

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO Y ACCIONES POSITIVAS: REFLEXIONES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y APROXIMACIÓN A LA LEY PARA LA IGUALDAD EFECTIVA *

Por Rodrigo Bustos Bottai **

RESUMEN

La reciente entrada en vigor de manera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIE), ha significado que España se coloque en la vanguardia en materia de igualdad de género. En el presente trabajo se formulan algunas consideraciones de carácter general acerca de la consagración del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico español y de su aplicación respecto a los derechos de las mujeres. Con dicho objeto se revisan las principales sentencias del Tribunal Constitucional español sobre tres materias diferentes: las discriminaciones por razón de sexo, las acciones positivas y la discriminación inversa. En la parte final del artículo se abordan algunas cuestiones de la LOIE, realizando una aproximación general a esta nueva normativa.

PALABRAS CLAVE

Discriminación, acciones positivas, jurisprudencia constitucional, ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

SUMARIO

1. NOTA INTRODUCTORIA. 2. IGUALDAD FORMAL Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. 3. IGUALDAD SUSTANCIAL, ACCIONES POSITIVAS Y DISCRIMINACIÓN INVERSA. 3.1. Consideraciones generales. 3.2. Acciones positivas falsamente protectoras de la mujer. 3.3. Acciones positivas legítimas. 3.4. Discriminación inversa. 4. LA LOIE COMO APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD SUSTANCIAL. 4.1. Principio de no discriminación. 4.2. Acciones positivas y discriminación inversa.

1. Nota introductoria

La reciente entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIE), ha significado que, independientemente de la opinión que se tenga sobre puntos específicos de dicho texto normativo, España se encuentre en la actualidad entre los países de vanguardia en materia de políticas de igualdad de género. Sin embargo, cabe señalar que esta modificación legislativa constituye un paso más en un camino donde aún queda mucho trecho por recorrer y en el cual ya se habían producido importantes avances. Sin duda el siglo pasado fue un siglo de importantes conquistas para los derechos de las mujeres tanto en el ámbito del Derecho Internacional como en los niveles regionales y nacionales. En el caso de España, la aprobación de la Constitución de 1978 significó un cambio radical para las mujeres en relación a las décadas anteriores y esto se reflejó también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), que paulatinamente fue asumiendo un rol importante en la sanción de las discriminaciones formales y en el

* Comunicación presentada en el Seminario "Los Derechos Humanos, la utopía de los excluidos" celebrado los días 21, 22 y 23 de mayo de 2007 en la Universidad Carlos III de Madrid. Fecha de recepción: 31 de mayo de 2007. Fecha de publicación: 12 de julio de 2007.

** Abogado (Universidad de Chile) y Candidato a Doctor por la Universidad de Salamanca.

estudio de la legitimidad de las medidas de acción positiva adoptadas para lograr la igualdad entre sexos. Por lo anterior, en las líneas siguientes se harán algunas consideraciones generales sobre dicha jurisprudencia del TC y sobre las innovaciones más relevantes que a mi juicio introduce la LOIE.

2. Igualdad formal y discriminación por razón de sexo.

La noción de discriminación no puede explicarse debidamente de manera aislada sino que debe hacerse a través del concepto estrechamente vinculado de igualdad, por lo cual, comenzaremos enunciando algunas ideas generales sobre este principio¹. Lo primero que hay que señalar es que la igualdad constituye en su esencia un concepto relacional: no puede verificarse su realización considerando a las personas en realidades aisladas sino siempre en términos de comparación entre dos o más personas o situaciones². En segundo lugar, el principio de igualdad no excluye la existencia de diferenciaciones entre dos o más personas o situaciones sino más bien lo que realmente prohíbe son aquellas que se basan en distinciones de carácter arbitrario. Las diferencias de trato se permiten cuando los supuestos son desiguales y cuando la distinción obedece a un criterio de necesidad y se cumple con ciertos requisitos como la idoneidad y proporcionalidad³.

El principio de igualdad subyace en el ordenamiento jurídico español a toda la estructura constitucional⁴ y prueba de ello es que ya el artículo 1.1 de la Constitución española (CE) lo sitúa entre los valores superiores del ordenamiento jurídico español al proclamar que "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, *la igualdad* y el pluralismo político". Otra norma pilar del texto constitucional es el artículo 10.1 que da comienzo al Título I denominado "*De los derechos y deberes fundamentales*". Dicho precepto, al consagrar entre los valores superiores a la dignidad humana, es la base de todos los derechos fundamentales y en especial del principio de no discriminación⁵.

¹ Sobre el principio de igualdad existen obras que lo abordan desde múltiples perspectivas filosóficas, económicas y, por cierto, jurídicas. No es del caso citar esa extensa bibliografía pero sí queremos destacar un libro bastante reciente de DAVID GIMÉNEZ GLÜK acerca de la igualdad en el constitucionalismo español: *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Editorial Bosch, 2004.

² Cfr. RUBIO LLORENTE, F., "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N. 31, Año 11, Enero-Abril 1991, p.12.

³ Cfr. GIMÉNEZ GLÜK, D., *op. cit.*, pp.81-120.

⁴ De esta opinión es, entre otros, RUBIO LLORENTE, F., *op. cit.*, pp.9-10.

⁵ El artículo 10.1 de la Constitución española establece que "*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*". El hecho de que las discriminaciones vulneran la dignidad de la persona ha sido declarado reiteradamente por el TC. *Vid.* SSTC:

Posteriormente, el Capítulo II relativo a los derechos y libertades comienza con el artículo 14 que se refiere al principio de igualdad y rechaza cualquier tipo de discriminación al señalar 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"*.

