

HISTORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

TOMO IV
SIGLO XX
VOLUMEN V

Cultura de la Paz y Grupos vulnerables

Libro II

Grupos vulnerables

Dirección

Gregorio **PECES-BARBA MARTÍNEZ**

Eusebio **FERNÁNDEZ GARCÍA**

Rafael **DE ASÍS ROIG**

Fco. Javier **ANSUÁTEGUI ROIG**

Carlos R. **FERNÁNDEZ LIESA**



Dykinson, S.L.

FG
P-B FUNDACIÓN
GREGORIO PECES BARBA
PARA EL ESTUDIO Y COOPERACIÓN
EN DERECHOS HUMANOS

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS
BARTOLOMÉ DE LAS CASAS
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

HISTORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

TOMO IV: SIGLO XX

Volumen V

Cultura de la Paz y Grupos vulnerables

Libro II *Grupos Vulnerables*

Dirección:

Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ
Eusebio FERNÁNDEZ GARCÍA
Rafael DE ASÍS ROIG
Fco. Javier ANSUÁTEGUI ROIG
Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA

Coordinación:

Alberto IGLESIAS GARZÓN

AUTORES:

Óscar PÉREZ DE LA FUENTE
Julián SAUQUILLO GONZÁLEZ
María José BERNUZ BENEITEZ
Manuel CALVO GARCÍA
Massimo LA TORRE
Cristina GARCÍA PASCUAL
Hilda GARRIDO SUÁREZ
Vanesa MORENTE PARRA
Carlos LEMA AÑÓN
Joan Lluís PÉREZ FRANCESCH
Tomás GIL MÁRQUEZ
Antonio TRONCOSO REIGADA
Joaquín VALDIVIELSO NAVARRO

M^a José GONZÁLEZ ORDOVÁS
María José AÑÓN ROIG
M^a Ángeles BENGOCHEA GIL
Diego BLÁZQUEZ MARTÍN
Jesús GARCÍA CÍVICO
Ana María MARCOS DEL CANO
Víctor MERINO SANCHO
Agustina PALACIOS
Fernando REVIRIEGO PICÓN
José Luis REY PÉREZ
Eduardo J. RUIZ VIEYTEZ
Ángeles SOLANES CORELLA
Ignacio CAMPOY CERVERA

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47)

© Copyright by

Óscar Pérez de la Fuente
Julián Sauquillo González
María José Bernuz Beneitez
Manuel Calvo García
Massimo La Torre
Cristina García Pascual
Hilda Garrido Suárez
Vanessa Morente Parra
Carlos Lema Añón
Joan Lluís Pérez Francesch
Tomás Gil Márquez
Antonio Troncoso Reigada
Joaquín Valdivielso Navarro

Mª José González Ordovás
María José Añón Roig
Mª Ángeles Bengoechea Gil
Diego Blázquez Martín
Jesús García Cívico
Ana María Marcos del Cano
Victor Merino Sancho
Agustina Palacios
Fernando Reviriego Picón
José Luis Rey Pérez
Eduardo J. Ruiz Vleytez
Ángeles Solanes Corella
Ignacio Campoy Cervera

Foto portada: Medalla conmemorativa del quincuagésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Acuñada por la UNESCO en 1998.

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (91) 544 28 46 - (91) 544 28 69 - e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es> - <http://www.dykinson.com>
Consejo editorial véase <http://www.dykinson.com/quienessomos>

ISBN: 978-84-8155-404-5 (Obra completa)
ISBN: 978-84-9031-386-2 (Tomo IV. Volumen V. Libro II)
Depósito Legal: M-36652-2013

Impreso por:
SafeKat, S.L.
www.safekat.com

Índice del volumen V

LIBRO I

CAPÍTULO I:	Holocausto y derechos humanos. <i>Óscar Pérez de la Fuente</i>	1
CAPÍTULO II:	Contraconductas, constitución autónoma de la individualidad y biopolítica de las poblaciones: Una reflexión a partir de Michel Foucault. <i>Julián Sauquillo González</i>	45
CAPÍTULO III:	La violencia de los derechos de los animales. <i>M^a José Bernuz Beneitez</i>	101
CAPÍTULO IV:	La violencia de género como violación de derechos humanos. El papel de los movimientos sociales en la lucha por los derechos. <i>Manuel Calvo García</i>	157
CAPÍTULO V:	Tortura y Derecho. Una vez más. <i>Massimo La Torre</i>	233
CAPÍTULO VI:	El menosprecio de los derechos humanos. <i>Cristina García Pascual</i>	289
CAPÍTULO VII:	Empresa y derechos humanos: Un problema del siglo XX. <i>Hilda Garrido Suárez</i>	317
CAPÍTULO VIII:	Genoma humano y derechos humanos. <i>Vanesa Morente Parra y Carlos Lema Añón</i>	345
CAPÍTULO IX:	El concepto de seguridad en su dimensión europea en el siglo XX. <i>Joan Lluís Pérez Francesch - Tomás Gil Márquez</i>	401
CAPÍTULO X:	La historia del derecho a la protección de datos personales. <i>Antonio Troncoso Reigada</i>	431
CAPÍTULO XI:	Ciudadanía ecológica. <i>Joaquín M. Valdivielso Navarro</i>	493
CAPÍTULO XII:	La vivienda: un derecho "aparente" que pugna por ser un derecho eficaz. <i>M^a José González Ordovás</i>	547

LIBRO II

CAPÍTULO XIII:	Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio. <i>María José Añón Roig</i>	609
CAPÍTULO XIV:	La mujer en el siglo XX. El reto de la igualdad en el ámbito normativo y jurisprudencial. <i>M^a Ángeles Bengoechea Gil</i>	673
CAPÍTULO XV:	Los derechos (humanos) de las personas mayores: origen y evolución. <i>Diego Blázquez Martín</i>	713
CAPÍTULO XVI:	Los derechos de los consumidores: Un producto típico del siglo XX. <i>Jesús García Cívico</i>	747
CAPÍTULO XVII:	Minorías étnicas y derechos humanos. <i>Ana M^a Marcos del Cano</i>	815
CAPÍTULO XVIII:	El tratamiento jurídico de la violencia contra las mujeres en tiempos de conflicto armado. <i>Víctor M. Merino i Sancho</i>	859
CAPÍTULO XIX:	Personas con discapacidad y derechos humanos. <i>Agustina Palacios</i>	927
CAPÍTULO XX:	Los derechos de las personas privadas de libertad. <i>Fernando Reviriego Picón</i>	985
CAPÍTULO XXI:	El derecho al trabajo en el siglo XX: Del pleno empleo a las sociedades sin empleo. <i>José Luis Rey Pérez</i>	1035
CAPÍTULO XXII:	Derechos y minorías nacionales. <i>Eduardo J. Ruiz Vieytez</i>	1083
CAPÍTULO XXIII:	Derechos de los inmigrantes. <i>Ángeles Solanes</i>	1153
CAPÍTULO XXIV:	La progresiva incorporación de los derechos de los niños en el modelo de los derechos humanos. <i>Ignacio Campoy Cervera</i>	1219
Índice analítico (Volumen V, Libros I y II)		1305
Índice onomástico (Volumen V, Libros I y II)		1323

Capítulo XIII

**GRUPOS SOCIALES VULNERABLES Y
DERECHOS HUMANOS.
UNA PERSPECTIVA DESDE EL
DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO**

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. UNIVERSALISMO Y EXCLUSIÓN
3. EL PROCESO DE ESPECIFICACIÓN DE LOS DERECHOS
4. ITINERARIOS DE PROTECCIÓN Y TUTELA
5. ¿QUÉ CABE ENTENDER POR GRUPO DESAVENTAJADO?
6. DISCRIMINACIÓN Y SUS CALIFICATIVOS
 - A) Sobre el concepto de discriminación y el principio de igualdad
 - B) Discriminación directa
 - C) Discriminación indirecta
 - D) Discriminación interseccional
 - E) Discriminación múltiple y discriminación por indiferenciación
 - F) Discriminación estructural
7. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Este texto está dedicado a dar cuenta de los avances del Derecho antidiscriminatorio desde el paradigma de los derechos humanos y su evolución. Se ha elegido explicitar los momentos, las normas jurídicas, las decisiones judiciales que han marcado avances y también retrocesos en el desarrollo de conceptos y categorías jurídicas que recorren como grandes tendencias este sector de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Aunque este análisis se centra en el avance conceptual, hay una marcada conexión con los pasos dados en relación con los mecanismos de tutela y protección.

También es propósito de esta aproximación distinguir entre la evolución legislativa y jurisprudencial internacional y nacional y el desarrollo doctrinal, más crítico y con nuevas propuestas que, sin embargo, pretenden ser cercanas a las normas. Nos encontramos en un terreno en el que un desarrollo teórico plural, sustantivo, denso y crítico ha ido siempre por delante del desarrollo jurídico. Es más, en muchas ocasiones la recepción por parte de los sistemas jurídicos de estas teorías han sido tardías y pobres. Sin dejar a un lado este aspecto, sin embargo, trataré de realizar una aproximación al concepto de discriminación y a las diversas modalidades de los procesos discriminatorios tal y como los sistemas jurídicos los asumen, pero cuestionando, a la vez, los modos dominantes de reflexionar sobre la discriminación. Fundamentalmente porque el desarrollo teórico-jurídico, legislativo y judicial se encuentra frente a una serie de interrogantes que, pese a todo, siguen precisando respuestas más depuradas. Así, el ordenamiento jurídico muestra dificultades para identificar correctamente las categorías específicas de quienes son discriminados;

Capítulo XIV

**LA MUJER EN EL SIGLO XX.
EL RETO DE LA IGUALDAD
EN EL ÁMBITO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

SUMARIO

1. UN RETO DEL SIGLO XX: LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES, SUPERAR EL PATERNALISMO Y ACABAR CON UNA SOCIEDAD ANDROCÉNTRICA
2. LA EXIGENCIA DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL SIGLO XX EN ESPAÑA
 - A) **Ámbito normativo: Constitución Española**
 - a) Art. 14 CE- Igualdad formal y prohibición de discriminaciones
 - b) Artículo 9.2 CE- Igualdad material
 - B) **La jurisprudencia del Tribunal Constitucional**
 - a) STC 128/87- Determinación del concepto "acciones afirmativas"
 - b) STC 145/91- Distinción entre discriminación directa e indirecta
3. LA EXIGENCIA DE LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL SIGLO XX EN EUROPA
 - A) **Ámbito normativo: Directiva 76/207**
 - B) **Las sentencias *Kalanke* y *Marshall* del Tribunal de Justicia**
4. **BIBLIOGRAFÍA**

UN RETO DEL SIGLO XX: LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES, SUPERAR EL PATERNALISMO Y ACABAR CON UNA SOCIEDAD ANDROCÉNTRICA

La exigencia de igualdad es algo difícil de rechazar a priori, porque se considera algo deseable y positivo¹, es un ideal a conseguir en el ámbito social, económico o político entre otros². En el siglo XX esta exigencia de igualdad se ha centrado en mayor medida, tanto en Europa como en España, en la lucha por la igualdad entre hombres y mujeres. Ha sido una meta tanto en el ámbito legislativo como jurisprudencial.

Pero fundamentar esta exigencia de igualdad no resulta fácil, porque no es tan sencillo estudiar el "grado" de igualdad o desigualdad en el que se encuentran las mujeres. A esta dificultad tenemos que añadir el hecho de que exigir la igualdad de las mujeres, requiere necesariamente completarse con el correlato de determinar necesariamente qué entes se consideran iguales, y en qué aspecto lo son³. La

Vid., BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, traducción de Pedro Aragón Rincón, Ediciones Eumo, LCE, de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993, p. 53, donde en palabras de este autor, "la igualdad tiene predominantemente en el lenguaje político un significado emotivo, positivo es decir, designa algo que se desea". Vid., también SAVATER, F., "La reflexión filosófica de la igualdad", *Claves de Razón Práctica*, nº 36, 1993, p. 12.

Vid., CALSAMIGLIA, A., "Sobre el concepto de igualdad" en MUGUERZA, J. y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 99, desarrolla el argumento de que la igualdad es un ideal político popular, algo que se busca por parte de toda la sociedad.

Vid., ARA PINILLA, I., "Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad", en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed.), *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 203, señala que "la caracterización relacional del principio de igualdad resulta, en cualquier caso, insuficiente si no se acompaña de la indicación del aspecto de los entes puestos en relación en qué vienen éstos considerados como iguales...".

igualdad debe identificar los titulares y las cosas respecto a las que se es igual⁴. Siempre se es igual en algo y con respecto a alguien. De esta manera, al analizar la igualdad, habría que incorporar una referencia al tipo de bien o valor en el que se debe ser igual, así como referirse a qué unidades y bajo qué criterios se es igual⁵, y por supuesto en qué se es desigual.

Y éste es precisamente el reto que surge en el siglo XX: intentar descubrir qué diferencias de trato entre hombres y mujeres deben considerarse positivas, para igualar respecto a ellas, y cuáles negativas; en definitiva, cuáles debemos proteger y cuáles erradicar, porque generan discriminaciones. La finalidad del ordenamiento jurídico es precisamente equiparar o diferenciar según el caso, para conseguir una igualdad real y posibilitar que las mujeres disfruten de todos sus derechos⁶.

Por ello, la diferenciación no debe plantearse a priori como algo negativo. Tawney incluso encuentra un posible beneficio económico y social si se defienden y fomentan las *diferencias personales*⁷. Dicho en otras palabras, reconocer y fomentar las diferencias que existen entre los individuos, sean éstos hombres o mujeres, y que están basadas en la eficiencia o el mérito estarán plenamente legitimadas. En este sentido, podríamos entender con Tawney que la mejora social y económica vendrá con la conservación de las denominadas *desigualdades naturales*, que son positivas y enriquecen al individuo, y el rechazo a otro tipo de desigualdades: *las sociales y económicas*, por considerarlas arbitrarias y producto del favoritismo social⁸.

