

“LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE SUS DIFERENTES SIGNIFICADOS”

MONTSERRAT COMAS D'ARGEMIR I CENDRA

Magistrada

Vocal del Consejo General del Poder Judicial

Vocal de la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial

Presidenta del Observatorio contra la Violencia doméstica y de Género

gloria.ferratges@cgpj.es

SUMARIO

- 1.- Introducción. Breve radiografía de la discriminación de la mujer a nivel internacional
- 2.- Normativa internacional de la Asamblea General de Naciones Unidas
 - 2.1 La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW)
 - 2.2 IV Conferencia internacional sobre la mujer en el mundo. Declaración y plan de acción. Beijing, 1995
- 3.- La Igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea. Evolución de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)
- 4.- La prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho y Jurisprudencia Constitucional
 - 4.1 Evolución de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto al art. 14 CE
- 5.- La Ley para la Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres, LO 3/2007, de 22 de marzo
 - 5.1 El principio de igualdad de trato y de oportunidades
 - 5.2 Discriminación directa y discriminación indirecta
 - 5.3 Medidas de acción positiva

1. Introducción: Breve radiografía de la discriminación de la mujer a nivel internacional.

El principio normativo de igualdad está en la base de la construcción del Estado moderno. Con anterioridad a la Revolución francesa solo estuvo presente en el pensamiento filosófico. Su primera concepción procede de la revolución liberal y ha sido incorporada en la tradición constitucionalista liberal del S XIX: los burgueses liberales, por exigencias del sistema de relaciones económicas, incorporan el principio de igualdad en la ley, entendida como principio exclusivamente formal. El S. XX incorpora otro modo de entender la igualdad, al constatar que su anterior concepción formal no había terminado con las desigualdades sociales. Del constitucionalismo liberal de la igualdad a la configuración de un derecho fundamental tutelable, su sentido ha ido evolucionando a medida que los derechos se han hecho más universales. **No es hasta el final de la Segunda Guerra Mundial que se incorpora a las Constituciones europeas las prohibiciones de discriminación por una serie de rasgos, entre ellos, el sexo. Sin embargo, 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 y la más primaria, porque siempre se añade a todas las demás¹.** Son las relaciones patriarcales basadas en la supuesta superioridad del hombre sobre la mujer las que se han venido perpetuando durante décadas. Responden a una construcción social que ha potenciado un reparto desigual de las actividades productivas, creando unos roles sociales asignados en función del sexo, en el que las mujeres han estado muchos años relegadas a las labores domésticas. Es en el marco de la cultura patriarcal donde se ha desarrollado además la violencia masculina, al ser ésta el instrumento más expeditivo para controlar las relaciones de poder.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 10 de Diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que supuso un paso importantísimo en la internacionalización de los derechos humanos, en la defensa de los ideales de la Justicia, Libertad y Paz. En sus artículos primero y segundo se establece el valor supremo de la igualdad de todas las personas en dignidad y derechos, sin que pueda hacerse distinción alguna en función del sexo². Transcurridos casi sesenta años desde su aprobación, la realidad social demuestra que diariamente se violan en el mundo los derechos humanos de millones de

¹ Rey Martínez, Fernando en “*El Derecho Fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*”. McGraw Hill, Interamericana, S.A. 1995, pág. 1

² Artículo 1 de la Declaración Universal Derechos Humanos de 1948 “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.....*”.

Art. 2 *Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo,...*”

mujeres, al persistir en todas las sociedades situaciones discriminatorias por razón de sexo en todos los ámbitos, entre los cuales se significan los siguientes:

- *Educación:* 1 de cada 5 niñas de los países en desarrollo no terminan la educación primaria y sólo un 43% acuden a la escuela secundaria. En Europa o en países desarrollados las desigualdades se demuestran en la llamada segregación ocupacional: sólo 1 de cada 10 diplomadas lo es en estudios técnicos. Y más de la mitad de las mujeres se concentran en la enseñanza, humanidades y salud.
- *Empleo:* En el 2005 las mujeres constituían el 40% de la población económicamente activa, aunque las tasas de empleo varían de forma muy significativa según el grado de desarrollo de los países: en los países árabes sólo un tercio de las mujeres son económicamente activas y en América Latina y Asia meridional menos de la mitad.
- *Trabajo productivo no remunerado en el hogar:* En la India las mujeres le dedican 35 horas semanales mientras que los hombres 4. El desequilibrio del reparto de las tareas domésticas y familiares conlleva que en Europa muchas mujeres trabajen a tiempo parcial (32,9% en 2006 frente al 7,7% de los hombres) y opten por modalidades de trabajo flexible.
- *Retribución:* El salario mínimo de la mujer es inferior en un 20% al del hombre en varios países. En Europa el salario de las mujeres supone un 80% del que perciben los hombres por igual trabajo.
- *Ámbito social:* el riesgo de pobreza de las mujeres mayores de 65 años es del 20% en Europa, 5 puntos más que en los hombres, mientras que el de las familias monoparentales (la gran mayoría mujeres) es del 34%.
- *Violencia de género:* una de las manifestaciones más brutales de situaciones de discriminación. Millones de mujeres sufren violencia de género en todos los ámbitos: en el familiar (homicidios, malos tratos físicos y psíquicos, coacciones, amenazas, abuso sexual de las niñas), en el cultural-religioso (mutilación genital femenina, exclusión social) y socio-económico (explotación laboral y sexual). Denominamos violencia de género a la violencia ejercida por hombres contra mujeres, fruto de relaciones de poder, de dominio, y de posesión. El origen de este tipo de violencia, entre otros factores se encuentra, en la historia y en la cultura. Son los patrones culturales machistas –de discriminación hacia la mujer-, profundamente enraizados

en todas las sociedades, los que explican la permisividad social durante décadas de la violencia masculina. Estamos ante un problema de carácter universal, que afecta a todos los países y culturas. UNICEF sitúa en un 20% la población femenina que sufre algún tipo de violencia, incluyendo en este porcentaje además de las muertes y de los malos tratos físicos y psíquicos, las agresiones sexuales y las ablaciones de genitales. Por eso la Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en septiembre de 1995 afirmó que la violencia contra la mujer es el crimen más encubierto y más numeroso del mundo. Según el Consejo de Europa cada 18 minutos una mujer es maltratada en el mundo³. Unas breves pinceladas de la radiografía de este problema demuestran que:

- Para las mujeres entre 15 y 44 años de edad, la violencia constituye una importante causa de muerte y discapacidad⁴.
- En todo el mundo 1 de cada 5 mujeres es víctima de *violación* o de intento de violación en el transcurso de su vida.
- Hasta 2006, 93 países habían estipulado la prohibición de la *trata* de personas⁵, que afecta fundamentalmente a niñas y mujeres.
- Más de 130 millones de niñas y mujeres han sufrido “Mutilación Genital Femenina”, principalmente en África y algunos países de Oriente Medio, y cada año dos millones de niñas corren el riesgo de sufrirla.
- Más de 5.000 mujeres en el mundo han sido asesinadas por sus propios familiares-hombres por haber “agraviado el honor de la familia” acusadas de adulterio o por sospecha de haber mantenido relaciones sexuales prematrimoniales.
- El 70% de las bajas en los últimos conflictos armados han sido de no combatientes, en su mayoría mujeres, niños y niñas. Además, las mujeres se han convertido en una táctica de guerra siendo violadas, sometidas a embarazos forzados, abusos y esclavitud sexuales⁶.