Como se puede observar de la lectura de este último precepto, se incluyen en la norma algunas hipótesis concretas sobre situaciones de discriminación como el *"nacimiento, la raza, el sexo, la religión y la opinión"*. La doctrina ha denominado a estas referencias expresas "categorías sospechosas" y ha exigido que, en el caso de realizarse diferenciaciones en esos supuestos, el juicio de legitimidad constitucional deberá ser más estricto⁶. Además, en esos supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan dentro de la cláusula general de igualdad del artículo 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que la misma norma concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación.

Lo anterior, como ha señalado el TC (Sentencia 75/1983, fundamento jurídico 3.º, entre otras) no implica la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación y la misma norma incluye una cláusula abierta al establecer como causal de la violación de la igualdad las discriminaciones por *"cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*. El sentido de la expresión "categorías sospechosas" es mencionar algunas situaciones específicas de posible discriminación debido a la existencia de diferenciaciones históricas que han perjudicado tradicionalmente a algunos colectivos. En este contexto y, específicamente, sobre las discriminaciones por razón de sexo, no puede desconocerse la situación de la población femenina que ha estado sometida a una condición de inferioridad en todo tipo de relaciones sociales y en especial en su acceso al empleo pero también en otros ámbitos como el de la vida familiar.

En todo caso, el principio de igualdad y el examen de las situaciones posiblemente discriminatorias fueron, desde que la Constitución de 1978 entró en vigencia, algunas de las cuestiones que originaron más sentencias del TC. En una joven democracia como la que estaba naciendo era de gran importancia asegurar a todas las personas el derecho a la igualdad ante la ley y la eliminación de toda clase de discriminación. Con las primeras decisiones quedó claro que lo que se habría buscado no era la igual identidad sino el igual tratamiento ante situaciones similares y la condena de las

128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3.

⁶ Cfr. SSTC: 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6.

diferenciaciones arbitrarias. De esta manera, el TC sentaba la doctrina de que las violaciones al principio de igualdad se producen cuando “la desigualdad del tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable”⁷, lo que tendría que evaluarse en cada caso concreto considerando el cumplimiento del principio de proporcionalidad en la diferenciación.

En cuanto a la aplicación de esta norma en relación a las discriminaciones por razón de sexo, destaca la jurisprudencia constitucional dirigida a resguardar los derechos sociales de las mujeres y, en particular, los derechos laborales. En algunas situaciones, las discriminaciones se producían debido a nuevas normativas aprobadas sea a nivel estatal o autonómico, mientras en otros casos tenían que ver con conductas desarrolladas en el ámbito de relaciones entre privados. En otros, aún las causas de las discriminaciones estaban vinculadas a resabios del periodo preconstitucional. Veremos a continuación, sucintamente, algunos de esos supuestos.

Un primer tipo de cuestiones tiene relación con la reiterada intervención del TC para declarar inconstitucional el despido de las mujeres que contraían matrimonio. El máximo intérprete del texto constitucional afirmó al respecto en una sentencia de 1983 que “es evidente que la suspensión del contrato de trabajo para el personal femenino por el hecho de contraer matrimonio constituye una discriminación por razón de sexo, pues no se hace derivar idéntica consecuencia en relación con el personal masculino de la misma empresa”⁸. Posteriormente, en otros supuestos, el Tribunal ha reafirmado la inconstitucionalidad de este tipo de cláusulas⁹ que sin duda se sustentaban en una visión de la mujer –y particularmente de la mujer casada- como la encargada de desarrollar las tareas domésticas.

En segundo lugar, entre los muchos asuntos relacionados con la discriminación por razón de sexo que el TC ha debido conocer está el de las prácticas discriminatorias contra las mujeres embarazadas. El Tribunal ha utilizado en estas controversias un criterio garantista y de protección de la maternidad. El TC no sólo ha protegido a las mujeres que se encuentran en estado de embarazo de despidos¹⁰ sino también en otras situaciones como la de la resolución unilateral de

⁷ STC: 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3º.

⁸ STC: 7/1983, de 14 de febrero, FJ 2º. *Vid.* en el mismo sentido, entre otras: SSTC 8/1983 de 18 de febrero; 13/1983, de 23 de febrero; 86/1983, de 26 de octubre; 58/1984, de 9 de mayo.

⁹ *Vid.*, entre otras: SSTC: 8/1983 de 18 de febrero; 13/1983, de 23 de febrero; 86/1983, de 26 de octubre; 58/1984, de 9 de mayo.

¹⁰ *Vid.* STC 173/1994, de 7 de junio; 136/1996, de 23 de julio; 20/2001, de 29 de enero; 41/2002, de 25 de febrero; 17/2003, de 30 de enero y 98/2003, de 2 de junio de 2003.

trabajadoras que se encuentran en periodo de prueba¹¹ o la de casos en que simplemente no se les renueva el contrato de trabajo¹². Es positiva esta amplia jurisprudencia del TC sobre las discriminaciones relacionadas con el embarazo y la maternidad ya que éstas son consecuencia del prejuicio que indica a las mujeres madres como menos eficientes en su trabajo que los hombres pero sobretodo son representativas, nuevamente, de una mirada sexista y machista de las relaciones familiares.

Por último, una referencia a las conductas de acoso sexual. Sólo en tiempos relativamente recientes estas prácticas han sido calificadas como discriminatorias por el TC y más específicamente fue a través de la sentencia 224/1999, de 13 de diciembre, que se adoptó este criterio. En dicha sentencia el Tribunal estimó que se trata de comportamientos discriminatorios porque "afectan notoriamente con mayor frecuencia y más intensidad a la mujer que al hombre, como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación"¹³.