⁴ Vid., BOBBIO, N., *Derecha e Izquierda. Razones y significados de una distinción política*, trad. de A. Picone, Taurus, Madrid, 1995, p. 136-137, ha señalado cómo "el concepto de igualdad es relativo, no absoluto. Es relativo por lo menos en tres variables a las que hay siempre que tener en cuenta cada vez que se introduce el discurso sobre la mayor o menor deseabilidad, y/o sobre la mayor o menor viabilidad, de la idea de igualdad: a) los sujetos entre los cuales nos proponemos repartir los bienes y gravámenes; b) los bienes o gravámenes que repartir; c) el criterio por el cual repartirlos".

⁵ Vid., SEN, A., *Nuevo examen de la desigualdad*, versión española de Ana María Bravo, revisión de Pedro Schwartz, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 13.

⁶ RUBIO LLORENTE, F., "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, enero-abril, 1991, p. 16, donde el autor señala que "puede afirmarse sin exageración alguna que lo propio del Derecho es establecer diferencias", y añade que "el Derecho es así, al mismo tiempo, un factor de diferenciación y de igualación".

⁷ TAWNEY, R.H., *Igualdad*, trad. de F. Giner, Fondo de Cultura Económica, México, 1945, pp. 148 y ss.

⁸ En este sentido, TAWNEY, R.H., *Igualdad*, cit., pp. 147-148, señala que: "las desigualdades del Antiguo Régimen habían sido intolerables porque habían sido arbitrarias

Ferrajoli sigue esta misma línea de argumentación cuando afirma que el moderno principio de igualdad es "un principio complejo, que incluye las diferencias personales y excluye las diferencias sociales". Hay diferencias que son las que atribuyen identidad a los individuos y que se consideran como positivas y que deberían integrarse y protegerse. Pero junto a estas diferencias personales encontramos otras diferencias, las sociales y económicas, que generan *desigualdades*⁹. La finalidad de la igualdad es precisamente proteger y reconocer las diferencias y eliminar las desigualdades¹⁰. El problema que Ferrajoli no se plantea es que en muchas ocasiones las desigualdades sociales se han cebado con las mujeres, y han configurado una "identidad femenina", unas *diferencias personales*, que en ocasiones no son positivas, estancándolas en roles establecidos por la sociedad¹¹. Por ello, lo *personal* en muchas ocasiones se "meca" con lo *social*, y no resulta tan nítida su distinción.

Para explicar esta última afirmación, podremos partir en primer lugar de una obviedad: es cierto que el ordenamiento jurídico se articu-

resultado no de las diferencias de capacidad personal, sino del favoritismo social y político. Las desigualdades de la sociedad industrial habían de ser apreciadas porque eran la consecuencia del éxito o del fracaso individual. Eran doblemente benditas. Merecían la aprobación moral porque correspondían al mérito. Eran beneficiosas económicamente porque creaban un sistema de premios y castigos. Por lo tanto, era posible aborrecer las desigualdades más características del siglo XIX. La distinción entre ellas consistían en que las primeras tenían su origen en instituciones sociales y las últimas en el carácter personal. Podía verse la igualdad de derechos como una razón explicativa de que cualquier otro género de desigualdad era innecesario y peligroso". Y sigue argumentando más adelante que "interpretado correctamente, la igualdad significaba, no la ausencia de contrastes violentos de riqueza y condición social, sino oportunidades iguales de llegar a ser igual".

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ballester, Prólogo de N. Bobbio, Trotta, Madrid, 1995, p. 906.

FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ballester y Andrea Greppi, Ed. Trotta, Madrid, 1999, donde el autor señala que "las diferencias - sean naturales o culturales - no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales". Las desigualdades en cambio, ya sean económicas o sociales, son "las disparidades entre los sujetos producidas por la diversidad de sus derechos fundamentales, así como de sus posiciones de poder y sujeción", p. 82.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, cit., afirma que "unas diferencias reconocidas para ser respetadas y garantizadas; las otras deben serlo igualmente, o removidas o compensadas lo más posible", p. 907.

VILL, PITCH, T., "Libertad femenina y derechos", en MESTRE, R. (coord.), *Derechos y ciudadanía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, en p. 124 refiriéndose al pensamiento de Ferrajoli afirma que "La diferencia femenina no sólo ha dado lugar a exclusiones, marginaciones, y opresiones, sino a su vez las exclusiones, etc. han sido elementos constitutivos de la identidad femenina".

la a través de la definición de supuestos de hecho, de los que surgen consecuencias jurídicas para unos sujetos, que resultan diferenciados respecto de quienes no se encuentran en la misma situación. De esta manera, al legislar se diferencia, y a priori no hay nada malo en ello. Evidentemente, si el legislador situara a todos los individuos en idénticas posiciones jurídicas y fácticas, posiblemente se dictarían normas injustas y disparatadas que harían imposible que el sistema funcionase¹³; por ello, sólo deben prohibirse aquellas diferenciaciones que sean discriminatorias y arbitrarias y lo que debe exigirse, por tanto, es que las diferenciaciones tengan fundamento¹⁴.

Pero por otro lado, aunque resulta innegable este planteamiento de partida, en segundo lugar, el problema surge cuando las diferencias personales: por ejemplo "ser hombre" o "ser mujer", en vez de utilizarse como algo positivo, son precisamente la causa de una diferenciación social negativa. Es decir, puede ocurrir que sea la propia sociedad la que construye la desigualdad, que a través de determinados conceptos se generalizan y se "asimilan" y se incluyen como "naturales" por el ordenamiento jurídico. Es lo que ha ocurrido por ejemplo con el concepto de *género*. El *género* como concepto sociológico hace referencia a una categoría relacional que nos permite ver las relaciones que se establecen entre hombres y mujeres de forma asimétrica. Esta asimetría permite constatar las construcciones sociales que se hacen del ser "hombre" y del ser "mujer", de los atributos y capacidades que se asignan a las personas a partir de su sexo.

En el imaginario social el concepto de "género" se confunde con el concepto de "sexo", cuando en realidad son muy diferentes. El concepto de *género* enfatiza el carácter social de las desigualdades en contraposición al carácter de diferencia biológica del concepto de *sexo*. A partir de la diferencia sexual (nacer macho o hembra) se construye la identidad de género (ser hombre o ser mujer). Esta identidad de género es causa de desigualdad ya que pertenecer a un cierto sexo otorga una posición social desigual, y un determinado rol. Alda Facio, por ejemplo, ha señalado acertadamente que las mujeres tienen necesidades e intereses específicos a su sexo que pueden o no coincidir con los

¹³ Vid., ALEXI, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, y revisión de Ruth Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 384.

¹⁴ Vid., DE OTTO, I., "El principio de igualdad en la Constitución Española", *Igualdad, desigualdad y equidad en España y México*, Colegio de México, 1985, p. 351, afirma que "el contenido del principio de igualdad no es otro que obligar a que la desigualdad tenga fundamento".

de los hombres¹⁵. Si se utiliza un concepto aparentemente "neutral" de las necesidades o de los derechos, y aquéllas y éstos se configuran exclusivamente basándose en el sujeto "hombre", evidentemente la neutralidad como tal no existe. No olvidemos que la sociedad está configurada sobre unas bases androcéntricas, no neutrales y basadas en el paternalismo. Es decir, la sociedad, y por ende en su origen el ordenamiento jurídico, se centran históricamente en el hombre "varón", y por supuesto sin olvidar la influencia tan negativa del paternalismo y la idea que se vincula a este: la inferioridad histórica de la mujer. Esto es lo que Barrère denomina "falso universalismo"¹⁶ o Bodelón "falsa neutralidad del derecho"¹⁷. Y para superar esta situación de desigualdad, quizá lo primero que tendríamos que exigir es una neutralidad "real" en el Derecho, para construir una igualdad real en la sociedad.

La causa de la construcción social de la desigualdad contemporánea entre hombres y mujeres hay que entenderla en su contexto: el desarrollo de la industrialización y la consolidación del capitalismo avanzado. En este escenario es donde la nueva organización socioeconómica de las sociedades occidentales industrializadas favorece la creciente separación física entre la esfera privada (doméstica) y la esfera pública (mercantil o laboral), y la asignación de responsabilidades diferentes con valores desiguales entre mujeres y hombres en una y otra esfera. Las nacidas *hembras* construyen su identidad –el ser mujer– participando de los atributos comunes entre las mujeres, y que son: ser esposa, ama de casa y madre, relegándose a la esfera privada. Y los nacidos *machos* construyen su identidad –el ser hombre– participando de ser cabeza de familia o "ganador del pan", centrándose en la esfera pública.

El siglo XX se encuentra con el reto de erradicar normas que se caracterizan por infravalorar las actividades calificadas como femeninas

¹⁵ FACIO MONTEJO, A., *Cuando el Género suena, cambios trae (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, San José, CR, ILANUD, 1999, p. 16.

¹⁶ Vid., BARRÈRE UNZUETA, M^a Á., "Lusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación", en MESTRE, R. (coord.), *Mujeres, derechos y ciudadanía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 54.

¹⁷ BODELÓN, E., "La transformación feminista de los derechos" en BENGOCHEA GIL, M^a Á. (ed.), *La lucha por la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Reflexiones y aportaciones de la Ley de Igualdad 3/2007 de 22 de marzo*, Colección Debate nº 10, Dykinson, Madrid 2010, señala que "Los procesos legislativos han recogido muy poco las propuestas y formulaciones feministas y en muchos casos han deformado o mutilado las reivindicaciones feministas. Las causas se encuentran, entre otras, en la falsa neutralidad del derecho, en su carácter androcéntrico, pero también en no haber reconocido el papel de los movimientos feministas", en p. 93.

por una parte, y por otra, conseguir superar la diferencia salarial que existe entre hombres y mujeres. La sociedad se estructura de tal manera que hay mujeres que se dedican en exclusividad a las tareas domésticas, y también las hay que trabajan fuera del hogar. Y el problema de estas últimas, es que no sólo en ocasiones no tienen el mismo salario; sino que se encuentran con un "techo de cristal" que les impide acceder a determinados ascensos laborales; y además, tienen que organizarse porque ante la imposibilidad de delegar el trabajo dentro del hogar, sufren la doble jornada, o "doble presencia".

Y el problema se agrava en el caso de las mujeres, porque en la sociedad capitalista los "tiempos" dedicados a la mayor producción laboral, tras una preparación y formación para un determinado puesto, coincide precisamente con los "tiempos" de la reproducción, es decir, el momento en que la mujer, por cuestiones de edad, decide ser madre. No hay que olvidar que las mujeres también dedican su tiempo a la reproducción, y que en la mayoría de las ocasiones esto no tiene reconocimiento social o económico, resulta casi invisible. El reto es coordinar mercado de trabajo con el trabajo de la reproducción.

Pero el problema es que en el siglo XX este nuevo rol social de las mujeres trabajadoras y madres fuera del marco doméstico tiene la resistencia del contexto social a transformarse, de acuerdo con la nueva situación. En ese momento no se crea la suficiente oferta de servicios públicos de bienestar, por lo que en muchas ocasiones la solución viene de estrategias individuales: abuela, amiga, vecina, etc., que resuelven el problema de la "madre trabajadora". Cuantos mejores sean las posibilidades de recursos personales y materiales de las mujeres, mejor podrán coordinar trabajo de reproducción y trabajo externo.

Ésta es una de las discriminaciones latentes del siglo XX: la discriminación laboral de la mujer, es decir, el acceso desigual de hombres y mujeres a determinadas posiciones del mercado laboral, en mayor parte, por las razones que hemos enumerado. La lucha contra esta discriminación laboral, así como conseguir una visibilidad de la mujer en la vida pública es el centro de atención principal del *feminismo liberal*¹⁸.

El *feminismo liberal* se desarrolla entre los años sesenta y setenta y reivindica los derechos individuales de las mujeres: autodeterminación, libertad de elección, acceder a la educación, y una igualdad de oportunidades que implica ciertas políticas redistributivas. El problema del que

¹⁸ Sobre feminismo vid., entre otros AMORÓS, C., *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*. (Volúmenes I, III y III), Minerva Ediciones, Madrid, 2005.

parte el feminismo liberal es que la sociedad cree que la mujer todavía debe cumplir un rol establecido de madre y cuidadora que la relega al ámbito doméstico, o si no, la obliga a la señalada "doble jornada".

Este problema, que en muchas ocasiones genera que las mujeres se sientan culpables al no poder satisfacer plenamente su función doméstica, lo analiza desde el feminismo liberal Betty Friedan. Esta autora habla de la inquietud y ansiedad de las mujeres cuando al tener que cumplir el rol de ama de casa, madre y cuidadora, se las excluye de cualquier aspiración de desarrollo personal y laboral. Es "el problema que no tiene nombre"¹⁹. Esta autora señala que en realidad no hay "modelos" de mujer a seguir, y se ven muy negativamente las que salen del rol establecido. En este contexto, la calidez del hogar es la aspiración máxima de los hombres y la mistificación de este deseo se convierte en la razón de vivir para las mujeres. Incluso la mujer puede sentir "culpabilidad por ser ambiciosa"²⁰. Según esta autora la mujer debería forjarse un plan de vida de acuerdo a sus facultades, porque el problema es que hay empobrecimiento de la educación de las mujeres: se casan cada vez más jóvenes, no tienen estudios universitarios, y limitan sus trabajos a sectores "femeninos". Propone como solución para salir de la "trampa" en la que las propias mujeres se encuentran, la búsqueda de una cultura y de una cualificación para desarrollar un trabajo. En este sentido las feministas liberales critican las normas y las costumbres sexuales contemporáneas, ya que entienden que son expresiones concretas de la subordinación de la mujer.

