encajadoras". Para el Tribunal es definitivo que es función de los "cargadores", etcétera, "el permanente manejo de […] cargas de 20 kilos de peso", con el consiguiente "riesgo dorsolumbar que la constante exigencia física de esa actividad entraña". El TC, después de reiterar su doctrina, confirmó la sentencia del tribunal ordinario, que había considerado que el criterio del mayor esfuerzo físico era, en el caso en examen, un factor esencial en la tarea de que se trataba y no era el único criterio de valoración, por lo que estaba correctamente establecido y, por tanto, no había violación del artículo 14 CE.[25]

La STC 286/1994, de octubre 27, da un paso atrás en la línea jurisprudencial establecida por las SSTC 145/1991 y 58/1994 (y que

[25] Encuentro, no obstante, discutible que se niegue *a priori* la posibilidad de que alguna mujer pudiera desempeñar un trabajo de esta naturaleza.

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 47

volverá a recuperar en la STC 147/1995). También en este caso parece existir una segregación profesional por razón del sexo en una empresa de fabricación de galletas: mientras que a los varones se les confiaba la producción (es decir, la manipulación de las materias primas y la creación del producto), a las mujeres se las derivaba normalmente hacia el departamento de envasado, empaquetado y acabado. Como es de suponer, a esta función se le asignaba un menor nivel retributivo, e incluso las pocas mujeres que trabajaban en el departamento de producción recibían una remuneración inferior a la de sus compañeros varones. La STC sostiene que "es muy probable que en la génesis de la segregación profesional de los trabajos [...] estuviera una vez más la idea preconcebida de la menor fortaleza física y de cierta debilidad de la mujer en relación con el varón", y califica esta distinción como "anacrónica" y "estereotipada", pero no advierte en ella una discriminación indirecta, pues la división sexista de tareas no fue objeto de debate en los procesos judiciales ordinarios y, además, porque, admitiendo el principio de derecho comunitario de igual retribución por trabajos de igual valor (y no sólo por trabajos idénticos), entiende que las funciones de producción y de envasado no tienen el mismo valor, sino que la primera exige mayor responsabilidad, por lo cual es lógico que esté mejor retribuida. Por supuesto, el TC sí apreció la discriminación directa que sufrían las mujeres que trabajaban en la sección de producción, pero no la discriminación indirecta de la clasificación de funciones dentro de la empresa en atención al sexo, lo que es muy discutible a la vista de los criterios comunitarios que el TC hizo suyos en la STC 58/1994.

La STC 198/1996, de diciembre 3, ofrece también una solución criticable al problema planteado que, por otra parte, es bastante curioso: la recurrente se presentó y superó unas pruebas de auxiliar administrativo con destino en la administración autonómica madrileña; posteriormente dicha administración asimila el puesto de basculero al de auxiliar administrativo y adscribe a la recurrente a dicho puesto; la Comunidad de Madrid, finalmente, decide dísolver la relación laboral porque la actora no posee la fuerza física necesaria para realizar el trabajo de basculera (algunas operaciones de montaje de la báscula para pesar los vehículos requerían notable fuerza física). El TC no aprecia discriminación indirecta basándose en que el puesto de trabajo se ha definido conforme a criterios neutros y está abierto a trabajadores de ambos sexos (de hecho, la integración de los basculeros en la categoría de auxiliar administrativo se efectuó para evitar la masculiniza-

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 48

ción de esa tarea) y, además, si las funciones de tal puesto requieren poseer una fortaleza física superior a la media de las mujeres ello por sí solo no resulta discriminatorio y contrario al artículo 14 CE, toda vez que se trata de un factor requerido por la propia naturaleza del trabajo (otra cosa son las consecuencias que se atribuyan a esa mayor fortaleza física, pues si se hipervalora a efectos retributivos en detrimento de otras características más comunes y neutras en cuanto al impacto en ambos sexos se lesionaría el artículo 14 CE). En su voto discrepante, Vicente Gimeno entiende, por el contrario, que "cuando se oferta un puesto que no requiere esfuerzo físico alguno y posteriormente se le obliga a la mujer a realizar otro (aunque se encuentre dentro de la misma categoría profesional) que no puede ejercitar porque carece de la fuerza necesaria, y se procede, por esa sola causa, a su despido, el empleador ha creado, en la práctica, una discriminación por razón de sexo que debiera haber sido amparada por este Tribunal"; máxime si dicha conducta la observa una administración pública.

Hay que mencionar también a la saludable STC de marzo 22 de 1999, que ha concedido el amparo a un sindicato porque el Tribunal Superior de Justicia (TSJ), que conocía de un proceso en el que se discutía la política de contratación casi exclusivamente en favor de varones de una empresa (FASA), se negó a incorporar a dicho proceso ciertos documentos que hubieran acreditado indicios suficientes de discriminación (por ejemplo, en un año FASA contrató 120 varones y ninguna mujer) y hubieran permitido en ese caso invertir la carga de la prueba, correspondiendo a la empresa probar que su política de contratación era objetiva y ajena a toda intención discriminatoria. Finalmente, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de mayo 4 de 2000 estimó la pretensión del sindicato declarando que la empresa habría incurrido en una conducta discriminatoria indirecta en su política de contratación ya que no aportó una justificación objetiva y razonable de por qué exigía el título de formación profesional de segundo grado (FP-2) para realizar unas funciones que no requerían tal formación, siendo "desproporcionado y perjudicial para el colectivo femenino, que por razones socioeconómicas no suele poseer tal título". Por su similitud, esta sentencia bien podría calificarse como la "sentencia *Griggs* española".

En la STC 240/1999, de diciembre 20 (cuya doctrina se reitera en la 203/2000, de julio 24), el TC aborda el problema de la denegación de la excedencia para el cuidado de los hijos a las funcionarias interinas, concluyendo que esta medida resulta contraria al artículo 14 CE

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 49

(por lo menos en el caso de funcionarias interinas que lleven más de cinco años ocupando su plaza). No niega el Tribunal que "el interés público de la prestación del servicio puede, en hipótesis, justificar un trato diferenciado entre el personal estable e interino al servicio de la administración, [pero] cuanto más tiempo lleva el personal interino en el puesto más injustificadas son las diferencias de trato". Por otro lado, la excedencia para el cuidado de los hijos menores "coopera al efectivo cumplimiento del deber de los padres de prestar asistencia a los hijos (artículo 39.3 CE)", "garantiza el instituto de la familia (artículo 39.1 CE)" y "promueve la conciliación entre la vida familiar y laboral de los trabajadores cuyo fundamento se encuentra en los artículos 39.1 y 9.2 CE", por todo lo cual "tiene dimensión constitucional". Excluir a los funcionarios interinos de este tipo de excedencia sería una discriminación indirecta porque "en el ámbito laboral la denegación de esta posibilidad supone un obstáculo muy importante a la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo", pues "hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencia y, en consecuencia […] en caso de denegación sólo las mujeres se ven obligadas a abandonar su puestos de trabajo".

La prohibición de discriminaciones directas e indirectas tiende a exigir la identidad de trato entre hombres y mujeres similarmente situados, aunque de ello no cabe inferir, como ya se expuso, que toda diferenciación jurídica de trato deba ser de interpretación estricta. En otras palabras, el mandato de las acciones positivas, la igualdad de oportunidades, no es una excepción de la igualdad de trato, sino su necesario complemento. Por ello tampoco comparto completamente la interpretación que de este asunto lleva a cabo el legislador comunitario y el Tribunal de Luxemburgo. El derecho de la Unión ha tenido avances importantes en este terreno. La igualdad entre mujeres y hombres forma parte de la política social de la Unión Europea (UE) e integra el acervo comunitario. La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam,[26] el 1 de mayo de 1999, marcó un hito en la política de igualdad de la UE. Hasta entonces los textos constitutivos tan sólo mencionaban el principio de igualdad de retribución en una disposición aislada, el antiguo artículo 119 del Tratado Fundacional de 1957.[27] Tan limitada base legal no impidió que la Comisión Europea impul-

[26] Tratado de Ámsterdam, de octubre 2 de 1997.

[27] Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa (TCE), firmado en Roma en marzo de 1957.

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 50

sara desde principios de los años 70 directivas, programas e iniciativas de financiación, a la vez que abanderaba campañas de sensibilización. La *percha* del artículo 119 del Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa (TCE) resultó así ser el útil fundamento jurídico sobre el que se fue abriendo camino, vía derecho derivado, la política europea de la igualdad de género. El Tratado de Ámsterdam introdujo una serie de disposiciones jurídicas novedosas, que han pasado al TCE, aprobado el 29 de octubre de 2004 en Roma y pendiente de ratificación por los Estados miembros: 1ª) La igualdad entre hombres y mujeres se ha convertido en misión prioritaria para la Unión Europea. Así, en el artículo segundo del Tratado, entre los valores de la Unión se menciona específicamente "la no discriminación" y, más específicamente aún, "la igualdad entre mujeres y hombres". En el artículo I-3 se sitúa también como un objetivo de la Unión "la igualdad entre mujeres y hombres". El artículo II-81 prohíbe "toda discriminación por razón de sexo". Todas las políticas de la Unión "tratarán de eliminar las desigualdades entre la mujer y el hombre y de promover su igualdad" (artículo III-116) y la Unión "luchará contra la discriminación por razón de sexo" (artículos II-83 y III-118; 2ª) El principio de igualdad de retribución por un trabajo igual se ha ampliado al de igualdad de retribución por un trabajo de igual valor. A la directiva 75/117/CEE de febrero 10 de 1975,[28] se superpone ahora el artículo III-214 del Tratado, que establece el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras no sólo por un mismo trabajo sino también por un trabajo de igual valor; 3ª) La UE dispone ahora de competencias para adoptar medidas a favor de la promoción de los derechos de las mujeres y para la implantación de la igualdad en el ámbito del empleo y la ocupación. En virtud del artículo III-210.1.i), la Unión participará activamente en la promoción de la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y del trato en el trabajo. En la práctica esto significa que, a partir de ahora, y con el objetivo de conseguir la igualdad, se podrán promulgar directivas –que obligan a los Estados miembros– en todas las esferas de la vida laboral. El edificio se corona con la capacidad para adoptar medidas de acción positiva. De acuerdo con el artículo II-83, los Estados miembros tienen capacidad para poner en marcha me-didas que ofrezcan "ventajas concretas al sexo menos representado"; 4ª) El principio de integración de la dimensión de igualdad de oportunidades entre mujeres y

[28] *Diario Oficial de la Comunidad Europea* (DOCE), Serie L 45 de 19.02.1975.

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 51

hombres (*mainstreaming*) ha quedado recogido en el Tratado y deberá presidir la totalidad de la acción multidisciplinar de la UE. En todas sus políticas ésta deberá tratar de eliminar las desigualdades y promover la equiparación de derechos y oportunidades entre los hombres y las mujeres. El objetivo es garantizar que la igualdad se incorpore a todas las políticas y se convierta en un rasgo común de la acción comunitaria, y 5ª) El artículo II-93, "con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional", otorga el derecho a toda persona de "ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad", así como el derecho a "un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño". También reconoce y respeta la Unión el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en caso de maternidad (artículo II-94).

Por último, a pesar de que la Carta de Derechos Fundamentales de Niza (la parte II del Tratado de Roma) no recoge explícitamente el tema de la violencia de género ni de la violencia o persecución fundada en el sexo (tal como lo solicitaron muchas asociaciones de mujeres), sí recoge (al igual que las constituciones de los 25) el derecho de todas las personas a la integridad física y mental (artículo II-63) y prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes (artículo II-64). El artículo II-65 prohíbe "la trata de seres humanos", precepto que ha justificado políticas comunitarias de prevención y represión del tráfico de mujeres y menores no comunitarios para ejercer la prostitución en Europa.