³ Discurso del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa en la Conferencia de Lanzamiento de la Campaña para combatir la violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica. Madrid, 27 de noviembre de 2006.

⁴ Estudio sobre datos del Banco Mundial de 1994: de los 10 factores de riesgo que enfrentan las mujeres de esta franja de edad, la violación y la violencia doméstica se ubican antes que el cáncer, los accidentes de tráfico, la guerra y la malaria. Además estudios más recientes de Naciones Unidas indican una alta correlación entre sufrir violencia con el riesgo de infección del VIH/SIDA.

⁵ Según el Estado de la Población Mundial de la ONU, publicado en 2006, se calcula que el número de personas víctimas de trata oscila entre 500.000 y dos millones por año, mientras que algunas organizaciones calculan que alcanza a 4 millones.

⁶ En Ruanda hasta medio millón de mujeres fueron violadas durante el genocidio de 1994 y 60.000 en la guerra en Croacia y Bosnia-Herzegovina, 64.000 en Sierra Leona, etc.

- En España, a pesar del gran avance en la incorporación de la mujer en el mundo del trabajo, en la actualidad la tasa de actividad femenina es 22,28 puntos inferior a la masculina; asimismo las mujeres perciben un salario con una media de un 28,9% menos que los varones; ocupan puestos inferiores y peor cualificados que los varones. No existe igualdad en el acceso a puestos de decisión en el ámbito político, económico, y socialmente se está lejos de alcanzar el principio de corresponsabilidad entre mujeres y hombres en las tareas domésticas. Además las cotas de violencia de género son muy altas. Sólo, en cifras mortales en los últimos siete años desde el 2001 al 2007 han muerto asesinadas en el ámbito de la pareja o ex pareja 425 mujeres y una media de 120.000 denuncias por actos violentos se investigan anualmente en los Juzgados especializados de Violencia sobre la Mujer en toda España.

Gracias a la invitación que me han cursado las profesoras que han organizado este Seminario Internacional en el marco de los XXVII Cursos de verano de la UPV/EHU en San Sebastián, me propongo en esta ponencia marco hacer un breve repaso de la evolución de las modificaciones legislativas frente a la “discriminación por razón de sexo”, y sus distintos significados en el marco legislativo internacional de Naciones Unidas, en el derecho comunitario de la Unión Europea y en el marco constitucional y legislativo español, LO 3/2007 de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva entre hombres y mujeres, con alguna referencia a la Ley autonómica 4/05, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, aprobada por el Parlamento Vasco. No se aborda en esta ponencia ningún tema referido a la representación política de las mujeres y que ha sido objeto de regulación en las referidas leyes por desbordar el ámbito de este trabajo.

2. Normativa internacional de la asamblea general de Naciones Unidas.

A la vista de la anteriormente descrita deplorable situación la ONU, a lo largo de su historia, ha acordado distintas Convenciones Internacionales, para promover el avance en la igualdad de las mujeres. Su importancia reside en los efectos jurídicos vinculantes que despliegan, una vez ratificadas por los Estados Parte, al pasar a formar parte de la normativa jurídica interna de cada país. En el siguiente apartado se analizan las dos principales Convenciones Internacionales más relevantes para combatir las distintas discriminaciones que sufren las mujeres a nivel mundial, y que forman parte del ordenamiento jurídico interno español en virtud del art. 10.2 CE.

2.1 La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW⁷)

Esta importante Convención fue *aprobada por la Asamblea General en su Resolución A/34/180, de 18 de diciembre de 1979* y constituye el gran instrumento universal específicamente referido a los derechos de las mujeres. **Parte del reconocimiento de dar una respuesta legal decidida a la discriminación no por razón de sexo, porque no es un fenómeno bilateral y simétrico, sino a la discriminación contra las mujeres, que son las que han sido históricamente marginadas por tal razón.** Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981, mediante la ratificación de 20 países, que en la actualidad se han ampliado a 185. **España la ratificó en 1984⁸.**

La Convención tiene carácter vinculante y se compone de un preámbulo y treinta artículos. **En su artículo primero se entiende por discriminación: “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.** Para ello se incluyen en los siguientes preceptos las medidas que los Estados deben adoptar. Entre ellas:

1. La incorporación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en la Constitución y en las leyes.
2. La protección jurídica de los derechos de la mujer a través de los Tribunales.
3. Medidas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualquier persona, organización o empresa.
4. El reconocimiento de la maternidad como función social, estableciendo medidas que contribuyan a la conciliación entre la vida profesional y la familiar. La inclusión de la llamada paternidad responsable, así como la responsabilidad compartida en el cuidado, educación y desarrollo de sus hijos.

⁷ Esta sigla es de uso corriente en las Naciones Unidas y corresponde al título de la Convención en lengua inglesa: “*Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women*”.

⁸ Con una sola reserva, referida a lo previsto en la Constitución Española sobre la sucesión a la Corona de España (Art. 57.1 CE).

En el ámbito político: se reconoce a las mujeres el derecho a ser electoras y elegibles, su participación en cargos públicos gubernamentales y en organizaciones internacionales, en igualdad de condiciones con los hombres.

En el ámbito educativo: reconocimiento de las mismas condiciones de orientación profesional y acceso a todos los niveles educativos, becas, programas, y la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en los libros y programas de enseñanza.

En el ámbito laboral: derecho a las mismas oportunidades en el empleo, derecho a promoción, formación, igual remuneración, prestaciones sociales, igualdad de trato, y derecho a la protección de la seguridad y salud, con especial incidencia en la protección por las funciones reproductivas, prohibición de despido, implantación de la licencia por maternidad.