Una vez que partimos de reconocer como evidente la falta de igualdad entre hombres y mujeres en el siglo XX, veremos en los siguientes epígrafes que las políticas de igualdad son la principal respuesta institucional a este problema en las democracias occidentales que han desarrollado el Estado de Bienestar. El objetivo de las políticas de igualdad es conseguir que las mujeres tengan los mismos derechos y oportunidades que los hombres en todos los ámbitos de la vida económica, social, política y cultural. Han sido una meta a conseguir desde el plano normativo así como jurisprudencial tanto en España como en Europa.

¹⁹ Vid., FRIEDAN, B., *La mística de la feminidad*, Cátedra, Madrid, 2009, donde se afirma que "El hecho de que las mujeres no se hayan convertido en profesionales, y la aversión que han sentido en los últimos veinte años por los trabajos, remunerados o no, que precisen iniciativa, condiciones de mando y responsabilidad, es debido a la mística de la feminidad" (p. 385); y añade que "El problema que no tiene nombre (...) está causando más víctimas en el campo de la salud mental y física que cualquier otra enfermedad conocida" (p. 402).

²⁰ FRIEDAN, B., *La mística de la feminidad*, cit., p. 393.

2. LA EXIGENCIA DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL SIGLO XX EN ESPAÑA

En España la lucha por la igualdad entre hombres y mujeres en el siglo XX en el plano normativo se centra básicamente en el reconocimiento expreso de la obligación de garantizar la igualdad entre sexos en la Constitución Española de 1978. Pero además, el Tribunal Constitucional se ha encargado de dar forma a conceptos claves para erradicar discriminaciones por razón de sexo, tales como *discriminación indirecta*, o *acciones afirmativas*.

A) Ámbito normativo: Constitución Española

La igualdad ha sido acogida en nuestra Constitución en sus dos dimensiones: como igualdad material y como igualdad formal. Ambas vertientes del principio de igualdad resultan imprescindibles y no son excluyentes. Se coordinan para promover la igualdad de las mujeres, así como para erradicar las discriminaciones históricas que éstas han sufrido. Siguiendo este argumento, conviene no olvidar la doble función del principio de igualdad en nuestro sistema constitucional, puesto que "de un lado opera como meta u objetivo trascendente a alcanzar en el orden económico-social (art. 9.2); de otro, como garantía de generalidad y regularidad inmanente al propio Ordenamiento jurídico (art. 14)"²¹. Adviértase que tal y como señala el profesor Peces-Barba, la igualdad formal es un "principio o directiva genérica concerniente a cómo deben ser tratados los seres humanos", mientras que la igualdad material "tiene que ver con hechos, como por ejemplo las necesidades básicas, o la realidad económica o social"²².

a) Artículo 14 CE- Igualdad formal y prohibición de discriminaciones

El artículo 14 de la Constitución Española literalmente señala 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". Se

²¹ PÉREZ LUÑO, A. E., "Sobre la igualdad en la Constitución Española", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo IV, 1987, p. 143.

²² PECES-BARBA, G., y otros, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III/ Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 284.

recoge en este precepto por un lado la exigencia de igualdad formal y por otro, la prohibición de discriminaciones.

Veremos que en lo relativo a la igualdad formal, ésta se desarrolla a través de dos facetas básicas que no son coetáneas en el tiempo: la igualdad *ante* la ley y la igualdad *en* la ley. El artículo 14 de nuestra Constitución recoge expresamente la igualdad *ante* la ley (o aplicación de la ley), y no aparece explícita en su letra la igualdad *en* la ley (o en el contenido de la ley). De esta manera, aunque el artículo 14 no enumera específicamente las dos vertientes de la igualdad formal, se entienden incluidas ambas vertientes²³.

Pero es importante recordar que la exigencia de igualdad formal no supone de ninguna manera exigir una igualdad absoluta, al contrario, precisamente para conseguir la igualdad y erradicar discriminaciones será necesaria la diferenciación. Es generalmente admitido por la doctrina y por la jurisprudencia, que el principio de igualdad formal del artículo 14 no impone una prohibición absoluta de establecer diferencias de tratamiento, sólo se prohíben aquellas diferenciaciones que sean discriminatorias y lo que exige, por tanto, es que las diferenciaciones tengan fundamento²⁴. Esta diferenciación en el trato, en palabras de Gregorio Peces-Barba, no dificulta, sino potencia, la igualdad ante la ley, y es un elemento de cohesión con la igualdad material, puesto que al establecer los datos relevantes se puede en ocasiones tener en cuenta criterios de redistribución general que faciliten la satisfacción de las necesidades²⁵.

²³ JIMÉNEZ CAMPO, J., "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 9, 1983, señala que la igualdad "se proyecta sobre el conjunto de la labor legislativa en todas sus posibles determinaciones" y "ha de ser respetada también por el legislador", por lo que no es posible fundamentar una indefendible inmunidad del legislador, o preservar en la tarea legislativa "un ámbito sustraído al control de constitucionalidad", en p. 85-89. Y también, TEROL BECERRA, M. J., en "Acerca del Principio de Igualdad", *Temas Laborales. Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 29, 1993, p. 84, señala que "la igualdad ante la ley que el precepto proclama engloba a la igualdad en la ley o en el contenido de la ley y a la igualdad en la aplicación de la ley".

²⁴ Vid., M.J. Terol Becerra, donde se señala que "lo que el principio de igualdad prohíbe al legislador, es establecer diferencias de trato basadas en una distinción entre supuestos de hecho contrarias a la Constitución o extraer de una diferencia entre supuestos de hecho perfectamente constitucional, consecuencias jurídicas arbitrarias por irracionales" en TEROL BECERRA, M.J., "Acerca del principio de igualdad", cit. p. 86.

²⁵ Vid., también DE OTTO, I., "El principio general de igualdad en la Constitución Española", *Igualdad, desigualdad y equidad en España y México*, Colegio de México, 1985, p. 151, señala que "el contenido del principio de igualdad no es otro que obligar a que la desigualdad tenga fundamento".

²⁶ Vid., PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 155.

Siguiendo este planteamiento, y dentro de los límites impuestos por la Constitución, es posible la diferenciación de trato entre hombres y mujeres, siempre y cuando la finalidad sea conseguir erradicar discriminaciones. Es decir, la Constitución establece esta posibilidad, pero le corresponde después al legislador "determinar en qué medida la ley ha de configurar situaciones distintas"²⁶.

Pero durante el siglo XX en España a los tratamientos diferenciados por razón de sexo, como veremos, les ha dado forma y contenido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no el legislador. No será hasta el siglo XXI cuando se avance en el plano legislativo en pro de la igualdad entre hombres y mujeres²⁷.

Esta posibilidad de garantizar tratamientos diferenciados en favor de las mujeres se refrenda además con el segundo inciso del artículo 14 de la Constitución Española, ya que junto a la exigencia de la igualdad formal, hay un reconocimiento expreso de prohibición de discriminación por razón de sexo. Es decir, se prohíbe discriminar por razón de sexo, pero no articular medidas para equiparar y conseguir la igualdad de sexos²⁸, ya sea a través de *acciones afirmativas* o de *discriminaciones inversas*²⁹.

En este sentido, se ha señalado que el constituyente pensó que estos motivos determinados de discriminación señalados en el artículo 14, entre los que se encuentra la discriminación por razón de sexo,

²⁶ TEROL BECERRA, M. J., "Acerca del principio de igualdad", cit., p. 85.

²⁷ Por ejemplo las leyes aprobadas en el siglo XXI en España; en este sentido, para lo relativo a la "Ley de Igualdad" 3/2007. Vid., "La Ley de Igualdad 3/2007 de 22 de marzo: el reto de erradicar discriminaciones" en BENGOCHEA GIL, M^a Á. (ed.), *La lucha por la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Reflexiones y aportaciones de la Ley de Igualdad 3/2007 de 22 de marzo*, Colección Debate nº 10, Dykinson, Madrid 2010.

Y para lo relativo a la Ley 1/2004 de medidas de protección contra la violencia de género Vid., GIL RUIZ, J. M^a, *Los diferentes rostros de la violencia de género: ensayo jurídico a la luz de la Ley Integral (L.O. 1/2004, de 28 de diciembre) y la Ley de Igualdad (L.O. 3/2007, de 22 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2007.

²⁸ Vid., REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill/ Interamericana de España, Madrid, 1995, p. 60. Según este autor ante estos grupos tradicionalmente discriminados se produce lo que el autor denomina "modelo antidiscriminatorio completo de tres niveles", y que consiste en: 1. una prohibición de las discriminaciones directas; 2. una prohibición de las discriminaciones indirectas; 3. se entienden lícitas las *discriminaciones inversas*.

²⁹ En este sentido para diferenciar ambas medidas vid., BENGOCHEA GIL, M^a Á., "Acciones positivas y discriminaciones inversas: dos instrumentos para hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres" en *Mujer, libertad e igualdad. Un homenaje a Enriqueta Chicano*, Aranzadi-Thomson, Madrid, 2007.

una "variedad de desigualdad social particularmente dañina, peyorativa e intolerable"³⁰, ya que tiene connotaciones peyorativas que la convierten en sinónimo de parcialidad, perjuicio, o favoritismo³¹.

Se clasifican así las diferencias que sufren como base estos grupos tradicionalmente discriminados, como son las mujeres, como *sospechosas* hasta que se pruebe lo contrario³². Es decir, son *categorías sospechosas* de sufrir una discriminación porque tradicionalmente las mujeres han sido uno de los grupos más afectados por las discriminaciones. Por tanto, con independencia de que durante el siglo XXI se haya extendido este grupo de *categorías sospechosas* (sobre todo, teniendo en cuenta la cláusula abierta que nos ofrece el artículo 14 de la Constitución Española), puede afirmarse que esta especial protección, según la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional durante el siglo XX, se limita sobre todo al sexo³³. Esto se traduce en que algunas de las referencias del artículo 14 son *categorías razonables*, como por ejemplo cualquier diferenciación basada en el nacimiento, la lengua o la edad, y no tendrán que considerarse necesariamente como discriminatorias³⁴.

³⁰ REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, pp. 4-5.

³¹ Vid. BARRÈRE UNZUETA, M^a A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acciones positivas en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 19 y ss.

³² Vid. REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, cit. p. 59.

³³ Nuestro Tribunal Constitucional ha entendido la existencia de unas determinadas categorías donde cualquier diferenciación tiene que ser controlada, porque es sospechosa de ser considerada discriminatoria. Vid., por ejemplo STC 19/1989 de 31 de enero de 1989, se señala que "más en concreto, la expresa prohibición de la discriminación por razón de sexo, no sólo entraña la interdicción de la desigualdad de trato injustificada, sino también la decisión constitucional de acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo. De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matización que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación".

³⁴ Vid. también STC 103/1983 de 22 de noviembre, también se remite a *categorías sospechosas* señalando que "el artículo 14 de la Constitución, además, establece una serie de supuestos de discriminaciones que pueden considerarse como típicas, entre las cuales se encuentran ningún género de dudas la diferenciación o discriminación del trato jurídico que resulta del sexo de la persona".

³⁵ Vid. STC 75/1983 de 3 de agosto, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada frente al artículo 28.2.b) de la Ley Especial para el municipio de Barcelona (de 1960), en la que se imponen límites máximos de edad para los funcionarios que pretendan acceder a ciertos

eran "una variedad de desigualdad social particularmente dañina, peligrosa e intolerable"³⁰, ya que tiene connotaciones peyorativas que la convierten en sinónimo de parcialidad, perjuicio, o favoritismo³¹.

Se clasifican así las diferencias que sufren como base estos grupos tradicionalmente discriminados, como son las mujeres, como *sospechosas* hasta que se pruebe lo contrario³². Es decir, son *categorías sospechosas* de sufrir una discriminación porque tradicionalmente las mujeres han sido uno de los grupos más afectados por las discriminaciones. Por tanto, con independencia de que durante el siglo XXI se haya extendido este grupo de *categorías sospechosas* (sobre todo, teniendo en cuenta la cláusula abierta que nos ofrece el artículo 14 de la Constitución Española), puede afirmarse que esta especial protección, según la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional durante el siglo XX, se limita sobre todo al *sexo*³³. Esto se traduce en que algunas de las referencias del artículo 14 serán *categorías razonables*, como por ejemplo cualquier diferenciación basada en el nacimiento, la lengua o la edad, y no tendrán que considerarse necesariamente como discriminatorias³⁴.

³⁰ REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, cit., p. 57.

³¹ Vid., BARRÈRE UNZUETA, M^a A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 19 y ss.

³² Vid., REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, cit., p. 59.

³³ Nuestro Tribunal Constitucional ha entendido la existencia de unas determinadas categorías donde cualquier diferenciación tiene que ser controlada, porque es sospechosa de ser considerada discriminatoria. Vid., por ejemplo STC 19/1989 de 31 de enero donde se señala que "más en concreto, la expresa prohibición de la discriminación por razón de sexo, no sólo entraña la interdicción de la desigualdad de trato injustificada, sino también la decisión constitucional de acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo. De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matización que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación".

³⁴ Vid., también STC 103/1983 de 22 de noviembre, también se remite a *categorías sospechosas* al señalar que "el artículo 14 de la Constitución, además, establece una serie de supuestos de discriminaciones que pueden considerarse como típicas, entre las cuales se encuentran sin ningún género de dudas la diferenciación o discriminación del trato jurídico que deriva del sexo de la persona".