Sin duda la disposición más importante e influyente sobre el ordenamiento español del derecho comunitario en esta materia ha sido la directiva 76/207/CEE[29] sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo. Esta directiva fue modificada[30] el 23 de septiembre de 2002 para adaptarla a la evolución de la jurisprudencia y al Tratado de Ámsterdam e incluir nuevas disposiciones relativas a cuestiones importantes, como el acoso sexual y su consideración como una discriminación directa. El plazo máximo para transponer esta directiva vence el 5 de octubre de 2005 (artículo 2.1). Se trata de una directiva central en la materia. Las innovaciones que introduce y su contenido son los siguientes:

[29] DOCE, Serie L39 de 14.02.1976.

[30] COM (2000) 334 Final.

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 52

1ª. Recoge de forma expresa el principio de transversalidad en el artículo 1: "Los EEMM [Estados miembros] tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades". Puede ser interesante, en este sentido, advertir que, debido a esta influencia europea, en España se ha dictado la Ley 30/2003, de octubre 13, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el gobierno (se exigen ahora, junto con la memoria, "estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad del anteproyecto y la memoria económica que contenga la estimación del coste de la nueva regulación").

2ª. Define conceptos esenciales:

a) Principio de igualdad de trato = ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar (artículo 2.1).

b) Discriminación directa (DD) = situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo (artículo 2.2).

c) Discriminación indirecta (DI) = situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzarla sean adecuados y necesarios (artículo 2.2).

d) Acoso = situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo (artículo 2.2).

e) Acoso sexual = situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo (artículo 2.2).

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 53

3ª. El acoso y el acoso sexual se consideran discriminación por razón de sexo y, por lo tanto, se prohibirán (artículo 2.3). Los EEMM alentarán a los empresarios a adoptar medidas para prevenir todas las formas de discriminación sexual, y en particular el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo (artículo 2.5).

4ª. Se mantienen como excepciones a la igualdad de trato entre trabajadoras y trabajadores las tradicionales en derecho europeo: las normas protectoras del embarazo y la maternidad (un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad constituirá discriminación –artículo 2– y, por otro lado, la mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el periodo de licencia, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente en condiciones que no le resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera podido tener derecho durante su ausencia –artículo 2.7), ciertas actividades profesionales[31] para las cuales la apariencia física[32] o el sexo constituyen una condición determinante y, por último, las medidas de acción positiva a favor de la igualdad de oportunidades (artículo 2.8).

Es precisamente esta comprensión de la igualdad de trato como identidad de trato la que me resulta vulnerable y, como consecuencia de lo anterior, también la lectura de la igualdad de oportunidades como una excepción (aunque legítima) de la igualdad de trato. A mi juicio se trata, más bien, de una manifestación de su contenido: no es posible la igualdad de trato sin la

[31] El artículo 2.2 de la directiva 76/207 sobre igualdad de trato se refiere a esta posibilidad de que en ciertas profesiones estén excluidas las mujeres, en razón de la naturaleza o de las condiciones de ejercicio. El artículo 9.2 exige a los Estados miembros que procedan a un examen periódico de dichas actividades a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social, si está justificado mantener la exclusión, comunicando a la Comisión el resultado del examen. El Tribunal de Justicia ha identificado como empleos que pueden reservarse a un solo sexo el de matrona y ciertas actividades en residencias privadas (sentencia Comisión v. Reino Unido, de noviembre 8 de 1983), policía en algunos casos (sentencia *Johnston*, de mayo 15 de 1986) o vigilante en una administración penitenciaria (sentencia Comisión v. Francia, de junio 30 de 1988).

[32] El empleador tiene cierta libertad para exigir a sus empleados una determinada apariencia física o de vestido, que proporcionan una imagen de la entidad. Se trata de una decisión de "cómo llevar el negocio", pero esta libertad no es, por supuesto, ili-

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 54

igualdad de oportunidades porque no se trata sólo de impedir que las mujeres sean tratadas peor que los varones similarmente situados (de modo directo o indirecto) sino también de que sean tratadas jurídicamente mejor en el caso de que se hallen fácticamente peor. Además, la igualdad de trato no es sólo un "principio" (como lo cataloga la Directiva) sino también y sobre todo una "regla" (un auténtico derecho subjetivo fundamental).

5ª. La aplicación de la igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, en relación con: acceso al empleo, promoción, acceso a la orientación y formación profesionales, condiciones de empleo y trabajo, afiliación y participación en cualquier organización de trabajadores, empresarios y profesionales (artículo 3.1). Las obligaciones que asumen los Estados miembro de acuerdo con la directiva son las siguientes:

a) Deberán derogar cualquier disposición contraria al principio de igualdad de trato y debe declararse nula o modificarse cualquier disposición contraria a este principio que figure en contratos, convenios colectivos, reglamentos de empresas, estatutos de profesiones, organizaciones sindicales y empresariales (artículo 3.2).
b) Deberán crear (si no tienen ya) procedimientos judiciales y administrativos para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la directiva (artículo 6.1); medidas para garantizar la indemnización o reparación real y efectiva del perjuicio sufrido de manera disuasoria y proporcional al perjuicio (sin que pueda estar limitada por un tope máximo fijado *a priori*) –artículo 6.2.
c) Las asociaciones, organizaciones, etcétera, que tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de la directiva podrán iniciar, en nombre o en apoyo del demandante y con su autorización, cualquier procedimiento judicial y/o administrativo (artículo 6.3).

mitada. No puede reforzar, según los cánones culturales en presencia, un estereotipo sexual de modo ofensivo o innecesario. En este sentido, la sentencia del TSJ de Valencia de enero 19 de 1993 consideró discriminatoria la obligación de llevar uniforme impuesta sólo a las dependientas de unos grandes almacenes. Debe tenerse en cuenta, también, el derecho del trabajador a su propia imagen (artículo 18.1 CE).

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 55

d) Deberán adoptar medidas para proteger a los trabajadores y sus representantes contra el despido o cualquier otro trato desfavorable del empresario como reacción frente a una reclamación o una acción judicial destinadas a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato (artículo 7).

e) La directiva también obliga a los Estados a designar uno o más organismos responsables de la promoción, análisis, seguimiento y apoyo de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por razón de sexo. Dichos organismos podrán formar parte de los órganos responsables de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguarda de los derechos individuales (artículo 8 *bis*). Competencias mínimas (artículo 8.2): prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación, realizar estudios independientes sobre la discriminación, publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación. Esta exigencia obliga a modificar en parte el sistema español de feminismo institucional, porque ese órgano debe ser independiente de la administración (podría ser específico o albergarse en los defensores del pueblo, pero con ciertas modificaciones porque requiere alguna especificidad).

f) También deberán los EEMM adoptar medidas para fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales con el fin de promover la igualdad de trato, medidas como el seguimiento de las prácticas desarrolladas en el lugar de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta, investigación o intercambio de experiencias y buenas prácticas (artículo 8 *ter* 1); celebrar convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en el marco de la negociación colectiva (8 *ter* 2); alentar a los empresarios a que fomenten la igualdad de forma planificada y sistemática (artículo 8 *ter* 3), presentando, por ejemplo, con periodicidad regular a los empleados y/o sus representantes información adecuada sobre la igualdad de trato en la empresa (información estadística sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles de la organización, así como posibles medidas para mejorar la situación, determinadas en cooperación con los trabajadores) –artículo 8 *ter* 4.

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 56

g) Deberán fomentar el diálogo con las ONGs del ramo (artículo 8 *quater*).
h) Establecer el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en cumplimiento de la directiva. Las sanciones podrán incluir la indemnización a la víctima (artículo 8 quinto).
i) Por último, los EEMM podrán adoptar medidas más favorables que las de la directiva y la aplicación de ésta no podrá servir para reducir el nivel de protección contra la discriminación ya garantizado por los EEMM (artículo 8 sexto).

Mandato de acciones positivas para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Se trata de alcanzar por esta vía lo que John Stuart Mill (en un libro admirable, *La subyugación de las mujeres*, de 1869) llamó la "igualdad perfecta" entre hombre y mujer: es decir, que no haya privilegio ni poder para un sexo, ni incapacidad alguna para el otro. Porque, como indica este autor, la humanidad entera gana mucho con la igualdad: hombres y mujeres son más felices, se duplica la suma de facultades intelectuales para el bien de la especie humana y, finalmente, los varones se liberan de la corrupción que recae también, inevitablemente, sobre el déspota.

La experiencia histórica confirma, una y otra vez, que la identidad jurídica de trato entre mujeres y hombres actúa más bien como un instrumento de conservación del *statu quo*, más que como un punto de partida para un desarrollo futuro más igualitario. Cuando un derecho neutral se enfrenta a un estado de desequilibrio social entre los sexos y, paralelamente, a una situación de superior importancia del grupo de los varones en el ámbito de las elites políticas y sociales, entonces no puede desempeñar una función de igualación y se llega, por el contrario, a una toma de partido unilateral en favor de los hombres y en detrimento de las mujeres. En otras palabras, en una situación de desigualdad real y efectiva de las mujeres la adopción de un derecho *neutro* no es una decisión neutral. Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades de las mujeres no sólo tienen el aire de familia del Estado social y su general postulado de la *egalité des chances* (que afecta a diversos grupos sociales en desventaja: personas con discapacidad, enfermos, desempleados, emigrantes, etcétera), sino que, como ya se ha indicado, son medidas especialmente exigi-

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 57

das por el constituyente. A diferencia de las políticas de apoyo mencionadas en favor de los otros grupos sociales (que también encuentran cobertura constitucional, concretamente en el Capítulo Tercero del Título Primero), las acciones positivas para la igualdad de las mujeres ni deben depender de los medios financieros existentes, ni deben estar condicionadas por la polémica de los partidos políticos que compiten por la mayoría en el Parlamento, ya que el objetivo a alcanzar con ellas es claro y preciso (tanto si la mayoría es de un color político como si es de otro): la paridad de los sexos, manifestada en el intercambio potencial de papeles entre mujeres y hombres, la "igualdad perfecta" de la que hablara John Stuart Mill (que no haya privilegio ni poder para un sexo ni incapacidad alguna para el otro). La igualdad entre géneros está por encima del debate político. Debe lograrse en todo caso. Se trata de un derecho fundamental, de una decisión del constituyente sustraída de la mayoría política cambiante. ¿Por qué es esto así? Recuérdense algunas ideas ya expuestas: el criterio de diferenciación sexual es sospechoso porque históricamente ha estado asociado a estereotipos de hondo arraigo que consideraban a las mujeres como ciudadanas de inferior valor social que los hombres; se trata de un criterio, además, que no depende de la trayectoria individual de las personas, sino que les viene dado por lotería genética; un criterio inmutable y transparente. La peculiar injusticia de la discriminación sexual deriva del hecho de que un ser humano es tratado como un inferior en ciertos ámbitos de la vida por el mero hecho de su pertenencia (que no es voluntaria ni disponible para él) a un colectivo social. Se trata, por añadidura, de un colectivo que merece una especial promoción porque es, entre los grupos sociales en desventaja, el más numeroso y, sobre todo, porque la discriminación de las mujeres es la más básica y primaria, esto es, siempre se añade a las demás discriminaciones, de modo que, por ejemplo, entre los discriminados por razones económicas o raciales, las mujeres de esos grupos tienen menos oportunidades aún que los varones. Todo esto explica por qué la discriminación por razón de sexo es especialmente odiosa y por qué, de modo coherente, son particularmente lícitas, exigibles y preferentes las acciones positivas en favor de la igualdad de oportunidades de las mujeres frente a otros grupos sociales en desventaja.

La política de fomento de la igualdad de oportunidades de las mujeres no tiene, además, el efecto exclusivo (aunque sea el más importante) de favorecer a las mujeres, sino también a los varones.

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 58

Es de interés común de mujeres y hombres llevar a su desarrollo máximo el ideal social de la paridad de los sexos realizado en el intercambio potencial de papeles. La prohibición de discriminación por razón de sexo, a diferencia de por razón de raza (que es un calle de *única dirección*: la minoría racial pretende el estatuto privilegiado de la mayoría, pero ésta no desea nada del estatuto de la raza minoritaria), es una calle de *doble dirección*, ya que las mujeres pretenden ser tratadas como los hombres en la actividad pública (económica, laboral, social, política, etcétera) y los hombres pretenden ser tratados como las mujeres en la esfera de la vida doméstica y familiar. El derecho antidiscriminatorio no sólo libera a las mujeres de sus roles tradicionales (que las confinan al ámbito de lo privado), sino también a los varones (que los arrojan de ese ámbito).

