



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Igualdad y discriminación por razón de sexo en la
Constitución Española

Autor

Borja Valero Trasobares

Director

Francisco Palacios Romeo

Facultad de Derecho

2017-2018

ÍNDICE

I. ABREVIATURAS	p. 2
II. INTRODUCCIÓN	p. 3
III. IGUALDAD PRECONSTITUCIONAL	p. 4
IV. IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....	p. 6
1. IGUALDAD FORMAL	p. 7
2. IGUALDAD MATERIAL O SUSTANCIAL	p. 9
3. IGUALDAD CON PERSPECTIVA DE GÉNERO	p. 11
V. DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....	p. 12
1. DIRECTA	p. 14
2. INDIRECTA	p. 15
3. MÚLTIPLE.....	p. 16
VI. MEDIDAS DE IGUALDAD REAL Y EFECTIVA.....	p. 16
1. ACCIONES POSITIVAS	p. 17
2. DISCRIMINACIÓN INVERSA	p. 19
VII. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN ESPAÑA	p. 20
VIII. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. POSTURA Y VÍAS DE DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	p. 24
1. RECURSO DE AMPARO.....	p. 27
2. DEFENSOR DEL PUEBLO.....	p. 28
IX. CONCLUSIÓN	p. 29
X. BIBLIOGRAFÍA.....	p. 30

ABREVIATURAS

BOE: Boletín Oficial del Estado

CE: Constitución Española

CEDAW: *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*

FJ: Fundamento jurídico

LO: Ley Orgánica

NOW: *New opportunities for women*

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TJUE: Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo abarcaremos el tema que, por excelencia, se lleva la atención en los últimos años. Se abordará la cuestión de la igualdad y la discriminación por razón de sexo, concretamente enfocado hacia la figura de la mujer. He considerado más apropiado centrarme en la discriminación hacia la mujer y no en un punto de vista general visto la cantidad de diferencias que residen en nuestra sociedad y en el ámbito internacional respecto al colectivo femenino a día de hoy. De esta forma, y tras este trabajo, podremos tener una visión más objetiva sobre el tema a la hora de saber cómo se respalda este principio de igualdad a través de los distintos artículos del texto constitucional, como se intentan superar los obstáculos que produce la discriminación por razón de sexo, las medidas que se adoptan para luchar contra la discriminación y la postura jurisprudencial que nos marcará el camino sobre esta materia interpretando la Constitución Española de 1978 (en adelante CE).

No se abarcarán más discriminaciones que la citada anteriormente aunque los preceptos de los que se va a hablar a lo largo del trabajo se usen indistintamente para las distintas discriminaciones recogidas en nuestra Constitución.

La razón por la que he elegido la materia de Derecho Constitucional y, en concreto, la igualdad y la no discriminación por razón de sexo reside en la polémica que en los últimos años se está generando, donde podemos observar como el feminismo va adquiriendo cada vez más poder. En los tiempos que corren, tanto la norma suprema como las leyes que componen nuestro ordenamiento jurídico están siendo objeto de numerosas discrepancias las cuales recogen una necesidad de reforma/actualización de determinadas materias si la miramos con una perspectiva de género.

Cabe destacar el gran interés que me genera realizar un trabajo sobre nuestra norma suprema y sobre el principio que rige todo nuestro ordenamiento jurídico, el principio de igualdad. La idea de la igualdad siempre debe estar presente en nuestra sociedad, convirtiéndose así en uno de los pilares de nuestro Estado de Derecho y sin el cual no se podría hablar de ese modelo de Estado de bienestar y de Derecho que prevalece en el siglo XXI y que instaura la democracia como modelo por excelencia. He considerado oportuno hablar tanto de igualdad como de la prohibición de discriminación por razón de sexo ya que están íntimamente ligados y no tendría sentido abarcar uno sin el otro.

La metodología seguida durante todo el desarrollo del trabajo se ha dividido en varias tareas que pasamos a examinar.

La primera de todas, y la más costosa aunque también la más reconfortante, consiste en la lectura y análisis de la bibliografía facilitada por el tutor del Trabajo de Fin de Grado, así como la posteriormente elegida por mí. Tras esa elección, debemos proceder a resaltar los epígrafes/capítulos que de cada libro se asemejan al tema que se pretende tratar, además de ir captando las correspondientes ideas, conceptos, teorías y pensamientos que cada autor plasma en su obra sobre el tema concreto.

Tras esta primera fase de desarrollo del trabajo, pasamos a redactar basándonos en todo el material analizado previamente y a exponer los conceptos asimilados durante la lectura. Consultando con el tutor las dudas pertinentes, el trabajo va cogiendo forma hasta que finalmente se le envía el borrador con el fin de que nos dé el visto bueno respecto a la información plasmada en el trabajo y su estructuración. Finalmente, se retoca hasta cumplir los requisitos de forma y contenido que debe presentar el trabajo y, tras la revisión y autorización del tutor, procederemos a depositar nuestro trabajo.

Tras esta breve introducción pasaremos a desarrollar el cuerpo del trabajo.

II. IGUALDAD PRECONSTITUCIONAL.

El nacimiento de la igualdad corresponde, según la mayoría de la doctrina, a Platón y Aristóteles. Al primero se atribuyen concepciones feministas, aunque muy alejadas de la paridad entre hombres y mujeres, mientras que el segundo aporta una de las primeras definiciones del concepto de igualdad. Aristóteles define la igualdad como la distribución justa de los bienes entre todos los integrantes de la sociedad, uniendo justicia e igualdad¹.

Avanzando más en la historia, el principio de igualdad en su aspecto formal se recoge por primera vez en el seno de la declaración de independencia de Estados Unidos de 4 de julio de 1776, así como la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789. Cabe destacar también la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas,

¹ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 23.

aceptando una concepción de igualdad y prohibición de discriminación al recoger en su artículo 7 que «Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación».

El constitucionalismo español plasma este principio en la Constitución republicana de 1931 que en su artículo 2 proclama la igualdad ante la ley de todos los españoles. Por otro lado, el artículo 25 recogía una prohibición de discriminación por determinados rasgos o circunstancias. En la actualidad, estos dos preceptos se recogen en el artículo 14 recogido en el Título I capítulo segundo de la CE. Cabe citar las constituciones que fueron referentes para la elaboración de nuestro texto constituyente: la Constitución francesa de 1958 (artículo 2.1º), la Constitución italiana de 1947 (artículo 3) y la Constitución alemana de 1949 (artículo 3). Dicho artículo no fue apenas discutido durante el proceso constituyente, siendo muy parecido al que se recogía en el Anteproyecto de Constitución².

Una corriente de origen ilustrado a la cual se le atribuyen la mayoría de las victorias sobre la igualdad entre hombres y mujeres es el feminismo³. Un antecedente a tener en cuenta es la declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana de 1791 por Marie Gouze⁴, reivindicativa y revolucionaria, pero meramente simbólica, cuyo único fin es la inclusión de las mujeres en la declaración de la Asamblea Nacional Constituyente francesa en 1789, así como un llamamiento a las mujeres para que tomen conciencia de su situación actual, incluido en el epílogo de la declaración. Planteó esta declaración en respuesta a las lagunas que presentaba la anterior, corrigiendo las debilidades y exigiéndose la igualdad de derechos y deberes para las mujeres ante la ley y en cualquier circunstancia.

En esta dirección, la propia Constitución de Cádiz de 1812 no recoge el pensamiento feminista, siendo relevante su regulación discriminatoria en el tema de la

² <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=214> (30/04/18).

³ Movimiento teórico, político y pragmático que, asumiendo la supremacía establecida de lo masculino sobre lo femenino, propugna una superación de tal primacía injustificable e injusta que perjudica a las mujeres y que se opone abierta y radicalmente al principio de igualdad.