En el ámbito legal: se reconoce la igualdad de hombre y mujer ante la ley, igual capacidad jurídica para el ejercicio de los derechos civiles e igual legislación relativa a la libre circulación, residencia y domicilio. Para su consecución **admite la licitud de las medidas de acción positiva a favor de las mujeres, siempre que revistan carácter temporal, es decir, que cesen cuando se hayan alcanzado los objetivos previstos.**

En el ámbito familiar: se reconoce el derecho a contraer matrimonio, a elegir libremente cónyuge, a decidir el número de hijos, y los mismos derechos que los hombres en materia de propiedad, compras, gestión de bienes, etc.

Un paso significativo en esta Conferencia respecto a las anteriores consistió en entender que no son las mujeres las únicas destinatarias de las líneas de actuación que se proponían, sino la sociedad en su conjunto, porque el futuro de ésta y el pleno desarrollo social y económico no se producirá sin contar con la plena participación de las mujeres. Por eso el tratamiento de las políticas de mujer no puede ser sectorial, sino que tiene que ser transversal, integrado en el conjunto de las demás políticas. **De esta Conferencia nace el principio de “mainstreaming o transversalidad de género”, entendiéndolo que la igualdad entre los géneros solo puede lograrse cuando este objetivo se extienda a todos los niveles y sectores de la política y a todos los procesos de toma de decisiones.**

Este principio se incorporó posteriormente en 1995 a la política de la Unión Europea y en 1996 al Tratado de Ámsterdam.

Uno de los aspectos de mayor interés fue la creación del Comité del CEDAW –compuesto por 23 expertos- para examinar y vigilar los progresos realizados por los Estados Partes en la aplicación de las medidas y disposiciones de la Convención. En su elección, con un mandato de cuatro años, se tiene en cuenta la equitativa distribución geográfica y la representación de la diversidad de civilizaciones y sistemas jurídicos. Examina las comunicaciones con toda la información aportada por las personas, organizaciones y por el Estado Parte interesado y emite su opinión con sus recomendaciones después de una investigación. A los seis meses el Estado Parte deberá remitir información sobre las medidas que haya adoptado a partir de las recomendaciones del Comité.

Al considerarse insuficiente la anterior vía, el 6 de octubre de 1999 se aprobó además el Protocolo Facultativo de la CEDAW, que permite presentar quejas o comunicaciones de personas y organizaciones, e investigar los casos de violaciones de derechos humanos de las mujeres. Este mecanismo es facultativo al no estar obligados a firmarlo los Estados parte en la Convención, aunque ello no exime de las obligaciones contenidas en la Convención. Hasta la fecha 90 estados parte países lo han ratificado. España lo hizo en 2001.

2.2 IV Conferencia internacional sobre la mujer en el mundo. Declaración y Plan de acción. Beijing, 1995.

Las Naciones Unidas han venido convocando desde 1975 varias Conferencias Mundiales sobre la Mujer, al evidenciar que las normas por sí mismas no son suficientes para garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Concebidas como foros de debate internacional, elaboran además planes de acción para el avance de la mujer en todas las esferas de la vida pública y privada. Las más relevantes han sido: México, 1975; Copenhague, 1980; Nairobi, 1985; Beijing, 1995; Beijing +5 y Beijing +10. Todas ellas expresan los cambios evolutivos a favor de la plena participación de las mujeres en todos los ámbitos. La que ha tenido más repercusión internacional es la IV Conferencia Internacional sobre la Mujer en el Mundo celebrada en Pekín en 1995.

Si en la Conferencia de Nairobi de 1985 se apuntaba ya la importancia de la presencia y decisiones de las mujeres en todas las instancias, en Beijing se logra un cambio fundamental: los Gobiernos se comprometían a incluir de manera efectiva una dimensión de género en todas sus instituciones, políticas legislativas, procesos de planificación; y ello requiere una reconstrucción del sistema que tenga en cuenta por igual las necesidades de los hombres y las mujeres. Por eso algunos consideran que esta Conferencia supuso el triunfo del “feminismo de

Estado”⁹. En la Conferencia se reafirma el compromiso de los Gobiernos en la plena implementación de los derechos humanos de las mujeres y niñas, como parte indivisible de los derechos humanos y libertades fundamentales, igualdad de derechos y dignidad humana, y el “empoderamiento de las mujeres”.

La participación fue un éxito: 17.000 personas en representación de 189 Gobiernos. El Foro de ONGs que se celebró paralelamente contó con la asistencia de 35.000 personas más. Tanto la Declaración como la Plataforma de Acción, fueron aprobadas por unanimidad y se convirtieron en un programa para la potenciación del papel de la mujer, decisivo para el siglo XXI. Los principales objetivos estratégicos acompañados de las respectivas medidas se centraron en:

- 1) La adopción de medidas integradas para prevenir y eliminar la violencia contra las mujeres
- 2) Estudiar las causas y consecuencias de la violencia y la eficacia de las medidas de prevención
- 3) Eliminar la trata de mujeres y prestar asistencia a las víctimas de la violencia derivada de la prostitución y la trata de mujeres
- 4) Medidas de acción positiva para favorecer la presencia de mujeres en el poder y en la toma de decisiones.

Es además en esta IV Conferencia donde se acuñó el término violencia de género. El vocablo “género” se utiliza para mostrar que las desigualdades entre hombres y mujeres se han construido históricamente como consecuencia de causas culturales y no por las diferencias biológicas. A diferencia del término “sexo” que se refiere a diferencias biológicas, el término “género” conecta con el principio de igualdad y expresa que las discriminaciones han sido creadas en la cultura y en la historia.

⁹Lousada Arochena, José Fernando en *“El principio de transversalidad de la dimensión de género”*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2008. Pág.10

3. La igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea. Evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

En las políticas comunitarias en el desarrollo normativo frente a la discriminación por razón de sexo, puede hablarse de tres etapas:

- a) Hasta 1990, en la que abordó la igualdad de trato en el ámbito laboral.
- b) A partir de 1990, existe un claro avance hacia la acción positiva de los Poderes Públicos a favor de la mujer mediante la adopción de medidas estructurales que permitan el aumento de la participación de la misma en las diferentes actividades sociales y la igualdad real entre hombres y mujeres.
- c) La etapa actual que no cuenta todavía con jurisprudencia, está presidida por las políticas de la *transversalidad* acordadas en la Conferencia de Pekín de 1995 y puede resumirse por «*la incorporación automática y sistemática de los problemas de género a todas las instituciones y políticas de un gobierno*».

En el Derecho de la Unión Europea, tanto en su formulación normativa (Derecho originario y derivado) como en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), se ha consagrado la progresiva profundización del principio de igualdad. De esta forma, en el artículo 2 del Tratado de la Unión, la igualdad se configura como principio general inspirador y fundamental de este ordenamiento, de sus objetivos y determinante, en cuanto a su respeto y garantía por los Estados, de la concurrencia de los requisitos para nuevas incorporaciones de Estados.

