

## El discurso jurídico.

### La mujer en la Constitución Española.\*

Ángela Figueruelo Burrieza\*\*

#### I

La Constitución es una forma más de ordenación jurídica del poder entre todas las históricamente conocidas (PÉREZ ROYO). Y lo que caracteriza a la Constitución como forma de ordenación jurídica del poder es el principio de igualdad. Ni una sola de las Constituciones aprobadas desde que surgió el moderno constitucionalismo a finales del siglo XVIII (C. de Filadelfia de 1787, Constitución Francesa de 1791 ó en España la de Cádiz de 1812) ha prescindido de dicho principio. A ello debemos añadir que después de la II Guerra Mundial se recibe en Europa, por influencia norteamericana, el principio jurídico de supremacía de la Constitución que hace que dicha norma ocupe la cúspide del ordenamiento jurídico. Nos encontramos, pues, ante la norma suprema de un Estado que se encarga de ordenar jurídicamente el poder en base al principio de igualdad.

Trasladamos estas premisas al caso español y observamos que el valor normativo supremo de la Constitución de 1978 se reconoce en los artículos 9.1 y 53.1 de los cuales se desprende el carácter obligatorio de las normas constitucionales y en especial de los derechos fundamentales para todos: poderes públicos y ciudadanos (GARCÍA de ENTERRÍA). El concepto igualdad aparece en el texto constitucional ya en el art. 1.1. que define al Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho y entre los valores superiores del mismo se proclaman la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. El valor igualdad sirve de base y fundamento al postulado Democrático en cuanto elemento que coadyuve a definir la fórmula compuesta de nuestro Estado.

En el Art. 14, que actúa como pórtico del capítulo II donde se regulan los Derechos y Libertades se dice expresamente que: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Este precepto, sobre el que se discute si reconoce un derecho o un principio, da cobertura a la igualdad formal ante la ley, propia del Estado Liberal, que por sí misma no asegura la igualdad real o material. Esta será garantizada en nuestra norma suprema en el art. 9.2, que con base en el postulado del Estado Social, dice expresamente:

"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 política, económica, cultural y social".

#### II

---

\* Texto de la Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca el 23 de octubre de 2003 en el marco de las "IV Jornadas de Historia de las Mujeres. Discursos de Género".

\*\* Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca.

De los preceptos citados se desprende con claridad que en la Constitución vigente en España está garantizada "a priori" la igualdad de trato sin diferencias por razón de sexo. Pero, dentro de las líneas clásicas del constitucionalismo liberal, todos los textos constitucionales españoles, hasta la Constitución Republicana de 1931, habían omitido cualquier referencia a la garantía de igualdad de trato sin diferencias por razón de sexo. Esta Constitución estableció en su artículo 25 que el sexo no podía ser fundamento de privilegio jurídico. Por lo que respecta a la participación política, en el artículo 36 se disponía que "los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de 23 años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes". La vida de la Constitución Republicana fue corta pues, después de la Guerra Civil, la implantación de la dictadura franquista con sus "leyes fundamentales del reino" devolvieron a la mujer a su posición tradicional. Como ejemplo, sírvanos el Fuero del Trabajo, aprobado en 1938, que aseguraba en su punto segundo que el Estado "libertará a la mujer casada del taller y de la fábrica". La ideología del régimen respecto al papel de la mujer se trasladó a la legislación ordinaria y a la práctica de los poderes públicos y así observamos que en el ámbito del Derecho Civil, sólo cuando ya el Régimen da sus últimos coletazos, en 1975 (año de la muerte de Franco) se consagró, en parte, la igualdad de la mujer casada en el matrimonio con la Ley 14/75 de 2 de mayo que fue conocida como "ley de la mayoría de edad de la mujer casada" y las desigualdades que aún se mantenían en dicha norma fueron eliminadas después de ser aprobada la Constitución, por la ley 11/81 de 14 de mayo, que modificó el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y por la ley 30/81, de 1 de julio por la que se modificaba la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

También en el ámbito del Derecho Laboral se mantenían numerosas cláusulas que impedían a la mujer el acceso libre e ilimitado a los puestos de trabajo. Ha sido el propio Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/95 de 24 de marzo, la norma que impone, en su art. 17, la igualdad plena de sexos en el ámbito del trabajo (ALCOBENDAS). Incluso en la Administración Pública la incorporación de la mujer había sido lenta y reducida. Por ejemplo, el acceso de la mujer a la judicatura no fue posible hasta 1966. Y, una ley del año 61 sobre "derechos políticos, profesionales y de trabajo" mantenía determinados empleos públicos reservados al sexo masculino.

