

M^a ÁNGELES BENGOCHEA GIL
(Editora)

LA LUCHA POR LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

*Reflexiones y aportaciones de la
Ley de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo*



Instituto de Derechos Humanos
"Bartolomé de las Casas"
Universidad Carlos III de Madrid

Debates del Instituto Bartolomé de las Casas n° 10

M^a ÁNGELES BENGOCHEA GIL (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**

M^a ÁNGELES BENGOCHEA GIL (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**

ELVIRO ARANDA ÁLVAREZ
M^a ÁNGELES BENGOCHEA GIL
ENCARNA BODELÓN
ENRIQUETA CHICANO JÁVEGA
CRUZ SÁNCHEZ DE LARA SORZANO
PALOMA DE VILLOTA

KENNETH A. DUBIN
JUANA MARÍA GIL RUIZ
JESÚS R. MERCADER UGUINA
OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
DANIEL PÉREZ DEL PRADO



**Instituto de Derechos Humanos
“Bartolomé de las Casas”
Universidad Carlos III de Madrid**

DYKINSON 2010

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. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Copyright by
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
Madrid, 2010

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

Consejo editorial véase www.dykinson.com/quienessomos

ISBN: 978-84-9849-858-5

Maquetación:
Besing Servicios Gráficos, S.L.
besing@terra.es

ÍNDICE

<i>Prólogo</i>	9
RAFAEL DE ASIS ROIG	
<i>Presentación</i>	17
MIGUEL LORENTE ACOSTA	
<i>La Ley de Igualdad 3/2007 de 22 de marzo: el reto de erradicar discriminaciones</i>	21
M ^a ÁNGELES BENGOCHEA GIL	
<i>Fundamento, urgencia y autoría de los esfuerzos legislativos para la erradicación de las violencias de género</i>	45
JUANA MARÍA GIL RUIZ	
<i>La transformación feminista de los derechos</i>	83
ENCARNA BODELÓN	
<i>Diseño de las políticas públicas desde la equidad de género</i>	101
PALOMA DE VILLOTA	
<i>La ley de igualdad y la paridad electoral</i>	131
ELVIRO ARANDA ÁLVAREZ	
<i>Algunas reflexiones sobre la paridad</i>	155
ENRIQUETA CHICANO JÁVEGA	
<i>Ley de igualdad, negociación colectiva y planes de igualdad: balance de resultados</i>	179
JESÚS R. MERCADER UGUINA – DANIEL PÉREZ DEL PRADO	

<i>¿Tendrá consecuencias la LOIMH para las estrategias empresariales?</i>	213
KENNETH A. DUBIN	
<i>El acoso en la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres</i>	231
CRUZ SÁNCHEZ DE LARA SORZANO	
<i>Mujeres gitanas. De la exclusión a la esperanza.....</i>	261
OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE	
<i>Breves currícula de participantes</i>	295

LA LEY DE IGUALDAD 3/2007 DE 22 DE MARZO: EL RETO DE ERRADICAR DISCRIMINACIONES

M^a ÁNGELES BENGOCHEA GIL
Profesora de Filosofía del Derecho
Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas”
Universidad Carlos III de Madrid

“He trabajado para que en este país los hombres
encuentren a las mujeres en todas partes
y no sólo donde ellos vayan a buscarlas”.

CLARA CAMPOAMOR

I. JUSTIFICACIÓN, CRÍTICAS Y FINES BÁSICOS DE LA LEY DE IGUALDAD

Vamos a partir de dos realidades que justifican la necesidad, a nuestro parecer, de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres¹, en adelante Ley de Igualdad.

La primera de estas realidades es el hecho de que las mujeres constituyen la mitad de las inteligencias y de las capacidades de la sociedad, y que al estar infrarepresentadas en el ámbito político, así como en puestos de toma de decisiones, se imposibilita la inclusión de ideas y valores que aportarían una visión diferente al tener en cuenta a la mujer como sujeto de derechos.

No olvidemos que para configurar el tradicional sujeto de derechos presuntamente “neutral” y “universal” no se ha tenido en cuenta a la

¹ Hacer notar que a pesar de denominarse “Orgánica”, en la Ley de Igualdad únicamente las normas comprendidas en las Disposiciones Adicionales 1^a, 2^a y 3^a tienen ese carácter, tal como informa la Disposición Final 1^a, y en referencia al artículo 149 CE.

mujer, por lo que éste era concebido en términos masculinos, y adaptado exclusivamente a las características de un hombre. Si incluimos en este sujeto universal de derechos las necesidades y características de las mujeres para su reconfiguración, nos permitiría cambiar estructuras, que en muchos casos están anquilosadas en un modelo androcéntrico.

Y la segunda de las realidades con la que nos encontramos, y consecuencia además de la primera, es que la discriminación que sufren las mujeres en muchos ámbitos, imposibilita el ejercicio efectivo de derechos fundamentales que se recogen en nuestra Constitución, cuestionando a su vez, el fundamento último de los derechos: la dignidad humana (art. 10.1. CE), e impidiendo el pleno desarrollo de la personalidad.

Por ello, la búsqueda de la igualdad efectiva de mujeres y hombres que aparece como objetivo de la Ley de Igualdad, no es algo que se “concede” por la magnanimidad de los nuevos gobernantes que pretender “resarcir” o “compensar” a la mujer porque históricamente ha estado relegada y discriminada. En realidad, esta exigencia de “promover” la igualdad se vincula directamente a las propias exigencias sociales, y desde un punto de vista jurídico, a los mandatos Constitucionales (art. 1.1, 9.2 y 14 CE), así como al cumplimiento del Derecho Comunitario².

De hecho, la Ley de Igualdad va más allá de la trasposición exigida de las Directivas Comunitarias, llegando a ser incluso un Código básico de las políticas de igualdad, cuya finalidad es que todos los poderes públicos, a todos los niveles, tiempos y lugares, coadyuven de modo sistemático y permanente en hacer viable el que la igualdad sea real y efectiva y no quede en meras y grandilocuentes declaraciones de buenas intenciones que jamás se ponen en práctica. En definitiva, podríamos considerarla como una Ley histórica en la lucha hacia la igualdad³. Y a pesar de ello,

² Nos referimos a las Directivas 2002/73/CE, 2004/113/CE, y 2006/54/CE. Esta última a pesar de no parecer expresamente en el texto de la Ley de Igualdad, si que está presente en el debate parlamentario.

³ Con independencia de que hay precedentes legislativos en diferentes Comunidades Autónomas como: Ley Foral 33/2002 de 28 de noviembre de Fomento de la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres (Navarra); Ley 1/2003 de 3 de marzo de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León (Castilla y León); Ley 9/2003 de 2 de abril para la Igualdad entre mujeres y hombres (Valencia); Ley 7/2004 de 16 de julio gallega para la Igualdad de mujeres y hombres (Galicia); Ley del Parlamento Vasco 4/2005 de 18 de febrero Para la igualdad de mujeres y hombres (País Vasco); y la Ley 7/2007 de 4 de abril para la igualdad entre mujeres y hombres y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia (Murcia); y Ley 12/2006 de 20 de septiembre para la mujer en les Illes Balears (Islas Baleares).

o quizá precisamente por ello, la aprobación de esta Ley ha recibido algunas críticas que vamos a intentar explicar brevemente.