El Tribunal Constitucional español se ha referido al concepto de "acción positiva" desde la sentencia 128/1987, de julio 16. Esta sentencia marca un antes y un después. Antes de ella podemos hablar de una aproximación *indiferente* respecto del sexo (*sex-blind*) por parte del TC, pues no distingue entre principio de igualdad y prohibición de discriminación, de modo que su método de análisis consiste, simplemente, en enjuiciar la razonabilidad de la medida diferenciadora de trato entre hombres y mujeres. La STC 81/1982, de diciembre 21, declara contraria al artículo 14 CE la ordenanza laboral correspondiente que computaba como horas extraordinarias de las auxiliares técnicas sanitarias (ATS) todas las que realizaran en domingo, mientras que a los ATS varones se les computaba como máximo tres horas de las extraordinarias que efectuaran los domingos (y el resto se incluían dentro del cupo máximo de horas extraordinarias semanales). El TC no encontró razonables los argumentos que para esa diferencia aportó el Insalud y extendió a los ATS varones el régimen de sus compañeras (innovando el ordenamiento y excediéndose, por tanto, de sus competencias). Con los mismos presupuestos, el TC dictó la sentencia 103/1983, de noviembre 22, que declara inconstitucional el artículo 160.2 de la *Ley General de la Seguridad Social*. Este precepto condicionaba el derecho a la pensión de viudedad de los varones a un requisito que no exigía a las viudas: encontrarse incapacitados para el trabajo y vivir a cargo de sus esposas fallecidas. El TC examina los endebles argumentos justificadores de la diferencia y declara discriminatorio este requisito. Nuevamente, lo más discutible de esta sentencia es que innova el ordenamiento (lo que debiera corresponder al legislador), arrojando una importante carga económica a las espaldas de la seguridad social. Es reseñable que el voto

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 59

particular de Francisco Rubio a esta sentencia prefigura ya, de algún modo, la idea de compensación que es central en la posterior STC 128/1987 (la ventaja de las viudas sobre los viudos pudo tener su sentido compensador en el pasado respecto de la especial "desigualdad real y efectiva" que sufrían las mujeres en aquel tiempo).

A una solución totalmente distinta conduce, por el contrario, la STC 5/1994, de enero 17, que resuelve un asunto de seguridad social complementaria de funcionarios. A juicio del TC, pese a que la regulación de la adquisición de la pensión exigía a los viudos unos requisitos adicionales que no reclamaba para las viudas (que, al tiempo de fallecer sus esposas, se encontraran incapacitados para el trabajo de forma permanente y fueran sostenidos económicamente por ellas), esto no constituye discriminación, pues esa pensión es una prestación complementaria regida por condiciones aceptadas libremente por los mutualistas. De modo que, según el TC, en materia de pensiones de viudedad el sexo puede operar como criterio de diferenciación siempre que se justifique en una fundamentación razonable (lo que aprecia en el caso). Tal razonamiento es discutible porque no distingue, como criterio de enjuiciamiento, el principio general de igualdad del *test* que debe ser judicialmente más exigente de la prohibición de discriminación y, además, en el supuesto concreto, se produce una (no apreciada por el TC) discriminación directa por razón de sexo (sobre los varones en esta ocasión) si tenemos en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, desde la sentencia *Barber*, de mayo 17 de 1990, viene considerando que las prestaciones de seguridad social complementaria entran en el concepto de "retribución" del artículo 119 del Tratado de Roma y de la directiva 75/117 (preceptos que exigen igualdad de retribución para hombres y mujeres por un trabajo de igual valor).

La sentencia 128/1987 merece un análisis detallado. El actor, un varón que no obtendría éxito finalmente en su pretensión, recurre en amparo ante el TC por entender que era discriminatorio el distinto régimen de prestaciones en concepto de guardería otorgado por su empleador, el Insalud. Mientras que todas las trabajadoras con hijos menores de seis años, e independientemente de su estado civil, tenían derecho a percibir una prestación por guardería, este derecho se atribuía únicamente a los trabajadores con hijos menores de seis años que fueran viudos. El TC realiza la siguiente interpretación: 1º) La lista de posibles motivos de discriminación del artículo 14 CE, en la que se encuentra el sexo, aunque no es cerrada sí representa "una

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 60

explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricas muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad humana" (artículo 10.1 CE). En este sentido, "no debe olvidarse que la expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo halla su razón concreta, como resulta de los antecedentes parlamentarios del artículo 14 CE y es unánimemente admitido por la doctrina, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina, situación que, en el aspecto que aquí interesa, se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo". Y en este punto de su argumentación recuerda la sentencia diversos datos estadísticos que corroboran su afirmación. 2º) Esta situación de discriminación se ha intentado paliar en el orden laboral con numerosas medidas de finalidad protectora, pero hay que distinguir dichas medidas según sean: a) falsamente protectoras, o b) verdaderamente remediadoras o compensadoras:

a) Por una parte, existe un conjunto de medidas que se han adoptado desde una perspectiva que reflejaba los mismos valores sociales que habían mantenido a la mujer en una posición de relegación en el mundo laboral: "partiendo de presupuestos de inferioridad física o de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares, diversas disposiciones han venido a establecer diferencias de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral que, aunque de apariencia protectora, perpetúan y reproducen en la práctica la posición de inferioridad social de la población femenina".
b) Otra cosa son las medidas de acción positiva en favor de la igualdad de las mujeres, que sí son legítimas en el Estado social y democrático de derecho para lograr la efectividad de valores constitucionales como la justicia y la igualdad: "La actuación de los poderes públicos para remediar la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y cabe afirmar ahora, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina), y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 61

difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellas un trato más favorable, pues consiste en dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas".

La STC 128/1987 imprime, pues, un giro copernicano a la jurisprudencia compensadora: la ilegitimidad constitucional que antes de ella se conectaba a todo tratamiento jurídico (dentro de una concepción *sex-blind*) que se adoptara tomando como criterio de diferenciación al sexo (otorgando una ventaja o beneficio a un colectivo femenino determinado), se reduce ahora a las medidas paternalistas o falsamente protectoras, que es preciso distinguir cuidadosamente de aquellas otras remediadoras o compensadoras, que sí son válidas. Aunque la presencia del sexo como elemento diferenciador "debe llevar a un más cuidadoso análisis de las causas subyacentes de la diferenciación por ser una causa típica de discriminación del artículo 14 CE", las medidas protectoras de las categorías de trabajadoras que están sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él (en comparación con las correspondientes categorías de trabajadores masculinos o con la población trabajadora en general), no podrían considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino por el contrario, dirigidas a eliminar la situación de discriminación existente. Es claro que tal diferencia de trato sólo vendrá justificada si efectivamente se dan las circunstancias discriminatorias y sólo en cuanto se den, lo que supone una necesidad de revisión periódica al respecto. Pero si el supuesto de hecho, esto es, la práctica social discriminatoria, es patente, la consecuencia correctora, la diferencia favorable de trato, estaría constitucionalmente justificada. El TC acuña, pues, en la STC 128/1987 el concepto (a la vez que asegura su legitimidad constitucional) de la acción positiva para la igualdad de oportunidades de las mujeres.

El *test* de la medida paternalista/compensadora, que es el aplicado con uno u otro nombre en los países de nuestro entorno, plantea la grave dificultad de su aplicación en la práctica. Un buen ejemplo es la propia STC 128/1987, en la que el TC, después de haber establecido, con carácter general, este modelo de análisis, lo vierte al caso en examen concluyendo (de un modo que entendemos muy debatible) que la medida impugnada (el *plus* de guardería concedido casi en exclusiva a las trabajadoras) no es una medida paternalista (y, por tanto, discriminatoria), sino compensadora, destinada a paliar la dis-

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 62

criminación sufrida por las mujeres trabajadoras con hijos pequeños a su cargo: "Este Tribunal no puede ignorar que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultado de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del cuidado de la familia y, particularmente, el cuidado de los hijos. Ello supone un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo [...] que se manifiesta en el dato [...] de la extremadamente baja participación de la mujer casada en la actividad laboral, en comparación con otras categorías sociales". No obstante, ¿hasta qué punto esta medida que reacciona contra la desigualdad de hecho no la está consolidando, lanzando el mensaje de que los niños corresponden sobre todo a sus madres? A partir de esta sentencia, el TC empleará, por tanto, el *test* de las medidas paternalistas/compensadoras:

A) *Medidas que el TC declara paternalistas o falsamente protectoras de la mujer*

a) Antes de la STC 128/1987 el Tribunal había sostenido, en la STC 38/1986, de marzo 21, que una regulación del descanso nocturno de las trabajadoras (artículo 2 del Decreto-ley de agosto 15 de 1927) que establecía en su favor un descanso nocturno mínimo y continuo de 12 horas (con la sola excepción de clínicas y sanatorios) era contraria al artículo 14 CE, pues se basaba "en una valoración proteccionista del trabajo de la mujer que no tiene vigencia en la sociedad actual y que no está demostrado que tenga como consecuencia su promoción real y efectiva".

b) La STC 207/1987, de diciembre 22, declara inconstitucional por discriminatoria la norma de un convenio colectivo que otorgaba a las auxiliares de vuelo mayores de 35 años y menores de 40 (pero no a sus compañeros varones) el derecho de retiro anticipado. El TC no niega que, con carácter general, puedan existir actividades laborales en las que la presencia física tenga una importancia decisiva para justificar una diferencia de trato por motivo de sexo, pero no lo aprecia en el caso, ya que la presencia física atractiva que normalmente demanda el personal receptor del servicio de vuelo (argumento que aducía el empleador) no es aplicable en relación con las auxiliares de vuelo.

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 63

c) La STC 142/1990, de septiembre 20, cuya doctrina se reitera en las SSTC 158/1990 y 58/1991, invalida el artículo 3.1 del Decreto-ley de septiembre 2 de 1955 en cuanto que excluía a los varones de la pensión de viudedad del seguro obligatorio de vejez e invalidez (SOVI). Esta sentencia reproduce, casi en sus propios términos, la argumentación y conclusiones de la STC 103/1983, ya citada.

d) La STC 28/1992, de marzo 9, presenta una estructura semejante a la STC 207/1987: un trabajador varón que recurre a una norma de convenio que establecía una ventaja en beneficio exclusivo de las trabajadoras, ventaja que el TC considera discriminatoria; no obstante, si en la STC 207/1987 se otorgaba el amparo, aquí se desestima. El asunto, que resuelve la STC 28/1982, es el siguiente: el convenio colectivo de Telefónica concedía un *plus* de transporte nocturno sólo a sus trabajadoras (hasta 1985, en que se extendió a todos los empleados). El TC considera que dicho *plus* es una medida paternalista porque no favorece la promoción del trabajo de la mujer, sino que parte de una noción diferenciadora de ésta, que la supone sujeta a unos riesgos que nunca amenazan al varón, incompatible con el mandato de parificación del artículo 14 CE. A pesar de considerar a la norma diferenciadora ilegítima, el TC desestima el amparo, precisamente porque al ser ilegítima no puede extenderse a los varones y porque si, pese a todo, se optara por tal extensión, el Tribunal estaría creando una norma nueva, lo que a todas luces excede de su competencia. Recordemos que en las sentencias relativas a pensiones de viudedad el TC ha optado por tal extensión a los varones. La STC 28/1992 acierta, en nuestra opinión, en la fijación de los márgenes de decisión lícitos del propio Tribunal, que son traspasados cuando se amplía a los varones un beneficio (legítimo o no) concedido inicialmente en exclusiva a las mujeres. En estos casos, el Tribunal crea una norma (y casi siempre, además, con un importante impacto económico sobre las arcas públicas). Pero la sentencia 28/1992 deja irresuelto el trato discriminatorio hacia los trabajadores varones, porque reconoce la existencia de una norma colectiva discriminatoria, pero no la invalida. Es decir, la sentencia tolera la existencia en el ordenamiento de una norma que ella misma ha considerado contraria al artículo 14 CE. Una solución más equilibrada podría haber sido,