En el cambio, de cara a la equiparación de los derechos de la mujer, no sólo ha desempeñado un gran papel nuestra norma suprema, puesto que no podemos olvidar la importante labor de los órganos judiciales ordinarios (jueces, magistrados, tribunales) así como por la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución que ha sabido compatibilizar la afirmación del principio de igualdad de sexos y la prohibición de trato discriminatorio, con la constitucionalidad de la adopción de medidas de acción positiva y de discriminación inversa a favor de las mujeres. Tales medidas se justifican en la intención de conseguir que las mujeres, colectivo marginado y preterido históricamente, tengan un trato especial más favorable, con el fin de ver suavizada o corregida su situación de desigualdad en la sociedad.

A los fallos del Tribunal Constitucional añadimos, de interés para el tema que nos ocupa, las sentencias a favor de la igualdad de la mujer en el continente europeo por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencias KALANKE de 17 de noviembre de 1995 y MARSCHALL de 11 de noviembre de 1997). Estas resoluciones han dado lugar a una importante doctrina sobre la

configuración de las acciones positivas y de discriminación inversa, al delimitar de forma proporcional, en qué casos cabe de forma individualizada la preferencia de la mujer.

A estas resoluciones unimos la labor realizada por el Tribunal de Estrasburgo en aplicación del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 1950; norma que en su artículo 14 prohíbe cualquier discriminación por razón de sexo. Además, y gracias al proceso de internacionalización de los derechos merece que hagamos referencia a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1987, ratificada por España en 1993, y al Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 que en su artículo 141 enuncia la igualdad de retribución para un mismo trabajo en el caso de trabajadores y trabajadoras. Y, por último, en el actual Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, que fue presentado al Presidente del Consejo Europeo en Roma el 18 de julio de 2003 y que actualmente está en fase de discusión por la Conferencia Intergubernamental que se abrió en Roma el 4 de octubre, en su Parte II, se recoge la "Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión". En el Preámbulo de la Carta se alude a la igualdad como un valor indivisible y universal.

El Título III de dicha Carta se dedica a regular la Igualdad; En el artículo II-20 se establece la igualdad de todos ante la ley, en el II-21 se prohíbe toda discriminación y en especial... por razón de sexo... Y, en el artículo II-23 se establece la igualdad entre hombres y mujeres:

"La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado".

Traemos a colación esta norma porque el día en que entre en vigor, en el próximo 2004, ratificado por los 25 Estados miembros de la Unión en aquel momento, será de obligado cumplimiento en todos los países signatarios y en virtud del principio de primacía, los jueces y Tribunales ordinarios se verán obligados a aplicarla, incluso de forma preferente a la propia Constitución Española, cuando haya conflicto entre una norma de derecho interno y la norma comunitaria.

La influencia de la Constitución se ha hecho sentir en todas las ramas del ordenamiento jurídico (civil, mercantil, laboral...) pero, sin lugar a dudas su influencia ha sido bastante mayor en la consagración y equiparación de los derechos civiles y políticos de la mujer que en lo referente al aspecto de las relaciones privadas donde el mandato promocional que la Constitución recoge en el artículo 9.2 es menos relevante tanto cualitativa como cuantitativamente. Al respecto vemos que el texto constitucional de 1978 consagra de manera definitiva el principio de sufragio universal; Es el artículo 23 el que reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo a todos los ciudadanos, así como el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. Los artículos 68.1 y 69.2 regulan, respectivamente, la elección de diputados y senadores que será llevada a cabo por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto en los términos que señale la Ley. La norma reguladora es la LOREG 5/85, de 19 de junio.

Estos preceptos, fundamento del postulado del Estado Democrático, se complementan con otra serie de artículos reconocidos a lo largo del Título I de la Constitución (parte dogmática) que vienen a poner los cimientos modernos para la tan anhelada equiparación de derechos. Destacan el art. 32 que establece que "el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica", así como el artículo 35 donde se reconoce el derecho al trabajo y a una remuneración suficiente

para satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia "sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo".