1.- La primera de estas críticas se basan en el “presunto” tratamiento privilegiado que la Ley de Igualdad otorga a la mujer frente al hombre. Este argumento entendemos que carece de fundamento por dos razones:

a) el Derecho reconoce por regla general, y no sólo como ocurre en esta ley, diferentes situaciones jurídicas de las cuales se derivan también diferentes derechos. Es indudable que el Derecho no trata exactamente igual a todos los individuos, ya que atribuye privilegios, derechos u obligaciones según la situación jurídica en la que nos encontremos.

Además, debemos recordar que la exigencia de igualdad reconoce necesariamente diferenciaciones. En el propio concepto de igualdad está inserta la exigencia de que el Derecho lleve a cabo diferenciaciones⁴. La finalidad de la igualdad es que todos han de ser considerados iguales conforme a unos mismos parámetros⁵, lo cual no se traduce en que todos debamos ser iguales en todo⁶. De esta manera, igualdad no supone igualitarismo, porque éste es una degradación de la igualdad. No tiene

⁴ BOBBIO, N., ha apuntado este problema en *Igualdad y libertad*, trad. Pedro Aragón Rincón, introducción Gregorio Peces-Barba, Paidós ICE/UAB, Barcelona, 1993, al señalar que “precisamente al objeto de situar individuos desiguales por nacimiento en las mismas condiciones, de partida, puede ser necesario favorecer a los más desposeídos y desfavorecer a los más acomodados, introducir artificialmente, o bien imperativamente, discriminaciones de otro modo no existentes (...)”, p. 79.

⁵ Vid. ALARCON CABRERA, C., “Reflexiones sobre la igualdad material” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo IV, Madrid, 1987, p. 32.

Vid. también LAPORTA, F.J., en “El principio de igualdad: Introducción a su análisis”, *Sistema*, nº 67, 1985, pp. 20-21, señala que la igualdad “no se ocupa de lo que sucede en la realidad, sino de lo que debe suceder; a saber: que los seres humanos, sean cuales sean sus rasgos comunes o distintivos, deben ser tratados como iguales” y añadirá que lo que pretende la igualdad no es determinar en qué rasgos son los hombres iguales y en cuales no, sino configurarse como una “directiva genérica concerniente al tratamiento de esos rasgos”.

En este mismo sentido CALSAMIGLIA, A., en “Sobre el concepto de igualdad”, MU-GUERZA y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 99, afirma: “el principio de igualdad no es un principio descriptivo de la realidad social, sino que es una exigencia, nos indica cómo deben ser los hombres en una sociedad justa”.

⁶ En torno a la imposibilidad de la igualdad de “todos” en “todo”, Vid. MORONCINI, B., PAPPARO, F.C. BORRELLO, G., *L'ineguale umanità. Comunità, esperienza, differenza sessuale*, Liguori Editore, Napoli, 1991.

sentido defender una igualdad absoluta⁷, que aboque a un igualitarismo extremo donde el individuo se disuelva en la sociedad, y pierda su propia identidad, su libertad de elección, en definitiva, su dignidad, al transformarse en un clon social.

Por ello, que se trate de forma “diferente” a la mujer en esta Ley al considerarla por ejemplo sujeto destinatario de *acciones positivas*, no supone en ningún momento un tratamiento “privilegiado”, sino simplemente una técnica legislativa para la consecución de un fin: la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

b) La segunda razón que desvirtúa la crítica de que la Ley de Igualdad “privilegia” a la mujer, se fundamenta en un dato objetivo y constatable, ya que de la propia redacción de la Ley se extrae el hecho de que las garantías que se recogen en la misma abarcan como titulares y destinatarios a todas aquellas personas que sean discriminadas, que aunque mayoritariamente sean mujeres, pueden también por supuesto ser hombres. La propia Ley en su artículo 2 reconoce los derechos de igualdad y la prohibición de discriminación tanto a hombres como a mujeres, optando así por un sujeto neutro como regla general, con algunas excepciones, como es el caso de las *acciones positivas* donde el sujeto destinatario de las mismas es la mujer.

2.- En segundo lugar la Ley de Igualdad ha sido criticada por su excesivo intervencionismo, cuando a nuestro parecer deja demasiadas decisiones en manos de los particulares, de la “voluntariedad” y cuanto menos de las buenas intenciones de las Negociaciones colectivas o de las empresas, que serán premiadas, pero no sancionadas, si se adaptan a la Ley de Igualdad⁸. Se remite a los interlocutores sociales para que adopten las *acciones positivas*, y en el pleno ejercicio de su autonomía colectiva y laboral.

⁷ Vid. al respecto VEDEL, G. ya señalaba que “Le principe d’égalité en joue que toutes les choses égales d’ailleurs” en Préface à la thèse de Pierre Delvolvé, *Le principe d’égalité devant les charges publiques*, LGDJ, 1969, p. XIII.

^{En} este mismo sentido, PECES-BARBA, G., señala que “Si nos situamos en una línea igualitarista radical tendríamos que identificar a la igualdad como de todos en todas las cosas, lo que supone no partir del individuo, sino del todo, del colectivo de los hombres”, en *Curso de derechos fundamentales, Teoría general*, con la colaboración de Rafael de Asís, Ángel Llamas y Carlos R. Liesa, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 289.

⁸ Vid. en este sentido ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “El complejo juego entre la Ley y la negociación colectiva en la nueva Ley de Igualdad efectiva entre hombres y mujeres: significación y manifestaciones concretas”, en *Relaciones Laborales*, nº 8, 2007, p. 105 y ss.

Podemos entender que en mayor medida en esta Ley se promueve la sanción positiva frente a la negativa, que es una técnica útil pero en ocasiones sólo a largo plazo, y para la invisibilidad y las discriminaciones que sufren las mujeres, quizá sean necesarias técnicas mucho más incisivas, como son las *cuotas*.

Y precisamente la medida más “intervencionista” (si se puede denominar así), es la menos común en esta Ley, ya que sólo las *cuotas* electorales se imponen como obligatorias.