⁴ Olympe de Gouges, seudónimo de Marie Gouze, fue una escritora, dramaturga, panfletista y filósofa política francesa revolucionaria que defendía la igualdad entre el hombre y la mujer en todos los aspectos de la vida pública y privada.

educación de las mujeres y las niñas. Este se convertiría en el objetivo del feminismo de la primera ola⁵.

En España, debido al debate en las Cortes Constituyentes de 1931 sobre el reconocimiento del derecho de sufragio a las mujeres, el feminismo pasa llamarse sufragista o de segunda ola. Algunas autoras entienden que el nacimiento del verdadero feminismo en España se asocia a este momento⁶. Debido a la insurrección militar que vivimos en nuestro país en el año 1936 contra el gobierno de la Segunda República, y la posterior instauración de una dictadura, se resituó a la mujer en una posición de subordinación al hombre, habiendo sido en vano todo lo logrado por la mujer y el movimiento feminista hasta la fecha, es decir, se volvió al punto de partida.

Todo el resurgimiento del feminismo en Europa tras la Segunda Guerra Mundial, de la mano de Simone de Beauvoir⁷, no caló en España ya que continuábamos bajo la tiranía de la dictadura, debiendo esperar a los años 70 para que el movimiento feminista comenzara a organizarse con una clara tendencia a los partidos de izquierdas. La aprobación del texto constituyente, por desgracia, conllevará a la renuncia de varios objetivos del movimiento feminista para salvaguardar el principal objetivo común, la transición de un sistema a otro⁸.

Como veremos a partir de este punto, la CE recogerá una noción de igualdad general que posteriormente se matizara y centrará en una serie de rasgos vedados. Se dotará también a nuestro sistema jurídico de una serie de mecanismos que permitan alcanzar esa igualdad efectiva tan anhelada por todos.

III. IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

En la CE, la concepción de igualdad se expresa acorde a la propia de un Estado que se define como social y democrático de derecho, situándose como valor fundamental y superior de nuestro ordenamiento jurídico tal y como regula en su

⁵ GOMEZ FERNANDEZ, I. *Una Constituyente feminista. ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 33-37.

⁶ NELKEN M., *La condición social de la mujer en España. Su estado actual: su posible desarrollo*, Minerva, Madrid, 1919, p. 10.

⁷ Simone de Beauvoir fue una escritora, profesora y filósofa francesa defensora de los derechos humanos y feminista. Su ensayo, *Le deuxième sexe* (1949), fue un referente para el feminismo en Europa.

⁸ GOMEZ FERNANDEZ, I. *Una Constituyente feminista...* cit. 45-69.

artículo 1.1 «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político», así como dándosele mención expresa a lo largo de toda la CE como veremos en el presente trabajo. Cabe destacar que no existen precedentes de este artículo en el derecho histórico español.

Se consolida así como una prioridad básica expresada en el proceso constituyente consolidándose como norma fundamentadora de nuestra vida colectiva al servir de apoyo a las demás disposiciones que integran nuestro ordenamiento jurídico, reconociendo así a la igualdad como contexto fundamental y básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico⁹.

El principio de igualdad posee una triple dimensión: fundamento básico en la interpretación del ordenamiento, guía para orientar la evolución del mismo y criterio para medir la legitimidad de hechos o conductas¹⁰. Es decir, podemos clasificarlo como valor, principio y derecho fundamental. Todas estas dimensiones están vinculadas al reconocimiento de la dignidad humana, recogido en el artículo 10.1 CE, derivándose del mismo la igual dignidad social de todos los ciudadanos. Tras analizar la igualdad como valor que establece el artículo 1.1 CE, haremos referencia a la doble vertiente que se recoge en nuestro texto constitucional del principio de igualdad dada la doble función que ha de cumplir en nuestro ordenamiento jurídico: la igualdad formal y la igualdad material o sustancial.

La primera acepción va a recoger la igualdad como principio protector ante las posibles desigualdades que puedan surgir en nuestra sociedad, mientras que la segunda se instaura como un mandato a los poderes públicos en aras de llevar a cabo las medidas y acciones necesarias para hacer cumplir la igualdad real y efectiva de la sociedad.

1. IGUALDAD FORMAL.

Posiblemente, el de mayor relevancia es el que recoge el principio de igualdad como tal, regulado en el artículo 14 CE «Los españoles son iguales ante la ley, sin que

⁹ PEREZ LUÑO, A.E., «Sobre la igualdad en la Constitución española», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, pp. 141-142.

¹⁰ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 188-189.

pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Este se encuentra en una posición privilegiada dentro de nuestra norma suprema, encabezando el Capítulo II «Derechos y libertades» y estableciéndose como artículo preliminar o previo a las dos secciones que componen dicho capítulo. Esta posición le confiere una proyección sobre todos y cada uno de los derechos que enuncia dicho capítulo. La *Costituzione della Repubblica Italiana* es uno de los antecedentes principales de este artículo, entendiéndose en su artículo 3¹¹ el principio de igualdad como una prohibición genérica de distinciones sin razón alguna operadas por el legislador¹².

La igualdad formal o igualdad de trato de los ciudadanos, en la ley y ante la ley, se recoge, según la doctrina, en dicho artículo y se constituye como el pilar básico del Estado de derecho. Este artículo, está dividido en dos partes: principio de igualdad en la ley y ante la ley, y prohibición de discriminación, siendo este último confundido con la igualdad de trato, es decir, existe una influencia entre los dos incisos que vacía la explicitud del segundo. La discriminación debe interpretarse como un mandato especial derivado del primer inciso, como una vulneración pura y simple del principio de igualdad¹³. Por tanto, en su primer inciso, hace referencia a un deber de abstención en la generación de diferencias arbitrarias, estableciéndolo así el propio Tribunal Constitucional (en adelante TC) al calificarlo como un derecho subjetivo a obtener un trato igual¹⁴ que obliga a todos. Se trata de un derecho a ser tratado de la misma forma que los demás, no un derecho a ser igual que los demás.

Nuestro TC adopta la postura de que el artículo 14 no establece un principio de igualdad absoluta y no excluye la necesidad de establecer tratos desiguales para supuestos desiguales¹⁵, es decir, no implica una rigurosa uniformidad de tratamiento en la regulación legal. También interpreta el principio de igualdad como un límite de la

¹¹ *Articolo 3: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».*

¹² RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Ikualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 32.

¹³ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y... cit.*, pp. 64-70.

¹⁴ STC 49/1982, de 14 de julio (BOE de 4 de agosto de 1982), FJ 2.

¹⁵ STC 3/83, de 25 de enero (BOE de 17 de febrero de 1983), FJ 2.

labor legislativa y una medida a tener en cuenta para decidir la constitucionalidad de las propias leyes¹⁶.

Haciendo referencia a la subdivisión que ofrece el principio de igualdad, la igualdad en el contenido de la norma o igualdad en la ley impone al legislador un respeto absoluto al mismo, por lo que es introducido dentro de la norma fundamental de los Estados. Respecto a la igualdad ante la ley, exige que se aplique de forma igual a los sujetos que se encuentren en la misma situación. Esta segunda vertiente se refiere a la propia aplicación de la ley, es decir, la garantía de la identidad jurídica de trato. Como veremos más adelante, el TC exige una serie de requisitos para entender vulnerado este principio¹⁷.