Rastreando en nuestra Constitución observamos, en el ámbito de los derechos sociales, cómo en el artículo 39 los poderes públicos reciben el encargo de proteger a la familia. Dentro de ésta recibirán especial atención los hijos, con independencia de su filiación y las madres, cualquiera que sea su estado civil.

### III

Después del rastreo efectuado por la Constitución Española y por las normas internacionales relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, que tienen carácter obligatorio en España (art. 10.2 CE.), conviene precisar que la norma suprema de 1978 vino a suponer un cambio fundamental a favor de la igualdad de los sexos, respondiendo a tendencias universales que ya habían encontrado eco en otros países. Ahora bien, la norma constitucional tiene un significado y un alcance que debe hacerse efectivo a través de la función de los operadores públicos; Es decir, la garantía constitucional de la igualdad entre los sexos necesita de una labor de precisión e interpretación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Se ha discutido mucho y no siempre de forma pacífica sobre el tratamiento de la igualdad en la Constitución Española, y entre las distintas perspectivas desde las que se enfoca, destacan dos principalmente: A): La igualdad como criterio inspirador de la acción de los poderes públicos, con fundamento en los artículos 1.1 y 9.2 de la norma suprema y B): La cláusula conferidora de derechos del artículo 14 de la Constitución.

A) Tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto el acento en aquellas normas constitucionales que, aunque no establezcan derechos u obligaciones directa e inmediatamente exigibles, si otorgan a los poderes públicos criterios para interpretar aquellos preceptos de la Constitución que sí establecen derechos y obligaciones. En relación con la igualdad entre los sexos la disposición más relevante es el artículo 14 de la Constitución, pero su interpretación se ha visto influida por los criterios interpretativos que se desprenden de los arts. 1.1 y 9.2 de la CE.

En lo que se refiere al art. 1.1., la igualdad se proclama como un valor del ordenamiento jurídico, es decir como una condición ideal de la vida social que debe perseguirse por los poderes públicos y ello tiene sus consecuencias en la práctica jurídica porque remite a concepciones culturales, acuñadas a lo largo de la historia y válidas en cada momento sobre el contenido de esa condición. De ahí la apertura del texto constitucional a apreciaciones socio-culturales que deben incidir sobre la interpretación de la norma constitucional.

En relación al art. 9.2 la Constitución recoge un mandato a los poderes públicos para lograr la igualdad real y efectiva de los individuos. Se nos presenta la dimensión material de la igualdad claramente. Pero, a diferencia de lo que pasa con el art. 14, los efectos jurídicos del art. 9.2 se centran en un mandato al legislador para que haga leyes que vayan más allá de la mera igualdad formal, por lo que su definición exige tener en cuenta los datos sociales determinantes de la posición de personas y grupos. En cambio, en el Art. 14 se recoge un derecho que preconiza la igualdad formal ante la ley y que está protegido en los más elevados niveles constitucionales mediante el procedimiento de amparo constitucional (MONTILLA).

B) Aunque la doctrina discute acerca de si la igualdad del Art. 14 es un derecho o es un principio, en la práctica se ha ido consolidando el uso del término "derecho a la igualdad". Incluso la jurisprudencia constitucional utiliza las dos expresiones de forma indiscriminada. Lo cierto es que el art. 14 de la CE contiene el eje de la garantía

jurídica de la igualdad reconociendo un derecho concreto que se puede proteger por los procedimientos ordinarios y por la garantía excepcional del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Gracias a este precepto se han ido estableciendo una serie de principios aceptados de forma general y que permiten comprender el significado actual de la igualdad entre sexos:

1) La igualdad ante la ley comprende tanto la igualdad en la ley (en el contenido de las disposiciones normativas) como en la aplicación de la ley (homogeneidad en la aplicación concreta, en la interpretación de las normas, sin acepción de personas).