³⁵ Vid., STC 75/1983 de 3 de agosto, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada frente al artículo 28.2.b) de la Ley Especial para el municipio de Barcelona (de 1960), en la que se imponen límites máximos de edad para los funcionarios que pretendan acceder a ciertos

b) *Artículo 9.2 CE-Igualdad material*

El principio de igualdad material aparece recogido en el artículo 9.2 de nuestra Constitución, que en su letra atribuye a los poderes públicos la tarea de "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran 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".

Mientras la igualdad formal demanda relaciones de igualdad en el contenido y aplicación de la ley, la igualdad material lo hará en el ámbito económico y social para potenciar plenamente la igualdad que, junto a la libertad, debe amparar todo Estado de Derecho³⁵. Para Bobbio está claro que la igualdad de hecho o igualdad material se traduce en "la igualdad respecto de los bienes materiales, o igualdad económica"³⁶.

Lo que se pretende con la igualdad material es equiparar a los individuos en sus condiciones materiales de existencia, no sólo para garantizar su seguridad, sino además para permitir el ejercicio efectivo de su libertad individual. Esto significa, por tanto, que la igualdad formal del artículo 14 se coordina y no es contraria a la igualdad material del artículo 9.2³⁷. A través de este último artículo se pretende equilibrar en la medida de lo posible los bienes y situaciones económicas

cargos de la Administración, en el citado municipio. En la argumentación el Tribunal admite que este precepto es acorde con la Constitución, ya que no todos los límites por edad son ilícitos, y afirma que "en cuanto a la edad es en sí un elemento diferenciador, será legítima una decisión legislativa que, a ese elemento diferenciador, y a las características del puesto de que se trate, fije objetivamente límites de edad que supongan, para los que la rebasasen, la imposibilidad de acceder a los puestos", siempre que esa diferenciación esté fundamentada (FJ. 3). La mejora del funcionamiento del servicio administrativo, es una razón justificativa suficiente en este caso.

³⁵ En este sentido, FERNÁNDEZ, E., *La Obediencia al Derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1994, p. 241, ha señalado que "la reivindicación de una igualdad material distinta de la igualdad moral y de la igualdad formal jurídico-política, pero no opuesta a ésta sino complementaria, va unida al intento de albergar dentro de los sistemas democráticos metas sociales y económicas. La democracia no será, así, solamente democracia política sino también social". En este mismo sentido, CARRIT, E.F., "La Libertad y la Igualdad", en QUINTON, A. (comp.), *Filosofía Política*, trad. de E.L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 251, donde señala que "la igualdad de las posesiones causa igualdad del poder, y la igualdad del poder es libertad".

³⁶ BOBBIO, N., *Igualdad y Libertad*, cit., p. 79.

³⁷ Vid., RUIZ MIGUEL, A., "La igualdad como diferenciación", *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, AA.VV, Colección Solidaridad, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994, p. 285, se afirma que "La igualdad formal o ante la ley garantizada por el artículo 14 de la constitución no es un límite sino un presupuesto -necesario pero no suficiente de la igualdad real y efectiva del 9.2, esto es, un mínimo negativo e indeclinable a partir del cual

b) *Artículo 9.2 CE-Igualdad material*

El principio de igualdad material aparece recogido en el artículo 9.2 de nuestra Constitución, que en su letra atribuye a los poderes públicos la tarea de "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran 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".

Mientras la igualdad formal demanda relaciones de igualdad en el contenido y aplicación de la ley, la igualdad material lo hará en el ámbito económico y social para potenciar plenamente la igualdad que, junto a la libertad, debe amparar todo Estado de Derecho³⁵. Para Bobbio está claro que la igualdad de hecho o igualdad material se traduce en "la igualdad respecto de los bienes materiales, o igualdad económica"³⁶.

Lo que se pretende con la igualdad material es equiparar a los individuos en sus condiciones materiales de existencia, no sólo para garantizar su seguridad, sino además para permitir el ejercicio efectivo de su libertad individual. Esto significa, por tanto, que la igualdad formal del artículo 14 se coordina y no es contraria a la igualdad material del artículo 9.2³⁷. A través de este último artículo se pretende equilibrar en la medida de lo posible los bienes y situaciones económicas

cargos de la Administración, en el citado municipio. En la argumentación el Tribunal admite que este precepto es acorde con la Constitución, ya que no todos los límites por edad son ilícitos, y afirma que "en cuanto a la edad es en sí un elemento diferenciador, será legítima una decisión legislativa que, a ese elemento diferenciador, y a las características del puesto de que se trate, fije objetivamente límites de edad que supongan, para los que la rebasaran, la imposibilidad de acceder a los puestos", siempre que esa diferenciación esté fundamentada (FJ. 3). La mejora del funcionamiento del servicio administrativo, es una razón justificativa suficiente en este caso.

³⁵ En este sentido, FERNÁNDEZ, E., *La Obediencia al Derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1994, p. 241, ha señalado que "la reivindicación de una igualdad material distinta de la igualdad moral y de la igualdad formal jurídico-política, pero no opuesta a ésta sino complementaria, va unida al intento de albergar dentro de los sistemas democráticos metas sociales y económicas. La democracia no será, así, solamente democracia política sino también social". En este mismo sentido, CARRIL, E.F., "La Libertad y la Igualdad", en QUINTON, A. (comp.), *Filosofía Política*, trad. de E.L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 251, donde señala que "la igualdad de las posesiones causa igualdad del poder, y la igualdad del poder es libertad".

³⁶ BOBBIO, N., *Igualdad y Libertad*, cit., p. 79.

³⁷ Vid., RUIZ MIGUEL, A., "La igualdad como diferenciación", *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, AA.VV, Colección Solidaridad, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994, p. 285, se afirma que "La igualdad formal o ante la ley garantizada por el artículo 14 de la constitución no es un límite sino un presupuesto -necesario pero no suficiente de la igualdad real y efectiva del 9.2, esto es, un mínimo negativo e indeclinable a partir del cual

“sociales”. En este sentido, se ha señalado que el artículo 9.2 “podía actuar de motor de cambio social y que es el exponente más señalado del principio del Estado social”³⁹.

La igualdad material es un objetivo a alcanzar que impone para su consecución una actuación estatal, ya sea removiendo los obstáculos que la dificultan, o favoreciéndola directamente a través de una actividad positiva, o de hacer, o incluso, puede ser necesario que se atribuya una prestación a alguien⁴⁰. Es decir, para alcanzar la igualdad material entre hombres y mujeres, es posible la intervención estatal, y ésta a su vez dependerá de la realidad social, y de la situación de desventaja social en la que se encuentren las mujeres respecto de los hombres.

Recordemos que siempre que se exige la igualdad material, ésta se refiere a la presencia real de la igualdad en las relaciones sociales existentes en un momento histórico determinado⁴¹. Lo cual se traduce en que es la propia sociedad, con sus peculiaridades, con su historia, la que configura las reivindicaciones de igualdad material. Esto plantea un problema: “lo que fue una reivindicación igualitaria en un tiempo y en una época determinada, quizá no lo sea en otra”⁴².

Por ello, cuando la finalidad es conseguir la igualdad material entre hombres y mujeres, hay que observar la sociedad y el contexto histórico para articular la mejor manera de conseguirla. El estudio de la igualdad al margen del contexto histórico, resulta imposible si tenemos en cuenta que es éste precisamente el que nos proporciona las bases para saber cuáles son las exigencias de la igualdad en cada momento⁴³.

“...desarrollar una política positiva de remoción de obstáculos y creación de las condiciones necesarias para ir consiguiendo una mayor igualdad entre los ciudadanos”.

³⁹ Véase PÉREZ LUÑO, A.E., “Dimensiones de la igualdad material”, *Anuario de Estudios Constitucionales*, nº 3, 1984-85, p. 258.

⁴⁰ JONAL COSTA, A., “Un caso concreto de interacción entre norma constitucional y realidad: el artículo 9.2 de la Constitución Española y la realización del principio de igualdad”, *Boletín de la Facultad de Derecho, UNED*, nº 3, 1993, p. 39.

⁴¹ Véase PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 22, 1995, p.19 Para este autor, por complicado que se plantee hacer viable una demanda de igualdad no significa que sea imposible, dado que se puede articular a través de la existencia de un derecho fundamental de naturaleza prestacional, o bien de un derecho fundamental de naturaleza no prestacional, a través de la configuración de una exigencia de igualdad formal.

⁴² En este sentido BOBBIO, N., *Igualdad y Libertad*, cit., p. 79.

⁴³ GELSAMIGLIA, A., “Sobre el concepto de igualdad”, en MUGUERZA, J. y otros, *Tratado de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 100.

⁴⁴ GARCÍA GUTIÉRREZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, donde se afirma que: “ni es viable un concepto de

sociales³⁸. En este sentido, se ha señalado que el artículo 9.2 "podía actuar de motor de cambio social y que es el exponente más señalado del principio del Estado social"³⁹.

La igualdad material es un objetivo a alcanzar que impone para su consecución una actuación estatal, ya sea removiendo los obstáculos que la dificultan, o favoreciéndola directamente a través de una actividad positiva, o de hacer, o incluso, puede ser necesario que se atribuya una prestación a alguien⁴⁰. Es decir, para alcanzar la igualdad material entre hombres y mujeres, es posible la intervención estatal, y ésta a su vez dependerá de la realidad social, y de la situación de desventaja social en la que se encuentren las mujeres respecto de los hombres.

Recordemos que siempre que se exige la igualdad material, ésta se refiere a la presencia real de la igualdad en las relaciones sociales existentes en un momento histórico determinado⁴¹. Lo cual se traduce en que es la propia sociedad, con sus peculiaridades, con su historia, la que configura las reivindicaciones de igualdad material. Esto plantea un problema: "lo que fue una reivindicación igualitaria en un tiempo y en una época determinada, quizá no lo sea en otra"⁴².

Por ello, cuando la finalidad es conseguir la igualdad material entre hombres y mujeres, hay que observar la sociedad y el contexto histórico para articular la mejor manera de conseguirla. El estudio de la igualdad al margen del contexto histórico, resulta imposible si tenemos en cuenta que es éste precisamente el que nos proporciona las bases para saber cuáles son las exigencias de la igualdad en cada momento⁴³.

podrá operar una política positiva de remoción de obstáculos y creación de las condiciones necesarias para ir consiguiendo una mayor igualdad entre los ciudadanos".

³⁸ Vid. PÉREZ LUÑO, A.E., "Dimensiones de la igualdad material", *Anuario de Derechos Humanos*, nº 3, 1984-85, p. 258.

³⁹ POYAL COSTA, A., "Un caso concreto de interacción entre norma constitucional y realidad: el artículo 9.2 de la Constitución Española y la realización del principio de igualdad", *Boletín de la Facultad de Derecho, UNED*, nº 3, 1993, p. 39.

⁴⁰ Vid. PRIETO SANCHÍS, L., "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 22, 1995, p. 19. Para este autor, por más complicado que se plantee hacer viable una demanda de igualdad no significa que sea imposible, dado que se puede articular a través de la existencia de un derecho fundamental de naturaleza prestacional, o bien de un derecho fundamental de naturaleza no prestacional. Por último, a través de la configuración de una exigencia de igualdad formal.

⁴¹ En este sentido BOBBIO, N., *Igualdad y Libertad*, cit., p. 79.

⁴² CALSAMIGLIA, A., "Sobre el concepto de igualdad", en MUGUERZA, J. y otros, *Desarrollo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 100.

⁴³ RODRÍGUEZ-PINERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a E., *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, donde se afirma que: "ni es viable un concepto de

La igualdad al responder al principio de diferenciación, no se puede basar en principios prestablecidos, sino que por el contrario es necesario que sea flexible y mutable para que basándose en la diferencia, pueda adaptarse a la complejidad social. Así, lo que en un momento histórico debe considerarse como diferente y tratarse desigualmente, en otro momento esta diferenciación ya no tiene sentido. Será a través de la legislación y de la jurisprudencia como se determine lo que es "distinto"⁴⁴.

En este sentido, teniendo en cuenta la realidad social de España en el siglo XX, la exigencia de igualdad entre hombres y mujeres se ha centrado, como veremos reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre todo en el marco laboral. De hecho, el propio Tribunal Constitucional justifica la intervención estatal y ha entendido "que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida –antes al contrario– la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos históricamente preferidos y marginados"⁴⁵.

En resumen, el artículo 9.2 permite tratamientos diferenciados para erradicar las discriminaciones enumeradas en el artículo 14, como las originadas por razón de sexo, todo ello sin olvidar que además el artículo 1.1 de la propia Constitución recuerda que en nuestro Estado Social y democrático de Derecho uno de los valores superiores es la igualdad⁴⁶. En este sentido, la finalidad de la igualdad es proyectarse a todo el Derecho, configurarse como un "criterio de distribución". Es

igualdad al margen del contexto histórico en que se aplique, ni sus matices son exactamente idénticos según la materia de que se trate", en p. 47.

⁴⁴ PRIETO SANCHÍS, L., "Igualdad y minorías", *Derechos y Libertades*, nº 5, 1995, p.114, señala cómo "La tarea de la regulación jurídica implica siempre un ejercicio de distinción".

⁴⁵ STC 216/1991, de 14 de noviembre donde se reitera que: "el precepto constitucional que prohíbe toda discriminación por razón de sexo (art. 14) es de aplicación directa e inmediata desde la entrada en vigor de la Constitución. Su adecuada interpretación exige, sin embargo, la integración sistemática del mismo con otros preceptos de la Ley fundamental, pues así lo precisa la unidad de ésta".