La igualdad ante la ley supone que la ley debe ser universal, general, abstracta y duradera, procurando excluir leyes singulares con destinatarios concretos. Debe servir como un límite material para el legislador, exigiéndole que trate a todos los ciudadanos por igual sin la posibilidad de recoger normas discriminatorias basadas en los rasgos o circunstancias que recoge el artículo 14 en su segundo inciso, asumiendo como posibilidad la utilización de determinadas acciones que impliquen una diferenciación en la ley, siendo el TC el que deberá valorar si vulneran o no el principio de igualdad y prohibición de discriminación¹⁸.

Para hacer efectiva esta igualdad de trato será necesaria una igualdad que abarque más que la mera igualdad jurídica, complementándose con la modalidad de igualdad que vamos a explicar ahora.

2. IGUALDAD SUSTANCIAL O MATERIAL.

Esta vertiente del principio de igualdad se encuentra regulado en el artículo 9.2 CE, dentro del Título Preliminar, estableciendo que «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida

¹⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y... cit.*, pp. 35-38.

¹⁷ REY, F. «Igualdad y prohibición de discriminación», en *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Biglino *et al.* (coord.), Thompson Reuters, Valladolid, 2013, pp. 465-467.

¹⁸ GOMEZ FERNANDEZ, I. *Una Constituyente feminista... cit.*, pp. 90-91.

política, económica, cultural y social». Se configura como un principio general que debe guiar la política de los poderes públicos sin diferenciación por nacionalidad. Se podría decir que entre los dos artículos tienen como objetivo común la igual dignidad de las personas, así como desarrollar lo establecido por el artículo 1.1, es decir, ese valor superior y pilar básico del Estado de Derecho. Como podemos deducir de la STC 114/1983, de 6 de diciembre, una norma que respete formalmente el principio de igualdad puede ser contraria al segundo inciso de no discriminación, por lo que la prohibición de discriminación actúa como nexo entre la igualdad formal y la sustancial¹⁹.

El máximo intérprete de la CE afirma que, a veces, es necesaria la desigualdad formal para conseguir la igualdad sustancial, siempre y cuando la diferencia de trato entre unos colectivos y otros sea razonable y esté justificada²⁰. Este artículo se concibe como mandato hacia los poderes públicos, exigiéndoles que se promuevan las condiciones necesarias para que se llegue al fin ansiado por todos, la igualdad de los individuos y de los grupos en los que se integran.

El artículo 9.2 CE se encuentra dentro del Título preliminar, en el cual se recogen las definiciones de nuestro Estado social de Derecho. Al contrario que el deber de abstención del artículo 14 CE, la igualdad sustancial o material contempla varias acciones discriminatorias para el favorecimiento de esta, así como de los colectivos afectados por los rasgos o circunstancias implícitas en la segunda parte del artículo 14. Es decir, este artículo ampara una finalidad u objetivo constitucional señalando el camino para la acción que desempeñan los poderes públicos. El TC interpreta este precepto como «una tarea de actualizar y materializar la efectividad de la igualdad²¹», estableciéndose como un mandato de hacer y actuar dirigido a los poderes públicos con la finalidad de obtener unos resultados sociales²². Esto liga perfectamente con lo explicado en el apartado anterior, donde señalábamos que la igualdad como valor presentaba dos vertientes directamente conectadas: igualdad formal e igualdad material. Esta última se trata en definitiva de un correctivo que afecta a la primera, dejando plasmada la necesidad de que el legislador aplique una serie de medidas que traten

¹⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y...* cit., pp. 75-77.

²⁰ STC 166/1988, de 26 de septiembre (BOE del 14 de octubre de 1988), FJ 2.

²¹ STC 12/2008, de 29 de enero (BOE de 29 de febrero de 2007), FJ 4.

²² GOMEZ FERNANDEZ, I. *Una Constituyente feminista...* cit., pp. 84-89.

jurídicamente diferente a aquellas situaciones que lo sean y sirviendo para justificar el trato favorable que se aplica.

3. IGUALDAD CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.

En este apartado, saliendo un poco de los diferentes tipos de igualdad que podemos encontrar en el texto constitucional, haremos referencia a como se percibe la igualdad de cara al sexo femenino, colectivo estrechamente ligado a esa consecución de la igualdad en la sociedad. A primera vista, y sin hacer referencia a la discriminación por razón de sexo como tal, se hace difícil encontrar en nuestro ordenamiento jurídico una norma que discrimine a una persona por su sexo. La igualdad formal y material sirven para anclar este principio de igualdad y promoverlo hasta la consecución del fin, la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Las mujeres no pueden defender que la proclama de la igualdad de estos artículos es suficiente sobre el que construir una sociedad paritaria e igualitaria.

El problema está cuando la propia norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico no se realiza con perspectiva de género, ya sea por el año en el que se hizo o por quiénes la hicieron. En ella no se asume el reconocimiento de la desigualdad de base que sufre la mujer en nuestra sociedad, mencionándose a la misma sólo en dos artículos de todo el texto constitucional: derecho a contraer matrimonio con plena igualdad²³ y en lo respectivo a la sucesión de la corona de España²⁴, prevaleciendo en esta última la figura del varón sobre la mujer, aunque este no sea el mayor de nuestros problemas. Nuestra norma suprema está escrita «con un lenguaje discriminatorio e invisibilizador de las mujeres»²⁵.

No se contempla a las mujeres como sujetos políticos, no las identifica, dejando de lado el feminismo preconstitucional y todas sus aportaciones como movimiento social. No se refleja una verdadera discusión sobre la cuestión de desigualdad histórica

²³ Artículo 32 CE.

²⁴ Artículo 57 CE.

²⁵ GOMEZ FERNANDEZ, I. *Una Constituyente feminista... cit.*, pp. 81-84.

que la mujer ha sufrido como colectivo, además de que la CE «ha ignorado en su proceso constituyente una consideración específica del género»²⁶.

El proceso que se está llevando a cabo va muy despacio pero, al fin y al cabo, se van adoptando determinadas medidas, como más adelante, que ayudan a superar estos obstáculos que corrompen la igualdad, obstáculos que son tan antiguos que parece imposible que aún estén vigentes en nuestros días.

IV. DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

Como bien hemos señalado en el apartado 2.1 del presente trabajo, el artículo 14 CE alberga en su interior dos preceptos: el primero podríamos encuadrarlo en la igualdad de trato, mientras que el segundo se centra en la prohibición de discriminación. La discriminación sanciona solo las fundadas en motivos concretos y que, en el sentido de corrección de situaciones discriminatorias existentes en la sociedad, lo que conecta con el principio de igualdad material o sustancial. Este inciso se trata de una herencia directa de los instrumentos internacionales elaborados tras la Segunda Guerra Mundial, ya que existe una negación al individuo de su condición plena de persona humana²⁷.

Tal y como establece el TC al describirlo, este artículo contiene unas cláusulas de discriminación típicas, encontrándose sin duda alguna la diferenciación o discriminación del trato jurídico que deriva del sexo de la persona²⁸. Los rasgos vedados son causa de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que sitúan a ciertos colectivos de la población en una posición infravalorada, desventajosa y contraria al principio de igualdad y dignidad que recoge nuestro texto constitucional²⁹. Estos rasgos que se recogen suelen ser inmodificables por el individuo y no dependen de su libre elección, produciéndose una estigmatización social por la simple pertenencia al colectivo. Operan a partir de unos perjuicios que atentan gravemente contra la

²⁶ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Mujer y Constitución: la construcción jurídica del género*, Cátedra, Valencia, 2005, p. 18.

²⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y...* cit., pp. 81-83.

²⁸ STC 103/1983, de 22 de noviembre (BOE 14 de diciembre de 1983), FJ 3.

²⁹ STC 128/1987, de 16 de julio (BOE de 11 de agosto de 1987), FFJJ 3 y 5-8.

dignidad de la persona, catalogándola como inferior y excluyéndola, es decir, se trata de un prejuicio ligado al grupo al que pertenecen, por ejemplo, la raza o el sexo³⁰.