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 64

quizá, declarar nula, por discriminatoria, la norma convencional (y, por tanto, dictar un fallo estimatorio), pero detener ahí el pronunciamiento, no ir más allá ampliando la ventaja al actor y a los demás trabajadores varones de la empresa. Y ello porque las medidas falsamente protectoras de las mujeres no sólo las discriminan a ellas, al considerarlas seres de inferior valor y por eso mismo necesitados de mayor protección, sino también a ellos, a sus compañeros varones. No procede, a nuestro juicio, igualar por arriba, extendiendo esta ventaja (inicialmente sólo para mujeres) a los varones, ni dejar subsistente la discriminación, incluso advertida (como hace la STC 28/1982), sino igualar por abajo: anular el acto o norma discriminatoria para todos, mujeres y hombres, pues a todos perjudica en realidad. La STC 28/1992 ofrece también otro ejemplo del carácter en gran parte tautológico del *test* de la medida paternalista/compensadora. En efecto, no exterioriza un examen complejo o detenido de por qué un *plus* de transporte nocturno otorgado sólo a las trabajadoras es una medida paternalista. Varias páginas del Código Penal demuestran una mayor inseguridad de las mujeres ante la posibilidad de ataques físicos e incluso el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su sentencia de enero 28 de 1992 (que declaró contraria a la Ley Fundamental la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres), al valorar el argumento en favor de dicha prohibición del riesgo especial a que están sujetas las mujeres reconoció que "acaso podrían evitarse estos riesgos especiales poniendo a su disposición un autobús para los desplazamientos que hayan de realizar por motivo de su trabajo nocturno". La distinción entre medidas paternalistas y compensadoras es siempre difícil y discutible, pero exige de los tribunales una exposición de argumentos que no sea meramente circular.

e) La STC 3/1993, de enero 14, anula el artículo 162.2 de la *Ley General de la Seguridad Social*, que reconocía sólo a las hijas y hermanas, pero no a hijos y hermanos, el derecho a percibir ciertas prestaciones. El TC vuelve a extender a los varones la ventaja concedida inicialmente sólo a las mujeres. Con el agravante, en este caso, de que a diferencia de lo que ocurría con la pensión de viudedad, la propia sentencia considera aquella ventaja como ilegítima o discriminatoria: la medida diferenciadora no tiene la función de reincorporar a la mujer al tra-

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 65

bajo, ni su emancipación de las tareas domésticas, sino que es una medida compensadora de un estado de necesidad en el que predomina la visión paternalista y la función sustitutiva de la pensión perdida. Por ello, afirma la sentencia, se trata de una prestación que, adoptada por el factor de diferenciación sexual, resulta perturbadora para lograr una igualdad efectiva de la mujer en relación con el varón, en tanto que privilegio instituido en favor de la misma, el cual se revela como una forma encubierta de discriminación que se vuelve contra ella.

f) La STC 315/1994, de noviembre 28, es semejante, en cuanto al supuesto que examina, a la STC 68/1991, de abril 8: una pensión de orfandad que concedía un reglamento local navarro a los hijos varones de empleados municipales hasta los 25 años y a las hijas hasta que "tomaren estado civil o religioso, sea cualquiera su edad". Ahora bien, la STC 68/1991 estima el recurso de amparo solicitado por una de estas hijas frente a la denegación administrativa de dicha pensión (el Ayuntamiento interpretaba el precepto reglamentario a la luz del artículo 14 CE, entendiendo que sólo deberían tener derecho a la pensión las mujeres que, sin empleo, carecieran de suficientes medios de subsistencia; por cierto que esta misma interpretación fue defendida tanto por el Tribunal Supremo como por el voto discrepante que acompaña a la sentencia, de los magistrados Álvaro Rodríguez Bereijo y Eugenio Díaz Eimil). A juicio del TC es "cuando menos probable" que el precepto reglamentario que introduce la distinción sea discriminatorio, pero de ello "no puede extraerse, sin embargo, otra consecuencia que la de que no puede denegarse, con apoyo en la norma discriminatoria, un derecho que ésta concedería si no lo fuera"; de modo que, mientras exista esa norma (aunque de apariencia discriminatoria), y en tanto el legislador no la modifique, "el encargado de aplicarla no puede privar a nadie del derecho que ésta le otorga, aunque pueda eventualmente reconocerlo también a quienes, según el texto literal de la misma, no lo tendrían, inaplicando las cláusulas que establecen la discriminación". Esta STC 68/1991 mantiene, en definitiva, la legitimidad de un trato favorable a las hijas de los empleados municipales respecto de los hijos argumentando, no desde la doctrina anterior del TC sobre la discriminación por razón de sexo (*test* de la medida paterna-

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 66

lista/compensadora), sino a partir de la idea de que los aplicadores del derecho no pueden privar a nadie del derecho otorgado por una norma (aunque pudiera incurrir en discriminación) en tanto no sea modificada o derogada. Estamos en presencia, pues, de una solución distinta que ofrece el TC al complejo problema de la reparación jurídica de las discriminaciones: se reconoce que la discriminación "probablemente" existe en favor de un grupo de mujeres, pero no se extiende a los varones similarmente situados (línea de la jurisprudencia sobre pensiones), ni se desestima el amparo aunque se reconozca la discriminación (solución de la STC 28/1992, sobre *plus* de transporte nocturno), sino que se reconoce la discriminación pero, pese a todo, se otorga el amparo. En nuestra opinión la norma era claramente discriminatoria por paternalista o falsamente protectora y, en consecuencia, el TC debió declararla nula y derogada la norma reglamentaria preconstitucional, por incompatible con el artículo 14 CE, y haber desestimado el amparo.

Pues bien, en la STC 315/1994 el actor era un varón que solicitaba, con apoyo en la jurisprudencia del TC sobre discriminación por sexo en materia de pensiones, una equiparación "por arriba" con las mujeres similarmente situadas, esto es, que se extendiera también a los hijos varones de los empleados municipales navarros el régimen más favorable para el disfrute de la pensión de orfandad concedido inicialmente a las mujeres. Muy acertadamente el TC desestimó el amparo porque el principio de igualdad "no siempre es motor de una generalización del régimen más favorable y, muy por el contrario, puede exigir la supresión del beneficio si éste fuere injustificado y no razonable, dando origen a una situación privilegiada con base en un criterio diferencial incompatible con el sistema de valores latentes en la Constitución"; de modo que el principio de igualdad "no puede ser un medio para adquirir derechos ajenos en virtud del agravio comparativo [...] no resulta posible una parificación en la discriminación misma".

g) La STC 317/1994, de noviembre 28, es reseñable no tanto por la solución concreta a la que llega (que sigue el *test* típico), como por su intento de sistematizar criterios para distinguir las medidas paternalistas o falsamente protectoras de las legítimas medidas de acción positiva para el fomento de la igual-

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 67

dad de las mujeres. La sentencia desestima el amparo, cuyo contenido era la petición de aplicación de una norma preconstitucional que otorgaba a ciertas trabajadoras el derecho a una indemnización por ruptura del contrato de trabajo a consecuencia de su matrimonio. El TC declara dicha norma falsamente protectora y, por tanto, confirma la corrección de la decisión de los órganos judiciales ordinarios de considerarla derogada por la Constitución. La sentencia aporta dos criterios generales para distinguir una medida paternalista de otra de acción positiva: 1º) que la medida no sea contraria al principio de igualdad de trato, es decir, "que no tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo"; y 2º) que no haya perdido su razón de ser, esto es, "que no tienda a perpetuar estereotipos o patrones culturales ya superados". Aplicados estos criterios al caso, la Sala concluyó que la norma en examen era discriminatoria, porque provocaba la pérdida de igualdad de oportunidades en el empleo (al incentivar la interrupción de la carrera profesional de la mujer) y porque habría perdido su razón de ser en una sociedad como la actual.

B) *Medidas que el TC ha considerado acciones positivas legítimas*

Estas decisiones, cuyo paradigma es la tanta veces citada STC 128/1987, son particularmente interesantes porque constituyen el auténtico banco de pruebas del reconocimiento de la licitud constitucional de las acciones positivas. Sin embargo, se perfilan aquí también no pocas zonas de penumbra, como tendremos ocasión de comprobar:

a) En el asunto que da origen a la STC 19/1989, el actor (varón) alegaba que las normas de los estatutos de la mutualidad laboral sobre pensión de jubilación en el sector textil aplicables a su caso (que habían sido derogados mucho tiempo antes, pero que perduraron en el tiempo a través de normas transitorias) eran discriminatorias porque establecían una sensible diferencia entre hombres y mujeres cuando la jubilación se producía entre los 60 y 64 años de edad (la de la mujer podía llegar a ser 80% del salario regulador y la del varón podía alcanzar como máximo 70%). El TC declara que esta diferencia no es discriminatoria, pues se aplicaba en un sector de actividad en

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 68

el que, por aquellas fechas, la mujer trabajadora estaba sujeta a inferiores condiciones de trabajo y salario, y adscrita a categorías profesionales de menor calificación. El TC recuerda que la norma enjuiciada se inscribía en un contexto normativo que se decía comprometido en "liberar" a la mujer casada "del taller y de la fábrica" (Declaración II del Fuero del Trabajo) y que, en su conjunto, bien mediante cláusulas de excedencia forzosa de la mujer por razón de su matrimonio, bien mediante reglas de fomento del empleo de "padres" o "cabezas" de familia (condición que se predicaba, ante todo, del varón), había colocado a las mujeres en una clara situación de inferioridad en el mercado laboral. El TC sostiene que la diferencia impugnada no tenía por objeto colocar al trabajador varón en peores condiciones en el momento de su jubilación, sino compensar de algún modo la situación de inferioridad que, laboral y socialmente, venía padeciendo el personal femenino. No obstante, hay que tener en cuenta que el TC, para justificar esta diferencia de trato, valora muy significativamente el carácter limitado, excepcional o "histórico" de la medida. Posiblemente, si hubiera estado vigente en el tiempo en el que se dicta la sentencia, el TC habría razonado de otro modo.

b) La STC 109/1993, de marzo 25, cuya doctrina se reitera en la STC 187/1993, de junio 14, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores: "Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad". Hay que tener en cuenta que después del planteamiento de la duda de constitucionalidad ante el TC se amplió el precepto: "Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por el padre o por la madre en el caso de que ambos trabajen". Por ello, la relevancia práctica de la sentencia, cuando se dicta en 1993, es ya muy reducida. En el proceso *a quo* un trabajador varón que atendía ordinariamente la lactancia de su hijo (su mujer no podía hacerlo al tener que desplazarse diariamente para trabajar lejos del domicilio familiar) había reclamado contra su empresa porque ésta le autorizó la ausencia para alimentar al hijo, pero no se la retri-

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 69

> buía. La STC 109/1993 sostiene la constitucionalidad de la norma impugnada, considerando que su objetivo es hacer compatible para la mujer su trabajo y el cuidado de sus hijos recién nacidos. La medida no implica una visión de la mujer como ser inferior en el trabajo, sino "una ventaja de apoyo a la mujer como grupo desfavorecido", una compensación, derivada del artículo 9.2 CE. "No puede afirmarse genéricamente –indica el TC– que cualquier ventaja legal otorgada a la mujer sea siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle partícipe de la misma (como podría por el contrario serlo para la mujer la que le impusiera una privación solamente por su sexo)". Antes bien, "la justificación de tal diferencia podría hallarse en una situación de desventaja de la mujer que se trata de compensar; en este caso, porque ello tiene lugar frente a la relación de trabajo; y sin perjuicio de que el legislador pueda extender el beneficio al varón o incluso suprimirlo sin que ello se oponga tampoco a los preceptos constitucionales invocados". La sentencia basa su conclusión de que la conservación del permiso de lactancia en exclusiva para las trabajadoras es una medida compensadora de una situación de específica desventaja de la mujer trabajadora, en que la lactancia natural (como el embarazo y el parto) es una realidad biológica diferencial. Y aunque admite que en el caso de la lactancia artificial también el varón puede prestar ese cuidado al hijo y que acaso la medida en examen lleva consigo el riesgo de consolidar una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares, sostiene su constitucionalidad en la medida en que, siendo una norma laboral (que no se refiere, pues, al reparto de responsabilidades entre padre y madre), su objetivo es hacer compatible para la mujer su trabajo y el cuidado del hijo recién nacido.