La conveniencia de ahondar en la acción positiva, estableciendo un reconocimiento normativo en el derecho comunitario, dio un paso adelante a partir de la introducción en el Tratado de Ámsterdam de un apartado 4 al artículo 141 del TCEE (RCL 1999, 1205 ter y LCE 1997, 3695), donde se establece que, «*con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales*». De este modo, la acción positiva, reconocida en el derecho comunitario originario, no es una excepción al principio de igualdad, sino una garantía en la práctica de la plena igualdad entre hombres y mujeres.

Tal norma, a pesar de su redacción aparentemente neutra se habla del sexo menos representado—, se debe entender completada con lo dispuesto en la Declaración número 28 del Tratado de Ámsterdam, donde se afirma que, *«al adoptar las medidas mencionadas en el apartado 4 del artículo 141 del TCEE, los Estados miembros deberán en primer término aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral»*.

Sostiene María Ángeles Barrera Vinzueta¹⁰ que “a la vista de este articulado se ha sostenido que, a través del mismo: 1) se ha superado el contenido estrictamente economicista del tratado de Roma, que, como es sabido, contemplaba únicamente la igualdad entre hombres y mujeres en materia de retribución; 2) por primera vez, en el Derecho originario de la UE se introduce, junto al principio de igualdad de trato, el principio de igualdad de oportunidades; 3) parece instaurarse la obligación de que las instituciones comunitarias lleven a cabo medidas de acción positiva a favor de las mujeres (“adoptará medidas”); y 4) se viene a reconocer la legitimidad de tales medidas configuradas por los Estados miembros. Por lo demás, la importancia del último de los apartados es reseñable en tanto su literalidad se ha convertido recientemente en el único referente de Derecho comunitario vinculante en materia de acción positiva.

Las principales Directivas acordadas por el Consejo de la Unión en esta materia son:

- Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
- Directiva 2002/73/CE del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a 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, y a las condiciones de trabajo.
- Directiva 2004/113/CE, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

¹⁰ Barrera Vinzueta, María Ángeles. “La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión”. Jornadas sobre “Políticas locales para la igualdad entre mujeres y hombres”. Palacio de Congresos de Europa, Vitoria-Gasteiz, 11, 12 y 13 de diciembre de 2002.

La jurisprudencia del TJCE ha venido evolucionando conforme ha ido cambiando la normativa, pudiéndose resumir en muy grandes rasgos en los siguientes principios¹¹:

1º La igualdad entre hombre y mujer es un principio básico del ordenamiento comunitario de forma que, como derecho fundamental de la persona, sus excepciones se interpreten restrictivamente (Sentencias *Defrenne* y *Thomas*).

2º Son admisibles las medidas de acción positiva favorables a la mujer en cuanto sexo más discriminado e infra representado en el mundo laboral.

3º Estas medidas pueden favorecer laboralmente a la mujer en caso de igualdad de méritos entre candidatos, pero no si falta este requisito en cuyo caso el trato distinto sí es contrario a la igualdad (Sentencias *Kalanke* y *Marshall*).

4º Los Tratados prohíben la discriminación directa e indirecta (Sentencias *Meyers* y *Kording*).

Por discriminación indirecta de la mujer entiende el Tribunal que es aquella que se deriva de normas en principio neutras, aplicadas con independencia del sexo, pero que en la realidad afectan negativamente a un número mayor de mujeres que de hombres, salvo que tal previsión esté justificada en factores objetivos y ajenos a toda discriminación (Sentencias *Meyers*, de 13 de julio de 1995 y *Van Damme*, de 1 de febrero de 1996). Un ejemplo de esta doctrina son las Sentencias *Sievers*, *Schrage* y *Schröder*, todas de 10 de febrero de 2000, que califican de discriminación indirecta el reconocimiento por la empresa de una pensión complementaria de jubilación sólo para aquellos trabajadores que estuvieran a jornada completa, resultando que un alto porcentaje de trabajadoras optan por la jornada parcial.

5º Ha anulado la prohibición de trabajo nocturno de mujeres o la fijación de edades de jubilación diferentes entre hombres y mujeres.

6º Ha insistido en la necesidad de proteger a las mujeres y sus circunstancias especiales (embarazo, lactancia, permiso de maternidad), y así ha reconocido como principio la necesidad de proteger a la mujer en su vida familiar y en el desarrollo de su actividad profesional (Sentencia *Gerster*). De esta manera el Tribunal ha considerado discriminatorio por razón de sexo que se impida la promoción profesional de la trabajadora con permiso de maternidad (Sentencia *Thibault*, de 30 de abril de 1998) o que se computen las ausencias por trastornos derivados del embarazo a efectos de despido

¹¹ Texto del Informe aprobado por el Pleno del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL de 22-6-2005 al Anteproyecto de Ley de Igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

(Sentencia *Brown*, de 30 de junio de 1998) o que se abone a la mujer en incapacidad laboral por el embarazo una parte del salario, mientras que a sus compañeros con incapacidad laboral general se les abona la totalidad (Sentencia *Perdersen*, de 19 de noviembre de 1999).

7º Ha defendido la posición de la mujer y su especial rol en las relaciones laborales en determinadas (Sentencias *Brown*, *Hoever* y *Zachow*, *Krüger* y *Hill*), y en otras ha puesto su empeño en exigir profesionalmente de la mujer lo mismo que del varón (Sentencias *Minne*, *Boyle*, *Griesmar*, *Cooté* y *Gillespie*).

Es en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada en Niza el 7 de diciembre de 2000, donde existe explícitamente el reconocimiento del principio de igualdad (art. 20 a 26) y, además de forma específica se consagra en su art. 23 la igualdad entre hombres y mujeres, como uno de los objetivos prioritarios de la Unión Europea. De esta forma, el apartado segundo de este precepto consagra la legitimidad de las medidas de acción positiva. Desde la Unión Europea se ha emprendido un itinerario para implantar la igualdad de oportunidades e introducir la dimensión de género en diversos ámbitos, al entender que la igualdad entre mujeres y hombres es uno de los principios fundamentales de la democracia y de los derechos fundamentales de la persona.

Como es sabido, la Unión se configuró inicialmente como Comunidad Económica Europea, de ahí que sus objetivos fueran inicialmente económicos. Por eso, la legislación comunitaria dispuso una serie de directivas centradas en el acceso igualitario de la mujer al mercado laboral y en la abolición de las discriminaciones en el empleo, salario y seguridad social. Para llevarlas a cabo, se establecieron sucesivamente cuatro Programas de acción comunitarios.