En definitiva, se recoge una cláusula general de igualdad, suponiendo cualquier vulneración del mismo una discriminación expresamente prohibida por la constitución. Cabe destacar que, además de los rasgos vedados expresamente, contiene una cláusula abierta en su parte final: « [...] o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Se prohíbe todo tipo de discriminación pero, de forma especial, las enumeradas expresamente en la norma. A su vez, en la definición recogida por la Real Academia Española del verbo «discriminar», en su segunda acepción, se recoge «Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc.», es decir, asume totalmente el segundo precepto del artículo 14.

En el ámbito internacional, respecto a la discriminación por razón de sexo, concretamente de la mujer, se celebra la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en 1979 (CEDAW). Tiene como objetivo principal la abolición de la situación social de la mujer ya que va en contra de los principios de igualdad y dignidad en todas sus formas y manifestaciones, recogiéndose en su primer artículo lo siguiente: «toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o 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, civil o en cualquier otra esfera». A través de nuestro artículo 9.2 CE, y en aplicación del artículo 4.1 del tratado, las medidas que tengan como finalidad la igualdad entre hombre y mujer, siempre y cuando no sean permanentes y cesen cuando la situación ya no la requiera no se consideraran discriminatorias en ningún caso³¹.

La prohibición de discriminación abarca tanto a los poderes públicos como a la discriminación social, por lo que si el Estado tolera ciertas actitudes o comportamientos discriminatorios también estará discriminando él si los tolera. En los siguientes apartados observaremos los distintos tipos de discriminación que se pueden dar, centrándonos en la prohibición de discriminación por razón de sexo, regulados en la Ley

³⁰ REY, F. «Igualdad y prohibición...», *cit.*, pp. 471-472.

³¹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y...* *cit.*, pp. 104-106.

Orgánica (en adelante LO) 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Esta discriminación es el resultado y reflejo de una situación global de desconsideración de la mujer que tiene raíces históricas y culturales muy antiguas.

1. DISCRIMINACIÓN DIRECTA.

Nos encontraremos ante una discriminación directa por razón de sexo cuando en una situación aparentemente igual una persona es tratada de modo menos favorable que otra, de manera clara y apreciable, estableciéndose una diferenciación basada en el sexo sin una razón o causa que lo justifique de forma suficiente, debido a la igualdad de sexos que reconoce nuestro texto constitucional. Lo que se busca con la iniciativa de los poderes públicos es establecer un principio general basado en la exigencia de un trato jurídico indiferenciado entre hombres y mujeres, destacando que no se prohibirán las diferenciaciones objetivas y razonables como veremos en el siguiente apartado. Nuestro máximo intérprete, el TC, realiza la labor de desarrollar un protocolo de control de la justificación para valorar la constitucionalidad o no de dichas discriminaciones, siendo especialmente rigurosos con las causas expresamente vedadas por el artículo 14 CE. El protocolo de control³² constaría de tres pasos:

1. Diferenciación tenga base legal
2. Justificación por quién la prevé
3. Justificación busque una diferenciación razonable

El TC también engloba las situaciones que tengan conexión directa e inequívoca con el sexo de la persona, es decir, no solo los tratamientos cuyo fundamento sea la constatación del sexo de la persona perjudicada, como por ejemplo el embarazo.³³

Es decir, el artículo 14 a parte de prohibir, como veremos en las discriminaciones indirectas, también permite una rigurosa línea de discriminaciones «necesarias» para conseguir la igualdad efectiva que se pretende, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos: razonable y justificación objetiva. Como dijimos al principio del trabajo, a veces será necesario un trato desigual para conseguir la igualdad

³² STC 103/1983, de 22 de noviembre (BOE 14 de diciembre de 1983), FJ 5.

³³ GOMEZ FERNANDEZ, I. *Una Constituyente feminista... cit.*, pp. 137-138.

real y efectiva entre hombres y mujeres. Toda discriminación vulnera el principio de igualdad pero no toda desigualdad es discriminatoria.

Un ejemplo de esta modalidad son las cláusulas de celibato, normas que suspendían el contrato de trabajo para el personal femenino por causa de matrimonio. Otro ejemplo serían las cláusulas anti embarazo, siendo estas muy acusadas en el deporte femenino.

2. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA.

Término construido por la jurisprudencia del TC partiendo de la afirmación de que el artículo 14 también recoge la prohibición de determinados casos. Se presenta como una disposición o práctica neutra que afecta o perjudica más a un colectivo en comparación con otros que se encuentran en la misma situación y esta no puede justificarse objetivamente, siempre y cuando no responda a una finalidad legítima y los medios para conseguirlo sean necesarios y apropiados.³⁴ Estos tres requisitos compondrán el canon para enjuiciar las medidas de discriminación indirecta³⁵.

Esta discriminación es muy difícil de probar y posiblemente sea la más frecuente ya que la discriminación anterior está prohibida por nuestro ordenamiento jurídico. Sobre todo, encontramos muchos casos en el ámbito laboral por ejemplo a la hora de acceder a un puesto de trabajo donde, aunque se presenten ambos sexos, solo se seleccionaran a unos u otros., como por ejemplo, configurar algunas categorías profesionales como tradicionalmente femeninas. Esta discriminación posee una particularidad, su origen reside en un trato indiferenciado entre personas de los dos sexos.

Un caso que introduce el concepto de discriminación indirecta en nuestro ordenamiento jurídico es el que recoge la STC 145/1991 de 1 de julio. Esta versa sobre un recurso de amparo interpuesto por unas mujeres que prestaban servicios como limpiadoras en una empresa y que exigían el mismo salario que a los peones, que por el hecho de ser hombres cobraban más según Convenio Colectivo desempeñando las mismas actividades. El TC les otorga el amparo por entender que se estaba vulnerando

³⁴ REY, F. «Igualdad y prohibición...», *cit.*, pp. 473-475.

³⁵ STC 110/2015, de 28 de mayo (BOE 159 de 4 de julio de 2015), FJ 6.

el principio de igualdad de esas mujeres siendo víctimas tanto de una discriminación directa, en lo referente a la distinta retribución por el mismo trabajo, como indirecta al consolidar una desigual retribución por razón de sexo. Se intentaba camuflar la discriminación separando ambos colectivos en el desempeño de dos categorías profesionales que abarcan las mismas funciones pero con distinto nombre³⁶.

3. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE.

Podríamos clasificar la discriminación múltiple como un tipo de discriminación especial, ya que supone llevar a cabo actos o acciones discriminatorias basándose en dos o más rasgos vedados que interactúan simultáneamente, no en uno como en los dos tipos anteriores³⁷.

La discriminación podrá ser directa o indirecta siempre que suponga una violación del principio de igualdad, es decir, que su finalidad legítima no esté amparada por la CE. Un claro ejemplo es el que sufre la mujer, ya que a este rasgo discriminatorio se le suman otros como la religión o la raza.

V. MEDIDAS DE IGUALDAD REAL Y EFECTIVA.

Aunque se encuentre en un apartado distinto, está estrechamente vinculado al mandato que impone la CE a los poderes públicos en su artículo 9.2: « [...] promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover obstáculos que impidan o dificulten su plenitud [...] ». En resumidas cuentas, un mandato de que se promuevan acciones positivas o tratos jurídicos diferentes y favorables a los colectivos en clara desventaja o infravaloración.

Según la jurisprudencia del TC, «no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida la acción de favorecimiento temporal que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos a fin de que, mediante un

³⁶ GOMEZ FERNANDEZ, I. *Una Constituyente feminista...* cit., pp. 139-141.