Pues bien, a pesar de que nuestro Tribunal Constitucional ya ha ratificado en otras ocasiones que las *cuotas* son constitucionales⁹, este sistema de *cuotas* en materia electoral que establece la Ley de Igualdad, ha sido objeto de un Recurso y una Cuestión de Inconstitucionalidad. La razón que se argumenta para acudir al Tribunal Constitucional es la modificación que hace de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General imponiendo la obligatoriedad de las *cuotas* electorales en un mínimo de un 40% de representación de cada sexo y un máximo del 60%, dejando una horquilla del 20% para ocupar por cualquiera de los sexos. Nuestro Tribunal Constitucional ha sido contundente en la STC 12/2008 de 29 de enero, al argumentar que la igualdad no es sólo un instrumento para facilitar la participación efectiva de todos los asuntos públicos, sino que incluso se puede vincular como un elemento definidor de la noción de ciudadanía, de tal manera, que es legítimo el principio de composición equilibrada para hacer efectiva la igualdad¹⁰.

Este es el verdadero reto de la Ley de Igualdad, hacer que la igualdad no sea únicamente una igualdad formal, vacía de contenido si miramos a la realidad social, sino también y sobre todo, una igualdad real. Y para conseguir este reto la Ley de Igualdad asienta como fines básicos:

1. la efectividad del principio de igualdad de hombres y mujeres en el plano laboral.
2. La participación equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisiones, y en las candidaturas electorales en particular, así como en los cargos públicos de responsabilidad.

⁹ Nuestro Tribunal Constitucional ya en STC 269/94 reconoció la constitucionalidad de las *cuotas*, en este caso para personas que padecen una discapacidad.

¹⁰ *Vid.* sobre este tema TORRES MURO, J., “Las SSTC 12/2008 de 29 de enero y 13/2009 de 19 de enero, sobre cuotas electorales. Contenido, recepción y consecuencias” en *Aequalitas. Revista jurídica de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres*, n.º 24, 2009, pp. 31-38.

3. La erradicación de la violencia de género en todas sus formas, así como del acoso por razón de sexo y del acoso sexual.
4. El establecimiento de garantías procesales tales como la indemnidad, la protección frente a cualquier trato adverso, o la inversión de la carga de la prueba, entre otras.
5. La atención de las mujeres pertenecientes a colectivos de especial vulnerabilidad, como las mujeres migrantes, mujeres que padecen una discapacidad, etc. y que son destinatarias de discriminaciones dobles y/o múltiples.
6. La protección de la maternidad, mejorando la protección por riesgo durante el embarazo, o durante la lactancia natural, por ejemplo.
7. La conciliación (quizá debería hablarse de corresponsabilidad) de la vida personal, familiar y laboral y el reparto de las cargas domésticas.
8. La generalización, en el ámbito público y privado de un lenguaje no sexista

Pero, ese amplísimo catálogo de enunciados, propuestas, de reglas jurídicas, de prácticas empresariales, convencionales y judiciales, deberá esperar un extenso e intenso proceso interpretativo¹¹. Es decir, tras la aprobación de la Ley de Igualdad empieza el trabajo duro: ver si la Ley cumple los propósitos que se ha planteado y realmente consigue el reto de erradicar discriminaciones a través de su puesta en práctica y de su proceso interpretativo.

II. LAS DEFINICIONES DE CONCEPTOS EN LA LEY DE IGUALDAD

La Ley de Igualdad utiliza una técnica típica del Derecho Comunitario que consiste en incluir la definición de los conceptos jurídicos que sirven como presupuesto para la construcción del régimen jurídico que se trate, en este caso, la tutela a favor de la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la lucha para erradicar la discriminación. Así en la Ley de

¹¹ MOLINA NAVARRETE, C., “El impacto laboral de la “Ley de Igualdad de Sexos”: lo que queda después de vender el “humo político”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y seguridad social*, nº 290, 2007, p. 99.

Igualdad se definen entre otros conceptos la discriminación directa, indirecta y múltiple, la transversalidad, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y las *acciones positivas*.

II.1. Discriminación directa y discriminación indirecta

Las discriminaciones *directas* son 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 misma¹². 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”¹³. En la Ley de Igualdad se definen las discriminaciones directas por razón de sexo en el artículo 6.1, como “la situación en la que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en su situación comparable”.

Pueden ser a su vez de dos tipos: *abiertas* o *encubiertas*. Las primeras son fácilmente demostrables, porque se ve con claridad la intención del sujeto discriminador. Por el contrario, las *encubiertas* u *ocultas* se denominan así, porque son más difíciles de demostrar, y son necesarias más pruebas al respecto para su constatación. Estas discriminaciones *ocultas* en ocasiones se han confundido con las discriminaciones *indirectas*¹⁴. Pero, hay una diferencia clara entre ambas: en las primeras existe intención de discriminar, cosa que en las segundas no. Siguiendo este argumento podríamos señalar que mientras la intención califica a la discriminación *directa*, el resultado discriminatorio, califica a la *in-*

¹² Vid SÁEZ LARA C., *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Consejo Económico y social, Madrid, 1994, p.56.

¹³ AÑON 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*, Civitas, Madrid, 1997, p. 23 y ss.

¹⁴ Incluso 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.

*directa*¹⁵. Así, las discriminaciones *indirectas* son aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros o no discriminatorios, que por diversas condiciones fácticas, derivan en consecuencias perjudiciales hacia las mujeres. Aparentemente no parecen medidas discriminatorias, porque como hemos señalado no existe intencionalidad del sujeto discriminador¹⁶. Es en su puesta en práctica donde surge el problema, no en su planteamiento teórico.

Es en el artículo 6.2 de la Ley de Igualdad donde se definen textualmente las discriminaciones *indirectas* por razón de sexo como “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

II. 2. La discriminación múltiple

La discriminación múltiple es aquella que afecta a determinadas personas por concurrir en ellas dos o más factores de discriminación. Por ejemplo, ser mujer y migrante, ser mujer gitana o ser mujer y padecer una discapacidad¹⁷. Ese plus de dificultad o desfavor, exige un plus de tutela.

Pero la alusión que se hace en la Exposición de Motivos de la Ley de Igualdad a la discriminación múltiple, se queda en reconocer el problema

¹⁵ BALLESTER PASTOR, M^a A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 45.

¹⁶ Vid. LACEY, N., “From individual to group”, in Hepple, B and Szyszczak, E. (eds), *Discrimination: The Limits of law*, London, Mansell, 1992, p. 104, señala como es posible que en el ámbito laboral un empresario sea responsable de una discriminación indirecta “sin saber que ésta ha ocurrido”, ya que este tipo de discriminación puede ser “el resultado de factores por los cuales el empresario o empresarios no tienen control inmediato”.

¹⁷ Vid. en este sentido mis aportaciones en AA.VV. “Tratado sobre discapacidad”, Aranzadi- Thomson, Madrid, 2007, pp. 118-141; AA.VV. “Una aproximación al concepto de accesibilidad Universal”, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, número 52, Dikynson, Madrid, 2007; y Vid. también BENGOCHEA GIL, M^a A., “Mujeres con discapacidad: diferencia, exclusión y doble discriminación. Marco legislativo y propuestas para fomentar la igualdad” en CUENCA GÓMEZ, P. (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*”, Dykinson, Madrid, (en prensa).

no en resolverlo, tal como se percibe a lo largo del articulado. Podemos señalar en este sentido, que a excepción del artículo 14.6 que le otorga algún efecto favorable concreto, como es el reconocimiento del derecho de asilo a las mujeres extranjeras que sufran violencia por razón de género, no existe ninguna otra alusión concreta al problema de la discriminación múltiple. Pero, incluso el propio artículo 14.6 pierde su posible eficacia al señalar que esta actuación es meramente potestativa y que forma parte de “criterios generales de actuación” de los poderes públicos.