Vid., también SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, donde en este sentido se señala que al incluir en nuestra Constitución el artículo 9.2, se "está permitiendo la existencia en el Ordenamiento jurídico de discriminaciones, si bien sola y exclusivamente en el caso de que ellas favorezcan a los grupos e individuos sociológicamente discriminados (discriminaciones favorables)" (p. 39).

⁴⁶ Para desarrollar más este tema me remito a otro trabajo. Vid. en este sentido, BENGOCHEA GIL, M^a Á., "Algunas reflexiones sobre los valores superiores en nuestro Ordenamiento: ¿sigue el debate abierto?", en *Entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba* Dykinson, Madrid, 2008.

lo que Rafael de Asís denominada "la igualdad en el Derecho de los derechos"⁴⁷.

Por todo lo señalado, las bases legislativas para promover la igualdad y erradicar discriminaciones en el siglo XX están sentadas en el Constitución, su desarrollo posterior configurando conceptos de Derecho antidiscriminatorio, y sobre todo, fundamentando tratamientos diferenciados será una labor del Tribunal Constitucional, no del Parlamento.

B) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se ha preocupado de la situación de la mujer en el siglo XX y ha llegado a reconocer una realidad: que la división domestica del trabajo arroja sobre la mujer toda la carga, por lo que "dificulta su incorporación al mundo de la producción, en el que generalmente desempeñan tareas peor retribuidas que las que asumen los hombres"⁴⁸. El Tribunal constata también que "no puede ignorar que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultado de la larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del cuidado de la familia y, particularmente, el cuidado de los hijos"⁴⁹. Ha entendido, acertadamente, que esto supone un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo que se manifiesta en el dato de la extremada baja participación de la mujer casada en la actividad laboral, en comparación con otras categorías sociales⁵⁰. Y en este sentido, el Tribunal Constitucional llega a afirmar que esta desigualdad real y efectiva es "evidente que no se suprime por el simple procedimiento de ignorarla, y se hace más dura mediante la anulación de normas cuya finalidad palmaria es la de compensarla"⁵¹. Se exige en este sentido la intervención y no la abstención estatal.

Es decir, el Tribunal Constitucional reconoce que la situación de la mujer en el mercado de trabajo tiene su origen en el hecho de que históricamente ha estado relegada a las tareas domésticas, y esto le origina una desventaja social. Por ello durante mucho tiempo, sobre todo en el sector público, la mujer fue excluida, por razones muy variadas

⁴⁷ DE ASÍS ROIG, R., "La igualdad en el discurso de los derechos", LÓPEZ GARCÍA, J.A. y REAL, A. del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el Poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 149.

⁴⁸ STC 103/1983 de 22 de noviembre.

⁴⁹ STC 103/1983 de 22 de noviembre.

⁵⁰ Vid., STC 26/1981 de 23 de julio.

⁵¹ STC 103/1983 de 22 de noviembre.

e incluso caprichosas, para ciertos empleos. El Tribunal Constitucional llega a rechazar de forma tajante cualquier medida paternalista, porque considera que en realidad encubre una discriminación histórica. De hecho, nuestro Tribunal Constitucional ha respondido uniformemente contra este tipo de medidas falsamente protectoras, declarándolas inconstitucionales⁵². No olvidemos que estas medidas tienen su origen en la España anterior a la democracia, "partiendo de una concepción de inferioridad de la mujer (...) tenían su origen en la creencia de la superioridad del hombre. Debido a una concepción minusvaloradora de la mujer, éstas eran tratadas con benevolencia..., benevolencia que consolidaba la discriminación"⁵³.

En definitiva, y como veremos en el desarrollo de algunas sentencias clave en este siglo XX, el Tribunal Constitucional determina en su jurisprudencia que existe sin lugar a duda discriminación por razón de sexo; distingue entre discriminación *directa* e *indirecta*; y defiende la articulación de *acciones afirmativas*, rechazando para ello las medidas paternalistas o falsamente protectoras.

a) STC 128/87- *Determinación del concepto "acciones afirmativas"*

A pesar de las aportaciones innegables del Tribunal Constitucional en pro de la igualdad entre hombres y mujeres, tenemos que partir de considerar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en lo re-

⁵² Por ejemplo STC 81/1982 de 21 de noviembre; STC 103/1983 de 22 de noviembre; STC 38/1986, de 21 de marzo, en esta última un voto particular del magistrado RUBIO LLORENTE reconoce que: "hay buenas razones para sostener que esta compensación legislativa ayuda a perpetuar la discriminación social y que, en consecuencia, debe ser suprimida para eliminarla". La STC 109/1993 de 25 de marzo, en esta misma línea señala que: "Y sin que aquí proceda entrar en la consideración del recelo con el que son miradas las normas protectoras de la mujer trabajadora por las consecuencias desfavorables que pueden a la postre ocasionarle en cuanto significan a veces un "obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones con los varones" [STC 28/1992 (RTC 1992\28)] porque en este caso no se trata de «una consideración no igual de la mujer como trabajadora» (ídem, fundamento jurídico 3.º) cuanto de una ventaja para compensar aquella situación general desfavorable de la mujer en la relación laboral. La maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre. No se trata sin embargo aquí de los permisos de embarazo y maternidad sino de una especial licencia para ausentarse del trabajo durante una hora fundada en atenciones de lactancia del hijo menor de nueve meses".

⁵³ GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Una manifestación polémica del Principio de Igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p 154.

ativo a la posibilidad de articular tratamientos diferenciados (*acciones positivas*) no ha contado siempre con un criterio unívoco. Es precisamente la Sentencia 128/87, la que marca dos etapas claras en el tratamiento de este tema:

1. En sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional ha apoyado un tratamiento indiferente hacia el sexo⁵⁴. Incluso tratándose de las citadas categorías *sospechosas* ha declarado que lo fundamental para enjuiciar la diferencia es el hecho de que sea razonable y teleológicamente fundada. No se ha mostrado, por tanto, inclinado a favorecer a los grupos discriminados históricamente. Refiriéndose a la discriminación por razón de sexo ha llegado a concluir que "la protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal mujer, pues ello en tales términos es contrario al artículo 14 de nuestra Constitución"⁵⁵.

2. Por el contrario a partir de la Sentencia 128/87 de 16 de julio se puede entender que existe una posición diferente del Tribunal Constitucional. Abandona el planteamiento neutro y analiza la discriminación por razón de sexo en relación con la situación histórica de marginación de la mujer, y configura por primera vez los parámetros que nos ayudan a entender qué es una *acción afirmativa* en contraposición a las medidas falsamente protectoras o en exceso paternalistas.

El caso que se analiza en esta Sentencia lo plantea un empleado del INSALUD, que recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional por entender que era discriminatorio el distinto régimen de prestaciones en concepto de guardería otorgado por su empleador. Mientras que todas las trabajadoras con hijos menores de seis años, independientemente de su estado civil, tenían derecho a percibir una prestación de guardería, sólo los hombres viudos tenían derecho a tal prestación. El INSALUD en su defensa alega dos argumentos: en primer lugar, afirma que la ayuda por guardería es una "concesión graciable", de tal manera que al no ser de carácter retributivo, no es necesario justificar su extensión a todos los trabajadores; en segundo lugar argumenta que el trato diferenciado está justificado, ya que es muy diferente la situación de las mujeres trabajadoras casadas y con hijos menores, de la situación de los hombres, también trabajadores y con hijos menores.

* Así ocurre en STC 81/82 de 21 de diciembre, 98/83 de 3 de marzo, 104/83 de 23 de marzo, STC 42/84 de 15 de diciembre, donde se plantea una aproximación indiferente al sexo.

* STC 81/1982. de 21 de diciembre.

lativo a la posibilidad de articular tratamientos diferenciados (*acciones positivas*) no ha contado siempre con un criterio unívoco. Es precisamente la Sentencia 128/87, la que marca dos etapas claras en el tratamiento de este tema:

1. En sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional ha aprobado un tratamiento indiferente hacia el sexo⁵⁴. Incluso tratándose de las citadas categorías *sospechosas* ha declarado que lo fundamental para enjuiciar la diferencia es el hecho de que sea razonable y teleológicamente fundada. No se ha mostrado, por tanto, inclinado a favorecer a los grupos discriminados históricamente. Refiriéndose a la discriminación por razón de sexo ha llegado a concluir que "la protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal mujer, pues ello en tales términos es contrario al artículo 14 de nuestra Constitución"⁵⁵.

2. Por el contrario a partir de la Sentencia 128/87 de 16 de julio se puede entender que existe una posición diferente del Tribunal Constitucional. Abandona el planteamiento neutro y analiza la discriminación por razón de sexo en relación con la situación histórica de marginación de la mujer, y configura por primera vez los parámetros que nos ayudan a entender qué es una *acción afirmativa* en contraposición a las medidas falsamente protectoras o en exceso paternalistas.

El caso que se analiza en esta Sentencia lo plantea un empleado del INSALUD, que recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional por entender que era discriminatorio el distinto régimen de prestaciones en concepto de guardería otorgado por su empleador. Mientras que todas las trabajadoras con hijos menores de seis años, independientemente de su estado civil, tenían derecho a percibir una prestación de guardería, sólo los hombres viudos tenían derecho a tal prestación. El INSALUD en su defensa alega dos argumentos: en primer lugar, afirma que la ayuda por guardería es una "concesión gracieable", de tal manera que al no ser de carácter retributivo, no es necesario justificar su extensión a todos los trabajadores; en segundo lugar argumenta que el trato diferenciado está justificado, ya que es muy diferente la situación de las mujeres trabajadoras casadas y con hijos menores, de la situación de los hombres, también trabajadores y con hijos menores.

⁵⁴ Así ocurre en STC 81/82 de 21 de diciembre, 98/83 de 3 de marzo, 104/83 de 23 de marzo, STC 42/84 de 15 de diciembre, donde se plantea una aproximación indiferente al sexo.

⁵⁵ STC 81/1982. de 21 de diciembre.

El Tribunal Constitucional rechaza el primero de los argumentos, afirmando que, a pesar de que el atribuir o no una "concesión graciable" a determinados empleados, se trate de una decisión empresarial, no es menos cierto que esto implica en los mismos un aumento en sus ingresos. Por ello, esta concesión ha pasado a formar parte de los derechos y obligaciones que conforman el contrato de trabajo. Así, el Tribunal no acepta que esta discrecionalidad no esté sometida a un control, porque si bien la dirección de una empresa no está sometida a un principio absoluto de igualdad, no es menos cierto que ello no excluye la prohibición de distinciones basadas en factores que el ordenamiento catalogue como discriminatorias. Prohibición, que debe ser más intensa cuando el empleador es de carácter público, como en este caso.

El segundo de los argumentos remite a la posibilidad de tratar de forma diferente a hombres que a mujeres, debido a la situación de marginación social en las que se han encontrado históricamente estas últimas, llegando a afirmar el Tribunal Constitucional en esta Sentencia que "incluso en ocasiones las mujeres han llegado a sufrir acciones contrarias a la dignidad de la persona". De esta manera, la inclusión expresa de la prohibición de discriminación por razón de sexo en el artículo 14 de la Constitución Española tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina. En este caso, esta inferioridad se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y para su promoción dentro del mismo. En este punto de argumentación la Sentencia aporta datos estadísticos de la realidad laboral femenina (según la encuesta de Población Activa utilizada, sólo del 29,1 por 100 de las mujeres mayores de 16 años trabaja, mientras que la tasa masculina equivalente era del 68,4 por 100). De esta manera la Sentencia 128/87 avala el hecho de que no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, y que el trato diverso en situaciones diversas, si éstas son justificadas, puede venir exigido en un Estado social y democrático de Derecho para la efectividad de los valores superiores como la igualdad y la justicia⁵⁶.

Desde este punto de vista las *acciones afirmativas* (las medidas protectoras, en la terminología que emplea el Tribunal Constitucional en esta Sentencia), en definitiva, se atribuyen en especial a mujeres y en menor medida a hombres, no se pueden considerar opuestas al prin-

⁵⁶ Vid., ALCOLEA TEJEDOR, P., *Discriminación laboral de la mujer. Estudio de la doctrina jurisprudencial española y comunitaria sobre la discriminación laboral de la mujer desde 1980*, Generalitat Valenciana, Conselleria de Treball i Afers Socials, Valencia, 1994, pp. 39 y ss.

cipio de igualdad, sino al contrario, dirigidas a eliminar la situación de discriminación existente. En la Sentencia 128/87 se ha señalado que no hay pues vulneración del principio de igualdad, "al darse trato diferente a sujetos en situaciones que resultan distintas, de acuerdo con criterios razonables a juicio de este Tribunal".

El problema se plantea al analizar cuáles son los *criterios razonables*. La Sentencia 128/87, no se plantea desde luego que la diferencia de trato resida en la distinta situación respecto a la necesidad del cuidado y asistencia de los hijos, ya que sería contraria a los artículos 14, 32.1 (igualdad en el matrimonio), 35.1 (igualdad en el trabajo) y 39.3 (igualdad en el cuidado de los hijos comunes) de la Constitución. Pero lo que está claro es que se rechaza cualquier posición que sitúe a la mujer en una dedicación exclusiva a las tareas domésticas y del cuidado de los hijos, y defienda una exclusión absoluta de los hombres en las mismas, impidiendo así el trabajo fuera del hogar de la mujer casada. No existe constitucionalmente una diferencia de obligaciones familiares entre hombres y mujeres. Así el *criterio razonable*, en este caso para el tribunal, es la situación de particular desventaja de la mujer que tiene a su cargo hijos menores para el acceso al trabajo o el mantenimiento del que ya tiene.