³⁷ REY, F. «Igualdad y prohibición...», cit., pp. 476-477.

trato especial más favorable, venga suavizada está situación»³⁸. Solo se consideraran justificadas y, por tanto, al amparo constitucional, cuando la diferencia de trato esté reconocida en las normas internacionales (4.1 CEDAW), se den circunstancias sociales discriminatorias verificadas por el órgano judicial y que dicha discriminación continúe en el momento de la adopción de la medida, siendo de obligado cumplimiento la revisión periódica de estas situaciones³⁹. La acción de nuestros poderes públicos ha de encaminarse a alcanzar los objetivos de igualdad y efectividad de los derechos otorgados por nuestro texto constitucional. Además, debe recordarse que para poder adoptar estas medidas deben entrar en juego el colectivo minusvalorado y una medida cuyo fin sea obtener la igualdad material de dicho colectivo.

Dicho esto, podemos pasar a diferenciar los dos tipos de medidas que pueden derivarse de este mandato.

1. ACCIONES POSITIVAS.

Las acciones positivas están destinadas a determinados colectivos que tratan de invertir la situación de desigualdad material entre ambos. Se identifican con la adopción de medidas específicas a favor de colectivos que comparten alguna causa de discriminación, con el objetivo de vencer la desigualdad material que sufren y buscando reforzar o asegurar esa igualdad. Estas abarcan los rasgos vedados por nuestra Constitución, rasgos que por su propia naturaleza no reflejan inferioridad alguna pero vinculan al beneficiado con un colectivo histórica y socialmente discriminado, es decir, una discriminación grupal. Estas medidas no suponen discriminación alguna respecto a otros colectivos como podría ser el ejemplo de las acciones positivas destinadas a la mujer, ya que la propia discriminación que recae sobre ellas hace que las medidas implantadas sean más que constitucionales basándose y justificándose por una sencilla razón, equilibrar su situación de desventaja social como grupo, no de forma individual. En otras palabras, se busca la igualdad material entre los colectivos⁴⁰.

³⁸ STC 216/1991, de 14 de noviembre (BOE de 17 de diciembre de 1991), FJ 5.

³⁹ GOMEZ FERNANDEZ, I. *Una Constituyente feminista...* cit., pp. 141-144.

⁴⁰ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica...* cit., pp. 58-59.

Algunos autores como Alexy consideran que la acción positiva engloba toda prestación del Estado⁴¹, pero parte de la doctrina y la jurisprudencia constitucional la califican como trato formalmente desigual que se basa en una diferencia de tratamiento por la pertenencia a un grupo minusvalorado. Es decir, por poseer un rasgo vedado recogido en las cláusulas específicas de no discriminación, siendo esencial que sea inmodificable e involuntaria. Como hemos dicho antes, su destinatario es el colectivo concreto, perdiendo su naturaleza si abarcara a la mayoría de la sociedad. El problema reside en considerar a la mujer como grupo minoritario ya que, según datos recientes del Instituto Nacional de Estadística, supera la mitad de la sociedad española con 23.711.009 de mujeres en el segundo semestre del año 2017 como podremos ver en la figura 1 expuesta más abajo, lo que supone el 50,94% de la población total. Incluso siendo menor a la mitad, nunca podría llegar a considerarse grupo minoritario. En definitiva, la propia práctica social y política ha hecho necesario introducir esta cláusula por razón de sexo y siendo, posiblemente, la menos respetada.

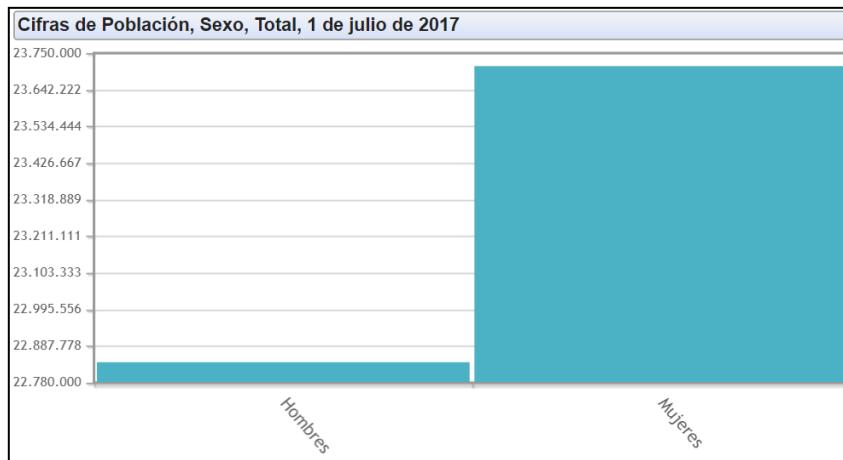


Figura 1: Cifras de población total en España por sexo, 1 de julio de 2017⁴².

Existe un mandato directo del legislador de acabar con estas discriminaciones, así como una prohibición de utilizar dicho rasgo como criterio diferenciador en la propia ley. El Estado a través de la CE se ve obligado a adoptar una posición beligerante contra su utilización como criterio minusvalorador de los colectivos que abarca. La principal característica es su carácter temporal, hasta que la minusvaloración persista,

⁴¹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 419.

⁴² <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=9663> (22/05/2018).

además de recoger solo las acciones que vayan encaminadas a los rasgos inmodificables, formando siempre parte de estos la raza y el sexo. Las acciones positivas están sometidas a un estricto y rígido control constitucional por hacer referencia a los rasgos vedados del artículo 14⁴³.

En Europa, dos casos que marcan el sexo como rasgo susceptible de acciones positivas son el caso *Marschall* del TJCE de 11 noviembre de 1997⁴⁴ y el caso *Kalanke* del TJCE 17 octubre de 1995⁴⁵, aunque tengan resultados distintos.

2. DISCRIMINACIÓN INVERSA.

La discriminación inversa o positiva se caracteriza por ofrecer un trato jurídico diferente en favor de un determinado colectivo que, simultáneamente y al contrario de las acciones positivas, produce un trato jurídico peor a uno o varios miembros del grupo mayoritario, es decir, favorecer a un grupo en detrimento de otros. Un caso muy típico de este tipo de medida son las famosas cuotas, como por ejemplo podemos observar en la sentencia *Kalanke*. La Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación establece en su artículo 3 que estas medidas irán destinadas a eliminar o reducir las desigualdades de hecho, aunque sean discriminatorias en apariencia, que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias recogidas en su artículo 1⁴⁶.

Las cuotas nombradas anteriormente consisten en reservar puestos a determinados colectivos minusvalorados en los procesos selectivos. Esta provoca un daño directo contra los miembros de los colectivos no beneficiados siendo inversamente discriminados por alguna de las razones del artículo 14 CE, concretamente y centrandonos en el objetivo del trabajo, por razón de sexo. Podemos diferenciar dos tipos de cuotas: la flexible, constitucionalmente admisible al no provocar un gran daño y siempre en base a la proporcionalidad; y la rígida, que no se encuentra al amparo

⁴³ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica...* cit., pp. 64-75.

⁴⁴ El Tribunal respalda la argumentación del Estado en la preferencia a las mujeres igualmente capacitadas por la evidencia de los tradicionales prejuicios de los empresarios contra ellas, afirmando que el trato de preferencia a la mujer era legítimo.

⁴⁵ El tribunal no acepta las cláusulas de promoción automática por preferencia de sexo, ya que concurriría en una discriminación por razón de sexo. Se prohíbe la preferencia automática.

⁴⁶ REY, F. «Igualdad y prohibición...», cit., pp. 477-479.

constitucional por su desproporcionalidad. En España la discriminación inversa por cuotas se encuentra limitada por los principios de mérito y capacidad del artículo 103 CE, los cuales rigen el acceso a la función pública⁴⁷.