Aunque ha dejado de estar vigente, **los objetivos del cuarto programa de acción comunitario a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000)**, siguen resultando de utilidad como posibles objetivos estrategia para la interpretación de las normas jurídicas.

Los objetivos políticos del cuarto programa fueron los siguientes:

1. Promover la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todas las políticas y acciones.
2. Movilizar a los agentes de la vida económica y social para conseguir la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.
3. Promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en una economía en mutación, sobre todo en los ámbitos de la educación, de la formación profesional y del mercado de trabajo.
4. Conciliar la vida profesional con la familiar, tanto en hombres como en mujeres.
5. Promover la participación equilibrada de los hombres y las mujeres en la toma de decisiones.
6. Fortalecer las condiciones de ejercicio de los derechos a la igualdad.

Los planes de igualdad han sido sustituidos por lo que se ha llamado la Estrategia marco. La Comisión elaboró una comunicación dirigida al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: “Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la Igualdad entre hombres y mujeres” (2001-2005). La Comisión reconoce que: *“Se han hecho progresos considerables en cuanto a la situación de la mujer en nuestros países, si bien en la vida cotidiana dicha igualdad sigue viéndose mermada porque hombres y mujeres no gozan, en la práctica, de los mismos derechos. La infra representación persistente de las mujeres y la violencia contra ellas, entre otros aspectos, pone de manifiesto que continúa existiendo una discriminación estructural por razones de sexo”*.

4. La prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho español y jurisprudencia constitucional.

La transformación del Estado de Derecho en Estado Social de Derecho supone un cambio en la fundamentación de legitimidad de aquél: mientras que el primero se inspiraba en el principio de igualdad formal, el segundo constituye principio legitimador, el principio de igualdad sustancial¹².

La Constitución Española de 1978 no se limitó a recoger el principio de igualdad formal (artículo 14¹³), ni lo configuró solo como derecho fundamental especialmente tutelable (artículo 53,2), sino que además y a través del artículo 9.2, configura el derecho a la igualdad en la concepción de un Estado social y democrático de Derecho: impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones necesarias para que la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integra sea real, y remover los obstáculos que lo impidan.

El concepto formal de la igualdad ha ido cambiando con el paso de los años. Cada vez se han tenido más en cuenta las diferencias reales existentes en la sociedad. Hoy en día es comúnmente aceptado que en el seno de la sociedad existen efectivamente diferencias entre unos grupos sociales y otros. La igualdad supone hoy que los poderes públicos traten de hacer la igualdad real y efectiva, es un concepto material, pero a través del respeto de la diferencia (art. 14 CE + 9. 2 CE). **El art. 9.2 CE contiene un mandato a los poderes públicos de hacer efectiva y real la igualdad.** Por esta razón, la CE necesariamente proclama la igualdad de aquellos que se encuentren en iguales situaciones de hecho. Hay que tratar igual a aquellos que estén en una misma situación, mientras que habrá que tratar diferente a los que se encuentren en situaciones diferentes. Para cumplir con este mandato constitucional es imprescindible que se tomen medidas tendentes a hacer que aquellos que se encuentren en situaciones más desfavorecidas también puedan contar con las mismas oportunidades de desarrollo de sus derechos.

De esta forma, el principio fundamental a no ser discriminado por razón de sexo contenido en el art. 14.2 CE comprende: la prohibición de las discriminaciones directas e indirectas y un mandato de acciones en positivo para conseguir la igualdad real y la licitud de las discriminaciones inversas.

¹² Pérez del Río, M^a Teresa: *"El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el derecho del trabajo"*. Cuadernos de Bartolomé de las Casas. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984. Pág. 15

¹³ El art. 14 CE establece: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Según Elvira Aranda la discriminación es directa si los tratos que irrazonablemente desfavorecen se efectúan explícitamente sobre la base del criterio que define el tipo de personas que resultan discriminadas, estamos ante discriminación indirecta si una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afectan a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo y estamos ante acciones protectoras o paternalistas cuando partiendo de una concepción de inferioridad de la mujer se toman medidas que supuestamente pretenden protegerla. Son el resultado del convencimiento de la superioridad del hombre y que trata a la mujer con patrones ya superados, minusvalorándola y de forma benevolente.¹⁴

4.1 Evolución de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a art. 14 CE

El TC viene reconociendo a la igualdad una configuración no sólo como principio sino que también como derecho subjetivo, y es así como debe entenderse la existencia de un precepto como el art. 14 CE y la especial protección que recibe a través del art. 53 CE. Es, por tanto, un derecho que goza de todas las garantías genéricas del art. 53. 1 CE, y que, además de poder ser reclamado ante los tribunales ordinarios (art. 24 CE), podrá ser alegado a través del procedimiento preferente y sumario y llegar en amparo hasta el propio Tribunal.

- **El concepto de las medidas compensadoras.** En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional **la STC 128/1987¹⁵** abre una nueva etapa, cerrando otra anterior formalista y neutra. A partir de esta Sentencia se introduce la **denominada jurisprudencia compensadora al interpretar que el art. 14 de la CE debe conectarse con la problemática de la discriminación por razón de sexo con la situación histórica de subordinación y discriminación que ha sufrido la mujer.** Es la primera vez que se identifica en la jurisprudencia constitucional a las mujeres como el grupo social que ha sido históricamente víctima de la subordinación hacia los hombres. La premisa de la que debe partirse es la existencia de **supuestos de hecho diferentes:** desigualdad de los supuestos de hecho. Estos supuestos de

¹⁴ Aranda, Elviro. *“Estudios sobre la Ley Integral contra la Violencia de Género”*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, 2005. Pág. 33

¹⁵ El demandante es un varón, al que se le desestima su petición de amparo, por entender que era discriminatorio el distinto régimen de prestaciones en concepto de guardería otorgado por su empleador, el INSALUD, dado que todas las trabajadoras con hijos menores de seis años, con independencia de su estado civil, tenían derecho a percibir una prestación por guardería. Este derecho se atribuía a los trabajadores-hombres con hijos menores de seis años si eran viudos. El Tribunal entiende que la medida no es paternalista, sino compensadora, porque esta llamada a paliar la discriminación sufrida por el colectivo de mujeres trabajadoras con hijos de pequeños a su cargo. Considera que “no hay vulneración del principio de igualdad al darse trato diferente a sujetos en situaciones que resultan distintas, de acuerdo con criterios razonables, al considerar que la mujer parte de una situación de desventaja

hecho, estas realidades distintas motivan la necesidad de un trato distinto para que la igualdad sea real y efectiva. No puede darse violación del principio de igualdad entre quienes se hallan en situaciones diferentes. El principio de igualdad solo se vulnera cuando se trata desigualmente a los iguales.