Consideramos que se ha perdido una buena oportunidad en la Ley de Igualdad para tratar y regular un problema que afecta a muchas mujeres, la doble o múltiple discriminación.

II.3. Transversalidad

Hablar de transversalidad supone entender que la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres es un objetivo global de toda sociedad democrática por lo que debe tener una proyección y alcance horizontal que permita a las distintas Administraciones públicas incidir en pro de la igualdad en todos los ámbitos de intervención social.

La ley de Igualdad pretende plasmar esa estrategia de integración general de la perspectiva de género en toda iniciativa pública, sea normativa o no. Por ello exige que se integre de “forma activa” en todas sus actuaciones en su artículo 15.

Es decir, de simple recomendación a los Estados miembros (según el Derecho Comunitario), y propósito de actuación del gobierno español, se ha convertido en esta ley, en un principio jurídico que afecta a más de 20 normas de nuestro Ordenamiento. De hecho, la integración de la perspectiva de género se ha planteado en todas las políticas públicas más allá de la de “empleo y ocupacional” que exige la directiva 2006/ 54/CE. En este sentido, se ha entendido acertadamente que es “una norma transversal tanto en un sentido político, por afectar a todos los ámbitos de la realidad social, como en un sentido genuinamente normativo o jurídico”¹⁸.

Y nos atrevemos a añadir algo más: parte de esta transversalidad se transmite también a través de una de las tres dimensiones de la igualdad:

¹⁸ GARCÍA RUBIO, M.P., “Discriminación por razón de sexo y Derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres” en *Derecho Privado y Constitución*, nº 21, 2007, p. 132.

la igualdad como valor superior, y que consideramos que es recogida explícitamente por la Ley de Igualdad. Recordemos que en nuestro Ordenamiento la Igualdad se recoge como valor superior en el artículo 1.1 de la CE, como principio y como derecho en los artículos 9.2 y 14 de la CE, que a su vez se dimensiona en la Igualdad formal y la Igualdad material o real. Y la Ley de Igualdad no se ha olvidado del fundamento de la igualdad: el valor igualdad. En el artículo 4 de la Ley de Igualdad es donde se habla de éste, no se le cita textualmente, pero podemos entender que se le describe al señalar que la igualdad tiene tres funciones: fundamentadora o justificadora de procesos reguladores; interpretativa de las normas existentes; e integradora de lagunas. Textualmente el citado artículo 4 señala que: “La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del Ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas”.

De esta manera, se le otorga mucha importancia a los principios y valores inspiradores del Derecho antidiscriminatorio y teniendo en nuestro Ordenamiento una figura tan rica como el valor igualdad se hace inevitable su referencia¹⁹. Precisamente esta idea es útil tanto para la corrección de lagunas como para la propia interpretación de la Ley de Igualdad. No olvidemos que la igualdad es así una pauta orientadora de la ordenación jurídica y debe servir para justificar decisiones jurídicas, no solo del legislador o de los sujetos sociales (negociación colectiva) sino de los interpretes de las normas.

II. 4. Acoso sexual y acoso por razón de sexo

La Ley de Igualdad también distingue entre *acoso sexual* de *acoso por razón de sexo* (*sexista*) en su artículo 7 donde en su apartado 1 se define *acoso sexual* como “cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante y ofensivo”. Hasta aquí es la definición tradicional del *acoso sexual*. La novedad de la Ley de Igualdad es la inclusión de la en el apartado 2 del citado artículo 7, la definición de *acoso por razón de sexo* como “cualquier comportamiento realizado en función

¹⁹ Vid. en este sentido mi trabajo sobre Los valores superiores en BENGOCHEA GIL, M^a A., “Algunas reflexiones sobre los valores superiores en nuestro Ordenamiento: ¿sigue el debate abierto?”, en *Libro homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, Volumen I, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 159-181.

del sexo de una persona, con el propósito o efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. Con esta segunda definición se amplían como conducta delictiva las posibles actuaciones que se lleven a cabo para intimidar a alguien y por el simple hecho de pertenecer a un determinado sexo, a pesar de que no se tengan intenciones de mantener relaciones sexuales con esa persona.

Esta ampliación del tipo penal podemos considerarla muy apropiada para adaptarse a la realidad social.

Pero, en lo relativo al *acoso sexual* y al *acoso por razón de sexo* la Ley de Igualdad incluye algo extraño cuanto menos. El artículo 13.3 entiende que la persona acosada es la única legitimada en los litigios para pedir amparo frente al acoso (también el nuevo artículo 11 bis apartado 3 de la LEC introducido por la DA 5ª DE la Ley de Igualdad). Es incomprensible esta restricción, cuando la legitimidad en otros planos se amplía a toda persona que recabe la lesión del derecho a la igualdad (incluso aunque haya terminado la relación laboral), incluidas asociaciones o sindicatos. Pero con el acoso se excluye expresamente por ejemplo la legitimación a las asociaciones creadas a tal efecto.

En este sentido entendemos que la Ley de Igualdad debería haberse limitado a lo expresado en las leyes procesales y no establecer una prohibición tan contundente. La Ley de Igualdad ha olvidado la dimensión colectiva que tiene el acoso sexual y el de género y de hecho, la indicación de las Directivas Europeas es precisamente la contraria.

II. 5. Las acciones positivas

Son medidas específicas a favor de las mujeres cuya finalidad es corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres.

Las *acciones positivas* son características del modelo de Estado Social de Derecho, aspiran a compensar situaciones históricas de discriminación padecidas por las mujeres mediante el reconocimiento de ventajas o beneficios que operan como alternativas rectificadoras de un criterio mecánico de igualdad²⁰.

²⁰ Vid. en este sentido, BENGOCHEA GIL, Mª A. “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*, Thomson. Civitas, Ed. Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 62-94.

Esta construcción jurídica se originó en los Estados Unidos en los años sesenta por varias normas gubernamentales y elaborada por la doctrina de la comisión americana de derechos Civiles. También ha sido acogida por el TJCE tras una actitud inicial de reticencia (y confusión...) en el caso Kalanke (1995), y luego Marshall (11-11-1997), Badeck (28-3-2000), Anderson (6-7-2000), y Lommers (19-3-2002).