2) El mandato de igual trato no significa un trato idéntico o indiferenciado para cualquier caso que se presente. Significa que se han de tratar igual las situaciones iguales, permitiendo diferencias de trato para situaciones diferentes. Esas diferencias de trato tienen que ser justificadas y razonables. De ahí que el criterio de la razonabilidad sea imprescindible a la hora de determinar si una desigualdad de trato vulnera el art. 14 constitucional.

3) Del art. 14 se desprende que en su primera parte (los españoles son iguales ante la ley) se recoge una cláusula de igualdad en sentido general. Pero, en su segunda parte se añaden conceptos nuevos (prohíbe toda discriminación) y cita una serie de categorías concretas respecto de las que esa discriminación está prohibida: raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal y social. Esta segunda cláusula no es una repetición teórica de la primera sino que aporta como nuevos los criterios específicos (entre ellos el sexo) que la Constitución establece como causa que no admite trato desfavorable. La enumeración de esos supuestos especialmente rechazables como causa de discriminación los convierte, por lo menos, en criterios sospechosos "a priori"; Así las cosas, cuando se apliquen diferencias de trato en esos casos, hará falta un estricto examen que haga desaparecer la presunción inicial de ilegitimidad.

#### IV

Aunque la Constitución no se refiere expresamente a ello la forma clásica de discriminación por sexo ha sido la practicada sobre el sexo femenino, es decir sobre la mujer (LÓPEZ GUERRA). Por ello, de forma natural, cabe entender que la prohibición del art. 14 aparece como una prohibición de discriminación de la mujer y así se deduce de los debates en las Cortes Constituyentes. Pero, que quede claro que la Constitución no prohíbe toda diferenciación por razón de sexo, sólo prohíbe la discriminación.

Es la doctrina que emana del Tribunal Constitucional la que ayuda a entender la diferencia. Desde una perspectiva procesal, cuando nos encontramos ante un caso de diferente trato por razón de sexo, siempre hay una sospecha de ilegitimidad que obliga a la inversión de la carga de la prueba; En virtud de este principio el causante de la diferencia de trato (siendo desfavorecida la mujer) está obligado a probar la legitimidad de esa diferencia. La Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional nos ofrece ejemplos en los cuales la cláusula de discriminación ha sido aplicada tanto en sentido directo como indirecto. Por discriminación directa se entiende el trato desfavorable dado a la mujer como consecuencia únicamente de su condición femenina (por ejemplo, tratar de forma desfavorable el embarazo). La discriminación indirecta será el trato desfavorable en virtud de una característica que no aparece inmediatamente vinculada al sexo, pero que en la práctica supone poner a la mujer en una posición desfavorable. Por ejemplo, considerar de menor valor, a efectos de

remuneración, aquellos trabajos desempeñados por mujeres casi de forma exclusiva (PÉREZ DEL RÍO y SÁEZ LARA). Podemos citar como mejor remuneradas tareas usualmente desempeñadas por hombres como vigilancia y seguridad. También en estos supuestos el carácter sospechoso de la diferencia y la inversión de la carga de la prueba, que en casos laborales obliga al empleador a presentar prueba convincente de que la diferencia de valoración y de remuneración por las tareas está justificada, ha servido de fundamento para una jurisprudencia de igualación que parte del principio de igualdad de remuneración cuando el trabajo realizado tiene el mismo valor.

Llegados a este punto conviene preguntarnos ¿En alguna ocasión cabe un trato desigual por razón del sexo?. Nuestra Constitución al reconocer la cláusula de no discriminación no excluye radicalmente cualquier diferencia de trato por razón de sexo, sino que lo que ello implica es una mayor rigidez a la hora de examinar los motivos que se alegan para justificar las diferencias. Con todo, en la práctica observamos la casi total desaparición de las justificaciones legítimas de la diferencia.

Quedan algunos supuestos identificables donde dicha diferencia si es admisible:

1) Aquellos casos, en el orden laboral, en que la ocupación de un puesto de trabajo se encuentra vinculada al sexo. Por ejemplo, el trabajo de actriz, reservado a mujeres. Otros casos tienen que ver con la apariencia física, la exigencia de una cierta vestimenta según el sexo que justifica una diferencia de trato entre hombres y mujeres. La directiva europea 76/207 viene a admitir esas diferencias en aquellos casos como las reservas de ciertos puestos de trabajo de funcionarios de prisiones de alta peligrosidad para delincuentes sexuales o los empleos en vestuarios e instalaciones sanitarias o deportivas que suponen una cierta incidencia en la intimidad de las personas (REY MARTÍNEZ).