- A partir 1987 el Tribunal en seis asuntos posteriores a la Sentencia antes referida, **estimaré la ilegitimidad constitucional de las llamadas medidas protectoras**, medidas que aparentemente favorecen solo a la mujer, pero que, en realidad la discrimina por ser paternalistas, responder a una consideración no igual sino inferior de la mujer como trabajadora (STC 2/1993).
- **Las medidas de acción positiva.** Para conseguir la igualdad real entre hombres y mujeres en nuestra sociedad, es necesario impulsar políticas que incluyan medidas legislativas de acción positiva a favor de las mujeres¹⁶, por ser éste un colectivo históricamente discriminado, como consecuencia de un modelo de sociedad que ha fomentado que la mujer esté en situación de inferioridad. Y, su encaje constitucional se basa en el mandato expreso hacia los Poderes Públicos contenido en el art. 9.2 de la CE, a fin de que se remuevan todos los obstáculos que impiden que los derechos fundamentales de las personas, entre ellos el derecho a no ser discriminado en función del sexo, sean reales y efectivos. Según Fernando Rey Martínez¹⁷ el desarrollo histórico de las normas protectoras de la mujer en España es bien conocido y se ha condensado hasta épocas muy recientes en tres aspectos típicos (en la actualidad ya felizmente superados): la prohibición del trabajo nocturno, la limitación a la capacidad para contratar el propio trabajo y la legalidad de la cláusula de soltería. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo (art. 14 CE), como hemos indicado repetidamente, impide el mantenimiento de esta

¹⁶ En esclarecimiento de la terminología y concepción subyacente, cfr. BARRÈRE UNZUETA, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, 1997, pp. 22 ss. Téngase, presente, también, algunas de las palabras finales de esta autora: "La tacha de ilegitimidad que provocan las cuotas y los tratos preferentes en estos términos (o bajo la etiqueta de discriminación inversa o positiva) resulta, sin embargo, falaz e injustificadamente perjudicial para la teoría y la práctica de la acción positiva. En primer lugar, porque si determinadas medidas de acción positiva persiguen la igualdad y se demuestra, a través de datos objetivos, que sirven a las mismas, no tienen por qué presumirse ilegítimas, sino todo lo contrario. Pero, además, porque las prácticas a las que dan cobertura tales denominaciones, dependiendo de la manera (condiciones y requisitos) en las que estén planteadas, pueden ser tan variopintas que no resulta de recibo pronunciarse sobre su ilegitimidad al margen de un análisis concreto y detallado de las mismas" (op. cit., p. 122). Es de sumo interés la reflexión acerca de las leyes sexo-específicas en el sentido de situar la subordinación de las mujeres como clave interpretativa, y aportar instrumentos desde esa visión para perseguir la igualdad, otorgar poder, y proteger a las mujeres, realizada por AÑÓN ROIG, María José y MESTRE I MESTRE, Ruth en *Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y derecho. LA NUEVA LEY CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO*. Iustel. Valencia, 2004 págs. 31 y sgs.

¹⁷ Rey Martínez, Fernando. "El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo". McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A. 1995. Págs. 78 y 79.

normativa protectora, que, en la práctica, sólo ha servido para perpetuar la inferioridad de la mujer en el trabajo. Las Sentencias 216/91 y, sobre todo, la STC 229/92 han despejado cualquier duda al respecto.

La única normativa protectora legítima actual es, por tanto, la que se refiere al embarazo y la maternidad. La Directiva 76/207 admite esta protección (art. 2.3), garantizando, según el Tribunal de Justicia de la Comunidad (Asuntos Johnston, de 15 de mayo de 1986) la condición biológica de la mujer y las relaciones particulares entre la mujer y el hijo. La normativa española se basa, fundamentalmente, en la Ley 3/1985, de 3 de marzo, y en la Directiva 92/85, de 19 de octubre de 1992.

- **Concepto de “test de la igualdad”.** Se trata de favorecer a los que están en situación de desigualdad para poder alcanzar la igualdad. Es el llamado “*derecho desigual igualitario entre hombres y mujeres*” en la terminología utilizada por el TC en el FJ 2º de su STC 229/1992¹⁸. Para que una ley pueda incorporar un trato desigual hacia determinados sectores o grupos determinados ha de superar el “*test de la igualdad*” con los siguientes criterios:

a) No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 CE. Dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y carezca de una justificación objetiva y razonable;

b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional;

¹⁸ STC 229/1992, f. j. 2.º: “[...] No obstante el carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios, por lo que la interdicción de la discriminación implica también, en conexión además con el art. 9.2 CE, la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. La consecución del objetivo igualitario entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un “derecho desigual igualitario”, es decir, la adopción de medidas reequilibradas de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer (SSTC 128/1987 y 19/1989). Se justifican así constitucionalmente medidas en favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan a la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer”.

- c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino aquellas desigualdades artificiosas o injustificadas y
- d) que el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos¹⁹.

Dentro de esa doctrina, el Tribunal Constitucional ha ido perfilando otra *faz negativa* de la igualdad y que permite su formulación a través de otra forma de abordar ese derecho fundamental. Nos referimos al **derecho a la no discriminación y, en particular, la no discriminación por razón de sexo, que es una de las llamadas “categorías sospechosas”** o ámbitos de potencial discriminación en la terminología de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos.

En efecto, debemos tener en cuenta que el art. 14 CE pese a hacer referencia a una serie de circunstancias concretas acaba con una cláusula general de prohibición de cualquier tipo de discriminación. La enumeración que hace no es, por tanto cerrada, sino que, al menos en principio, la inclusión de una serie de cláusulas concretas sólo tiene carácter ejemplificativo.

Estas cláusulas incluyen aquellos supuestos que la experiencia histórica ha demostrado que son más susceptibles de servir como fundamento a la discriminación de los individuos. Son supuestos que han ido arraigando en la sociedad y que han sido con frecuencia motivo de discriminación. Como ya se ha señalado, este listado de causas de discriminación no suponen una enumeración del tipo *numerus clausus*, sino que en ella se recogen las causas más frecuentes o comunes de discriminación (STC 75/1983). Ahora bien, precisamente esa frecuencia o normalidad que la experiencia demuestra, las hace especialmente sospechosas y por tanto han de ser objeto de una protección reforzada. **Si el trato desigual se basa en una diferencia de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión la fundamentación objetiva y razonable que se exige en el trato desigual deberá ser en estos casos especialmente perceptible. Por ello, se dice que cuando un trato desigual se fundamente en alguna de esas condiciones del art. 14 el trato se convierte en sospechoso de ser discriminatorio y, entre ellas las discriminaciones a la mujer.**

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la proscripción de esa discriminación en el trabajo equiparando a los varones en supuestos de ventajas injustificadas a favor de la mujer (STC 81/1982, 207/1987), o de las mujeres que eran objeto de trato discriminatorio en el trabajo (STC 166/1988, 145/1991)], en el acceso a trabajo o profesión (STC 216/1991, 229/1992), o en el régimen de pensiones (STC 103/1983).