Además de los supuestos anteriormente mencionados y de muchos otros que el TC ha resuelto sancionando todo tipo de discriminación directa en contra de las mujeres, debemos señalar que también se ha incorporado en la jurisprudencia constitucional española la noción de discriminación indirecta. Como ha señalado el mismo TC¹⁴ en este caso se trata de la recepción del concepto elaborado en el Derecho comunitario¹⁵. La STC 145/1991 fue la primera que acogió la discriminación indirecta sentando así la doctrina actualmente vigente, conforme a la cual, la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el artículo 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre

¹¹ *Vid.* STC 166/1988, de 26 de septiembre.

¹² *Vid.* STC 173/1994, de 7 de junio.

¹³ STC 224/1999, de 13 de diciembre, FJ 5º. Sobre el acoso sexual se puede revisar la seria y completa contribución de SASTRE IBARRECHE, R.: "El acoso en el trabajo: un específico supuesto de violencia de género", en FIGUERUELO BURRIEZA, A. y IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M. L. (Editoras), *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Granada, Editorial Comares, 2006, pp.341-379.

¹⁴ *Vid.* STC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 5º.

¹⁵ Sobre la noción de discriminación inversa en el ámbito de la Unión Europea *Vid.*, en especial, el artículo 2.2 de la Directiva 97/80/CE y, entre las sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Sentencia Regina contra Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith y Laura Perez (cuestión prejudicial), causa 167/97, de fecha 9 de febrero de 1999.

trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo¹⁶.

3. Igualdad sustancial, acciones positivas y discriminación inversa.

3.1 Consideraciones generales

En la reciente evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha generado el llamado fenómeno de la especificación de los derechos humanos que implica la atribución de determinadas prerrogativas a aquellas personas que, por diversos factores históricos, políticos, económicos y culturales, se encuentran en una posición desmedrada dentro de la sociedad. Se habla en este caso de la protección, por ejemplo, de los "derechos de la mujer", de los "derechos del niño" y de los "derechos de los discapacitados". Esta realidad de desigualdad fáctica puede afectar a grupos minoritarios como sucede en algunos países con minorías raciales o bien puede involucrar a la mitad de la población como ocurre con las mujeres que aún en la actualidad se ven mermadas en el ejercicio de derechos de toda índole.

Para hacer frente a estas desigualdades de hecho ya no es suficiente aplicar el principio de igualdad formal sino que hay que dar un paso que va más allá, que implica establecer un trato más diferente y más favorable para algunos grupos o sectores con el fin de igualar verdaderamente. Así en las legislaciones de múltiples países se han formulado acciones positivas que no son otra cosa que diferenciaciones a favor de la igualdad. Se han establecido en las últimas décadas como derechos preferentes para colectivos desaventajados, destacando especialmente las medidas adoptadas en el Derecho estadounidense a favor de las minorías raciales y en el ámbito comunitario en beneficio de la igualdad de género.

Pero, ¿cuál es el fundamento de las acciones positivas? Generalmente se pueden agrupar en dos clases de argumentos: algunos de carácter deontológico que ven las acciones positivas como medidas compensatorias de las injusticias y desigualdades que han sufrido históricamente determinados colectivos; y otros de tipo teleológico que consisten básicamente en fundamentar esta clase de políticas en la búsqueda de la integración social, sea por motivos de utilidad social o por el ideal de caminar hacia sociedades más solidarias¹⁷. En nuestro caso, compartimos mayormente la fundamentación teleológica ya que el fin, creemos, debe ser la consecución de la igualdad efectiva o sustancial en el contexto de una

¹⁶ *Vid.*, recientemente, STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 3º.

¹⁷ Acerca de los argumentos en favor de las acciones positivas y de la discriminación inversa, *Vid.* RUIZ MIGUEL, A., "Discriminación inversa e igualdad", en VALCÁRCEL, A. (Comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp.82-83.

sociedad democrática. Se trata por cierto de un objetivo que, por lo demás, es plenamente coherente con el ordenamiento jurídico español pues el artículo 1.1 se refiere a la igualdad no en el contexto de un Estado liberal sino en el de un Estado social y democrático de Derecho.

En la CE, el artículo 9.2 sirve de fundamento a las acciones positivas al establecer que "*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*". Se trata claramente de un mandato hacia los poderes públicos para que adopten políticas dirigidas a lograr la igualdad efectiva o real. Sin embargo, en relación a este precepto surge el problema de que no existe unanimidad sobre qué debe entenderse por mandato de "remover" los obstáculos que impiden la igualdad material. Así, podría concebirse como la necesidad de establecer políticas de mediano o largo plazo para modificar situaciones de hecho injustas o podría tener un "sentido más fuerte"¹⁸. En todo caso, para cumplir con el mandato del artículo 9.2 existen diversas formas y orientaciones y es al poder político a quien le corresponde decidir dentro de las varias opciones diferentes.

Una de esas posibilidades está constituida por la discriminación inversa. Ésta consiste en una clase de acción positiva que por sus características especiales ha sido objeto de mayores polémicas que las suscitadas por las acciones positivas normales. Las discriminaciones inversas tienen su origen, fundamentalmente y al igual que las acciones positivas en general, en las *Reverse Discriminations* del Derecho estadounidense¹⁹. Las primeras de estas medidas fueron adoptadas en la década de los setenta cuando se llevaron a cabo algunas de estas políticas a favor de las mujeres y, en mayor medida, de las personas de raza negra. Las medidas buscaban fundamentalmente favorecer a estos colectivos en el ámbito laboral y en la admisión en algunas universidades, y consistían ya no en la estipulación de ciertas ventajas para colectivos desaventajados sino en una reserva de plazas a través de políticas de cuotas, en la

¹⁸ Esta discusión se ha dado especialmente en la doctrina y jurisprudencia italianas respecto del artículo 3.2 del texto constitucional de ese país, que fue el que inspiró el mencionado artículo 9.2 de la Constitución española. Sobre este debate *Vid. D'ALOIA, A., Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, CEDAM, 2002, especialmente pp.278 y ss.