Esta argumentación dividió al TC; al voto particular de Vicente Gimeno se adhirieron otros tres magistrados: Fernando García-Mon, Carlos de la Vega y Eugenio Díaz Eimil. Para ellos, el precepto cuestionado discriminaba claramente por razón de sexo a los trabajadores varones (que pueden alimentar artificialmente a sus hijos) y también a las mismas trabajadoras, pues si bien la finalidad tuitiva de la norma pudo encontrarse en su origen remoto (una Ley de 1944), desde el momento en que se instaura dicho derecho y se otorga exclusivamen-

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 70

te a la mujer trabajadora, "aquella finalidad se vuelve contra ella misma, ya que a nadie se le oculta que para un empresario poco escrupuloso con el principio de igualdad siempre le será 'más rentable' contratar a hombres que a mujeres trabajadoras dado el incremento de los costes laborales que por esta causa y por otras biológicas (*v. gr.*, las bajas por maternidad) las mujeres siempre ocasionan".

Lo afirmado en el voto discrepante parece más acorde con la realidad sociolaboral actual; la concesión en exclusiva a la trabajadora del permiso de lactancia es hoy, probablemente y si tenemos en cuenta los dos criterios que más tarde aportará la STC 317/1994 (que la diferencia no anule o altere la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo de las mujeres y que no tienda a perpetuar estereotipos ya superados como el de que el cuidado de los hijos corresponde sólo o preponderantemente a las madres), más una medida falsamente protectora que una auténtica medida de acción positiva. Pero en todo caso, y más allá de la duda (casi metafísica) de si se trata de una medida paternalista o, por el contrario, compensadora, lo cierto es que en la STC 109/1993 no podemos encontrar un asidero seguro del reconocimiento por parte del TC de las acciones positivas. La ventaja cuestionada dudosamente podría considerarse una ventaja, y ni siquiera estaba en vigor al tiempo de ser dictada la sentencia. Dado que, como hemos visto, la STC 19/1989 tampoco es un ejemplo válido del reconocimiento de las acciones positivas, podemos concluir que hasta la fecha la única sentencia que ha mantenido una regulación favorable en exclusiva a las mujeres también para el futuro (y no sólo para situaciones pasadas) ha sido la STC 128/1987. En otras palabras, esta última sentencia, que es mecánicamente citada por el TC en todos los casos de discriminación por razón de sexo, incluso en la jurisprudencia de equiparación (lo cual no tiene mucho sentido: una mujer puede trabajar en el interior de una mina no porque se la compense de nada, ni se le fomente positivamente una igualdad de oportunidades, sino porque no existe ninguna razón válida para que no lo haga en condiciones de igualdad con los varones), ha originado una línea jurisprudencial que, en realidad, ¡sólo ha sido seguida por ella! Y no deja de ser curioso que las dos principales medidas que el TC ha considerado compensatorias hayan sido, precisamente, un *plus* de guardería y el permiso de lactancia, dos ventajas más orientadas a que la mujer compatibilice su actividad laboral con los quehaceres domésticos y familiares que a promocionarla efectivamente en el trabajo extradoméstico.

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 71

Una peculiaridad de las acciones positivas en favor de la igualdad de oportunidades de las mujeres en nuestro país es que se vienen catalogando en planes específicos, de ámbito comunitario (está vigente el IV Programa de Acción Comunitaria de la Unión Europea), estatal (en vigor el III Plan), autonómico e incluso local. Los objetivos[33] y las áreas de actuación[34] de los planes, sobre todo del estatal y los regionales, son muy semejantes. Otra particularidad del modelo de feminismo institucional español es la existencia de órganos administrativos estatal (Instituto de la Mujer) y regionales encargados del seguimiento de los planes y de la construcción de la agenda política sobre el tema de la igualdad entre géneros. Importa señalar que tales políticas, para ser eficaces, no deben depender exclusivamente de los órganos especializados en el ámbito interno de las administraciones, sino que es indispensable que se tenga en cuenta universalmente el principio de la transversalidad (todas las políticas públicas deben valorar su posible impacto diferenciado sobre mujeres y hombres y tratar de lograr la igualdad real) y el de la colaboración y coordinación entre administraciones; tampoco conviene que se circunscriban sólo al ámbito de los poderes públicos: es preciso que las asociaciones privadas y las organizaciones sociales asuman un especial protagonismo en su implantación. Así, por ejemplo, resulta clave en el escenario laboral el papel de la negociación colectiva. Como tuve ocasión de analizar en otro lugar (2000d: 3-22), a pesar de los llamativos progresos en materia de empleo femenino resulta estadísticamente evidente que la igualdad laboral entre trabajadoras y trabajadores no es una realidad.

Los convenios colectivos pueden ser instrumentos muy efectivos para lograr la igualdad laboral, pero también lo contrario, esto es, pueden constituir una fuente jurídica de discriminaciones y, por cierto, en la actualidad la única con esa capacidad, dado que es difícil que los posibles tratos discriminatorios provengan de leyes o reglamentos. En

[33] Son particularmente relevantes los siguientes: 1º) la incorporación plena y definitiva de las mujeres al espacio de lo público y la toma de decisiones: trabajo extradoméstico, política, etcétera; y 2º) la idea de *mainstreaming* o transversalidad: a la hora de planificar, ejecutar y evaluar cualquier política pública deberán considerarse los distintos efectos que despliega sobre hombres y mujeres. Se trata de adaptar la organización de la sociedad a una distribución más justa de roles.

[34] Tales áreas suelen ser 10: educación, salud, economía y empleo, poder y toma de decisiones, imagen, medios de comunicación, medio ambiente, violencia, exclusión social, mujeres rurales y cooperación.

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 72

el análisis de la mayor parte de los convenios de Castilla y León se detectaron numerosos puntos críticos. Sigue habiendo no pocas remisiones a las ordenanzas laborales, que son tributarias de una visión paternalista del trabajo femenino. No se prevé ni una sola acción positiva respecto del ingreso al trabajo de mujeres en sectores o empresas con infrarrepresentación femenina. Los mecanismos antidiscriminatorios que contempla nuestra legislación son inútiles si ni siquiera se llega a contratar a las mujeres, o se las contrata principalmente de modo precario y en sectores feminizados de baja remuneración. La inexistencia de una política de igualdades concreta se revela también en una herramienta que se antoja fundamental para que las trabajadoras puedan desarrollar una carrera profesional en idénticas condiciones que sus compañeros varones: la formación, tanto ocupacional como continua. Lo mismo cabe decir de los sistemas de promoción y ascensos, demasiado ligados al criterio de la antigüedad (por cierto, una posible fuente de discriminaciones indirectas). En cuanto a la discriminación salarial, ahí está el dato del menor salario medio de las trabajadoras respecto del de los trabajadores. Siguen valorándose de modo discriminatorio ciertos puestos de trabajo, como ocurre, por ejemplo, en relación con el factor del esfuerzo físico; se encuentran todavía muchas denominaciones en femenino de determinadas categorías profesionales históricamente ocupadas por mujeres, a las que, lo cual es mucho peor, se las concede una remuneración menor que a las categorías equivalentes ocupadas mayoritariamente por varones; no se controlan las desigualdades salariales entre trabajadores y trabajadoras derivadas de las cláusulas de descuelgue (especialmente cuando se regulan de modo confuso), ni las eventuales discriminaciones indirectas que puedan provenir de la distinta aplicación que se otorgue a los complementos salariales, etcétera. Es decepcionante la escasa regulación expresa en materia de prestaciones de la seguridad social durante el embarazo y la lactancia. Las empresas parecen carecer de estrategia alguna de conciliación entre la vida privada y la profesional. En ocasiones se llega a remitir en exclusiva a las trabajadoras las responsabilidades familiares, pervirtiendo la finalidad de dicha conciliación, que no es la de consagrar la doble presencia o trabajo de las mujeres, sino precisamente lo contrario, es decir, el reparto equitativo de tareas domésticas y de trabajo extradoméstico entre mujeres y hombres. La protección social complementaria es heredera, en gran medida, de un modelo de relaciones laborales trasnochado, paternalista y discriminatorio en el que el hombre trabajaba fuera de casa y la

mujer sólo en ella. Algunas ayudas se siguen concediendo, por ejemplo, sólo a las viudas, a las hijas o hermanas del trabajador. La figura del acoso sexual tiene un escaso grado de recepción en la negociación colectiva (aunque va en aumento) y, además, es insuficiente. No se regula, por ejemplo, un procedimiento específico que permita garantizar los derechos de la persona acosada, aunque sí existe alguna que otra buena práctica.

El resultado global del análisis podría enunciarse brevemente del modo siguiente: los convenios colectivos siguen conteniendo algunas discriminaciones directas (residuales) e indirectas (bastantes más), pero la conclusión principal es que apenas prevén alguna medida de acción positiva o de igualdad de oportunidades. En efecto, la negociación colectiva, salvo honrosas excepciones, sigue un patrón que podría denominarse de *indiferencia hacia el sexo*. Las desigualdades de hecho que pesan todavía sobre las mujeres trabajadoras no se ponen, normalmente, sobre la mesa de negociación. Se produce un fenómeno de *invisibilidad* de las trabajadoras ante la negociación colectiva. En el estudio se sugerían diferentes medidas para que la igualdad de trato y la de oportunidades fueran consideradas explícita y sistemáticamente en la negociación colectiva. Entre todas ellas debe destacarse, sin embargo, una que quizá sea el presupuesto de todas las demás: el reconocimiento explícito por el convenio del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo y la atribución a la Comisión Paritaria de las funciones de iniciativa, seguimiento y control del cumplimiento de este derecho. Entiendo que para garantizar una mayor concreción y efectividad lo mejor sería que se encomendara esta función a un/a trabajador/a que perteneciera al Comité de Empresa o a otro órgano de representación de los trabajadores y fuera miembro a la vez de la Comisión Paritaria. En todo caso, la responsabilidad principal de la desigualdad laboral de las trabajadoras recae sobre los propios agentes sociales, los empleadores y los trabajadores, a quienes toca tomar realmente conciencia del problema y ponerlo, junto con sus posibles soluciones, en la agenda de la negociación. Para ello, desde luego, ayudaría mucho que hubiera más negociadoras.

Las discriminaciones positivas y su distinción de las acciones positivas

UNA TÉCNICA DISTINTA de las acciones positivas es la discriminación positiva o inversa,[35] que adopta típicamente la forma de cuota. A través de las discriminaciones positivas se establece una reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas, particularmente escasas y disputadas (de trabajo, de puestos electorales, de acceso a la función pública o a la universidad, etcétera), asignando un número o porcentaje en beneficio de ciertos grupos, socialmente en desventaja, a los que se quiere favorecer.[36] No hay que olvidar, sin embargo, que en nuestro derecho no existe ninguna regulación legal de cuotas raciales o en favor de las mujeres, sino tan sólo para las personas con discapacidades físicas, sensoriales y psíquicas,[37] que el TC ha declarado constitucionalmente legítima (STC 264/1994, de octubre 3). Los problemas se plantean porque desde diversas instancias se viene proponiendo la posibilidad o la necesidad de introducir algunas medidas de discriminación positiva en favor de las mujeres. En este punto, para resolver correctamente la cuestión, es preciso distinguir (aunque no siempre se podrá hacer con una castidad metodológica absoluta) los argumentos propiamente jurídicos de otros de eficacia, políticos o de convenien-

[35] Utilizaré el adjetivo "positiva", aunque entiendo que es intercambiable con el de "inversa", porque capta el mejor sentido de la figura: con discriminación "inversa" parece hacerse referencia, sobre todo, a la idea de compensación y de un turno distinto de las posibles *víctimas* del trato distinto y peor: antes las mujeres, ahora los varones. Discriminación positiva evoca, ante todo, la finalidad de la medida: igualar las oportunidades de un colectivo de mujeres determinado (y deja en la penumbra el coste de la medida sobre los varones simétricamente situados). En cierto sentido, pues, la expresión "discriminación inversa" es bilateral, mientras que "positiva" es unilateral.