En nuestro Derecho las *acciones positivas* tienen una cobertura general en el artículo 9.2 CE que proclama el objetivo de la igualdad real y efectiva, para lo que encarga a los poderes públicos “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”, y “eliminar los impedimentos”.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido la figura de la *acción positiva* en sus sentencias 128/1987, 145/1991, 28/1992 y 109/1993, entre otras, llegando a afirmar en la STC 14/83 que: “debe admitirse como constitucional el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuya al restablecimiento de la igualdad real a través de su diferente régimen jurídico”²¹.

Además, en nuestro Ordenamiento ya la ley 62/2003 de 30 de diciembre la incorporó de modo expreso y con un alcance trasversal o general con relación al origen racial o étnico (art. 30 y 35).

²¹ Y esta STC 14/83 de 28 de febrero añade además que: “partiendo de que el referido artículo 14 no establece un principio de igualdad absoluta, que al poderse y deberse tener en consideración razones objetivas que justifiquen la desigualdad de tratamiento legal resultaba indudable que debía admitirse como constitucional el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuyera al restablecimiento de la igualdad real a través de un diferente régimen jurídico, impuesto precisamente para hacer posible el principio de igualdad, lo que indudablemente acontece con la desigualdad originaria, que mantienen el empresario y el trabajador, debida a la distinta y generalmente profunda condición económica de ambos y a la posición de primacía y respectiva dependencia o subordinación del uno respecto al otro en la relación de trabajo que les une, que precisamente trata de equilibrar el derecho laboral con su ordenamiento jurídico, compensador o igualatorio a través de las normas sustantivas y también de las procesales, que impiden o reducen esa desigualdad material y que actualmente tienen el fundamental apoyo del artículo 9.2 de la Constitución, que exige a todos respetar y promover la igualdad del individuo y de los grupos como reales y efectivas, superando la igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley fundamental, por lo que indudablemente se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora del derecho laboral, exigiendo e imponiendo un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador”.

Por todo ello, la incorporación de las *acciones positivas* en la Ley de Igualdad no son ninguna novedad. Lo que es interesante es que la Ley de Igualdad las articula para “promover” la igualdad, no tanto para “compensar” discriminaciones. A pesar de que nos pueda parecer la misma finalidad, el utilizar un término u otro implica diferencias importantes.

En este sentido, somos partidarios de rechazar el término “compensar”, porque aunque la *compensación* se ha entendido como la justificación con más argumento para materializar las *políticas antidiscriminatorias*, teniendo en cuenta que hay que resarcir²² a los miembros de un grupo tradicionalmente discriminado para que se equiparen con el resto de la sociedad²³, este término conlleva mucha carga emotiva e incluso negativa. Es cierto que la sociedad actual sufre la desventaja ocasionada por las anteriores generaciones²⁴, pero lo que resulta sin duda más acertado sea promover la igualdad en el presente que erradicar las discriminaciones del pasado²⁵.

El propio término “compensación” desde el punto de vista lingüístico, no nos aporta nada positivo a la lucha por la igualdad efectiva porque tenemos que tener en cuenta que la “compensación” implica restaurar una situación de igualdad. Es decir, se supone que si hay que compensar, es que previamente a que surgiera la desigualdad o la discriminación, todas las partes se encontraban en situación de igualdad. Lo cual, como es evidente, es difícilmente trasladable a situaciones de desigualdad sexual.

²² El problema es que este planteamiento de “resarcimiento”, se une directamente con la posibilidad de que el resto de los miembros de la sociedad que no pertenecen a esos grupos tradicionalmente discriminados posean un sentimiento de “culpabilidad”. En este sentido, *Vid.* SULLIVAN, K., “Sings of discrimination: last term’s affirmative action cases”, *Harvard Law Review*, 100, 1986, pp. 95: “As a practical matter, it subjects affirmative action plans to potentially protracted litigation over the ‘factual predicate’ for adopting them: how much past discrimination is enough? And having to ask that question may deter implementation of voluntary affirmative action at all. To admit guilt for past discrimination is against employers and unions’ self-interest, and indeed, may invite race discrimination lawsuits by non-whites...”.

²³ *Vid.* MULLEN, T., “Affirmative Action”, en AA. VV., *The Legal Relevance of Gender*, p. 246.

²⁴ *Vid.* PITT, G., “Can reverse discrimination be justified?”, en HEPPLER, B. and SZYZCZAK, E., (eds), *Discrimination: The Limits of Law*, London, 1992, p. 199. “Even if present generations do continue to suffer disadvantage, the position is not really redressed by reverse discrimination, which benefits only some members of the group, who are likely to be those who have suffered least from the effects of past discrimination”.

²⁵ ROSENFELD, M., *Affirmative Action and Justice: a philosophical and constitutional inquiry*, New Haven, London, Yale, University Press, cop. 1991, p. 30 y ss.

Es decir, hay determinadas situaciones de desigualdad que no tienen su origen primario en la igualdad sino muy al contrario, nunca ha existido igualdad entre hombres y mujeres, de tal manera que difícilmente puede compensarse algo utilizando un baremo que no existió con anterioridad.

III. LAS DIFICULTADES EN LA ARTICULACIÓN DE LAS ACCIONES POSITIVAS EN LA LEY DE IGUALDAD

Con independencia de la ya reconocida constitucionalidad de las *acciones positivas*, nos encontramos con varios problemas en la Ley de Igualdad para que se puedan considerar medidas efectivas y fáciles de articular. Estos problemas son básicamente cuatro:

III.1. Las *acciones positivas* son obligatorias para el sector público y facultativo para el sector privado

Las *acciones positivas* son el principal instrumento jurídico para dar credibilidad al objetivo de la igualdad, pero no son una práctica obligatoria para los empresarios ni para la negociación colectiva, al proponerse un marco general que sólo otorga carácter potestativo a las mismas. Podríamos criticar que en los hechos, y sobre todo en el marco laboral de la empresa privada, la situación es exactamente igual que antes de aprobarse la Ley de Igualdad.

Ya señalamos en líneas anteriores nuestro planteamiento crítico hacia la excesiva voluntariedad que se recoge en la Ley de Igualdad. Tenemos por ejemplo, la ingenua creencia que se recoge en la Ley de Igualdad de que las empresas con menos de 250 trabajadores optaran de forma voluntaria por crear Planes de Igualdad.

III. 2. Se opta por la igualdad de oportunidades y se rechaza la igualdad de resultados

En la Ley de Igualdad se alude siempre a la *igualdad de oportunidades*, como si este concepto supusiera la exigencia más comprometida hacia la igualdad, pero entendemos que esto no es así. La *igualdad de oportunidades*, se traduce básicamente en la no discriminación para el

ejercicio y desarrollo de las aptitudes de los individuos²⁶ de cara a su participación en el proceso productivo, en la legislación, la cultura y, en general, en cualquier faceta de la organización social²⁷.