¹⁹ Aunque, como señala RUIZ MIGUEL, esto es en el marco del derecho occidental porque existen antecedentes de la utilización de la discriminación inversa en India para luchar contra la división en castas. *Cfr. RUIZ MIGUEL, A., op. cit.*, p.77.

exención de cumplir determinados requisitos o en la atribución de un puntaje mayor para los candidatos de esos colectivos²⁰.

La principal diferencia entre las acciones positivas normales y las discriminaciones inversas, es que éstas últimas se producen en un contexto de especial escasez que lleva a que, como contrapartida de la medida favorable para algunos, se produzca un perjuicio para otros. Esto ha llevado a que en el Derecho comparado se tenga especial cuidado con esta clase de acciones positivas más extremas, exigiéndose que sean de carácter excepcional y que cumplan con criterios de flexibilidad y objetividad. Además, respecto de las acciones positivas en general se ha afirmado que deben establecerse como disposiciones transitorias: hasta que se alcance la igualdad efectiva o material. En el caso de la discriminación inversa este requisito de temporalidad de la política de igualdad se exige con aun más rigurosidad.

No obstante, no hay unanimidad acerca de la legitimidad de las acciones positivas y menos aún respecto de la discriminación inversa²¹. Se las critica, por ejemplo, por su vulneración del principio de igualdad formal. Se ha sostenido por mucho tiempo que entre la igualdad sustancial – principio del que derivan las acciones positivas– y la igualdad formal existe una tensión casi sin solución. En efecto, no podemos desconocer que las acciones positivas y, en especial, las medidas de discriminación inversa, producen una afectación a la igualdad formal concebida como la igualdad abstracta del Estado liberal de Derecho. Con la fórmula del Estado social esta confrontación deja de existir porque se busca un equilibrio entre los aspectos formales y sustanciales de la igualdad²². Ambos aspectos son igualmente relevantes y deben ser respetados. Para ello, lo importante es que la justificación de las acciones positivas sea razonable y proporcional, y el objetivo de alcanzar la igualdad material o de hecho es un argumento más que aceptable y conforme a valores consagrados constitucionalmente.

Por otra parte, además de la discusión general sobre las acciones positivas cabe plantearse la interrogante sobre su

²⁰ Sobre el recorrido jurisprudencial de la jurisprudencia norteamericana sobre discriminación inversa *Vid.* la extensa revisión que realiza importantes referencias bibliográficas de D'ALOIA, A., *op. cit.*, pp.127-219.

²¹ Para revisar las posiciones contrarias a las acciones positivas y de la discriminación inversa, *Vid.* nuevamente RUIZ MIGUEL, A., *op. cit.*, pp.83-90.

²² Según otros autores como RUBIO LLORENTE el problema que entrañan las acciones positivas no es tanto la existencia de una tensión entre la igualdad formal y la igualdad sustancial, sino el hecho que ese tipo de medidas suelen formular discriminaciones precisamente en los ámbitos prohibidos por la Constitución por constituir "categorías sospechosas" de discriminación. No estamos de acuerdo. Las denominadas "categorías sospechosas" fueron establecidas para evitar discriminaciones a colectivos tradicionalmente desaventajados, por lo cual no genera contradicciones el hecho de que se adopten medidas en su favor. *Cfr.* RUBIO LLORENTE, F., *op. cit.*, p.35.

justificación para favorecer a las mujeres. ¿Es justificable la existencia de una actividad protectora de parte del Derecho para un sector tan amplio de la población? Hay quienes sostienen que por constituir las mujeres la mitad de la población –de acuerdo a cifras oficiales, incluso más- no sería oportuno establecer una regulación jurídica diferenciada. Este elemento cuantitativo, unido al hecho de que casi no permanecen elementos de discriminación directa como sucede con otros colectivos como, por ejemplo, los inmigrantes y los homosexuales, privaría de justificación las medidas que establecen ventajas en ayuda a las mujeres²³. Soy de la opinión opuesta. Las mujeres siguen siendo víctimas de delitos como la violencia de género y objeto de desigualdades de todo tipo que tienen su causa directa o indirecta en la visión patriarcal dominante en la mayoría de las sociedades²⁴. En los países pobres las mujeres son más pobres que los hombres, tienen mayores dificultades para acceder a bienes sociales básicos como la salud y la educación y suelen carecer de empleos bien remunerados en el mercado laboral principal. Otra característica que se repite es que las mujeres se han visto impedidas históricamente de ocupar posiciones de poder o de participar en temas que les inciden directamente. En algunos Estados continúan siendo objeto de atroces crímenes justificados en supuestas razones culturales o religiosas. Es en este contexto que los impulsos por conseguir su reconocimiento como colectivo desaventajado pueden ser definidos como una lucha contra la exclusión y se justifica plenamente, a mi juicio, la existencia de políticas activas inspiradas en el principio de igualdad sustancial tanto en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en los ordenamientos jurídicos nacionales. No se trata por tanto de “ventajas” para un colectivo de personas sino más bien de medidas igualatorias que constituyen uno de los fines del Estado social de Derecho.

Este último ha sido el criterio seguido, a mi juicio correctamente, en la jurisprudencia constitucional española. Desde las primeras sentencias se ha indicado que el respeto al principio de igualdad formal no implica que toda diferenciación sea constitucionalmente ilegítima sino solo las que no responden a una justificación objetiva y razonable. A esto debemos agregar que el TC, apoyándose en la cláusula del Estado social y en el mandato del artículo 9.2 ha manifestado, también desde un comienzo, que la intervención en favor de ciertos colectivos “puede incluso venir exigida, en un Estado social y democrático de Derecho, para la

²³ Cfr. ELY, HART, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, p.257.