2) Existe otra posibilidad, expresamente prevista en la C.E. sobre la cual ha discutido la doctrina española y sobre la que encontramos jurisprudencia al respecto del trato desfavorable que puede sufrir la mujer. Son supuestos marginales que ponen de manifiesto la resistencia a que desaparezcan las ideas y las normas que parten de una inferioridad natural del sexo femenino. Nos referimos al art. 57.1 de la Constitución que a la hora de ocuparse de la sucesión a la Jefatura del Estado, la Corona, concede preferencia, en el mismo grado de parentesco, al varón sobre la mujer (excepción hecha al principio de primogenitura que por otro lado, se consagra como regla general en el mismo precepto).

Otras Constituciones europeas de la monarquías nórdicas han suprimido este tipo de disposiciones discriminatorias. Sobre el tema existe alguna doctrina que opina que nos encontramos ante "normas constitucionales inconstitucionales" (MELLADO y GÓMEZ SÁNCHEZ) y ha tenido influencia en otro supuesto de discriminación constitucional sufrido por las mujeres: El tema de los títulos nobiliarios.

Según el art. 62.f) de la C.E. le corresponde al Rey la prerrogativa de "conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes" lo que se hace extensivo a la concesión de títulos nobiliarios. De esta manera, de forma implícita estos quedan reconocidos en la Constitución. Por el momento de su concesión y por tradición (la naturaleza y el espíritu de la nobleza responden a ello) las reglas de sucesión de esos títulos favorecen al hombre y en forma general discriminan al sexo femenino.

Con base en el art. 14 constitucional no tardaron en llegar a los Tribunales de Justicia demandas que impugnaban la preferencia masculina en la sucesión a los títulos nobiliarios. Hasta 1997 la Jurisprudencia del T.C. y de la Sala Primera (de lo Civil) del TS coincidían en la ilegitimidad y el carácter discriminatorio de la preferencia por el

hombre. Pero, en el 97, la jurisprudencia del Constitucional cambia por sorpresa de sentido, diciendo que las disposiciones desfavorables a la mujer en el caso de los títulos nobiliarios (comenzando por la ley de Partidas de 1348) no contradicen el art. 14 de la C.E. porque (el T. C. argumenta) en el mundo actual los títulos nobiliarios solo tienen un valor simbólico y su misma configuración histórica comporta un régimen sucesorio a favor del varón. Creemos que a la exministra de Asuntos Sociales, Cristina Alberdi, le asistía toda la razón del mundo cuando calificó a esta sentencia como "un insulto a la inteligencia".

3) Un tercer tipo de diferencias de trato basadas en el sexo son aquellas disposiciones que pretenden proteger a las mujeres frente a peligros derivados de supuestas desventajas o debilidades inherentes al propio sexo femenino. Por ejemplo: disposiciones relativas a la edad de jubilación, pensiones de viudedad concedidas preferentemente a mujeres, retribuciones especiales por trabajos nocturnos. En el derecho laboral estas diferencias con su carácter paternalista se han visto sometidas a una labor de desmantelamiento por la jurisdicción del TC hasta tal punto que parecía que el Alto Tribunal protegía de discriminación al sexo masculino.

El T.C. operaba restableciendo la igualdad y extendiendo a los hombres los beneficios que históricamente se le habían concedido a las mujeres; Es decir, igualaba por arriba. Esas medidas protectoras podían tener un efecto "boomerang", empeorando de hecho su situación. No obstante, consideramos que hay un tipo de acción protectora que en ningún caso puede ser considerada ilegítima: la dirigida a la protección del embarazo y la maternidad, en el cual el interés prevalente de la protección a la salud y la maternidad convierte en razonable la diferencia de trato.

## V

Si bien el T.C. español ha considerado ilícitos, por inconstitucionales, los supuestos de "acción protectora" que conceden ventajas al sexo femenino (a excepción de la maternidad), al lado de estos casos se han planteado otros en los que el T.C. ha considerado adecuados a la Constitución y tratamientos que se concedían a la mujer y que se negaban al sexo masculino; La diferencia de trato a favor de la mujer la basaba el Alto Tribunal en la cláusula de interdicción de la discriminación que para ser efectiva en la realidad necesitaba la concesión de ventajas al sexo femenino. Esta actuación se ha denominado "acción positiva" por parte de los poderes públicos.