Queda constatado de esta manera por el Tribunal Constitucional, que con un *criterio razonable* es posible un trato diferente. Este *criterio razonable* exige previamente una comprobación que desencadene una justificación de la desigualdad de trato. Es decir, antes de articular cualquier *acción afirmativa* deberíamos comprobar si se cumplen tres *test* básicos: 1º que la desigualdad exista (*test* de la diferencia de consecuencia jurídica); 2º que existan motivos para pretender la igualdad (*test* de la relevancia o irrelevancia de la desigualdad), y 3º *test* de la razonabilidad (o de la justificación de esa desigualdad). Si queremos aplicar estos *test* al caso que se plantea en esta Sentencia para ver la posible justificación de la *acción afirmativa*, podríamos argumentar que:

1º en lo relativo al primer *test*, en el caso que nos ocupa, la consecuencia jurídica diferente se plantea en el Convenio Laboral, que reconoce una ayuda por guarderías a todas las empleadas del INSALUD, y sólo a los empleados que se encuentren viudos.

2º En lo relativo al segundo *test*, existe una razón *relevante* para que esta diferencia exista, y se atribuya una ayuda por guarderías a todas las mujeres empleadas del INSALUD, y sólo a los empleados masculinos que sean viudos: la situación de la mujer en el ámbito laboral, su dificultad para acceder a él y mantenerse, por lo que necesita una especial protección en este ámbito, para equipararlas con los hombres.

3º En lo relativo al tercer test, en este caso la medida es razonable, en tanto en cuanto la situación de marginación laboral en que tradicionalmente se encuentran las mujeres hace necesaria la existencia de acciones positivas que equiparen a éstas con los hombres. Por todo ello y dado que las mujeres que se benefician de esta ayuda por guarderías, ya parten de una desventaja respecto a los hombres –su dificultad de acceso al trabajo, y que tradicionalmente es la mujer la que se encarga de las tareas domésticas– hay una razón suficientemente razonable y objetiva, que sirve de apoyo a la necesidad de un tratamiento diferenciado, ya que sin esta ayuda posiblemente muchas mujeres no podrían trabajar fuera del hogar por tener que dedicarse al cuidado de los hijos, mientras que si a los hombres no se les concede esta ayuda para guarderías, posiblemente no se les interrumpirá su incorporación al mundo laboral, porque tradicionalmente se ha entendido que si alguien debe quedarse al cuidado de los niños, ésa debe ser la madre.

En definitiva, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 128/87 decidió que no existía violación del principio de igualdad sino que, por el contrario, se trataba de “una medida destinada a paliar la discriminación sufrida por ese conjunto social y que responde al mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 del texto fundamental”.

b) STC 145/91- *Distinción entre discriminación directa e indirecta*

El Tribunal Constitucional, a falta de legislación de desarrollo en el siglo XX, junto a la definición y defensa de *acciones positivas*, se centró en segundo lugar en distinguir las discriminaciones *directas* de las *indirectas*, influido por las experiencias estadounidense y europea. Al igual que en estos dos marcos jurídicos, en el español, el concepto de discriminación *indirecta* surge en el marco laboral, y sobre todo en lo relativo a la exigencia de igualdad entre sexos. En España durante este siglo, la más evidente manifestación de *discriminación indirecta* ha venido ligada a los criterios de determinación de la clasificación profesional y a su relación con el establecimiento de diferentes remuneraciones. A partir del artículo 24.2 del Estatuto de los Trabajadores, se han considerado ilícitas algunas formas de clasificación que se basaban en el establecimiento de categorías reservadas a hombres y mujeres⁵⁷.

⁵⁷ Todo ello, a pesar de que por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1980, se considerara lícito el establecimiento de categorías específicamente femeninas siempre que el trabajo fuera “de distinta clase y rendimiento de los desempeñados

3º En lo relativo al *tercer test*, en este caso la medida es razonable, en tanto en cuanto la situación de marginación laboral en que tradicionalmente se encuentran las mujeres hace necesaria la existencia de acciones positivas que equiparen a éstas con los hombres. Por todo ello y dado que las mujeres que se benefician de esta ayuda por guarderías, ya parten de una desventaja respecto a los hombres—su dificultad de acceso al trabajo, y que tradicionalmente es la mujer la que se encarga de las tareas domésticas— hay una razón suficientemente razonable y objetiva, que sirve de apoyo a la necesidad de un tratamiento diferenciado, ya que sin esta ayuda posiblemente muchas mujeres no podrían trabajar fuera del hogar por tener que dedicarse al cuidado de los hijos, mientras que si a los hombres no se les concede esta ayuda para guarderías, posiblemente no se les interrumpirá su incorporación al mundo laboral, porque tradicionalmente se ha entendido que si alguien debe quedarse al cuidado de los niños, ésa debe ser la madre.

En definitiva, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 128/87 decidió que no existía violación del principio de igualdad sino que, por el contrario, se trataba de “una medida destinada a paliar la discriminación sufrida por ese conjunto social y que responde al mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 del texto fundamental”.

b) STC 145/91- *Distinción entre discriminación directa e indirecta*

El Tribunal Constitucional, a falta de legislación de desarrollo en el siglo XX, junto a la definición y defensa de *acciones positivas*, se centró en segundo lugar en distinguir las *discriminaciones directas* de las *indirectas*, influido por las experiencias estadounidense y europea. Al igual que en estos dos marcos jurídicos, en el español, el concepto de discriminación *indirecta* surge en el marco laboral, y sobre todo en lo relativo a la exigencia de igualdad entre sexos. En España durante este siglo, la más evidente manifestación de *discriminación indirecta* ha venido ligada a los criterios de determinación de la clasificación profesional y a su relación con el establecimiento de diferentes remuneraciones. A partir del artículo 24.2 del Estatuto de los Trabajadores, se han considerado ilícitas algunas formas de clasificación que se basaban en el establecimiento de categorías reservadas a hombres y mujeres⁵⁷.

⁵⁷ Todo ello, a pesar de que por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1980, se considerara lícito el establecimiento de categorías específicamente femeninas siempre que el trabajo fuera “de distinta clase y rendimiento de los desempeñados

Recordemos que existen dos tipos de discriminaciones, las discriminaciones *directas* y las *indirectas*. Se han definido las discriminaciones *directas* como aquellos tratamientos jurídicos diferenciados y desfavorables, perjudiciales, que se cometen hacia una persona o un grupo. Éstas tienen lugar con independencia de los motivos que posea el causante de la discriminación para cometer la misma⁵⁸. Se trata por tanto de un tratamiento desfavorable, que carece de justificación racional, y "se realiza explícitamente sobre las bases del criterio que define el tipo de persona que resulta discriminada"⁵⁹. Las discriminaciones *directas* pueden ser a su vez de dos tipos: *abiertas* o *encubiertas*. Las primeras son fácilmente demostrables: se ve con claridad la intención del discriminador. Por el contrario, las *encubiertas* u *ocultas* son más difíciles de demostrar, y son necesarias más pruebas al respecto. Estas discriminaciones *ocultas* en ocasiones se han confundido con las discriminaciones *indirectas*. Pero en las primeras existe intención del discriminador, cosa que en las segundas no existe⁶⁰.

Podríamos señalar que mientras "la intención califica a la discriminación *directa*, el resultado califica a la *indirecta*"⁶¹, ya que estas últimas son aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros o no discriminatorios, que por diversas condiciones fácticas, derivan en consecuencias perjudiciales, que afectan a estos grupos tradicionalmente marginados. Aparentemente no parecen medidas discriminatorias, porque no existe intencionalidad del sujeto discriminador. Es en su puesta en práctica donde surge el problema, no en su planteamiento teórico.

Es por primera vez, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/91 de 1 de julio⁶², donde se configura este concepto de *discrimina-*

ciones" y la diferencia "provenga de las peculiaridades del sexo femenino", aunque en todo momento declarando ilícitos los "coeficientes reductores "al trabajo de la mujer".

Vid., SÁEZ LARA C., *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, p. 56.

ANÓN M^a J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, 2001, p. 30.

Vid., también en esta línea BARRÈRE, M^a A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, cit., p. 23 y ss.

Como veremos en páginas sucesivas, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en un primer momento confundió este tipo de discriminaciones directas, las denominadas *ocultas* con las *discriminaciones indirectas*, provocando al respecto mucha confusión en la doctrina. Esto tuvo lugar en la Sentencia Gabrielle Defrenne/Sabena, Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de abril de 1979, Asunto C-43/75, Rec. 1976, p. 455.

BALLESTER PASTOR, M^a A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 45.

En esta STC 145/91 de 1 de julio se afirma textualmente que mientras la discriminación *directa*, es "aquel tratamiento diferenciado perjudicial en razón de sexo" la dis-

ción indirecta con independencia de que ya existían algunos antecedentes en nuestra jurisprudencia en este mismo sentido⁶³. En este caso, el Tribunal Constitucional entiende que sí hubo *discriminación indirecta*, ya que las "limpiadoras" de un hospital público tenían un sueldo inferior que los "peones" de ese mismo hospital, ejerciendo ambas categorías profesionales el mismo trabajo. El Tribunal Constitucional les otorga el amparo a las "limpiadoras", entendiendo que se produce tanto una discriminación *directa*, al recibir distinta retribución por un mismo trabajo, como *indirecta*, al existir una desigual valoración de trabajos equivalentes desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de la prestación, por razón de sexo.

Para llegar a esta conclusión se parte de la constatación de una histórica discriminación en la que se encuentran las mujeres⁶⁴. Aquí se reitera además la necesidad de que la discriminación, teniendo en cuenta que se caracteriza por constituirse a través de las denominadas *categorías sospechosas*, "no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución Española"⁶⁵.

criminación indirecta comprende "aquellos tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las consecuencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de distinto sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente iguales tienen sobre los trabajadores de uno u otro sexo a causa de la diferencia de sexo".

⁶³ En este sentido M^a. A. Ballester Pastor cita algunos antecedentes en sentencias como las de nuestro Tribunal Supremo de 15 de julio de 1986 y de 3 de marzo de 1988 donde se consideró que el cumplimiento de ciertos requisitos para acceder al empleo pueden ser considerados discriminatorios si son irrelevantes para el ejercicio del mismo, en BALLESTER PASTOR, M^a. A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, cit., pp. 41 y ss.

⁶⁴ Vid., STC 145/91 de 1 de julio: "La prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad".

Vid., también STC 19/1989 de 31 de enero que señala como "la virtualidad del art. 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la Constitución".

⁶⁵ STC 145/1991 de 1 de julio, que añade además: "Para calibrar la legitimidad de la diferencia de trato en materia salarial, no puede tomarse en consideración otro elemento que no sea el trabajo efectivamente prestado, y la concurrencia en él de circunstancias ob-

El Tribunal Constitucional, en esta Sentencia, acude al marco europeo, para reiterar la diferencia que existe entre la formulación inicial del principio estricto de igualdad salarial, por identidad de trabajo, y una concepción más amplia del principio de igualdad salarial, ante trabajos de "igual valor". Se remite nuestro Tribunal Constitucional al artículo 119 del Tratado de Roma (actual artículo 141), señalando cómo la terminología que utiliza este artículo de "un mismo trabajo", ha sido interpretada extensivamente por la jurisprudencia comunitaria y ampliada a través de la Directiva 75/177, cuyo artículo 1 define el principio de igualdad y de remuneración como implicando "para un mismo trabajo o para un trabajo al que se le atribuya un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo".

Esta interpretación amplia que, como veremos, se ha llevado a cabo en la Unión Europea, se aplica a este supuesto de *limpiadoras* frente a *peones*, ya que aunque no sean trabajos estrictamente iguales, tienen igual valor desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de prestación. La razón de su desigual valoración tiene que ver con la condición de ser mujer, y por la infravaloración social o económica del trabajo femenino.

En conclusión, el Tribunal Constitucional señala que en este caso no sólo se produce la discriminación fácilmente detectable, sino que considera discriminatoria incluso la denominación empleada para designar a una de las categorías: "limpiadoras".

A partir de este momento, el Tribunal Constitucional innova respecto a las sentencias anteriores, porque entiende que si se priman determinadas aptitudes que poseen mayoritariamente hombres (penosidad, esfuerzo físico), infravalorando características tradicionalmente femeninas, o al menos neutras, (como paciencia, habilidad...), de cara a ocupar un puesto de trabajo, se lleva a cabo una *discriminación indirecta*⁶⁶. Y aunque en la *discriminación indirecta* lo fundamental no es el elemento intencional, este tipo de discriminaciones no son excusables.

jetivamente acreditadas que no se vinculen directa o indirectamente al sexo de la persona, salvo en los casos excepcionales, que deben ser apreciados de forma restrictiva, en los que el sexo sea un elemento determinante de la aptitud profesional para el desempeño de ciertas tareas. Sólo la efectiva diferencia entre los trabajos prestados, valorados de forma no discriminatoria, permitirá diferenciar a efectos retributivos, como se desprende de la esencial vinculación entre el salario y el trabajo del que aquél resulta ser la contraprestación".

⁶⁶ Vid., BALLESTER PASTOR, M^a A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, cit., pp. 42 y ss.

Lo importante son los efectos que tal acto, norma o decisión han originado⁶⁷, en este caso, una discriminación.

3. LA EXIGENCIA DE LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL SIGLO XX EN EUROPA

La Unión Europea asumió el compromiso de mejorar la situación de las mujeres y conseguir que la igualdad de oportunidades en la sociedad, en particular en materia de empleo, fuese una realidad. En el Tratado de Roma de 1957, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, se establecía la igualdad de trato de mujeres y hombres desde la perspectiva de la igualdad de retribución en el trabajo.