²⁴ Para una revisión con cifras actualizadas de las numerosas desigualdades entre mujeres y hombres que persisten en todos los aspectos de las relaciones sociales en la sociedad española, *Vid.* MORAGA GARCÍA, M. A., “La igualdad entre mujeres y hombres en la Constitución de 1978”, en MONTESINOS SÁNCHEZ, N. y ESQUEMBRE VALDÉS, M. DEL M. (coords.), *Feminismo/s*, Número 8, diciembre de 2006, pp.53-55.

efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (artículo 1), a cuyo efecto atribuye además a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”²⁵. En el caso específico de la desigualdades entre mujeres y hombres, el TC ha afirmado reiteradamente la necesidad de establecer un “derecho desigual igualatorio”²⁶, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer.

A continuación nos referiremos a algunas de estas sentencias del Tribunal Constitucional distinguiendo las que han declarado inconstitucionales a determinadas acciones positivas por ser falsamente protectoras de la mujer, las que han sido aprobadas como acciones positivas legítimas y, en último lugar, las que abordaron cuestiones relativas a casos de discriminación inversa, que como ya lo expresamos, constituyen las acciones positivas más radicales.

3.2. Acciones positivas falsamente protectoras de la mujer

Además de encontrarse con normas que incurrieran en vicios de discriminación directa o indirecta en contra de las mujeres, el Tribunal Constitucional español también se ha enfrentado a medidas que podemos catalogar como “falsamente protectoras”. Se trata de situaciones en las que se realizan acciones que, o bien se fundan en estereotipos sobre los roles sociales para compatibilizar su trabajo extradoméstico con su deber de cuidar a los hijos y preocuparse del hogar familiar, o bien buscan supuestamente proteger a la mujer por ser más débil físicamente. Por lo tanto, aunque aparentemente su objetivo sería el de favorecer a las mujeres en el fondo interpretan los mismos valores que han relegado a la población femenina a una condición de inferioridad social²⁷. Revisemos algunos casos representativos de lo que estamos diciendo.

²⁵ STC 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3.º.

²⁶ STC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2.º. Poco después en la sentencia 2/1993, de 14 de enero, el TC expresó que “La referencia al sexo en el artículo 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer, siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio. Con todo en la perspectiva del artículo 9.2 de la Constitución, de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer” (FJ 3.º).

²⁷ Coincidimos en este punto con ANDRÉS OLLERO, según el cual “la principal desventaja de las ciudadanas, como género discriminado, puede derivar precisamente de que se las encasille, con intención presuntamente “protectora”, como seres necesitados de tutela; esto no hará sino perpetuar, en círculo vicioso, su situación de dependencia”. OLLERO, A., *Discriminación por razón de sexo*.

Una de las primeras cuestiones debatidas por el TC fue la del descanso nocturno de las mujeres trabajadoras, temática que ha generado importantes decisiones también a nivel de la Unión Europea²⁸. En el ordenamiento jurídico español esta norma estaba contenida en el artículo 2 del Decreto-ley de 15 agosto de 1927 y por mucho tiempo se valoró este precepto como protector de mujer. No obstante, el TC en su sentencia 38/1986, de 21 de marzo, declaró inconstitucional la citada disposición por fundamentarse “en una valoración proteccionista del trabajo de la mujer que no tiene vigencia en la sociedad actual y que no está demostrado que tenga como consecuencia su promoción real y efectiva”²⁹.

En segundo lugar, en el ámbito de la seguridad social, una sentencia con importantes efectos prácticos fue la n. 142/1990, de 20 de septiembre. El asunto surgió como consecuencia de la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad elevada por parte de la Magistratura de Trabajo núm. 2, de Málaga, en relación con el artículo 3 del Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955, por entender que dicho precepto podría ser contrario al artículo 14 de la Constitución Española. El proceso que se desarrollaba ante la Magistratura de Trabajo había surgido ante la demanda de un viudo que reclamaba por la denegación de su derecho a percibir la prestación del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) que recibía su esposa. A su juicio, el Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955 debía tener aplicación tanto para las viudas como para los viudos, pues de lo contrario se producía discriminación y se lesionaba el derecho de igualdad protegido en el artículo 14 de la CE. El TC concluyó que la exclusión de los viudos de la posibilidad de acceso a la prestación SOVI -sólo reconocida a las viudas-, como diferenciación basada en el sexo, suponía un atentado al principio de igualdad en la Ley lo que implicaba que la norma preconstitucional en cuestión debiera haberse entendido carente de validez desde la entrada en vigor de la Constitución³⁰.

Por último, una referencia a la sentencia 317/1994, de 28 de noviembre, que nuevamente consideró derogada una norma preconstitucional. En este caso, el TC desestimó un recurso de amparo interpuesto por una trabajadora que reclamaba la no aplicación de una disposición legal que le otorgaba el derecho a una indemnización por ruptura del contrato de trabajo a consecuencia de su matrimonio. De acuerdo a la visión del Tribunal, la norma en cuestión, emanada en el período preconstitucional, respondía a una orientación normativa muy concreta, que era la de “liberar a la mujer

Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p.56.

²⁸ *Vid.* TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Procedimiento penal contra Alfred Stoeckel (cuestión prejudicial), 345/89, de fecha 25 de julio de 1991.

²⁹ STC 38/1986, de 21 de marzo, FJ 3º.