¹⁹ RIDAURA MARTINEZ, M^a Josefa. El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la LO de Medidas de Protección integral contra la Violencia de género. LA NUEVA LEY CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. Iustel. Valencia, 2004, pág. 97.

María Ángeles Martín Vida²⁰ afirma que esa larga historia de discriminación se continúa reflejando, pese a estar plenamente conseguida la igualdad formal, en estructuras sociales que perpetúan, de manera cada vez más sutil, determinados roles tradicionales y la perenne infravaloración de la actividad femenina. Esas estructuras desigualitarias, con las que las mujeres tienen que enfrentarse en todos los ámbitos, limitan de hecho su capacidad para ejercitar plenamente y en igualdad con los varones, los derechos fundamentales de que son titulares, en lo que constituye un atentado frontal contra los valores esenciales sobre los que se asienta el Estado social y democrático de Derecho. Este estudio nos ha permitido hacer visible, como un primer paso para negar radicalmente su anclaje pretendidamente natural y para corregirlos, los orígenes y las causas de tales fenómenos de subordinación y exclusión y los ropajes de los que en algunas etapas históricas se han revestido. La corrección de tales fenómenos ha de pasar, necesariamente, por la deconstrucción del actual modelo antropológico y del pacto patriarcal que subyace al mismo, y por la reconstrucción de un nuevo modelo en el que las mujeres sean valoradas como seres humanos iguales en dignidad a los varones, aunque poseedoras de diferencias valiosas y enriquecedoras que han de ser respetadas, conservadas e integradas, en lugar de menospreciadas o, sencillamente, ignoradas como hasta ahora.

5. La ley para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, LO 3/2007, de 22 de marzo

En los últimos cinco años en España se ha producido un impulso por algunos Gobiernos Autonómicos así como por el Gobierno central a favor de promover leyes para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Las leyes autonómicas aprobadas han sido:

- Ley 9/03, de 2 de abril, de la Comunidad Autónoma Valenciana
- Ley 7/04, de 16 de julio, de la Comunidad Autónoma Gallega
- Ley 4/05 de 18 de febrero del Parlamento Vasco.

Asimismo y de ámbito estatal se ha aprobado por el Parlamento Español, la Ley 3/2007 de 22 de marzo.

²⁰ Martín Vida, María Ángeles. *“Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión”*. Colección Feminae. Universidad de Granada. 2004

En la exposición de motivos de estas leyes se hace expresa mención a la importancia que han tenido los Planes de igualdad en la última década para el avance hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, constatando, sin embargo, que no han sido suficientes para alcanzar los objetivos estratégicos propuestos. El paso hacia la aprobación de las leyes de igualdad especificadas responde a la voluntad de que la igualdad real sea un objetivo político y prioritario por parte de todos los Poderes Públicos, adecuando las leyes a las exigencias normativas comunitarias e integrando la perspectiva de género en las mismas.

El objeto de la LO 3/2007 de 22 de marzo, publicada en el BOE el 23-3-2007, y que entro en vigor al día siguiente, se define en su artículo primero: *1. Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, mediante la eliminación de la discriminación de la mujer en cualesquiera ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria*". Acorde con su exposición de motivos, las medidas previstas en la misma se basan en el Art. 14 CE así como en el Art. 9.2 que consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos.

Uno de los objetivos de la Ley es la de incorporar al ordenamiento español las dos últimas Directivas Comunitarias en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a 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, y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

En la Exposición de Motivos, se hace una expresa mención a la insuficiencia del pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley al persistir discriminaciones de la mujer en todos los ámbitos, considerando que *"la mayor novedad de esta Ley radica, con todo, en la prevención de conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad"*.

1. En el Título Primero se establece el concepto de igualdad de trato entre mujeres y hombres

2. En el Título II se establecen las pautas generales de actuación de los poderes públicos en relación con la igualdad, se define el principio de transversalidad y los instrumentos para su integración en la elaboración, ejecución y aplicación de las normas (art. 15)
3. Se regulan, asimismo, los informes de impacto de género (art. 19) y la planificación pública de las acciones en favor de la igualdad, que en la Administración General del Estado se plasmarán en un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades.
4. La adecuación de las estadísticas y estudios incluyendo la perspectiva de género y de forma sistemática la variable de sexo en las estadísticas, encuestas y recogida de datos que lleven a cabo incorporando en las operaciones estadísticas nuevos indicadores que posibiliten un mejor conocimiento de las diferencias en los valores, roles, situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres, su manifestación e interacción en la realidad que se vaya a analizar. (art. 20)
5. El Título V, en su Capítulo I regula el principio de igualdad en el empleo público, estableciéndose los criterios generales de actuación a favor de la igualdad para el conjunto de las Administraciones públicas y, en su Capítulo II, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos de órganos directivos de la Administración General del Estado, que se aplica también a los órganos de selección y valoración del personal y en las designaciones de miembros de órganos colegiados, comités y consejos de administración de empresas en cuya capital participa dicha administración. Para ello es clave la definición que a tales efectos se contiene en la Disposición Adicional primera *“A los efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento”*. La traducción legal de este principio en los ámbitos de la empresa privada y pública se han regulado de forma claramente diferenciada. En lo que se refiere a la competencia de nombramientos realizados por los Poderes Públicos el artículo 16 establece *“Los Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan”*. La fórmula adoptada por el legislador permite compatibilizar el principio de igualdad material por razón de sexo con los postulados constitucionales del derecho de acceso a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad

(artículo 23), y los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública (artículo 103.3).

La Ley se estructura en un Título Preliminar, ocho Títulos, 31 Disposiciones Adicionales, 11 Disposiciones Transitorias, 1 Disposición Derogatoria y 8 Finales. Dado que en este Seminario se ha previsto otras ponencias específicas en las que incide determinados ámbitos de esta ley, únicamente analizaré algunos aspectos del Título Primero –el principio de igualdad de trato y la tutela contra la discriminación-, por ser el que guarda relación con los temas tratados en esta ponencia.