Resoluciones de este tipo han aparecido en la jurisprudencia constitucional a partir de 1987. También hay jurisprudencia en ese sentido del Tribunal de Luxemburgo.

La realidad histórica y el momento presente nos enseñan que en lo referente al sexo la discriminación se ha ejercido y se ejerce contra la mujer como consecuencia de una serie de factores sociales: tradiciones, educación, valores morales, religión... Es la propia sociedad la que con gran arraigo ha construido ese fenómeno discriminatorio y harán falta medidas que influyan en que esas discriminaciones desaparezcan. Los instrumentos jurídicos serán el Art. 14 con su mandato de supresión cuando dice expresamente "sin que pueda prevalecer" y el Art. 9.2 que se refiere a la igualdad real y efectiva.

A partir de aquí el T.C. ha venido entendiendo que para corregir discriminaciones socialmente arraigadas sobre el sexo femenino caben "las acciones positivas". Esto necesita ser aclarado porque:

1) Las acciones positivas no son acciones protectoras, ya que estas últimas parten de la concepción previa de la inferioridad de la mujer. La acción positiva parte del principio de igualdad y de la existencia de una situación social debilitada de la

mujer a causa de prácticas y usos que no se han eliminado. Son estos los que se trata de hacer desaparecer.

2) La prohibición de discriminación recogida en el artículo 14 tiene carácter universal. Luego, en el caso del sexo, se extiende también al varón pero, conviene diferenciar entre una discriminación "coyuntural" y una discriminación "estructural" arraigada en la vida social. Las acciones positivas buscan evitar que sigan prevaleciendo tratamientos desventajosos del colectivo femenino como regla general.

3) La acción positiva se legitima no en función de las características individuales de la persona beneficiaria, sino en función de su pertenencia a un colectivo determinado y discriminado. La perspectiva individual pasa a un segundo plano. Tampoco se pueden confundir con las prestaciones propias del Estado Social de Derecho encaminadas a reducir las desigualdades sociales: ayudas escolares, desempleo, etc. (porque estas tienen en cuenta a los individuos afectados y no el grupo a que pertenecen). En cambio las acciones positivas conceden ventajas a la mujer por el mero hecho de serlo al margen de los méritos o de méritos que cada una tenga. Aquí es donde se fundamentan las críticas que alegan que puede suponer un atentado al valor superior de la igualdad. Para paliar estas críticas la doctrina española, basándose en la jurisprudencia del TC y del Tribunal de Luxemburgo, ha propuesto dos soluciones que tienen en cuenta el principio de proporcionalidad:

A) Se distinguen dos clases de acciones positivas, las que consisten en medidas favorables para el grupo que pertenece al sexo femenino (cursos de formación, becas o prestaciones de cara a su promoción). Estas no perjudican al sexo masculino. Y luego, otras en las que la preferencia por el sexo femenino se manifiesta por los pertenecientes a un grupo dejando en desventaja a los del otro grupo. En estos casos llamados de discriminación inversa nos encontramos: establecimiento de cuotas a favor del sexo femenino o de preferencia para la mujer en supuestos de igualdad de méritos. La desventaja aquí la sufre el sexo masculino.

Es este segundo caso el que plantea más dificultades a la luz del Art. 14 de la C.E., porque el criterio de la proporcionalidad conduce a graves dudas, ya que la introducción de un nuevo criterio de discriminación (a los varones) es tan grave desde los principios constitucionales como el daño que se quiere eliminar.

B) La doctrina española para dar solución a estos casos se ha basado en la jurisprudencia emanada del Tribunal de Luxemburgo; Las sentencias Kalanke y Marschall son un buen ejemplo.

De ellas se deduce la diferencia entre acción positiva y discriminación inversa. De la Sentencia Marschall se deduce que variantes de preferencia de mujeres sobre hombres en casos de notoria discriminación antifemenina (por ejemplo un bajo porcentaje de mujeres en determinadas categorías profesionales) serán lícitos si no imponen incondicionalmente la preferencia de la mujer, sino que deben dejar cláusulas de apertura: "en igualdad de méritos se preferirá siempre a la mujer".