[36] Entre nosotros, esta definición procede de A. Ruíz Miguel (1994: 81). Dos libros de referencia obligada por su rigor son los de María Ángeles Barrère Unzueta (1997) y M. Elósegui Itxaso (2003).

[37] En nuestro ordenamiento existen discriminaciones positivas para las personas con discapacidades físicas, psíquicas y sensoriales (artículo 49 CE) en tres ámbitos:

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 76

cia social, porque, por ejemplo, una determinada medida de discriminación positiva puede juzgarse inoportuna, pero legítima desde el punto de vista jurídico. Desde un prisma netamente jurídico, hay que realizar tres distinciones para situar el problema en su exacta dimensión:

1a). Como ya ha sido señalado, acciones positivas y discriminaciones positivas son conceptos diversos: a) las discriminaciones positivas sólo se establecen para supuestos muy concretos de discriminación: racial, sexual, derivadas de discapacidades físicas o psíquicas; es decir, discriminaciones caracterizadas por ser transparentes e inmodificables para los individuos que las sufren, que son considerados por la sociedad (al menos en relación con algu-

---

a) El acceso a la universidad pública: tienen reservadas (una vez que aprueben la selectividad y/o los demás criterios de ingreso) 3% de las plazas de acceso a cada centro (Real Decreto 1060/1992).

b) En relación con el acceso a la función pública: "en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior a 3% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad de grado igual o superior a 33%, de modo que progresivamente se alcance 2% de los efectivos totales de la administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el grado de discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente" (disposición adicional decimonovena de la Ley 30/1984, de agosto 2, de *Medidas para la Reforma de la Función Pública*, adicionada por la Ley 23/1988, de julio 28). El TC sostuvo la constitucionalidad de este tipo de cuota (imitada en casi todas las administraciones autonómicas) en su sentencia 264/1994.

c) Respecto del acceso al empleo privado, la *Ley de Integración Social del Minusválido* prevé un triple juego de medidas: 1ª) La integración en empresas normales, para lo cual se prevén en esa norma (y en muchas otras posteriores) bonificaciones en las cuotas empresariales a la seguridad social, subvenciones y exenciones fiscales, pero se añade, además, una cuota: "Las empresas que ocupen trabajadores fijos que excedan de 50 estarán obligadas a emplear un número de trabajadores con discapacidad no inferior a 2% de la plantilla" (artículo 38.1). 2ª) Se crean centros especiales de empleo como modalidad de trabajo protegido, para las personas con discapacidad que no puedan ejercer una actividad laboral en condiciones normales, y 3ª) Por último, se crean también centros ocupacionales, no sometidos a relaciones jurídico-laborales sino, más bien, de formación ocupacional.

Hay que llamar también la atención sobre la Ley 62/2003, de diciembre 30, sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social que, trasponiendo la directiva de noviembre 27 de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ha introducido, en el capítulo III de su Título Primero, diversas medidas de igualdad de trato y de oportunidades a favor de las personas con discapacidad y también ha modificado en parte la Ley 13/1982.

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 77

nos aspectos) de forma negativa o inferior (estigmatizadora); b) las discriminaciones positivas se producen en contextos de "especial escasez": puestos de trabajo, listas electorales, etcétera, lo que determina que el beneficio de ciertas personas tenga como forzosa contrapartida un claro y simétrico perjuicio a otras. Esto no ocurre con las medidas de acción positiva; c) las discriminaciones positivas no dejan de ser discriminaciones directas (esto es, un trato diferente y perjudicial únicamente por razón del sexo, en este caso, del sexo que no está en algún aspecto socialmente en desventaja); por ello han de ser admitidas, aún en el caso de que se acepten, restrictiva y excepcionalmente. En particular, deberían cumplir las exigencias del contenido esencial del derecho fundamental a no ser discriminado por razón del sexo, es decir, deberían superar los estrictos requisitos del principio de proporcionalidad (como límite de los límites a cualquier derecho fundamental):

a) Mientras que las acciones positivas son deberes de los poderes públicos, las cuotas son una herramienta que tienen los poderes públicos en determinados casos y bajo ciertas condiciones y que pueden o no actuar, o hacerlo de un modo u otro.
b) Necesidad: sólo podrá acudirse a la regulación por cuotas cuando no sea posible lograr el mismo objetivo de equiparación en un sector social determinado y en un tiempo razonable a través de las medidas menos extremas de acción positiva.
c) Objetividad: habrá de acreditarse objetiva y fehacientemente (a través de estadísticas comparativas) la desigualdad de hecho arraigada y profunda (esto es, la subrrepresentación femenina) en el ámbito concreto de la realidad social de que se trate.
d) Transitoriedad: la cuota tiene, por naturaleza, carácter transitorio. Su establecimiento y duración deberá limitarse estrictamente al periodo de tiempo necesario para lograr la igualación de las condiciones de vida entre hombres y mujeres en el sector social donde el colectivo femenino estuviera subrrepresentado. En todo caso, la discriminación positiva no puede actuar como una exclusión absoluta y permanente del sector de población excluido.

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 78

e) Legalidad: por afectar a una materia tan sensible para el Estado de derecho como son los derechos fundamentales, las discriminaciones positivas en el derecho público sólo podrían establecerse por ley (y ley orgánica: artículo 81.1 CE); únicamente el procedimiento legislativo asegura la pluralidad y publicidad necesarias para la adopción de tales medidas.

En definitiva, la técnica de la discriminación positiva implica dos consecuencias: un trato jurídico diferente y mejor a una persona o grupo respecto de otro similarmente situado y, de modo simétrico, un trato jurídico diferente y peor a otra persona o grupo. Las acciones positivas sólo desarrollan el primer efecto. Las discriminaciones positivas son siempre en realidad, y a pesar de su finalidad presuntamente benigna (la igualdad de oportunidades de las mujeres), discriminaciones directas (esto es, tratamientos jurídicos distintos y perjudiciales para alguien en razón de su sexo). Por el contrario, las medidas de acción positiva ni constituyen un trato perjudicial (aunque sea diferente) hacia los varones (en efecto, a las ventajas para las mujeres no les corresponden simétricos perjuicios para los hombres similarmente situados), ni constituyen una excepción de la igualdad sino, precisamente, una manifestación cualificada de la misma.

2a). En relación con las discriminaciones positivas hay que diferenciar entre electorales, laborales privadas, y de ingreso y promoción en la función pública (los tres escenarios típicos de las cuotas y preferencias, junto con el de acceso a la universidad pública). Cada uno de estos ámbitos conduce a resultados interpretativos distintos: las cuotas en el ingreso y promoción en la función pública serían conforme al derecho comunitario, bajo las condiciones establecidas en la doctrina *Marschall* del Tribunal de Justicia de la Unión (TJ) (aunque en nuestro ordenamiento sea muy difícil imaginar un supuesto en el que una mujer y un hombre puedan llegar a tener exactamente la misma capacidad y mérito para poder aplicar la regla preferente en favor de la mujer –regla que siempre debe dejar la puerta abierta a que circunstancias particulares que concurran en el candidato masculino que compite por el puesto hagan inclinar finalmente la balanza a su favor).

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 79

Llegados a este punto, resulta inevitable consignar las principales sentencias del Tribunal de Justicia sobre acciones y discriminaciones positivas:

a) *Sentencia Kalanke*, de octubre 17 de 1995. El conflicto derivaba de la provisión del puesto de jefe de sección del servicio de parques y jardines de la ciudad alemana de Bremen. Se presentaron los ingenieros señor Kalanke y señora Glissman. El artículo 4 de la ley del *Land* de Bremen relativa a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en la función pública establecía que al efectuar una selección de funcionarios (acceso y promoción) tendrían preferencia las mujeres frente a los varones con la misma capacitación en aquellos sectores en las que estuvieran infrarrepresentadas (esto es, cuando en la categoría de personal de un determinado servicio las mujeres no cubran, al menos, la mitad de los puestos). El órgano alemán de selección de funcionarios aplicó esta norma y negó la plaza al señor Kalanke, quien recurrió ante el tribunal de trabajo alegando que tenía una capacitación superior y que el sistema de cuotas era contrario a la Constitución alemana. Esta reclamación no prosperó en esa instancia y llegó al Tribunal Federal Superior de Trabajo, que plantea al TJ de la Unión la cuestión prejudicial, esto es, la duda de la compatibilidad de la ley alemana con la directiva 76/207. El TJ, sin demasiada argumentación, concluye que una regulación como la alemana, según la cual en una promoción las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan *automáticamente* de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo. Se pregunta después si el artículo 4.2 de la directiva podría amparar esta norma (como límite justificado): "la directiva no obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres". El Tribunal afirma (no lo comparto en absoluto) que este artículo 4.2 es "una excepción a un derecho individual consagrado por la directiva", por lo que "debe interpretarse restrictivamente" (párrafo 21), para concluir que "una normativa como la examinada, que garantiza una

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 80

preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción, va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el artículo 4.2" (párrafo 22). Sólo apunta, finalmente, un argumento: la norma alemana no es una medida de igualdad de oportunidades, sino de resultado.

b) *Sentencia Marschall*, noviembre 11 de 1997. En este caso (también suscitado en Alemania, aunque en otro *Land*, Nordrhein-Westfalia, y también planteado por un varón que se siente agraviado), el recurrente, profesor, no logra un ascenso porque, en aplicación del artículo 25.5 de la *Ley de Función Pública* del *Land* ("cuando en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, en igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor"), ascienden a una compañera mujer que tenía igual capacidad que él. Es un caso semejante a *Kalanke*, pero no idéntico porque la cuota no es automática en el caso de infrarrepresentación, sino que existe una cláusula de apertura: se establece una regla de preferencia a favor de las mujeres, pero pueden concurrir motivos en la persona de un candidato que inclinen finalmente la balanza a su favor. El Tribunal entiende por ello que no viola el principio de igualdad de trato de la directiva 76/207. Constata que, incluso en el caso de igual capacitación entre candidatos de diversos sexos, existe la tendencia a promover con preferencia a los hombres debido a determinados prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y la capacidad de las mujeres en la vida activa, del tipo, por ejemplo, de temor a que las mujeres interrumpan más frecuentemente su carrera, o a que, debido a las tareas del hogar y familiares organicen su jornada laboral de forma menos flexible o que se ausenten por embarazos, partos y lactancia. Por esta razón, el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades. De ahí que una norma como la alemana sea una medida legítima de igualdad de oportunidades (artículo 2.4 de la directiva) porque puede contri-

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 81

buir a servir de contrapeso a los efectos perjudiciales para las mujeres derivados de las actitudes y comportamientos descritos y a reducir de esa forma las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social. El artículo 2.4 (igualdad de oportunidades) tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social; entre otras, autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo –incluida la promoción– que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres.