Lo que pretende la *igualdad de oportunidades* es que los hombres y mujeres opten con las mismas posibilidades a los procesos de producción y distribución de bienes o de toma de decisiones políticas. Y para ello, en ocasiones se plantea una necesaria redistribución del acceso a las posiciones sociales²⁸. Pero esta redistribución tendrá lugar siempre en un primer momento, desde el punto “de partida”. Es decir, todos los individuos, hombres y mujeres, parten con las mismas condiciones en igualdad, y posteriormente cada individuo ocupará una posición determinada basándose en sus méritos o capacidades. De esta manera, los resultados que una persona obtenga se corresponderán solamente “con su esfuerzo y no con sus circunstancias”²⁹. Según la *igualdad de oportunidades* a cualquier individuo, sea hombre o mujer, se le otorga la posibilidad de partir en condiciones de igualdad, pero el resultado dependerá de él, por lo que “no se trata de una igualdad automática del resultado”³⁰.

Pero, no podemos olvidar que las calificaciones basadas en el mérito fluctúan con el estatus social de la persona a evaluar y en consecuencia se encuentran ligadas a su pertenencia a un grupo, a circunstancias personales, al azar, la fortuna, la posesión de riqueza, etc. Por ejemplo, quienes contratan a otras personas tienden su selección hacia aquellas personas que se muestran más afines, por razón de género, raza o por inercia de la costumbre.

Siguiendo esta línea de argumentación, se ha señalado que “hay un «antes» y un «después» en el concepto de *igualdad de oportunidades*: antes de que comience la competición deben igualarse las oportunidades,

²⁶ Vid. en este sentido TAWNEY, R. H., *La igualdad*, trad. Francisco Giner de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México, 1945, pp. 100 y ss.

²⁷ Vid. ALARCÓN CABRERA, C., “Reflexiones sobre la igualdad material”, cit., p. 31

²⁸ Vid. OPPENHEIM, F.E., *Egalitarianism as a Descriptive Concept A reconstruction*, Basil Blackwell, Oxford, 1981, p. 63: “The principle of equality, or rather equalisation, of opportunities is thus concerned with the redistribution of access to the various positions in society, not with the allocation of the positions themselves”.

²⁹ ROEMER, J.E., “Igualdad de oportunidades”, trad. de David Teira Serrano, en *Isegoría, Revista de Filosofía moral y política*, nº 18, 1998, p. 77.

³⁰ GIMENEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 45.

incluso mediante una intervención social, si es necesario; pero una vez que esta comienza, los individuos han de asumir plenamente su responsabilidad³¹. La solución radica en abrir una libre competencia, y si todos los individuos tienen una igualdad de partida, la posición final dependerá exclusivamente de cómo recorre el camino cada uno de estos³².

En realidad es cierto que en parte, la *igualdad de oportunidades* implica un compromiso estatal, aunque mucho menor que el que supone la *igualdad de resultados*, que pretende intervenir en la realidad social y es “un denominador común en todos los sistemas constitucionales de las sociedades modernas”³³.

La *igualdad de resultados*, es un mecanismo corrector, ante situaciones donde la *igualdad de oportunidades* no puede garantizar plenamente la igualdad material. Estas situaciones se caracterizan porque no sólo en el momento inicial hay que intervenir, sino que también puede resultar necesaria una redistribución posterior, una vez sentadas las bases mínimas de igualdad. Por ello, se ha considerado a la *igualdad de oportunidades* como muy “tenue”³⁴ y, como consecuencia, se la ha vinculado a planteamientos liberales³⁵. En cambio la *igualdad de resultados*, se vincula a planteamientos igualitarios³⁶, y se traduce en una necesaria intervención estatal.

Es importante resaltar que la Ley de Igualdad habla únicamente de la igualdad de oportunidades, no de la igualdad de resultados, quizá porque

³¹ ROEMER, J.E., “Igualdad de oportunidades”, cit., p. 71.

³² Vid. OPPENHEIM, F.E., “Egalitarianism as a Descriptive Concept”, cit. p. 63, señala que: “The solution is to open them up to all on a competitive basis. The assumption is that, if everyone is given an equal start, the position everyone will occupy at the end will depend exclusively on how fast and how far he can run”.

³³ GIMENEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit. p. 45.

³⁴ Por otro lado existen posturas como la de VOGEL-POLSKY, E., en *Las acciones positivas y los obstáculos constitucionales y legislativos que dificultan su realización en los Estados miembros del Consejo de Europa*, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Madrid, 1987, p. 10 y ss., señala que la igualdad de oportunidades es poco efectiva y contraproducente. Por ello, además de no garantizar la igualdad de resultados, permite la justificación de las desigualdades funcionales.

³⁵ Vid. BOBBIO, N., “Eguaglianza ed egualitarismo”, *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, LIII, 1976, p. 325

³⁶ Aunque existen planteamientos como el de SARTORI, A., que entiende que la igualdad de oportunidades no puede ser otra cosa que la igualdad en el disfrute de la libertad, en *Democrazia e definizioni*, Il Mulino, Bologna, 4ª ed., 1976, pp. 210-211.

como ya hemos indicado, excepto por las *cuotas* electorales, las medidas que se articulan en esta Ley no son muy incisivas. Además vemos incluso que en la STC 12/2008 de 29 de enero ya citada, se rechaza la *igualdad de resultados* por ser “demasiado intervencionista” y se señala que las *acciones positivas* suelen estar llamadas a rechazarse por los partidos políticos, son temporales y garantizan la *igualdad de oportunidades* no la *igualdad de resultados*.

III.3. Hay que comprobar siempre la justificación de las *acciones positivas*, y no es una tarea sencilla

Para articular las *acciones positivas* hay que partir de la necesidad de determinar en qué momento concreto y bajo qué requisitos, un individuo o grupo es considerado destinatario de un trato diferente, es decir, cuando están las *acciones positivas* justificadas³⁷.

Y para considerar que las *acciones positivas* están justificadas es necesario comprobar³⁸: 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*); 3º y por último, concluir con el *test de la razonabilidad* (o de la justificación de esa desigualdad). Esto se traduce en que:

1º En el *test de la diferencia de consecuencia jurídica*, que es el de constatación más sencilla, lo único que hay que demostrar es que el Ordenamiento jurídico atribuye una consecuencia jurídica diferente para dos

Vid. BOBBIO, N., “Eguaglianza ed egualitarismo”, cit., p. 325, argumenta: “nella dottrina egualitaria accade proprio il contrario: ciò che conta è l’eguaglianza dei punti di arrivo, non importa poi se questa eguaglianza segua ad una diseguaglianza dei punti di partenza”.

³⁷ DE OTTO, I., en “El principio general de igualdad en la Constitución Española”, en *Igualdad, desigualdad y equidad en España y México*, Colegio de México, 1985, p. 351, señala como en realidad, puede entenderse que “el contenido del principio de igualdad no es otro que obligar a que la desigualdad tenga fundamento” y añade que no se pretende un tratamiento igual, en realidad, ni siquiera se ordena “tratar por igual lo que es igual, sino que se mantiene que el principio de igualdad ordena que no se establezcan más diferencias que aquellas que tengan un fundamento, que todos sean tratados por igual cuando no exista un fundamento para que sean tratados desigualmente”.