El desarrollo de una legislación para la igualdad comenzó con el artículo 119 del Tratado de Roma que señalaba que los Estados miembros deberían garantizar la aplicación del principio de igual remuneración por idéntico trabajo para hombres y mujeres⁶⁸. Sin embargo, fue a partir de 1975, "Año Internacional de la Mujer", cuando la Comunidad desarrolló una importante actividad normativa, que ha llegado a situar el principio de igualdad entre hombres y mujeres como uno de los principios básicos que rige la política social comunitaria en el siglo XX. En este proceso ha tenido una gran importancia la labor interpretativa llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la extensión, el alcance y la aplicabilidad de este principio comunitario⁶⁹.

⁶⁷ Vid., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., *Igualdad y discriminación*, cit., p.171.

⁶⁸ El artículo 119 del Tratado de Roma señala textualmente que: "Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo."

⁶⁹ Vid., ALARCÓN CARACUEL, M.R., "El principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea" en CRUZ VILLALÓN, J. (coord.), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Aranzadi, 1997, pp. 10 y ss.

El citado artículo 119 del Tratado de Roma supuso un inicio importante en relación con la igualdad de trato entre hombres y mujeres. En la época en que se redactó esta disposición, en 1957, las leyes nacionales de la mayoría de los Estados miembros no prescribían explícitamente la discriminación por razón de sexo, ya que en ese momento la Unión Europea, tenía una finalidad puramente económica. Este artículo se incluyó para evitar, en un principio, que Francia sufriera una desventaja competitiva debido a su política social. El impacto social de este artículo sólo se manifestó con posterioridad, sobre todo bajo la atenta mirada del Tribunal de Justicia. Por ello, con el paso de los años, este artículo y todo el Derecho derivado posterior ha demostrado que la Unión Europea no es una unión meramente económica, sino que pretende garantizar el progreso social, y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los europeos.

De esta manera la cohesión social es la base para la igualdad real, es el principio guía a la hora de construir el espacio social europeo. En la década de los años setenta, en las Comunidades Europeas se creía que el establecimiento de un marco legislativo aportaría un mayor grado de igualdad entre hombres y mujeres⁷⁰. Sin embargo, en los años ochenta se demostró que las disposiciones legislativas que establecen la igualdad de trato no eran suficientes por sí solas para eliminar las desigualdades de facto que afectan a la mujer. El establecimiento de programas de acción positiva permitió identificar y eliminar cualquier discriminación en la práctica, así como subsanar los efectos de discriminaciones pasadas⁷¹. A lo largo de su andadura, la Unión Europea, ha establecido Programas de Acción para la igualdad de oportunidades que incluyen medidas legales, apoyo financiero y una política basada en *acciones positivas* dirigidas a neutralizar los obstáculos que contribuyen a una distribución desigual de los roles para hombres y mujeres⁷².

A partir de 1992, con el Tratado de Maastricht, se ha reforzado la Comunidad con el desarrollo de un Mercado Único donde las fronte-

⁷⁰ GARCÍA ANÓN, J., "El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del Derecho europeo", *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 314, ha señalado que "no será hasta los años setenta cuando una serie de Directivas desarrollen aspectos relacionados con la igualdad de trato entre hombres y mujeres en campos específicos del Derecho laboral".

Vid., ALARCÓN CARACUEL, M.R., "El principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea", cit., p. 6.

⁷² Vid., AA.VV., *Igualdad de trato entre hombres y mujeres en la jurisprudencia europea*, Consejería de la Presidencia, Dirección General de la Mujer, Madrid, 1993, p. 45 y ss.

ras y barreras de todo tipo, entre los Estados miembros, dejan de existir. Fue con este Tratado, sobre todo con el artículo 6 del Protocolo 14, cuando la prohibición de discriminación pasó de ser un mero principio de política económica, a configurarse como un verdadero derecho fundamental a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, en todos los ámbitos de la vida social y no sólo en el salarial como se había configurado con anterioridad en el Tratado de Roma. Este artículo reproduce literalmente el 119 del citado Tratado de Roma (actualmente artículo 141), pero añade un tercer apartado cuyo texto es el siguiente: "el presente artículo no impedirá que el Estado miembro mantenga o adopte medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales".

A) **Ámbito normativo: Directiva 76/207**

El origen del concepto de *discriminación indirecta* en el ámbito europeo tiene su fundamento en la Directiva Comunitaria 76/207 de 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Con arreglo a esta Directiva, el principio de igualdad de trato no se aplica únicamente a los casos de discriminación en materia de retribución. Queda también prohibida cualquier forma de discriminación basada en el sexo, tanto directa como indirecta, en lo que respecta al acceso al mercado laboral, a la formación profesional, a la promoción y a las condiciones generales de trabajo. La Directiva pretende atajar el problema de la discriminación, porque ésta no surge únicamente a la hora de acceder al empleo; en muchas ocasiones la discriminación tiene lugar con posterioridad, en el puesto de trabajo, por ejemplo. Muchas mujeres una vez que han accedido al mercado laboral siguen sufriendo desventajas debido a su condición de ser mujer. Así por ejemplo, la elección por parte de una mujer de un régimen de trabajo a tiempo parcial o la interrupción del trabajo por maternidad sigue penalizándose indirectamente.

La Directiva 76/207 exige la misma retribución no sólo para el mismo trabajo sino para un trabajo del mismo valor. Para determinar lo que debe considerarse como "trabajo del mismo valor" la Comisión elaboró un amplio sistema de clasificación, que se revisa constantemente a fin de tener en cuenta la evolución tecnológica y social en el

tre hombres y mujeres en los servicios públicos", que da preferencia a candidatas femeninas si existe la misma capacitación y es un sector en el cual las mujeres están infrarrepresentadas.

Ante esta situación el Tribunal de Justicia decidió que existía una discriminación por razón de sexo hacia el Sr. Kalanke, y que por tanto la ley del Land de Bremen iba en contra de la Directiva 76/207. De esta manera, según el Tribunal sería necesario interpretar restrictivamente el apartado 4 del artículo 2 de la citada Directiva, según el cual la Directiva "no obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades que afecten a las oportunidades de las mujeres". Por ello el Tribunal consideró que la Ley del Land de Bremen sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva.

Con esta decisión el Tribunal de Justicia configuró como "excepción" algo que se consideraba una norma generalmente aplicable, de tal manera que el objetivo que se había conseguido con la Directiva 76/207 y en general con toda la política de igualdad, que pretendía equiparar a hombres y mujeres, y ayudar a estas últimas a obtener puestos de responsabilidad, se vio en buena medida mermada por la interpretación tan restrictiva que hace el Tribunal de Justicia. Éste determinó que una norma nacional no podía atribuir preferencia directamente a las mujeres que tuvieran la misma capacitación que sus competidores masculinos.

Se ha llegado a afirmar por gran parte de la doctrina que esta Sentencia "ha de constituir sin lugar a dudas un ejemplo de decisión equivocada"⁷⁴. Según De Simone, con esta sentencia se entiende que toda *acción positiva* que atribuya un derecho a una mujer sería criticable, porque ha reducido un derecho de un varón⁷⁵.

De hecho, si se aplicara en Europa siempre la interpretación restrictiva que ha llevado a cabo el Tribunal en el caso Kalanke, no sería posible realizar la mayoría de programas comunitarios y nacionales de *acción positiva*⁷⁶. Con esta sentencia se podría extraer la conclusión de que el Tribunal de Justicia no avala una normativa nacional (en caso de igual capacitación de candidatos de distinto sexo que concurran a una promoción) que opte inmediatamente por dar el puesto al representante del sexo femeni-

⁷⁴ ATIENZA, M., "Un comentario al caso Kalanke", *Doxa*, nº 19, 1986, p.111.

⁷⁵ Vid., DE SIMONE, G., "A proposito di azioni positive I Regole di eguaglianza delle azioni positive", *Ragion Pratica*, nº 8, 1997/1998, p. 87.

⁷⁶ RODRÍGUEZ-PINERO, M., "Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en la Sentencia Marshall del TJCE", *Relaciones Laborales*, nº 29, pp. 4-5.

aunque este grupo esté infrarrepresentado. Se tirarían por tierra todas las posibles medidas que el Parlamento Europeo pudiera adoptar en favor de las acciones afirmativas o medidas de discriminación inversa. Se trataría de un paso atrás en la igualdad entre sexos. Esta rígida concepción de la igualdad "resulta contradictoria con la apertura que el mismo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas muestra en cambio en su rica e importante jurisprudencia sobre la discriminación indirecta"⁷⁷.

Según la sentencia Kalanke se constataría que el Derecho Comunitario es contrario a una regulación por cuotas o mecanismos legales, que aseguren una preferencia o prioridad absoluta a las mujeres. Permite la Sentencia Kalanke la igualdad en el punto de partida o *igualdad de oportunidades*, pero sin embargo no autoriza la igualdad en el punto de llegada o *igualdad de resultados*. Pero el Tribunal olvida que en el momento en que surgen más discriminaciones es precisamente "en el de la elección"⁷⁸ y éste se situaría en un momento posterior a la afectación de la *igualdad de oportunidades*, y entra por tanto en el ámbito de la *igualdad de resultados*.

La realidad social nos demuestra que la igualdad de méritos entre un candidato masculino y una candidata femenina, será elegido en un altísimo porcentaje de casos el masculino, que disfruta de una preferencia implícita debido a la mentalidad y a las estructuras sociales⁷⁹. Parece claro que la simple *igualdad de oportunidades* que conforman los mecanismos tradicionales, se han mostrado infructuosos a la hora de facilitar el acceso de las mujeres a las funciones sociales más valoradas⁸⁰.

El problema radica en que en la sentencia Kalanke el Tribunal entiende que la Ley de Bremen impone una cuota rígida, es decir, una preferencia absoluta por el hecho de ser mujer, y no una cuota flexible, que exige unos requisitos al candidato para ocupar su puesto. Pero, tal y como señala M^a José Añón, en el caso Kalanke "el propio Tribunal es el que califica la medida preferencial como absoluta e incondicionada (o automática) pero ni la ley de Bremen ni el Tribunal de Trabajo

⁷⁷ BALLESTRERO, M. V., "Acciones afirmativas. Punto y aparte", *Politica del Diritto*, 1990, p. 98.

⁷⁸ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., "Igualdad, discriminación positiva y Constitución. Su incidencia en el Derecho Comunitario", *Sociedad y Utopía, Revista de Ciencias Sociales*, nº 13, 1999, p. 39.

⁷⁹ Vid., MILLAM MORO, L., "Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial (Comentario a la Sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995, as. C. 450/93 Marshall)", *Revista de Derecho Comunitario europeo*, nº 3 (julio-diciembre), vol. I, 1998, p. 195.

⁸⁰ RUIZ MIGUEL, A., "La discriminación inversa y el caso Kalanke", *Doxa*, nº 19, 1996, pp. 136-137.

alemán utilizan en ningún momento esa terminología⁸¹. Por ello, podríamos entender que la cuota que se establecía en el caso Kalanke no se podría considerar una *cuota rígida*, porque la preferencia de la mujer está expresamente condicionada a dos factores: igualdad en la capacitación y en segundo lugar, subrepresentación de la mujer en ese ámbito laboral. En definitiva, como se exigen requisitos estaríamos hablando de *cuotas flexibles*.

Esta sentencia evidentemente generó un auténtico revuelo en las instituciones comunitarias, sobre todo en la Comisión. Esta última desde 1992, aplicó una política similar a la que proponía la ley de Bremen. Al surgir el caso Kalanke la Comisión interpretó esta Sentencia rápidamente, en una "Comunicación"⁸², para salvar el apoyo que la Comisión y otros órganos comunitarios como el Consejo, habían dado a determinadas políticas de acción positiva en los años ochenta⁸³. En esta Comunicación se entiende que el Tribunal sólo excluye el sistema de *cuotas automático*, "y quita importancia a la afirmación relativa a la sustitución de la *igualdad de oportunidades* por su resultado, tal y como aparecía en el fundamento 23 de la Sentencia Kalanke"⁸⁴. Lo que se pretende con esta Comunicación es "forzar la interpretación de Kalanke para lograr una continuidad jurisprudencial del Tribunal de Justicia"⁸⁵. En la "Comunicación" la Comisión expone que la Sentencia Kalanke puede ser interpretada entendiendo que el Tribunal excluye cualquier sistema de cuota, o que excluyen únicamente las *cuotas rígidas*. La conclusión a la que llega la Comisión es que en realidad se pretendía llegar a esta segunda interpretación, de tal manera que la ley de Bremen impone una *cuota rígida* porque establecía una "prioridad automática" y no admitía excepciones individuales, cuestión por otro lado difícilmente aceptable. En realidad, intenta reinterpretar la sentencia Kalanke para evitar que afecte a la política de igualdad entre sexos defendida hasta el momento en el ámbito europeo.

⁸¹ AÑÓN M^a J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, cit., p. 66.

⁸² Esta Comunicación de la Comisión, se llamó "Comunicación al Parlamento europeo y al Consejo sobre la interpretación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995 en el asunto C-450/93 Kalanke v. Freie Hansenstat Bremen, COM (96) 88 final", fechada el 27 de marzo de 1996, en Bruselas.

⁸³ Vid., GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., "Igualdad, discriminación positiva y Constitución. Su incidencia en el Derecho Comunitario", cit., p. 194.

⁸⁴ GARCÍA AÑÓN, J., "El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del Derecho europeo", cit., p. 315.

⁸⁵ GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Una manifestación polémica del Principio de Igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., p. 198.