³⁰ *Cfr.* STC 142/1990, de 20 de septiembre, FJ 4º.

casada" del trabajo, facilitándosele la vuelta al hogar a través de medidas que desincentivaran la permanencia en el empleo cuando contraía matrimonio. En la sentencia se expresa con claridad que una norma como esa, si bien en otra época pudiera considerarse aparentemente protectora, debía, de acuerdo a los valores constitucionales, ser calificada como discriminatoria³¹.

Además, la citada sentencia es relevante porque fija dos criterios para distinguir las normas y medidas falsamente protectoras de las constitucionalmente legítimas:

- "Que la medida en cuestión no sea contraria al principio de igualdad de trato", y
- "Que no haya perdido su razón de ser. Es decir, que no tienda a perpetuar estereotipos o patrones culturales ya superados"³².

3.3. Acciones positivas legítimas

No son muchas las sentencias del TC que se han referido a la conformidad de las acciones positivas con el texto constitucional. Nos referiremos a dos decisiones que nos parecen relevantes y, al mismo tiempo, merecedoras de algunas reflexiones críticas debido a la argumentación empleada en su fundamento.

La primera es la sentencia 128/1987, de 16 de julio, que constituye un verdadero hito en la jurisprudencia constitucional española sobre acciones positivas³³. En este caso la controversia se suscitó cuando un trabajador cuestionó el hecho de que su empleador, el Instituto Nacional de Salud (INSALUD), reconociera un complemento retributivo de 4.000 pesetas mensuales en concepto de guardería a todas las mujeres que se encontraban trabajando al servicio del centro hospitalario y tuviesen hijos menores de seis años mientras a los varones solo se les otorgaba el beneficio si se encontraban en estado civil de viudedad. El trabajador demandó a su empleador por vulneración del artículo 14 de la Constitución ya que, en un caso –el de las mujeres-, se concedía un beneficio siempre y cuando tuviesen hijos menores de seis años, mientras en otro –el de los varones-, se otorgaba sólo cuando se tenía un determinado estado civil. El Tribunal Constitucional debía entonces pronunciarse sobre la legitimidad de esta diferenciación y, después de formular algunas consideraciones sobre el principio de igualdad, señaló que "las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadoras que estén sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su

³¹ Cfr. STC 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 3°.

³² *Ibíd.*, FJ 2°.

³³ Como señala REY MARTÍNEZ, "esta sentencia marca un antes y un después" en la jurisprudencia constitucional española sobre acciones positivas. REY MARTÍNEZ, F., "El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo", en *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p.71.

acceso al trabajo o permanencia en él (en comparación con las correspondientes categorías de trabajadores masculinos, o con la población trabajadora en general) no podrían considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes"³⁴. Con base en esa argumentación el TC desestimó el recurso de amparo presentado.

El otro supuesto es el de la sentencia 109/1993, de 25 de marzo, -reiterada por la STC 187/1993-, originada en la cuestión de constitucionalidad promovida por la Magistratura de Trabajo núm. 1 de Guipúzcoa, respecto del artículo 37.4 de la Ley 8/80, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Dicho precepto establecía que el derecho a tener una franja horaria durante la jornada laboral para dar lactancia, sea natural o artificial, era sólo para las madres. El caso en cuestión se suscitó precisamente por el reclamo de un trabajador que impugnaba esa norma por no reconocérsele como derecho laboral el beneficio horario para dar lactancia artificial a su hija. Es oportuno destacar que este asunto sirvió para provocar un debate que derivó en la reforma de la Ley 3/1989, de 3 de marzo. Esta Ley amplió el permiso por maternidad y estableció medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo. El referido artículo contiene el siguiente inciso final: *"Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por el padre o por la madre en el caso de que ambos trabajen"*. Sin embargo, no obstante esta reforma y el riesgo, reconocido por el propio TC en su fundamentación, de consolidar una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares³⁵, se terminó afirmando que el precepto cuestionado no era discriminatorio. La decisión se fundamentó especialmente en la realidad biológica y en la necesidad de adoptar medidas a favor de un colectivo desaventajado como lo son las personas de sexo femenino en el ámbito laboral³⁶.

Ambas sentencias están supuestamente inspiradas por el objetivo de favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral de las madres. Sin embargo, a nuestro juicio, las dos decisiones reafirman roles tradicionales: las madres cuidan a los hijos y los padres deben estar dedicados al trabajo extradoméstico. En el caso específico de la STC 128/1987, el Tribunal Constitucional señaló que "aun excluyendo que exista una diferencia de obligaciones familiares entre hombre y mujer ... Este Tribunal no puede ignorar que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultando de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente el cuidado de los hijos" y, por tanto, "no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara

³⁴ STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 8º.

³⁵ STC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 5º.

³⁶ *Ibíd.*, FJS 4º y 6º.

desigualdad social, y que traten de evitar, facilitando el empleo de guarderías, que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños”³⁷.

Con esta argumentación el TC, al mismo tiempo que rechaza una división sexista de los roles en el ámbito de la familia, asume la “tradicción cultural existente” que lleva en la práctica a que la mujer deba preferentemente cumplir con los deberes familiares. Esta es la secuencia lógica (¿lo es realmente?) seguida por el máximo intérprete de la Constitución en las dos sentencias: crítica de la realidad social existente; asunción de la misma como un elemento que debe incidir en la sentencia y, finalmente, decisión inspirada en los mismos valores reprobados. Valores que por lo demás se plantean como inconstitucionales. No me parece la mejor solución. El problema está a mi entender en el segundo paso: asumir un determinado estado de cosas no implica que la decisión final tenga que ser acorde con esa situación fáctica y menos aún si se ha expresado respecto de ella la propia disconformidad. Lo mejor habría sido que una vez que reconocidos todos los elementos en juego la sentencia se hubiera pronunciado conforme a la constitución y a sus valores superiores – en este caso particularmente la igualdad- y no a unas tradiciones que han desarrollado estereotipos que deberían ser desterrados de cualquier Estado democrático. Esa debería ser la forma en que actúa coherentemente un Tribunal que intenta desempeñar el papel de ser transformador social, como al parecer quiere serlo, de manera equivocada a mi juicio, el TC español en las dos sentencias analizadas. Lo anterior es útil en todo a caso para mostrar que la distinción entre acciones positivas falsamente protectoras de la mujer y acciones positivas constitucionalmente legítimas no es siempre nítida.