Nuestra CE admitirá como válida la medida de discriminación inversa siempre y cuando cumpla los requisitos de idoneidad, es decir, que la medida sea la adecuada conforme al objetivo pretendido, y respeto de los derechos de los individuos no afectados favorablemente.

VI. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. LA MUJER ESPAÑOLA.

En este apartado haremos una referencia únicamente a una de las cláusulas de prohibición de discriminación, el sexo/género. Esta discriminación se caracteriza por ser la más antigua y persistente en el tiempo, una de las más extendidas y la que más formas reviste. Este último inciso será explicado conforme avancemos en este apartado.

La discriminación por razón de sexo es el reflejo de una situación global de desconsideración hacia la mujer que tiene raíces históricas y culturales muy antiguas. El colectivo femenino durante siglos ha ocupado una posición inferior en la sociedad y, aunque se va mitigando lentamente, sigue vigente en nuestros días. Uno de los mayores problemas de esta es el estereotipo que sostiene la distinción natural entre hombres y mujeres, proyectándose este en las distintas funciones sociales. La igualdad formal regulada en el artículo 14 CE no es capaz de eliminar esta discriminación por sí misma, siendo necesario utilizar las medidas antes explicadas que tienen su origen en el mandato constitucional del artículo 9.2 CE, medidas cuyo objeto o finalidad es conseguir una igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.

Los ordenamientos jurídicos y normas internacionales recogen la palabra «género⁴⁸» para hacer referencia a este tipo de discriminación, término que a primera vista parece más preciso que «sexo⁴⁹» aunque nuestro ordenamiento jurídico utiliza ambos términos indistintamente. Una cosa son las diferencias biológicas y otra la significación que culturalmente se asigna a esas diferencias. Nuestro país posee una

⁴⁷ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica...* cit., pp. 77-84.

⁴⁸ Construcción cultural que asignaría diferentes funciones naturales y sociales a hombres y mujeres.

⁴⁹ Características físicas del individuo, diferencias biológicas.

amplia regulación de la protección contra la discriminación por razón de sexo, regulación que en la realidad en la que vivimos no es suficiente, y es que las mujeres participan menos en el mercado laboral, cobran menos, poseen mayores tasas de desempleo y ocupan puestos de trabajo tradicionalmente atribuidos a ella y mayoritariamente temporales⁵⁰.

Haciendo un pequeño inciso, el movimiento feminista, en su integración a las actividades propias de las instituciones públicas, en España es identificado con la creación del Instituto de la mujer en 1983 donde se promovieron los primeros planes de igualdad. Esto provocó una gran actividad de promoción legislativa que, a nivel europeo, fueron calificadas de vanguardistas. En nuestro país, el feminismo está muy afianzado aunque, por desgracia, no entre dentro de las prioridades políticas de las mayorías gubernamentales⁵¹.

Respecto a la normativa internacional, el tratado fundamental en este ámbito es la CEDAW, considerándose en España derecho vigente y eficaz tal y como se recoge en el artículo 96.1 CE «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno [...]. Tres son los objetivos asumidos por nuestro ordenamiento jurídico interno: protección contra la violencia de género, garantía de igualdad de género en acceso y oportunidades, y garantía de igualdad en el poder de decisión en instituciones públicas y privadas. La igualdad entre hombres y mujeres es un principio universal contemplado tanto en Derecho internacional obligatorio como en convenios de los que España es Estado parte⁵².

En Europa, la mayoría de las acciones positivas van dirigidas principalmente a las mujeres, concretamente en el acceso al empleo, formación, promoción profesional y condiciones de trabajo y empleo, como vimos en la Directiva 2006/54/CE. Entre los Estados miembros, España es uno de los países que menos ha desarrollado estas medidas con origen estatal, siendo muy escasas y no precisamente rigurosas. Las vías a través de las cuales se suelen promover las acciones positivas a favor de las mujeres son:

⁵⁰ REY, F. «Igualdad y prohibición...», *cit.*, pp. 479-482.

⁵¹ BUSTELO, M., «Tres décadas de feminismo de Estado y políticas de igualdad en España», en *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*, La Barbera y Cruells (coords.), Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2016, pp. 293-318.

⁵² GOMEZ FERNANDEZ, I. *Una Constituyente feminista...* *cit.* pp. 93-97.

1. Legislación laboral: medidas de fomento de empleo para empresarios que contratan trabajadoras en determinadas circunstancias.
2. Planes de igualdad de oportunidades: administración propone la adopción de acciones positivas a favor de la mujer en todo tipo de campos.
3. Iniciativa comunitaria NOW: propuesta del Estado de subvencionar ciertos programas a favor de la mujer. Se trata de la aportación más importante.

Respecto a las acciones positivas de origen no estatal, también son escasas e incluso nunca llegan a ser estrictamente procedentes de particulares. Un campo en el que si se encuentran es la negociación colectiva donde los sindicatos promueven la diversidad sexual en la fuerza de trabajo⁵³. El primer convenio en recoger una cláusula referente a la adopción de acciones positivas fue el Convenio Colectivo de REPSOL que asumía como objetivo «posibilitar el aumento de la presencia femenina, procurando que esta presencia se dirija también a las ocupaciones tradicionalmente masculinas»⁵⁴.

Una de las leyes nacionales más importantes en este ámbito, la cual pretende combatir los comportamientos o manifestaciones existentes de discriminación por razón de sexo y promover una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, es la LO 3/2007. Esta ley, también conocida como ley de igualdad, es una norma general y genérica basada en la idea de la transversalidad del principio de igualdad entre mujeres y hombres a todos los niveles, concretamente en su artículo 15⁵⁵. Surge como respuesta al trato desigual que seguían recibiendo las mujeres aun con los preceptos de los artículos 14 y 9.2 CE, con el fin de potenciar su cumplimiento y rigidez. La LO 3/2007 se basa especialmente en las Directivas 2006/54/CE y 2004/113/CE que regulan el principio de igualdad de trato en los ámbitos de acceso al empleo, formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, y acceso a bienes y servicios y su suministro respectivamente.

Se nos presenta como una ampliación o desarrollo del derecho fundamental de la igualdad formal, así como del mandato de los poderes públicos de velar por la igualdad

⁵³ VILCHES ARRIBAS, M. J., «La acción positiva como instrumento para la igualdad de oportunidades», en *Cuaderno de Relaciones Laborales*, 6, 1995, pp. 41-42.

⁵⁴ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica... cit.*, pp. 100-118.

⁵⁵ «El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades».

material, tal y como recoge su artículo 1.1 «Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria». En ella se recogen las definiciones de la mayoría de los conceptos que en este tema nos atañen, tales como discriminación directa e indirecta, acciones positivas, igualdad de trato, etc. Esto nos permite realizar un análisis de la normativa con perspectiva de género. Cabe destacar que gracias a esta ley se han desarrollado estructuras e instrumentos dirigidos a conseguir la igualdad de trato y a vigilar el impacto de las políticas transversales que se desarrollan en aplicación de la LO 3/2007 a través de planes o programas de igualdad.

Esta ley ha tenido un impacto directo en los objetivos de nuestro país, tratando de elaborar un sistema en el que la presencia de las mujeres en los ámbitos de decisión sea real, como por ejemplo la inclusión del artículo 44 bis en la LO del Régimen Electoral General que recoge una presencia equilibrada en los puestos de las Administraciones Públicas. Esta modificación no incluye una paridad absoluta sino que exige que ninguno de los dos性os esté representado en menos del 40% ni en más del 60% de los puestos. Esta medida que no puede ser declarada inconstitucional al no primar un sexo por encima del otro, sino establecer unos mínimos y máximos de representación, es decir, no establece una medida de discriminación inversa sino una fórmula de equilibrio entre ambos性os sin ser estrictamente paritaria.