³⁸ Vid. ALONSO GARCÍA, E. “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española” en *Revista de Administración Pública*, Volumen 1, 1983.

o más personas o colectivos. Es decir, ver que se atribuya un resultado diferente por ser hombre o por el hecho de ser mujer.

2º Pero además, no basta con demostrar que el Ordenamiento jurídico prevea consecuencias jurídicas diferentes, sino que hay que demostrar que tales situaciones tienen cierta identidad. Es lo que se denomina *test de la relevancia*. Lo que en realidad provoca este test, es una inversión de la carga de la prueba, ya que de forma general, en el marco jurídico quien tiene que probar que las situaciones de hecho han existido es la parte actora o demandante. Pero en el caso de la discriminación por razón de sexo, se debe probar que la desigualdad está justificada, porque ya está claro que ésta no debe producirse, y quién debe probar que la discriminación no ha tenido lugar es la parte demandada.

Así, con el test de la relevancia hay que probar si existe en sí misma desigualdad. Todo ello con la salvedad de que el juez constitucional puede “descubrir” esos criterios igualatorios, no siendo requisito necesario el que la parte los alegue.

3º Una vez superados los dos test, entra en juego el test más complejo: *el test de razonabilidad*. Este test, consiste en que la distinción de trato debe basarse en una justificación objetiva, y proporcionada³⁹ y “razonable”⁴⁰. Algo que la propia Ley de Igualdad exige en su artículo

³⁹ Vid. RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, n.º 19, 1996, p.49, donde se señala que este test de la razonabilidad no sólo lo ha aplicado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino todos los Tribunales Constitucionales, ya que es el único que permite hacer funcional un concepto tan absolutamente formal como el de la igualdad. Este test de razonabilidad a su vez puede descomponerse en dos patrones diferenciados: “por un lado, el de la constitucionalidad de la finalidad pretendida por la norma y, por otro lado, el de la adecuación entre la distinción establecida por la norma y la finalidad de ésta”

⁴⁰ Es reiterada la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional exigiendo esta objetividad y razonabilidad. Vid. entre otras STC 75/ 1983 de 3 de agosto: “pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida y dejando, en definitiva, al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los artículos 53.1 y 9.3 de la Constitución ni sea irrazonada”.

Vid. también en el mismo sentido, la STC 49/1982 de 14 de julio: “a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también

11 señalando que las *acciones positivas* deben ser legítimas (objetivas) proporcionadas y razonables.

De estos tres conceptos la proporcionalidad es quizás la que resulta más fácil de discernir, pero a la hora de determinar qué se considera por “objetivo” y “razonable” surge la polémica y la dificultad de llegar a un acuerdo doctrinal.

En este sentido, podemos entender, que:

a) la objetividad se traduce en la necesidad de buscar el fundamento de la desigualdad en la “naturaleza de las cosas” (fundamento objetivo), tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional⁴¹. El problema es que argumentar con *la naturaleza de las cosas* es muy subjetivo, y es tanto como decir que una “desigualdad tiene fundamento suficiente cuando tiene un fundamento fáctico, es decir, siempre”⁴².

Para evitar confusiones terminológicas, resulta más útil entender la *objetividad* como exclusión de criterios “subjetivos” en el sentido de arbitrarios o precisamente, no razonables⁴³. Algo es objetivo si es posible demostrar que existe.

b) En segundo lugar, se ha entendido por parte de nuestro Tribunal Constitucional que la exigencia de proporcionalidad, consiste en la adecuación de los medios a los fines⁴⁴, en definitiva, saber si el fin justifica los medios⁴⁵. Por ello, hay que conocer la finalidad inmediata

y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados”.

⁴¹ Esta línea argumental aparece también en la STC 8/1982, de 4 de marzo, en la que se señala que “una norma que da soluciones diferentes para situaciones que son objetivamente distintas no puede calificarse en modo alguno de atentatoria al principio de igualdad, sino más bien conforme a sustanciales exigencias valoradas por el legislador”.

⁴² DE OTTO, I., “El principio de igualdad en la Constitución Española”, *cit.*, p. 353.

⁴³ RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *cit.*, p. 49.

⁴⁴ *Vid* en este sentido STC 62/1982 de 15 de octubre, 66/1985 de 23 de mayo, 19/1998 de 16 de febrero, y 50/95 de 23 de febrero.

⁴⁵ En el ámbito europeo también se ha cuestionado la proporcionalidad de determinadas medidas a través de resoluciones del Tribunal Superior de Justicia, pero de manera muy parca. Por ejemplo, en el caso de la Comisión Europea frente a Grecia 68/88 ECR 2964, de 1989.

Y también en el caso Watson y Bellman, 118/75 ECR 1185, de 1976, se enjuicia el libre movimiento de personas, y se determina que la falta debe ser proporcional a la ofensa. En

que se persigue, porque en ocasiones, se limitan o restringen derechos de terceros⁴⁶.

c) Y en tercer lugar, al exigir un fundamento razonable la finalidad es que éste coincida con un bien constitucional, y no pueda ser declarado inconstitucional. Es decir, no exista una “notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias”, que no sea “injustificada por no ser razonable” o que no tenga “fundamentos suficientes”⁴⁷. De esta manera, se puede señalar que la razonabilidad supone no arbitrariedad.

III.4. Hay que distinguir las *acciones positivas* de las *cuotas*

A la hora de articular *acciones positivas* es importante distinguirlas de las *cuotas*, en tanto en cuanto éstas últimas afectan a la limitación de la titularidad de derechos de terceros para su efectivo cumplimiento. En ocasiones las *acciones positivas* pueden ser no ser suficientemente eficaces para erradicar la discriminación, y puede ser necesaria alguna medida más radical, más incisiva, más directa, como las *cuotas*.

En esta Ley se evita, conscientemente, el concepto de *discriminación inversa*. Existe el miedo a la declaración de inconstitucionalidad que

estas Sentencias se han señalado una serie de principios para determinar qué medidas se consideran proporcionales, y por tanto autorizadas por el Derecho Comunitario:

1. El remedio debe ser efectivo. Tiene que aportar una real solución.
2. La solución o remedio debe ser comparado al remedio disponible en la ley nacional teniendo en cuenta los derechos nacionales comparables.
3. El remedio tiene que ser proporcional. Y en el caso de los derechos de igualdad de trato, se exige un alto nivel de protección en todos los Estados miembros.

⁴⁶ BARNES, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998, p. 39, donde se señala que “el principio de proporcionalidad está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinja su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio; o, en otros términos: si éste resulta a priori absolutamente inútil para satisfacer el fin que dice perseguir; innecesario, por existir a todas luces otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar esos objetivos con igual grado de eficacia; o desproporcionado en sentido estricto, por generar patentemente más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derechos e intereses en juego”.