En lo que respecta a las acciones positivas, desarrolladas por el legislador y por la jurisprudencia se ha centrado en la categoría de ventajas fuera de supuestos de competitividad, sin que hasta el momento se hayan planteado casos relevantes a nivel de la jurisprudencia.

## VI.

Para ir concluyendo me gustaría dejar constancia que en España, gracias a la C.E. de 1978, desde la perspectiva formal que se consagra en el art. 14, se ha creado, a partir de la Constitución y de las normas legales un marco teórico-normativo que suprime las discriminaciones que en el ordenamiento jurídico existían en épocas precedentes y permite mantener la existencia de la igualdad al margen de las diferencias a causa del sexo. El mandato del art. 14 de la Constitución se ha trasladado a la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones particulares, al mundo laboral. Esto se ha conseguido gracias a la función del T.C. que, aunque reconoce el principio de autonomía de la voluntad sobre la eficacia del principio de igualdad, excluye de esa incidencia todo lo que atañe a las prohibiciones de discriminación del Art. 14 de la C.E. Ha sido la doctrina de la eficacia indirecta (Drittwirkung) de los derechos fundamentales entre particulares la que ha permitido admitir recursos de amparo en base al art. 14 de la CE dirigidos frente a resoluciones judiciales que, en opinión del recurrente no protegieron sus derechos frente a terceros basados en ese artículo. La legislación ordinaria, art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, ha convertido esa prohibición en norma legal.

Las cosas cambian de sesgo cuando observamos la realidad social. Los arts. 1.1 y 9.2 de la C.E. poco pueden hacer para que la igualdad entre hombres y mujeres sea real y efectiva. En la esfera del sector público, aunque aún persiste en los niveles más altos de la Administración, se han superado en gran medida las desigualdades existentes. Fuera de la Administración se aprecia una innegable situación de tratamiento desigual del sexo femenino. A título de ejemplo la tasa de empleo masculino supera en más de un 20% a la femenina. De datos como estos se desprende la necesidad de medidas compensatorias en las que nuestro país no va precisamente a la cabeza. Destacan los "Planes de Igualdad de Oportunidades" que no tienen nada que ver con las acciones positivas derivadas del establecimiento de cuotas a favor de la mujer.

Pero si nos fijamos en el art. 103.2 donde se marcan los criterios de "mérito y capacidad" para el acceso a la función pública, la naturaleza neutral de los mismos no permite una acción más contundente. Si caben mayores posibilidades de actuación de acciones positivas en el campo de las relaciones privadas no sometidas a los rígidos criterios de mérito y capacidad. Ejemplos de esa acción aparecen en los Estatutos de algunos partidos políticos que establecen cuotas que garantizan un cierto equilibrio en la presencia de ambos sexos.

Esperamos que en un futuro más o menos próximo, sobre todo por influencia de la Unión Europea, vayan "**in crescendo**" los ejemplos que ya se dan en **otros países europeos**

## Bibliografía

ALCOBENDAS TIRADO, P., *Datos sobre el trabajo de la mujer en España*, Madrid, 1983.

BARRERE UNZUETA, M.A.: *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.

GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversas*, Valencia, 1999.

LÓPEZ GUERRA, L. "Igualdad, no discriminación y acción positiva en la C.E. de 1978" en *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000.

MELLADO PRADO, P. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., "En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del artículo 5 de la C.E. de 1978", *La Ley*, 1, 1984.

MONTILLA MARTOS, J.A., "El mandato constitucional de promoción para la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad", en *Estudios de Derecho Público* (Homenaje a J.J. Ruiz-Rico). Madrid, 1997.

OLLERO, ANDRÉS, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, 1999.

PÉREZ DEL RÍO, T. "El principio de igual trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario" en *Derechos laborales individuales y colectivos y Derecho Comunitario*, RENTERO JOVER (Coord). Madrid, 1997.

PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Ed. Pons, Madrid, 2002.

REY MARTÍNEZ, F. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, 1995.

SAEZ LARA, C. *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, 1994.