También podemos hacer referencia a otras muchas reformas gracias a esta como la Ley de Enjuiciamiento Civil o Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa⁵⁶.

⁵⁶ GOMEZ FERNANDEZ, I. *Una Constituyente feminista...* cit. pp. 127-133.

VII. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. POSTURA Y DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Nos encontramos ante el máximo intérprete de la Constitución, siendo su jurisprudencia una verdadera guía para la interpretación de los artículos recogidos en el seno de nuestro texto fundamental. A lo largo de los años se ha ido reconociendo en la jurisprudencia del TC que la existencia de disposiciones o resoluciones discriminatorias suponen un trato desigual que vulnera el principio de igualdad del artículo 14 CE pero que, sin embargo, entra dentro del mandato a los poderes públicos del artículo 9.2 CE.

Se sostiene que el principio de igualdad es un derecho subjetivo de los ciudadanos, siendo imposible concebir una igualdad formal independiente de los demás derechos. Este principio trata de evitar privilegios y desigualdades dentro de la sociedad, cuya protección será la misma que la de los derechos fundamentales recogidos en la CE. Como se dijo antes, su posición en el texto constituyente no es cosa del azar⁵⁷.

La verdadera problemática surge cuando se debe aplicar el principio de igualdad, es decir, se ha de valorar si constituye una desigualdad enjuiciable constitucionalmente, si es razonable y la intensidad con la que se controlan dichas desigualdades. El principio de igualdad en la ley solo resulta vulnerado, según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) la cual está en conexión directa con la interpretación de nuestro TC, «si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida»⁵⁸. En definitiva, el principio de igualdad permite aplicar diferenciaciones entre supuestos de hecho similares si se justifica la medida tomada⁵⁹.

Nuestro tribunal distingue entre medidas paternalistas y medidas de acción positiva. Como bien refleja acerca de las medidas que buscan la corrección de la situación discriminatoria o medidas de acción positiva, «no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos,

⁵⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y...* cit., pp. 252-253.

⁵⁸ STC 22/1981, de 2 de julio (BOE 172, de 20 de julio de 1981), FJ 3.

⁵⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y...* cit., pp. 51-63.

históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, venga suavizada o compensada está situación de desigualdad sustancial»⁶⁰. Ahora bien, en lo referente a las medidas paternalistas, es decir, las que bajo su falsa protección consolidan a la mujer en un ámbito de subordinación, el tribunal constitucional es tajante sirviendo de ejemplo la limitación de acceso a determinados empleos como la prohibición del acceso de la mujer a trabajar en las minas. Estas últimas no son medidas de apoyo para lograr la igualdad real y efectiva, ya que solo restringe a las mujeres como sucede en la sentencia referente a la mina la cual señala como prejuicio la presencia de una menor fortaleza física de la mujer⁶¹. En definitiva, se trata de proteger a la mujer en los casos en los que verdaderamente sea necesaria dicha protección, ya sea a la hora del periodo de embarazo o lactancia y no por intentar alejar a la mujer de trabajos en los que se piensa que solo por el hecho de ser mujer no va a poder desempeñar de forma óptima las funciones que se le exijan⁶².

Un tema que realmente destaca respecto al segundo inciso del artículo 14 CE es la inversión de la carga de la prueba. En los casos de discriminación esta carga se invierte, correspondiendo al demandado demostrar que las acusaciones de discriminación son falsas. Esta tiene su origen en la jurisprudencia del TC, sentando una regla en la materia considerada como una facilidad para la lucha contra la discriminación. En ella se recoge un supuesto de hecho en el que dos personas candidatos a ser representantes de personal son despedidas por discriminación por razón de actividad sindical, siendo imposible probar en juicio que el empresario supiera de su condición. El TC altera la solución de los tribunales ordinarios surgiendo esta inversión de la carga de la prueba, la cual desempeña la función de asegurar el libre ejercicio de otros derechos⁶³.

En el tema de discriminación a las mujeres, la discriminación como tal se puede considerar en numerosas vertientes. Se podría considerar que todas tienen su origen en la cultura histórica y social, ya sean como los micromachismos, prejuicios, desprecio a la figura de la mujer, control sobre ella, etc. Cuando alguna de estas está consolidada suelen ir avanzando en su forma hasta alcanzar otros puntos más peligrosos como las amenazas o anulación de su voluntad debido a ese pensamiento de superioridad del

⁶⁰ STC 216/1991, de 14 de noviembre (BOE 301, de 17 de diciembre de 1991), FJ 5.

⁶¹ STC 229/1992, de 14 de diciembre (BOE 16, de 19 de enero de 1993), FJ 4.

⁶² GOMEZ FERNANDEZ, I. *Una Constituyente feminista...* cit. pp. 141-144.

⁶³ STC 38/1981, de 23 de noviembre (BOE 305, de 22 de diciembre de 1981).

hombre sobre la mujer. En el vértice de la pirámide encontramos posiblemente las formas más descabelladas de esta discriminación, es decir, la discriminación por razón de sexo en todo su esplendor, donde distinguimos acoso, abusos y agresiones sexuales, encontrándose solo por encima de ellos el asesinato de la mujer solo por el hecho de serlo. Como podemos observar, la pirámide de la discriminación por razón de sexo recoge en su vértice la violencia de género que tristemente sufre nuestro país día tras día. La jurisprudencia del TC, por ejemplo, configura el acoso sexual como una forma de discriminación por razón de sexo definiéndola como «una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima» y que «sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato»⁶⁴.

Un precepto que suscita gran polémica en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en el artículo 37 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, tal y como refleja la STC 59/2008 de 14 de mayo donde el TC desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 153.1 Código Penal en relación con la redacción dada por el artículo 37. Se podría prever una discriminación al hombre por el hecho de serlo al castigar con una pena mayor al que maltrate a su mujer o ex mujer que si fuera el sexo contrario. No es declarado como inconstitucional ya que, y según la interpretación del TC, constituye una finalidad legítima debido a la frecuencia con la que se produce esta violencia de género teniendo a la mujer como víctima, siendo esta objeto de mayor protección y «manifiestan la discriminación y la relación de poder de los hombres sobre las mujeres». Se entiende razonable por tres motivos: finalidad legítima de prevención, adecuada por la frecuencia de casos de esta índole y proporcional porque no recoge una desigualdad de trato importante. Como hemos señalado antes, la violencia de género es el signo más despreciable de la discriminación por razón de sexo y así lo explica nuestro TC: «no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad». El problema radica en su interpretación, ya que debe entenderse que en todos los casos se produce una posición de superioridad del hombre sobre la mujer, fundándose en la idea de la mujer

⁶⁴ STC 224/1999, de 13 de diciembre (BOE 17, de 20 de enero de 2000), FJ 3.

como sexo débil⁶⁵. Visto queda la cantidad de casos de violencia de género que vive nuestro país cada día, llevando a considerar al TC esta medida como realmente necesaria y dentro del marco constitucional.

En definitiva, como se viene explicando a lo largo del trabajo, se trata de una medida que en base a la situación de la mujer desde la antigüedad hace que sean razonables y justificadas, así como la legitimidad de la finalidad que persiguen, la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.