Combinando la doctrina sentada en ambas sentencias (*Kalanke* y *Marschall*), el Tribunal de Justicia sienta su tesis: una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en los que se encuentran infrarrepresentadas debe considerarse compatible con el derecho comunitario: 1) cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos, y 2) cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones de naturaleza personal de todos los candidatos.

c) *Sentencia Badeck*, marzo 28 de 2000. Se plantea la posible contradicción con la directiva 76/207 de la *Ley del Land de Hesse* sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la administración pública (de 1993). El Tribunal utiliza el *test Kalamke/Marschall* a fin de enjuiciar diversas acciones positivas de esta Ley:

1. En caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo seleccionados y en sectores de la función pública de subrrepresentación femenina (grupo de la función pública donde haya menos puestos ocupados por mujeres que por hombres), tendrán preferencia las candidatas femeninas, salvo que se oponga a ello un

motivo de rango jurídico superior. El Tribunal se plantea si ésta es una regla de preferencia tipo *Kalanke* (prohibida) o tipo *Marschall* (admitida), concluyendo esto último. Primero, porque ya en la valoración de los méritos de los candidatos la ley alemana prohibía tener en cuenta criterios que, aunque formulados de forma neutra respecto al sexo, perjudican tradicionalmente a las mujeres, como situación familiar, ingresos del cónyuge, trabajo a tiempo parcial, permisos motivados por el cuidado de hijos o familiares necesitados. Tampoco se pueden tener en cuenta criterios que suelen favorecer a los hombres como la antigüedad, la edad y la fecha del último ascenso. Y sí se puede tener en cuenta la capacidad y experiencia adquiridas en el ejercicio del trabajo familiar en la medida en que tengan importancia para la aptitud, competencia y capacidad técnica de los candidatos. Segundo, porque aunque candidatos de distintos sexos tengan la misma calificación (aplicados los criterios anteriores), la preferencia por ellas no es absoluta porque puede haber "motivos de rango jurídico superior" (basados en la protección constitucional del Estado social y del matrimonio y la familia): puede darse una preferencia de cinco tipos: 1) a los antiguos miembros del personal de la administración que hayan cesado por razones de trabajo familiar; 2) personas que, por motivos de trabajo familiar, hayan ejercido una actividad a tiempo parcial y deseen volver a ejercer una actividad a tiempo completo; 3) militares que voluntariamente hayan cumplido un servicio de duración limitada más largo que el servicio obligatorio (con un mínimo de 12 años); 4) personas con discapacidad grave (la obligación de ascender a los miembros de este grupo prima sobre la de ascender a las mujeres), y 5) desempleados de larga duración.

2. Los objetivos del plan de promoción de la mujer para puestos de provisión temporal del servicio científico o para auxiliares científicos deben prever un porcentaje mínimo de personal femenino equivalente al menos a la proporción que las mujeres representan entre los licenciados, doctores o estudiantes de la respectiva especialidad. El Tribunal entiende que esta cuota mínima no

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 83

plantea objeciones porque es un régimen especial para el sector científico que no fija un límite absoluto, sino que se refiere al número de personas que hayan adquirido una formación profesional adecuada, lo cual significa asumir como parámetro cuantitativo un dato real con el fin de determinar la preferencia a favor de las mujeres.

3. En aquellas profesiones que requieren de una formación especializada donde las mujeres están subrrepresentadas, y respecto de las cuales el Estado no ejerce un monopolio de formación, deben reservárseles al menos la mitad de las plazas de formación. Según el Tribunal tampoco esta medida viola el derecho comunitario. Primero porque no se trata de una cuota rígida, ya que la ley alemana prevé que si, pese a divulgar la existencia de plazas disponibles de formación profesional las candidaturas femeninas fueran insuficientes, más de la mitad de las plazas podrían ser cubiertas por hombres. Segundo, porque lo que se reserva a las mujeres no son puestos de trabajo, sino plazas de formación profesional para obtener una cualificación con miras a un acceso posterior a puestos cualificados en la función pública. Tercero, porque se trata de formación que puede dispensarse también en el sector privado, por lo que ningún candidato masculino queda definitivamente excluido de la formación. Cuarto, porque esta medida forma parte de las destinadas a eliminar las causas de que las oportunidades de acceso al trabajo y al desarrollo profesional otorgadas a las mujeres sean menores y consisten, además, en intervenciones relativas a la orientación y formación profesionales, admitidas por el artículo 2.4 de la directiva (cuyo fin es mejorar la capacidad de la mujer de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres).
4. En caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo se debe garantizar que las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de presentación en los sectores en los que las mujeres estén infrarrepresentadas. Tampoco encuentra objeción alguna el Tribunal porque es una medida que, al garantizar que en el caso

de igual capacitación las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de presentación, está encaminada a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el sentido del artículo 2.4 de la directiva.

5. En el nombramiento de los órganos de representación de los trabajadores y los órganos de gestión y control, al menos la mitad de sus miembros deben ser mujeres. El Tribunal no la entiende contraria a la directiva, porque no tiene carácter imperativo (no puede aplicarse, por ejemplo, a los cargos atribuidos mediante elección).

d) *Sentencia Katarina Abrahamsson* (y otras), de julio 6 de 2000. La Universidad sueca de Göteborg ofreció un puesto de profesor de ciencias de la hidrosfera, indicando que podría aplicarse la discriminación positiva a favor de las mujeres en la provisión. Se presentaron ocho candidatos. La Comisión de Nombramientos de la Universidad efectuó dos votaciones. En la primera se tuvo en cuenta sólo la capacitación científica de los candidatos. En ella el señor Anderson resultó el primero y una mujer (señora Destouni) la segunda. En la segunda votación, que tenía en cuenta el reglamento sueco sobre la enseñanza superior (artículo 15 *bis*), que permite establecer en la provisión de puestos docentes la discriminación positiva con vistas a favorecer la igualdad en el medio laboral (un candidato que pertenezca al sexo infrarrepresentado y que posea la capacitación suficiente para el puesto podrá ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que en caso contrario habría sido designado, siempre que la diferencia entre las respectivas capacitaciones no sea tan considerable como para que la aplicación de dicha regla vulnere la exigencia de objetividad en el momento de la contratación), resultó más votada la señora Destouni y ésta fue la propuesta por el tribunal calificador. Pero la señora renunció. El Tribunal eligió a la segunda mujer mejor clasificada, la señora Fogelqvist, admitiendo que la diferencia entre el señor Anderson y ella era considerable, pero le era difícil interpretar el alcance del artículo 15 *bis* del reglamento citado. El rector nombró a la mujer afirmando que la diferencia entre ellos no era tan considerable, como para que la discriminación positiva a favor de la mujer vulnerara la exi-

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 85

gencia de objetividad en la provisión de puestos. El señor Anderson y la señora Abrahamsson (otra candidata) impugnaron la decisión. El Tribunal entiende que esta medida es contraria al derecho comunitario. Primero porque la normativa sueca, a diferencia de la alemana, permite dar preferencia a las mujeres incluso aunque no tengan la misma cualificación que sus competidores varones. Segundo porque la normativa sueca no establece criterios claros, precisos y transparentes que permitan control. Tercero, se concede una preferencia automática a las mujeres, incluso aunque tengan menos méritos, y no se consideran las situaciones particulares de orden personal de todos los candidatos. Esta medida, añade el Tribunal, es contraria al derecho comunitario por absoluta y desproporcionada, incluso aunque se aplicara sólo a ciertos puestos o a ciertas facultades.

e) *Sentencia Julia Schnorbus*, de diciembre 7 de 2000. La señora Schnorbus, alemana, planteó una demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Francfort del Meno por considerar que una ley del *Land* de Hesse, que regulaba el acceso a las prácticas jurídicas preparatorias que preceden al segundo examen de Estado de la carrera de derecho (en ese periodo, de dos años, hacen prácticas bajo el control de jueces, fiscales, etcétera; estas prácticas son remuneradas y quienes las realizan son funcionarios a título temporal), otorgaba prioridad a los candidatos que hubieran prestado el servicio militar. El Tribunal alemán planteó cuestión prejudicial. El Tribunal de Justicia europeo concluyó que es compatible con la directiva un trato favorable para los varones que hayan realizado 10 meses de servicio militar obligatorio, priorizándoles incluso sobre las candidatas mujeres para compensarlos de una desventaja objetiva, ya que el propio Estado les impone la obligación de hacer el servicio militar. Además, no sería una discriminación sexual directa porque se pospone a todos los que no hayan hecho el servicio militar, sean hombres o mujeres, pero sería una discriminación indirecta a favor de los hombres, que son los únicos legalmente sometidos a hacer el servicio militar (la medida afecta a una proporción netamente más elevada de personas de un sexo), aunque estaría justificada por razones objetivas e inspirada únicamente por la preocupación de contribuir a compensar el retraso

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 86

derivado de la prestación del servicio militar o civil obligatorio. Además, no es una preferencia absoluta para los varones, porque hay también otras reglas de preferencia (haber sido cooperante, tener una discapacidad grave, etcétera).

f) *Sentencia Lommers*, de marzo 19 de 2002. El señor Lommers es funcionario del Ministerio de Agricultura holandés. Su esposa es empleada por cuenta ajena. En 1995 él solicitó al Ministerio que reservara una plaza de guardería para su hijo que iba a nacer. Se le denegó la solicitud porque ello estaba reservado sólo para funcionarias (y a ellos sólo en caso de "urgencia"). El Tribunal entiende que esta medida no viola el derecho comunitario. Dado que: 1. la situación del personal en ese Ministerio demostraba una considerable infrarrepresentación de las mujeres (de 11,251 empleados sólo 2,792 eran mujeres) tanto en número como en presencia en los puestos de grado superior y que, 2. la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles para los hijos puede inducir a las trabajadoras a renunciar a su empleo, "procede señalar" que una medida como la controvertida se inserta en el marco de un concepto restringido de igualdad de oportunidades en la medida en que lo que se reserva a las mujeres no son puestos de trabajo, sino el disfrute de ciertas condiciones de trabajo destinadas a facilitar la continuación y el progreso en su carrera profesional y, por tanto, es una medida incluible en el artículo 2.4 de la directiva.

El Tribunal pasa, no obstante, a enjuiciar la proporcionalidad de la medida, considerando que: 1. a pesar de que pretende abolir una desigualdad de hecho no contribuye del mismo modo a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer (según el cual los hijos sólo o principalmente corresponden a sus madres), y no lo hace porque, en el contexto de una oferta insuficiente, existen listas de espera también para las funcionarias, de modo que ni siquiera ellas están seguras de poder obtener una plaza; 2. la medida no priva a los trabajadores de acudir a guarderías privadas (se apoya en la *Sentencia Badeck* respecto de la formación profesional); 3. los funcionarios pueden obtener plaza en situaciones de urgencia (como, por ejemplo, según tenía establecido el Ministerio, en el caso de que los funcionarios educaran solos a sus hijos –bajo tal circunstancia afirma el

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 87

Tribunal que si se les excluyera sí se violaría el derecho comunitario–); 4. el Tribunal no puede entrar a valorar si esta medida perjudicaría (discriminaría por razón de sexo) a la mujer del señor Lommers, que podría tener problemas para continuar su carrera profesional por tener que ocuparse de los hijos de corta edad, ya que el ámbito del examen sólo puede extenderse a los funcionarios del Ministerio (personas similarmente situadas).

En el ámbito laboral privado nada obsta, sin embargo, en mi opinión, sino todo lo contrario, para que las empresas, voluntariamente a través de la negociación colectiva, implanten un sistema de *targets*, es decir, la obligación asumida por el responsable de selección de personal de conseguir un determinado objetivo de redistribución por sexos en la empresa dentro de un plazo determinado (obligación que no configura un derecho subjetivo para las trabajadoras, sino *tan sólo* el deber de motivar el eventual fracaso en conseguir el resultado predeterminado). Este sistema de *targets* sería más bien una medida de acción positiva y no de discriminación positiva, como sí lo sería, por ejemplo, la obligación legal de que todas las empresas contrataran un determinado porcentaje de trabajadoras, medida que lesionaría, a mi juicio, el derecho a la libertad de empresa. En todo caso, se impone la distinción entre la fuente pública o privada, y el carácter imperativo o voluntario –incentivado o no–, de la medida de discriminación positiva; en principio, se presentan más obstáculos para admitir las discriminaciones públicas establecidas obligatoriamente. La licitud de las discriminaciones positivas electorales está expuesta también a no pocos problemas, entre otros, la posible violación del derecho de partidos, coaliciones, etcétera, a presentar los candidatos que deseen (se comprometerían las libertades de asociación e ideológica de los partidos), y la transformación, de modo indebido, del concepto vigente de representación parlamentaria. Frente a la problemática reforma legal que exigiera un determinado porcentaje de mujeres y/o varones en las listas electorales, la medida voluntaria del propio partido de presentar un porcentaje paritario de mujeres se presenta como la más adecuada y, desde luego, sin arista jurídica cortante alguna.