5.1 El Principio de igualdad de trato y de oportunidades

El principio de igualdad se concreta en la igualdad de trato (artículo 3) y de oportunidades (artículo 4), preceptos que no hacen otra cosa sino incorporar las previsiones del Derecho comunitario derivado, en especial en cuanto a las definiciones de discriminación directa e indirecta contenidas en las Directivas comunitarias especificadas en el apartado III.

Según el artículo 3²¹ el *principio de igualdad de trato* supone la ausencia de cualquier discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, especialmente las derivadas de la maternidad, de la asunción de obligaciones familiares o del estado civil. Consecuentemente, el artículo 8²² califica como discriminación directa cualquier trato desfavorable a la mujer relacionado con el embarazo o la maternidad. Recoge así el texto informado no sólo la normativa comunitaria, sino el sentido que le ha dado el TJCE a propósito de concretos pronunciamientos de los que se abstraen reglas generales.

Por otra parte el principio de igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo ya estaba recogido en las Leyes estatales 51/03 (artículo 1), y 62/03, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social [artículos 28.1.a) y 34.2)], **así como en el artículo 3.2 de la Ley 4/05, del Parlamento Vasco.**

²¹ El artículo 3 establece: “El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”. Según el artículo 4. “La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”

²² El artículo 8 establece: “Discriminación por embarazo o maternidad”, constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad

5.2 Discriminación directa y discriminación indirecta

En el art. 5²³ él se define la discriminación directa y discriminación indirecta por razón de sexo. Se trata de unas definiciones no novedosas tal y como se deduce de la normativa de las distintas Directivas Europeas antes mencionadas, así como legislación española anterior: artículo 6. 2 Ley. 51/03; artículo 28. 1. b) y c) Ley. 62/03 y **el artículo 1 a) y b) de la Ley vasca 4/05.**

A juicio del Consejo General del Poder Judicial²⁴, que comparto plenamente, *“de esas definiciones, probablemente es la discriminación indirecta la que reviste mayor interés. Ciertamente la directa no plantea grandes problemas interpretativos; tampoco en puridad la interpretación del concepto de discriminación indirecta que la Ley define según la normativa y jurisprudencia comunitaria, así como los precedentes de nuestro ordenamiento interno -«la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro»- añadiendo a esa definición una modulación o excepción acertada: «salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados».*

Con esta definición se incorpora a nuestro ordenamiento la doctrina del TJCE que, en concreto, ha venido calificando de discriminación indirecta de la mujer aquella que se deriva de normas en principio neutras, aplicadas con independencia del sexo, pero que en la realidad afectan negativamente a un número mayor de mujeres que de hombres, salvo que tal previsión esté justificada en factores objetivos y ajenos a toda discriminación, según Sentencias mencionadas en el apartado III de esta ponencia.

Probablemente el aspecto más relevante de la discriminación indirecta se concreta en la tutela judicial frente a la misma, lo que lleva a la inversión de la carga de la prueba (artículo 13 de la ley)²⁵. Este precepto integra el ordenamiento comunitario. Directiva 97/80 en general y, en particular, artículo 9

²³ El artículo 5 establece: “El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas. No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”

²⁴ Informe del Pleno del CGPJ de 22-6-2005 al Anteproyecto de Ley para la Igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

²⁵ El art. 13 establece: 1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos competentes. 2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales.

Directiva 2004/113, Preámbulo de la Directiva 2002/73, artículo 3.1.b) Directiva 1997/80, artículo 4 Directiva 1997/80 y artículo 10 Directiva 2000/78] ya había sido recogida en las normas estatales antes mencionadas (artículos 20 Ley 51/03 y 36 Ley 62/03) y es regla común en el ordenamiento laboral. Y ligado a la prueba de esa discriminación está que la situación de desventaja de un sexo respecto del otro sea susceptible de prueba mediante la llamada *prueba estadística*. No obstante es doctrina del TJCE que no basta con estar al dato cuantitativo -número de mujeres afectadas- sino que, además, debe relacionarse con el número de trabajadores en activo existentes en el país, y con la proporción entre trabajadores masculinos y femeninos (Sentencia *Regina/Secretary of Employment*, de 9 de febrero de 1999). Las consecuencias jurídicas más relevantes frente a los dos tipos de discriminación se contemplan en el art. 9²⁶ referido a la indemnidad o no represalia y el del art. 10²⁷ referido a la nulidad de actos o negocios jurídicos establecidos.

5.3 Medidas de acción positiva

El artículo 11²⁸ de la ley introduce como norma de carácter general la habilitación para adoptar técnicas de acción positiva frente a la discriminación por razón de sexo. Entre otras se introducen medidas concretas previstas para el sector público de la mano del concepto de *representación equilibrada* y medidas de acción positiva destinadas al sector privado, algunas de las cuales no son imperativas si bien son objeto de fomento. (art. 11.2)

Las medidas de acción positiva, no son desconocidas en nuestra legislación (artículos 8 y 9 Ley 51/03, o el artículo 35 de la Ley 62/03; artículo 4 de la Ley gallega 7/04 y **artículo 3. 5 Ley vasca 4/05**), ni en la práctica de los Poderes Públicos. Los requisitos que determinan la constitucionalidad de las medidas de discriminación positiva están recogidos en abstracto en el artículo 10 de la Ley. Así se recoge la idea de excepcionalidad (operan ante «*situaciones patentes de desigualdad*»);

²⁶ Artículo 9. Indemnidad frente a represalias. “También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres”.

²⁷ *Artículo 10. Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias.* “Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”.

²⁸ Artículo 11. Acciones positivas. 1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. 2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley.

coyunturalidad («*en tanto subsistan dichas situaciones*») o la previsión de un año en el caso del artículo 55.1) y proporcionalidad («*habrán de ser razonables y proporcionadas en relación al objetivo perseguido en cada caso*»). En la actualidad en España estamos recorriendo el camino hacia la igualdad real entre hombres y mujeres, a fin de superar las barreras históricas de discriminación hacia las mujeres todavía existentes. Que duda cabe que la aprobación de las leyes antes referidas, junto con los cambios culturales precisos está contribuyendo a avanzar en este objetivo. En este sentido, tanto las leyes de igualdad autonómicas, como la de ámbito estatal constituyen un buen instrumento para transformar la realidad social. Sin embargo, hemos de tener en cuenta, que, el resultado de las leyes acostumbra a ser lento aunque irreversible. **La batalla por la igualdad real no es una batalla de mujeres contra hombres, sino que es una batalla de hombres y mujeres, es decir, de toda la sociedad en contra de la injusticia y la discriminación por razón de género, al estar en juego los derechos constitucionales de más de la mitad de la población.**