3.4. Discriminación inversa

Antes de que entrara en vigor la LOIE no existía en España ninguna normativa que regulara mecanismos de discriminación inversa a favor de las mujeres. Sólo se contemplaban este tipo de medidas respecto de las personas minusválidas por lo cual si queremos conocer en esta materia la posición del TC debemos revisar sus decisión respecto a la protección de ese colectivo.

La sentencia en cuestión es la n. 269/1994, de 3 de octubre y se originó cuando una mujer interpuso un recurso de amparo en contra de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1993 que confirmó la Resolución de la Dirección General

³⁷ *Ibíd.*, Fundamento Jurídico 10º. Resultan muy gráficos los argumentos del representante de INSALUD que, en el mismo caso, sostuvo que “no cabe hablar al respecto de discriminación por razón de sexo, puesto que la ayuda se concede a varones y mujeres, con la única excepción de los casados, cuyas esposas pueden atender a los hijos pequeños, circunstancia que no concurre en los anteriores beneficiarios de la ayuda”. *Ibíd.*, Antecedentes, párr. 5.

de la Función Pública del Gobierno Autónomo de Canarias, de 25 de junio de 1990, de nombramiento de funcionarios del Cuerpo Superior de Administradores Generales de la Comunidad Autónoma. La demandante cuestionaba la reserva de plazas para personas con un grado de minusvalía de 33 a 100 por ciento que, en su caso, no le había permitido acceder a la plaza ofertada.

El TC desestimó el recurso de amparo y sostuvo que las medidas destinadas a promocionar la inserción profesional de sujetos con dificultades de acceso al empleo, no sólo no son contrarias a la igualdad, sino que la hacen posible y efectiva, a través de un mecanismo, la reserva de plazas, que no restringe el derecho consagrado en el artículo 23.2 CE a "*acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*" ya que siempre podían optar a las plazas no reservadas. Además, como bien señaló el Tribunal, los sujetos favorecidos con la reserva quedan igualmente obligados a poner de manifiesto su aptitud para el desempeño de las plazas y a acreditar su idoneidad para el desarrollo de las funciones que les son inherentes, asegurándose así la tutela de la eficacia administrativa en la gestión de los intereses generales (artículo 103.1 CE)³⁸.

Posteriormente, el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de febrero de 2002, de la Sala Tercera, se expresó en la misma línea sobre las cuotas de reserva de puestos de trabajo en las empresas para personas minusválidas señalando que "...la interdicción de la discriminación implica también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y de oportunidades con los demás trabajadores. Es esta razón la que justifica constitucionalmente preceptos como los cuestionados, destinados a remover obstáculos que impiden aquella real igualdad en el acceso al trabajo, en la medida en que esos obstáculos pueden ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo que aseguren esa igualdad real de oportunidades, siempre que no puedan operar de hecho en perjuicio del grupo desfavorecido".

4. La LOIE como aplicación del principio de igualdad sustancial.

"El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente".

La frase transcrita arriba da comienzo a la segunda parte del preámbulo de la LOIE y es clarificadora acerca del objetivo de esta nueva normativa. Sería incluso suficiente con leer el título de la Ley para identificar su finalidad, que no es otra que alcanzar la igualdad efectiva o material entre hombres y mujeres. En el preámbulo y en su

³⁸ STC 269/1994, de 3 de octubre, FJS 4 y 5º.

articulado se reitera en varias otras ocasiones la necesidad de perseguir la igualdad sustancial.

Al revisar el texto completo de la LOIE se puede concluir que la igualdad efectiva se quiere obtener a través de una política integral que abarca los más diversos ámbitos de la vida social. La transversalidad que tiene la proyección del principio de igualdad en esta nueva normativa tiene un efecto en las distintas áreas del Derecho ya que se traduce en modificaciones en más de veinte leyes. La LOIE representa una verdadera visión de conjunto, una política global en materia de igualdad de género. Como se señala en el preámbulo, *"nace con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres"*. Además, es relevante también el hecho de que las disposiciones de la Ley en cuestión no se refieren sólo a las políticas que deben adoptarse a nivel estatal sino que implica también a las autoridades autonómicas y locales.

Debe destacarse también que esta Ley viene de alguna manera a cumplir con la obligación del Estado de español de trasponer diversas normativas comunitarias³⁹ y de seguir las recomendaciones del Comité de la CEDAW⁴⁰. Siguiendo la misma estructura de análisis utilizada en los apartados anteriores, las consideraciones que formularemos acerca de la LOIE en las próximas líneas se dividirán en tres partes: primero, nos referiremos a las normas que buscan eliminar todo tipo de discriminación; en seguida, abordaremos las acciones positivas que la Ley establece para alcanzar la igualdad efectiva, y, en último término, mencionaremos la forma en que se regula la discriminación inversa a través de las políticas de cuotas.