3a). Finalmente, hay que prestar atención cuidadosamente al tipo de grupo social en desventaja llamado a disfrutar de las medidas de trato preferencial: mujeres, minorías étnicas, personas con discapacidad, etcétera. La distinta naturaleza de la discriminación que sufre cada grupo social en desventaja justifica un cierto tipo de medidas en favor de la igualdad de oportunidades de sus miembros, pero no otras, configurando un particular derecho antidiscriminatorio. A estos efectos puede resultar útil el análisis que el derecho estadounidense (el pionero y más desarrollado en el campo del derecho antidiscriminatorio)[38] efectúa del concepto de "grupo desaventajado" como sujeto de alguna prohibición específica de discriminación. Dos teorías principales compiten en mostrar la naturaleza de la "desventaja" a considerar: la del proceso político, de John Hart Ely (1980: 82) y la teoría del estigma, de Kenneth Karst (1977:91). Elegir una u otra opción puede conducir a resultados interpretativos distintos. Tomemos el ejemplo de una eventual discriminación positiva electoral en favor de las mujeres. Dado que el proceso electoral está formalmente abierto a todas las mujeres de idéntico modo que a todos los varones y dado que ellas no son una minoría ni en sentido cuantitativo (al revés: estadísticamente son la mayoría de la población) ni cualitativo (pues dentro del genérico "mujeres" se incluyen mujeres sin recursos, pero también ricas, mujeres analfabetas, pero también mujeres formadísimas, etcétera), el establecimiento de una cuota electoral podría considerarse, desde la teoría de Ely, una medida paternalista que viola, por ello, el derecho del artículo 14 CE según el criterio que utiliza el TC (STC 128/1987 y ss: *test* de la medida de acción positiva o compensadora –legítima– *versus* paternalista o falsamente protectora –ilegítima–). Si las mujeres son la mayoría de la población, eso quiere decir que disponen de más de la mitad de los votos: nada obsta a su participación en el proceso electoral para que puedan protegerse por sí mis-

[38] Pues allí la idea de "igualdad" ha estado ligada desde el origen a una noción *jurídica* de prohibición de discriminación, la racial, mientras que en Europa el surgimiento y evolución de la idea han sido ante todo *políticos,* en paralelo a la abolición de los privilegios de la aristocracia primero (finales del siglo XVIII) y a la irrupción en la historia del proletariado y su lucha por hacerse un hueco en ella después (finales del siglo XIX). Por supuesto, también en estas categorías se produce una confluencia entre Europa y Estados Unidos, sobre todo tras la segunda gran guerra.

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 89

mas. La teoría del proceso político, formulada en la nota a pie de página cuarta de la *Sentencia Carolene Products vs. US* (1938, ponente: Stone),[39] y retomada por John H. Ely (1980), milita en contra de las discriminaciones positivas electorales en favor de mujeres (no así de otros grupos, como los gitanos, por ejemplo). Según Ely, la disposición constitucional de la igualdad concierne principalmente a la protección por los jueces de aquellos grupos minoritarios que son incapaces por sí mismos de defenderse en la arena política a causa de su privación de derechos o por sufrir estereotipos negativos. Pues bien, a diferencia de lo que ocurre con las razas minoritarias, ejemplos de prejuicio en primer grado son obviamente raros,[40] aunque ciertos estereotipos (típicamente que el lugar de la mujer es el hogar y el del hombre la tribuna, el taller y el escaño) han estado vigentes durante mucho tiempo entre la población masculina (y todavía no han sido desarraigados del todo). Admitido esto no está claro, sin embargo, el grado de "insularidad" o aislamiento de las mujeres: el contacto entre mujeres y hombres a duras penas puede ser mayor. Nunca ha habido, a diferencia de lo que ocurre con los homosexuales, *mujeres en el armario*. Y, además, las mujeres disponen de la mitad de los votos de la población, por lo que tampoco carecen de voz. Y, por tanto, aunque muchas mujeres hayan podido interiorizar su posición social subordinada en el pasado, "dado que están ahora en posi-

[39] De acuerdo con ella, la presunción de inconstitucionalidad de las leyes puede limitarse, a través de un control judicial más riguroso, en la hipótesis de aquellas normas que perjudican la participación en el proceso político de toma de decisiones a las minorías *discrete and insular*, "aisladas y sin voz". Seis años después de apuntado este criterio, se aplica en *Korematsu v. US.*, en la que por primera vez se utiliza el criterio del *strict scrutiny test* para enjuiciar una ley que restringía las libertades de un grupo racial particular (los ciudadanos estadounidenses de origen japonés). Aunque el Tribunal Supremo apreció finalmente el valor superior de la seguridad nacional en tiempo de guerra, es claro que la medida impugnada, consistente en confinar a este grupo en una especie de campos de concentración, era discriminatoria por *under inclusive* (no se hacía con los estadounidenses de origen alemán, por ejemplo) y por *over inclusive* (es mucho suponer que detrás de todo oriundo japonés hay un potencial espía o saboteador: es claro el sesgo racista del confinamiento).

[40] Ely argumenta (1980:257, nota 94) que "la frase: 'algunos de mis mejores amigos son negros' puede llegar a ser una parodia de la hipocresía blanca, pero el mejor amigo de la mayoría de los hombres es realmente una mujer, lo que elimina la hostilidad real que persiste entre las razas".

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 90

ción de defenderse por sí mismas no tendríamos que ver en el futuro el tipo de discriminación oficial por género sexual que ha marcado nuestro pasado". En definitiva, "si las mujeres no se protegen a sí mismas de la discriminación sexual en el futuro no será porque no puedan; será por otra razón que elijan"; en cuyo caso, "muchos condenaríamos una elección así, pero eso no la convierte en un argumento constitucional".

Sin embargo, si acogiéramos la doctrina del estigma de Kenneth L. Karst, con su subrayado en la asimilación subjetiva de la situación de inferioridad por parte del individuo del grupo social en desventaja, se podría llegar a la conclusión contraria, es decir, que una medida de discriminación positiva en favor de las mujeres en el ámbito de la representación electoral podría ser necesaria para remover ese obstáculo de la plena participación.

Orientación bibliográfica básica

Sobre el concepto jurídico de igualdad

ALEXY, R.
1993 *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA
1997 *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales/*Boletín Oficial del Estado* (BOE), Madrid.

BILBAO UBILLOS, JOSÉ MARÍA Y FERNANDO REY MARTÍNEZ
2003 "El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española", en Miguel Carbonell (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México DF, pp. 105 y ss.

DENNINGER
1994 "La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica", en *Revista de Estudios Políticos* (*REV*), núm. 84, pp. 69 y ss.

HART ELY, JOHN
1980 *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Boston.

JIMÉNEZ CAMPO, J.
1983 "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, pp. 71 y ss.

MARTÍNEZ J. I.
1991 "El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho", en varios autores, *El principio de igualdad en la Constitución española*, vol. 1, Madrid.

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 92

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. Y MA. F. FERNÁNDEZ
1986 *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid.

RUBIO LLORENTE, F.
1993 "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", en *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 637 y ss.

RUÍZ MIGUEL, A.
2003 "Sobre el concepto de igualdad", en Miguel Carbonell (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, CNDH, México DF, pp. 31 y ss.

1994 "Discriminaciones inversas e igualdad", en *El concepto de igualdad*, Madrid, p. 81.

JOSEPH TUSSMAN Y JACOBUS TENBROEK
1949 "The Equal Protection of the Laws", en *California Law Review*, vol. XXXVII, núm. 3, pp. 341 y ss.

WESTEN, P.
1982 "The Empty Idea of Equality", en *Harvard Law Review*, vol. 3, pp. 537 y ss.

Sobre la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo

BARRÉRE UNZUETA, MARÍA ÁNGELES
1997 *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva*, Civitas, Madrid.

BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA
2000 "Prohibición de discriminación y autonomía privada", en *Los Alardes: una perspectiva jurídica*, Irún, pp. 97-120.

ELÓSEGUI ITXASO, M.
2003 *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 93

GIMÉNEZ GLUCK, D.
1998 *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS
1932 *Proceso histórico de la Constitución de la República Española*, Madrid.

KARST, KENNETH
1977 "The Supreme Court 1976 Term, Foreword: Equal Citizenship under the XIV Amendment", *Harvard Law Review*, núm. 1.

MARTÍN VIDA, MARÍA ÁNGELES
2000 *Las medidas de acción positiva: fundamento y límites constitucionales*, tesis doctoral, Granada.

REY MARTÍNEZ, FERNANDO
2004 "El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo", en *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, pp. 23-108.
2003 "Igualdad, prohibición de discriminación por razón de sexo y derechos sociales", en Ingo Wolfgang Sarlet (coord.), *Directos fundamentais sociais: estudos de directo constitucional, internacional e comparado*, Ed. Renovar, Río de Janeiro y Sao Paulo, pp. 395-436.
2002 "El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo", en *Género y derechos humanos*, Mira Editores, 2002, pp. 79-103.
2000a "La discriminación por razón de sexo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Ana Cristina Rodríguez Yagüe y Silvia Valmaña Ochaíta (coords.), *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 75-93.
2000b "Principales problemas jurídico-constitucionales que afectan a las mujeres en las relaciones de trabajo", en *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 409-495.

1MIRA 7/4/05 1:10 PM Page 94

2000c "El Alarde de Irún y la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo", en *Los Alardes, una perspectiva jurídica*, Casino de Irún, Irún, pp. 85-96 (también publicado, parcialmente, en la revista jurídica *Aequalitas*, núm. 3, Zaragoza, 2000, pp. 28-32).

2000d "Democracia y participación política de la mujer", "La discriminación por razón de sexo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", "Significado del principio de igualdad y del derecho fundamental a no ser discriminado", "Las medidas de acción positiva" y "Democracia y participación política de las mujeres", en *Mujer y sociedad*, Junta de Castilla y León, Valladolid, pp. 137-208.

2000e "Presentación del estudio: objetivos, metodología, resultados", en *Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva de Castilla y León*, pp. 3-22.

2000f "Jurisprudencia norteamericana reciente sobre la *Affirmative Action* basada en el género", en *Aequalitas*, mayo, pp. 6-11.

2000g "La prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo", en *La Ley*, febrero, pp. 1-5.

1999 "Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución", en *Aequalitas*, mayo, pp. 52-59.

1996 "La discriminación positiva de mujeres", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, mayo-agosto, pp. 309-332.

1995 *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, MacGraw-Hill, Madrid.

ROYO VILLANOVA, A.

1934 *La Constitución española de 9 de diciembre de 1931 con glosas jurídicas y apostillas políticas*, Imprenta Castellana, Valladolid.

RUIZ DEL CASTILLO, CARLOS

1939 *Manual de Derecho Político*, Ed. Reus, Madrid.

VARIOS AUTORES

2002 *Género y derechos humanos*, Zaragoza, Mira Editores.

2000 *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Sobre los autores

MIGUEL CARBONELL
Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, donde también se desempeña como coordinador del área de Derecho Constitucional. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Su último libro es *Los derechos fundamentales en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Porrúa, 2004.

FERNANDO REY MARTÍNEZ
Doctor en derecho por la Universidad de Valladolid (UVA), donde imparte cátedra desde 1986. Autor de los libros *El derecho de propiedad privada en la Constitución española*, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo* y *La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo*; además, es autor de más de 30 capítulos de libros y artículos de revistas especializadas. Ha obtenido innumerables premios por su trabajo, entre ellos el de la revista jurídica *La Ley* y los premios extraordinarios de Licenciatura y Doctorado de la Facultad de Derecho de la UVA. Actualmente es coordinador del programa de doctorado del Departamento de Derecho Constitucional en dicha casa de estudios.

El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo,
colección "Miradas", número 1, editado por la
Dirección General Adjunta de Vinculación,
Programas Educativos y Divulgación, del Consejo Nacional
para Prevenir la Discriminación (CONAPRED)
se terminó de imprimir en julio de 2005
en Impresora y Encuadernadora Progreso SA,
tirándose 3,000 ejemplares más sobrantes para reposición.