Dicho esto, pasamos a explicar dos métodos o vías para poder defender nuestros derechos fundamentales, concretamente el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

1. RECURSO DE AMPARO

Nuestra CE prevé en su artículo 53.2 CE⁶⁶ la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, incluyendo dentro de ellos el artículo 14 y 30⁶⁷, dandonos la posibilidad de acudir al amparo constitucional a través del recurso de amparo. También se encuentra regulado en el Título IX «Del Tribunal Constitucional» en su artículo 161.1b), que recoge la competencia del TC para conocer los recursos de amparo. Se trata de un recurso extraordinario cuya única finalidad es garantizar y asegurar el restablecimiento o preservación de los derechos fundamentales ante posibles violaciones por parte de los Poderes Pùblicos. Tiene carácter subsidiario respecto a los demás recursos, es decir, solo se puede interponer cuando se hayan agotado todas las vías judiciales previas⁶⁸.

La función exclusiva del TC es velar por el cumplimiento de los preceptos recogidos en nuestra norma suprema del ordenamiento jurídico, es decir, el control abstracto de la constitucionalidad. El tribunal posee la última palabra en las cuestiones que se le presenten vinculando así a todos los órganos judiciales desde ese momento en

⁶⁵ REY, F. «Igualdad y prohibición...», *cit.*, pp. 490-491.

⁶⁶ Artículo 53.2 CE: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30».

⁶⁷ Objeción de conciencia.

⁶⁸ MOLAS, I., *Derecho Constitucional*, 4^a edic., Tecnos, Madrid, 2008, pp. 348-350.

adelante para los casos con supuestos de hecho análogos, aunque no tiene la competencia exclusiva, ya que los tribunales ordinarios también pueden tutelar los derechos recogidos por este recurso. Los derechos fundamentales son calificados como derechos subjetivos y elementos esenciales del ordenamiento y el sistema político. En definitiva, se trata de interpretar la CE y establecer el camino a seguir en cada caso concreto mediante los criterios jurisprudenciales que van creando para futuros casos análogos⁶⁹.

La legitimación se podrá invocar de la mano de toda persona física o jurídica que invoque un interés legítimo regulado en el artículo 162.1b) CE además del defensor del pueblo, figura que explicaremos en el siguiente apartado. Se exige que la persona esté directamente afectada por la vulneración del derecho objeto de recurso de amparo. Debemos señalar que existe, desde el reconocimiento de España en 1982, una instancia superior para la defensa de los derechos humanos que es el TEDH. Solo podrá acudirse a este tribunal una vez agotadas todas las vías estatales previas.

2. DEFENSOR DEL PUEBLO

Nos encontramos ante una garantía institucional de los derechos fundamentales, inspirado en el *Ombudsman* de los países nórdicos. Este se encuentra regulado en el artículo 54 CE que precede al del recurso de amparo, donde se recoge esta figura como un alto comisionado de las Cortes Generales designado para la defensa de los derechos del Título I «De los derechos y deberes fundamentales».

Se trata de una vía alternativa, gratuita y que puede iniciarse de oficio a instancia de parte de cualquier persona que invoque un interés legítimo. Posee diversas funciones, entre las que debemos destacar la posibilidad de interponer recursos de amparo ante el TC aunque en la práctica no ha promovido demasiados⁷⁰.

⁶⁹ REY, F. «Igualdad y prohibición...», *cit.*, pp. 445-452.

⁷⁰ REY, F. «Igualdad y prohibición...», *cit.*, pp. 459-461.

VIII. CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo hemos podido comprobar cómo la figura de la mujer es objeto de numerosas medidas cuya finalidad es conseguir la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, medidas que tienen su base constitucional en los preceptos de la CE. Día a día vemos como este principio de igualdad rige toda nuestra sociedad, procurando establecer tratamientos en los que no haya ningún indicio de desigualdad de trato o discriminación. Se trata de conseguir una postura de igualdad total que, a día de hoy, se encuentra mitigada pero no completamente.

La victoria del Estado social y de Derecho que proclama la CE lleva consigo la instauración de la igualdad en la sociedad, prohibiéndose la discriminación pero no el trato desigual, ya que no todos somos iguales. Cabe destacar la importante actividad legislativa que está realizando y que impone garantizar la UE al conjunto de los Estados miembros de cara a hacer desaparecer la discriminación por razón de sexo/género de las sociedades occidentales. Aun con todo esto, por desgracia, la mujer del siglo XXI sigue observando cómo se le tiene que considerar como un grupo minusvalorado por la sociedad desde el ámbito laboral hasta la propia violencia de género.

Aunque también exista discriminación hacia los hombres en algunos casos, la referida a la mujer es universal, es decir, se encuentra en todas las sociedades y culturas en diferentes grados pero sin excepción. Echando un poco la vista atrás, nuestros abuelos vivieron en una época machista avivada por la dictadura que vivía España en esos años, anulando cualquier avance que hubiera realizado el colectivo femenino en aras de conseguir la igualdad de hombres y mujeres. La cuestión es la siguiente, ¿por qué desde que se tienen datos históricos la mujer siempre ha estado desplazada y considerada inferior? y ¿qué hace pensar que la mujer no tiene los mismos derechos y capacidades que los hombres en la sociedad? La respuesta se encuentra en la consideración de que la mujer debe atender a las tareas domésticas y que le son inherentes por naturaleza, así como las pocas posibilidades que tenían las mujeres a la hora de acceder a la educación y al conocimiento, implantándoles un rol que en esa época, le pertenecía por derecho a la mujer. Hasta que no se ha dado la oportunidad de una educación digna al colectivo femenino, no hemos visto verdaderamente el avance de la sociedad hacia la igualdad real y efectiva que se merecen, siendo también

importante, y no por casualidad, la fuerza que ha conseguido el movimiento feminista en los últimos años.

Haciendo un pequeño inciso sobre el feminismo, últimamente ha adquirido mucha fuerza el sector radical del mismo que, aunque minoritario, no busca como muchas mujeres que han vivido en una sociedad machista la equiparación entre hombres y mujeres, sino cambiar las tornas y ser ellas las que sean superiores a la figura del hombre. Ese no es el verdadero feminismo que representa a millones de mujeres, el feminismo busca la igualdad entre hombres y mujeres tanto de oportunidades como de trato y se suele manchar su imagen por ese sector minoritario.

Tras todo esto, podemos llegar a la conclusión de que unas medidas más rígidas y estrictas que impidan llevarse a cabo actuaciones discriminatorias basadas en los rasgos vedados por el artículo 14 CE. Pero no todo es labor de los poderes públicos, ya que la sociedad debe también concienciarse de que esta lucha por la igualdad no es un problema menor y que es imprescindible que sea amparado por los más jóvenes, ya que todos hemos recibido una educación en un ámbito de igualdad de sexos. Esa educación de la que carecían años atrás hace que a día de hoy no sea una excusa para no respetarnos los unos a los otros. No basta con que luchen las mujeres, debemos hacerlo todos ya que se trata de conseguir un interés común, la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Mujer y Constitución: la construcción jurídica del género*, Cátedra, Valencia, 2005.
- BUSTELO, M., «Tres décadas de feminismo de Estado y políticas de igualdad en España», en *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*, La Barbera y Cruells (coords.), Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2016.

- GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GOMEZ FERNANDEZ, I. *Una Constituyente feminista. ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- MOLAS, I., *Derecho Constitucional*, 4^a edic., Tecnos, Madrid, 2008.
- NELKEN M., *La condición social de la mujer en España. Su estado actual: su posible desarrollo*, Minerva, Madrid, 1919.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1986.
- PEREZ LUÑO, A. E., «Sobre la igualdad en la Constitución española», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987.
- REY MARTÍNEZ, F. «Igualdad y prohibición de discriminación», en *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Biglino *et al.* (coord.), Thompson Reuters, Valladolid, 2013.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- VILCHES ARRIBAS, M. J., «La acción positiva como instrumento para la igualdad de oportunidades», en *Cuaderno de Relaciones Laborales*, 6, 1995.