Afortunadamente la situación cambia en la Sentencia Marshall de 11 de noviembre de 1997 (as. C-409/95), ya que de no haber sido por esta sentencia, el asunto Kalanke hubiera supuesto un antes y un después en la comprensión del Derecho antidiscriminatorio europeo⁸⁶. En esta sentencia se corrige lo expuesto en el caso Kalanke, porque se considera que para permanecer dentro de los límites de la Directiva 76/207, la preferencia de las mujeres no puede ser incondicional y absoluta. Pero esto resulta un salto interpretativo, porque el caso Kalanke tampoco suponía una atribución sin condiciones a la mujer candidata ya que ésta poseía los mismos méritos que el candidato masculino. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso Marshall, vuelve a la línea interpretativa marcada por la Comisión.

El caso Marshall surge ante la interpretación de los mismos apartados de la Directiva 76/207/CEE, porque resultaba vulnerado por el apartado 5º del artículo 25 de la Ley de la Función Pública del Land de Renania-Westfalia⁸⁷. En aplicación de esta norma, Hellmut Marshall no fue promocionado a una plaza de profesor de grado superior del centro escolar de su ciudad Schwerte, frente a una candidata femenina que poseía los mismos méritos que él. El Tribunal de Justicia, en sentencia de 11 de noviembre de 1997, decidió que a diferencia de la normativa examinada en la sentencia Kalanke, en esta disposición existe una "cláusula abierta", mediante la cual "las mujeres no gozan de preferencia automática en la promoción si concurren en la persona del candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor"⁸⁸.

En esta sentencia se reinterpreta lo señalado en la sentencia Kalanke, "reduciéndolo a un juicio sobre el parámetro de proporcionalidad"⁸⁹. El Tribunal señala que la medida en cuestión sólo estaría justificada si respe-

⁸⁶ REY MARTÍNEZ, F., "Discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 47, 1996, p. 317.

⁸⁷ El apartado 5º del artículo 25 de la Ley de la Función Pública del Land de Renania-Westfalia que dispone lo siguiente: "Cuando, en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, existan menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurren en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor (...)".

⁸⁸ GARCÍA AÑÓN, J., "El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del Derecho europeo", cit., p. 318.

⁸⁹ GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Una manifestación polémica del Principio de Igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., p. 198.

ta el principio de proporcionalidad, es decir, "si es necesaria y apropiada para realizar el objetivo perseguido: remover los obstáculos que de hecho se oponen a la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres"⁹⁰. El Tribunal entiende que igual capacitación no implica por sí sola que tengan iguales oportunidades. Con lo cual "la sentencia acepta medidas orientadas a realizar la igualdad de oportunidades; pero no acepta lo que califica, de acuerdo con el caso anterior 'una preferencia absoluta e incondicionada' que considera una discriminación prohibida por la directiva"⁹¹. En definitiva, el Tribunal busca una excusa para unir esta sentencia a la anterior y determina que "admite esta normativa ya que no se trata de igualdad de resultados sino de igualdad de oportunidades"⁹².

Es por ello, que se acepta que esta sentencia es compatible con la Directiva, puesto que se basa en el establecimiento de una preferencia de una mujer frente a un hombre, en una situación de igual mérito y capacidad. Hasta aquí la argumentación del Tribunal parece razonable, pero el problema comienza cuando introduce una cláusula que literalmente señala: "salvo que concurren en la persona de un candidato de sexo masculino motivos particulares que inclinen la balanza a su favor", y añade "siempre que estos criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas". En este sentido José García Añón ha señalado que según la configuración de las *acciones afirmativas* por parte del Tribunal se trataría de "excepciones a derechos, y no de políticas adoptadas"⁹³. Nuevamente aunque la sentencia Marshall pretende "corregir" los errores de la sentencia Kalanke, la inclusión de esta cláusula es un salto, o giro jurídico difícilmente justificable, en una política europea encaminada a la exigencia de igualdad.

Como conclusión podemos afirmar que en el siglo XX tanto en España como en Europa se sientan las bases para el reconocimiento y la visibilidad de la mujer sobre todo en el ámbito laboral, pero queda mucho camino por recorrer hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. En palabras de Rodríguez-Piñero y Fernández López: "no hay duda de que el grupo desfavorecido que se trata de parificar mediante la prohibición de discriminación sexual es la mujer, pero a su vez esa discriminación es

⁹⁰ AÑÓN M^a J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, cit., p. 67.

⁹¹ AÑÓN M^a J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, cit., p. 73.

⁹² DE ASÍS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos, una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas n^o 17, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2001, p. 36.

⁹³ GARCÍA AÑÓN, J., "El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del Derecho europeo", cit., p. 327.

resultado y reflejo de una situación global de desconsideración de la mujer que tiene raíces históricas y culturales muy largas⁹⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- ALV, *Igualdad de trato entre hombres y mujeres en la jurisprudencia europea*, Consejería de la Presidencia, Dirección General de la Mujer, Madrid, 1993, p. 45 y ss.
- ARCÓN CARACUEL, M.R., "El principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea", en *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, coord. de J. Cruz Villalón, Aranzadi, 1997.
- COLEA TEJEDOR, P., *Discriminación laboral de la mujer. Estudio de la doctrina jurisprudencial española y comunitaria sobre la discriminación laboral de la mujer desde 1980*, Generalitat Valenciana, Conselleria de Treball i Afers Socials, Valencia, 1994.
- EXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales* traducción de Ernesto Garzón Valdés, y revisión de Ruth Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- MORÓS, C., *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*. (Volúmenes I, II y III), Minerva Ediciones, Madrid, 2005.
- NON M^a J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México 2001.
- RA PINILLA, I., "Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad", en *El principio de igualdad*, Luis García San Miguel (ed.), Dykinson, Madrid, 2000.
- TENZA, M., "Un comentario al caso Kalanke", *Doxa*, nº 19, 1986.
- ALLESTER PASTOR, M^a A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- ALLESTRERO, M. V., "Acciones afirmativas. Punto y aparte", *Política del Diritto*, 1990.
- ARRÈRE UNZUETA, M^a A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997.
- BENGOCHEA GIL, M^a Á., "Acciones positivas y discriminaciones inversas: dos instrumentos para hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres" en *Mujer, libertad e igualdad. Un homenaje a Enriqueta Chicano*, Aranzadi-Thomson, Madrid, 2007.
- BENGOCHEA GIL, M^a Á., "Algunas reflexiones sobre los valores superiores en nuestro Ordenamiento: ¿sigue el debate abierto?", en *Entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008.

⁹⁴ Vid., RODRÍGUEZ-PINERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: *Igualdad y discriminación*, cit., p. 69.

el resultado y reflejo de una situación global de desconsideración de la mujer que tiene raíces históricas y culturales muy largas⁹⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Igualdad de trato entre hombres y mujeres en la jurisprudencia europea*, Consejería de la Presidencia, Dirección General de la Mujer, Madrid, 1993, p 45 y ss.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R., "El principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea", en *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, coord. de J. Cruz Villalón, Aranzadi, 1997.
- ALCOLEA TEJEDOR, P., *Discriminación laboral de la mujer. Estudio de la doctrina jurisprudencial española y comunitaria sobre la discriminación laboral de la mujer desde 1980*, Generalitat Valenciana, Conselleria de Treball i Afers Socials, Valencia, 1994.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales* traducción de Ernesto Garzón Valdés, y revisión de Ruth Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- AMORÓS, C., *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*. (Volúmenes I, II y III), Minerva Ediciones, Madrid, 2005.
- ANON M^a J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México 2001.
- ARA PINILLA, I., "Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad", en *El principio de igualdad*, Luis García San Miguel (ed.), Dykinson, Madrid, 2000.
- ATIENZA, M., "Un comentario al caso Kalanke", *Doxa*, n^o 19, 1986.
- BALLESTER PASTOR, M^a A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- BALLESTRERO, M. V., "Acciones afirmativas. Punto y aparte", *Política del Diritto*, 1990.
- BARRÈRE UNZUETA, M^a A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997.
- BENGOCHEA GIL, M^a Á., "Acciones positivas y discriminaciones inversas: dos instrumentos para hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres" en *Mujer, libertad e igualdad. Un homenaje a Enriqueta Chicano*, Aranzadi-Thomson, Madrid, 2007.
- BENGOCHEA GIL, M^a Á., "Algunas reflexiones sobre los valores superiores en nuestro Ordenamiento: ¿sigue el debate abierto?", en *Entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008.

⁹⁴ Vid., RODRÍGUEZ-PINERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a E.: *Igualdad y discriminación*, cit., p. 69.

- BENGOCHEA GIL, M^a Á., "La ley de Igualdad 3/2007 de 22 de marzo: el reto de erradicar discriminaciones" en *La lucha por la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Reflexiones y aportaciones de la Ley de Igualdad 3/2007 de 22 de marzo*, en Bengoechea Gil, M^a. A.(ed.), Colección Debate nº 10, Dykinson, Madrid 2010.
- BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, traducción de Pedro Aragón Rincón, Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993.
- BOBBIO, N., *Derecha e Izquierda. Razones y significados de una distinción política*, trad. de A. Picone, Taurus, Madrid, 1995.
- BODELON, E., "La transformación feminista de los derechos" en *La lucha por la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Reflexiones y aportaciones de la Ley de Igualdad 3/2007 de 22 de marzo*, en Bengoechea Gil, M^a. A.(ed.), Colección Debate nº 10, Dykinson, Madrid, 2010.
- CALSAMIGLIA, A., "Sobre el concepto de igualdad" en Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.
- CARRIT, E.F., en "La Libertad y la Igualdad" en Quinton, A. (comp.), *Filosofía Política*, trad. de E.L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.
- CHARPENTEIER, L., "L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité", *Revue trimestrale du Droit européen*, nº 2, 1996.
- DE ASÍS ROIG, R., "La igualdad en el discurso de los derechos", *Los derechos: entre la ética, el Poder y el Derecho*, AA.VV., Eds. José Antonio López García y J. Alberto del Real, Dykinson, Madrid, 2000.
- DE ASÍS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos, una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas nº 17, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2001.
- DE OTTO, I., "El principio de igualdad en la Constitución Española", *Igualdad, desigualdad y equidad en España y México*, Colegio de México, 1985.
- DE SIMONE, G., "A proposito di azioni positive I Regole di eguaglianza delle azioni positive", *Ragion Pratica*, nº 8, 1997/1998.
- FACIO MONTEJO, A., *Cuando el Género suena, cambios trae. (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, San José, CR, ILANUD, 1999.
- FERNÁNDEZ, E., *La Obediencia al Derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1994.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Prólogo de N. Bobbio, Trotta, Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi, Ed. Trotta, Madrid, 1999.
- FRIEDAN, B., *La mística de la feminidad*, Cátedra, Madrid, 2009.
- GARCÍA AÑÓN, J., "El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del Derecho europeo", *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- GIL RUIZ, J. M^a., *Los diferentes rostros de la violencia de género: ensayo jurídico a la luz de la Ley Integral* (L.O. 1/2004, de 28 de diciembre) y la Ley de Igualdad (L.O. 3/2007, de 22 de marzo), Dykinson, Madrid, 2007.
- GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Una manifestación polémica del Principio de Igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., "Igualdad, discriminación positiva y Constitución. Su incidencia en el Derecho Comunitario", *Sociedad y Utopía, Revista de Ciencias Sociales*, n^o 13, 1999.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., "La igualdad jurídica como límite frente al legislador" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n^o 9, 1983.
- MILLAM MORO, L., "Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial (Comentario a la Sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995, as. C. 450/93 Marshall)", *Revista de Derecho Comunitario europeo*, n^o 3 (julio-diciembre), vol. I, 1998.
- PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PECES-BARBA, G., y otros, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, en colaboración con Rafael de Asís Roig, Angel Llamas Cascón, y Carlos Fernández Liesa, Universidad Carlos III/ Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- PÉREZ LUÑO, A. E., "Sobre la igualdad en la Constitución Española", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo IV, 1987.
- PÉREZ LUÑO, A.E., "Dimensiones de la igualdad material", *Anuario de Derechos Humanos*, n^o 3, 1984-85.
- PITCH, T., "Libertad femenina y derechos", en *Mujeres, derechos y ciudadanía*, MESTRE, R., (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- POYAL COSTA, A., "Un caso concreto de interacción entre norma constitucional y realidad: el artículo 9.2 de la Constitución Española y la realización del principio de igualdad", *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, n^o 3, 1993.
- PRIETO SANCHÍS, L., "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n^o 22, 1995.
- PRIETO SANCHÍS, L., "Igualdad y minorías", *Derechos y Libertades*, n^o 5, 1995.
- REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill/ Interamericana de España, Madrid, 1995.
- REY MARTÍNEZ, F., "Discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n^o 47, 1996.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

- RODRÍGUEZ-PÍÑERO, M., "Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los en la Sentencia Marshall del TJCE", *Relaciones Laborales*, nº 29.
- RUBIO LLORENTE, F., "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, enero-abril, 1991.
- RUIZ MIGUEL, A., "La igualdad como diferenciación", *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, AA.VV, Colección Solidaridad, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994.
- RUIZ MIGUEL, A., "La discriminación inversa y el caso Kalanke", *Doxa*, nº 19, 1996.
- SÁEZ LARA C., *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Consejo Económico y social, Madrid, 1994.
- SAVATER, F., "La tradición filosófica de la igualdad", *Claves de Razón Práctica*, nº 36, 1993.
- SEN, A., *Nuevo examen de la desigualdad*, versión española de Ana María Bravo, revisión de Pedro Schwartz, Alianza Editorial, Madrid, 1995.
- SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985.
- TAWNEY, R.H., *Igualdad*, trad. de F. Giner, Fondo de Cultura Económica, México, 1945.
- TEROL BECERRA, M. J., en "Acerca del Principio de Igualdad", *Temas Laborales. Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 29, 1993.