⁴⁷ Véanse respectivamente las Sentencias del Tribunal Constitucional 28/1981 de 23 de julio, 8/1981 de 30 de marzo, 34/1981 de 10 de noviembre, 81/1982 de 21 de diciembre.

suele pesar sobre esta. Pero, lo que es obvio es que junto a las *acciones positivas* existen unas políticas antidiscriminatorias, se llamen *discriminaciones inversas* o *cuota* como prefiere denominarlas la Ley de Igualdad y que únicamente se circunscriben al plano de representatividad política.

Al articular *cuotas* estamos reconociendo que hay una desventaja inicial que nunca va a ser superada⁴⁸. Por ello se dice que las *acciones positivas* son deberes constitucionales de los poderes públicos y de los particulares, mientras que las *cuotas*, son “mera técnica permitida que utiliza quien legisla”⁴⁹.

El problema, tal y como hemos señalado, es que las *cuotas* son una medida para erradicar discriminaciones muy criticada, y mucho más cuando hablamos de *cuotas rígidas*.

Las *cuotas rígidas* son las tradicionales reservas de plazas, mientras que las *cuotas flexibles* también implican reserva de plazas, pero sometidas al cumplimiento de unos determinados requisitos. Las *cuotas rígidas* tratan de corregir la discriminación fijando una cantidad dada del bien en cuestión, como por ejemplo un número de plazas para cursar estudios universitarios, un porcentaje de cargos públicos, listas electorales, consejos de administración, etc. que se reserva para las mujeres. Esta reserva se produce de forma automática, sin tener en cuenta otros factores como el mérito o la capacidad de otros individuos que aspiran a ese bien en cuestión.

Las *cuotas flexibles*, por el contrario, sí tienen en cuenta los méritos y las capacidades, y se comprueba que exista infrarepresentación de las mujeres en el sector a intervenir. Es por esta razón, al exigirse más requisitos, por lo que se considera que evitan perjudicar en mayor medida a terceros.

Pero, con independencia de las críticas que reciben las *cuotas*, y en mayor medida, las *cuotas rígidas*, entendemos que existen los fundamentos y la justificación suficiente para poder articularlas. Nuestro Tribunal

⁴⁸ Vid. ELOSEGUI ITXASO, M. “La ley orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Las acciones positivas para la igualdad laboral entre hombres y mujeres”, en *Aequalitas*, nº 20, 2007, pp. 15 y ss.

⁴⁹ Vid. M^a ANTONIA CASTRO ARGUELLES y DIEGO ÁLVAREZ ALONSO, La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo”, Ed. Aranzadi, Pamplona 2007, pp.89-100.

Constitucional ya ha ratificado la constitucionalidad de las *cuotas* en el caso concreto de la Ley de Igualdad en la citada STC 12/2008 de 29 de enero.

Pero además de ser constitucionales, es la realidad social y la necesidad de erradicar discriminaciones lo que convierte a las *cuotas* en un instrumento imprescindible porque en situaciones de invisibilidad tan evidente de la mujer, no quedan muchas soluciones mejores. No hay una alternativa mejor que la democracia paritaria para obtener una representación equitativa de las mujeres.

Precisamente las *cuotas* están previstas para supuestos muy particulares de discriminación, la racial, la sexual y la derivada de alguna discapacidad física o psíquica⁵⁰. Éstas son discriminaciones caracterizadas porque necesitan ser transparentes e inmodificables y se destinan a individuos que son calificados por la sociedad de forma negativa, marginal, o incluso estigmatizadora. Es decir, quienes las sufren son reconocidos fácilmente y no pueden eliminar la característica que les discrimina, el sexo, el color de su piel o su discapacidad⁵¹. Por ello, aunque en la mayoría de las ocasiones, las discriminaciones pueden ser por cuestiones biológicas (raza o sexo) también pueden ser por razones “históricas o de experiencia política”⁵². Son medidas destinadas a paliar una discriminación perdurable y difícilmente eliminable por otros medios⁵³, como ocurre con la invisibilidad de la mujer en la política.

⁵⁰ PAREKH, B., “A case for positive Discrimination”, *Discrimination: The Limits of Law*, HEPPLER B., SZYSZCZAK E. M. (eds.), Mansell, London, 1992, p. 261, donde señala que “they include such groups as blacks, the ethnic minorities, the indigenous population, the poor the underclass, the long-term unemployed who have become virtually unemployable, large sections of the working classes, the untouchables and the tribal communities. With some qualifications, women too belong to this category”.

⁵¹ *Vid.* en este sentido, AAVV. *Sobre la accesibilidad universales el Derecho*, Cuadernos “Batolomé de las Casas”, nº 42, Dykinson, Madrid 2007.

⁵² BACCHI, C.L., *The Politics of Affirmative Action, Women, Equality & Category Politics*, Sage Publications, London, 1994, p. 3: se señala que estas categorías, “are also constructs, reflecting specific combinations of historical and political experience”.

⁵³ *Vid.* también, LACEY, N., “Legislation against sex discrimination: questions from a feminist perspective”, 14 JLS, 411, p. 413: “no concept of discrimination which is based exclusively on formal equality can take proper account of aspects of women’s different position resulting from prior discrimination and disadvantage in spheres which fall outside the relatively limited ambit of the legislation”.

Además, las *cuotas* son necesarias en contextos de “especial escasez”, como por ejemplo en puestos de trabajo, plazas educativas, listas electorales, etc. donde hay que “repartir” entre muchos sujetos un bien escaso. Son esferas, como hemos dicho, en las que las mujeres suelen estar infrarepresentadas⁵⁴, y donde es imprescindible eliminar las consecuencias desfavorables que derivan de la existencia de diferencias de hecho. Es decir, en determinadas circunstancias la paridad de trato que se obtiene con las *acciones positivas*, no resuelve la discriminación⁵⁵ siendo necesarias las *cuotas*.

Con todo, hay una afirmación, que podemos considerar muy acertada, del Dictamen del Consejo de Estado sobre la Ley de Igualdad donde se señala que la efectividad de la Ley de Igualdad dependerá más que de ella misma de la “generalización social de unos hábitos cívicos y de un “cambio de mentalidad de hombres y mujeres en todas las esferas de la vida”, cambios que exigirán “una labor generalizada de sensibilización y concienciación” para seguir teniendo en cuenta que hay que “seguir fomentando el proceso de toma de conciencia del problema de la desigualdad”.

Las bases para la erradicación de discriminaciones por razón de género están asentadas, ahora hay que seguir luchando por la igualdad.

⁵⁴ Vid. FREDMAN, S., “Reversing discrimination”, *Law Quarterly Review*; n° 113, 1898., p: 575: “its aims range from providing a specific remedy for individual discrimination to the more general purpose of increasing the participation of groups which are visibly under-represented in important public spheres”.

⁵⁵ BALLESTRERO, M.V., “I diritti delle donne”, *Politica del Diritto*, 1990, p. 129.