4.1. Principio de no discriminación

Sobre el principio de no discriminación, lo primero que debe decirse es que la LOIE, al consagrar a nivel legal una definición de discriminación por razón de sexo, cumple con las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁴¹. Siguiendo el criterio utilizado por el TJUE y el TC, el artículo 6 distingue entre discriminación directa e indirecta, considerando que la primera es *"la situación en 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 situación comparable"*, mientras estamos frente a la segunda cuando *"una disposición, criterio o*

³⁹ La trasposición de algunas directivas como la 2000/43/CE y 2000/78/CE en el Derecho español se verificó por las Leyes 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y del orden social.

⁴⁰ Cfr. *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*: España. A/54/38; 30º. y 31º Períodos de sesiones, 12 a 30 de enero y 6 a 23 de julio de 2004: apartado "Principales esferas de preocupación y recomendaciones".

⁴¹ *Ibíd.*

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". En el caso de la discriminación indirecta, se trata de una definición muy similar a la que ha sido elaborada en el Derecho comunitario y en especial a la contenida en el artículo 2.2 de la Directiva 97/80/CE de 1997.

Aunque ambas clases de discriminación se constituyen en principio informador del ordenamiento jurídico que deberá ser utilizado de manera general en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas⁴², algunas situaciones particulares reguladas por la LOIE merecen una mención especial. Nos referimos, por ejemplo, al acoso sexual que viene definido de manera expresa⁴³, obligándose a las empresas a promover condiciones de trabajo que eviten que se produzca y a establecer procedimientos para su prevención y para regular las eventuales denuncias que se realicen⁴⁴. De la misma forma, en el ámbito de la Administración General del Estado se contempla también un mandato de aprobación de un protocolo de actuación frente al acoso sexual⁴⁵. A lo anterior se une otra modificación legal que ejemplifica el criterio transversal de la LOIE: se modifica la Ley General de Sanidad en el sentido de incluir entre las actuaciones a desarrollar por los Servicios de Salud la de *"protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo"*⁴⁶.

Otra forma específica de discriminación que se regula es la que tiene como causas el embarazo y la maternidad, recogiendo así la numerosa jurisprudencia del TC anteriormente citada sobre esta cuestión. Se establece de esta manera la nulidad de la extinción del contrato de trabajo por parte del empresario en una serie de supuestos vinculados con la maternidad y el embarazo⁴⁷, modificándose una serie de leyes entre las que se cuenta la Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas y la Ley de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil con el fin de proteger a las mujeres en situaciones de embarazo, parto y posparto para cumplir las condiciones para el ascenso a todos los empleos de militar profesional y del Cuerpo de la Guardia Civil⁴⁸. En otro ámbito, se establece en relación al acceso a bienes y servicios que ningún contratante podrá indagar sobre la situación de embarazo de una

⁴² Cfr. Artículo 4 de la LOIE.

⁴³ Cfr. Artículo 7 de la LOIE.

⁴⁴ Cfr. Artículo 48 de la LOIE.

⁴⁵ Cfr. Artículo 62 de la LOIE.

⁴⁶ Disposición adicional octava de la LOIE.

⁴⁷ Cfr. Artículo 48 bis de la LOIE.

⁴⁸ Cfr. Disposiciones adicionales vigésima y vigésima cuarta de la LOIE.

mujer demandante de los mismos, salvo por razones de protección de su salud⁴⁹.

En todo caso, más allá de los ejemplos mencionados, es pertinente destacar que el principio de no discriminación se consagra en todos los aspectos relativos al empleo y de forma más general en todos los ámbitos de las relaciones sociales.

Por último, una referencia a algunos aspectos procesales y a los efectos de las conductas discriminatorias. En cuanto a la tutela judicial en caso de discriminación se establece que cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación⁵⁰. Respecto a la prueba de la discriminación, la LOIE señala que, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad⁵¹. Sobre los efectos de los actos discriminatorios cabe decir que, de acuerdo a la nueva Ley, ellos se consideran nulos y dan lugar a un sistema de indemnizaciones. Si de las eventuales denuncias de actuaciones discriminatorias se derivaran represalias, estas también serán consideradas discriminaciones⁵².

4.2. Acciones positivas y discriminación inversa

Sin duda la característica más relevante de la LOIE no es la de buscar prevenir y sancionar las discriminaciones –lo que no deja de ser importante– sino la de intentar hacer efectivo el principio de igualdad a través de políticas activas. Para ello se estructura un verdadero marco general para las acciones positivas, que vienen definidas como "*medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres*"⁵³. Se dirige un mandato a los poderes públicos para remover las situaciones de desigualdad fáctica a través de una política integral dirigida a acercarnos a la igualdad sustancial o material en todas las esferas de la vida social. Así, la Ley insta de manera específica al desarrollo de acciones positivas inspiradas en el principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en áreas como la de la creación y producción artística e intelectual, la de las políticas de salud, los medios de comunicación, los programas de deportes, como también en algunos sectores que hace no demasiado tiempo estaban prácticamente vedados a las mujeres como el de las

⁴⁹ Cfr. Artículo 70 de la LOIE.

⁵⁰ Cfr. Artículo 12 de la LOIE.

⁵¹ Cfr. Artículo 13 de la LOIE.

⁵² Cfr. Artículos 9 y 10 de la LOIE.

⁵³ Cfr. Artículo 11 de la LOIE.

Fuerzas Armadas y el de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. A lo anterior se agrega de que el gobierno deberá elaborar de forma periódica un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades y las principales políticas públicas deberán contar con un informe de impacto de género aprobado por el Consejo de Ministros⁵⁴.

Por otra parte, debe subrayarse que la LOIE regula de manera especial las políticas de igualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales por ser estos uno de los sectores donde tradicionalmente las mujeres más han sufrido discriminaciones. Son múltiples las medidas que se promueven para cambiar un mercado del trabajo que continua siendo masculinizado pero deseamos evidenciar particularmente la promoción de la igualdad en los procesos de negociación colectiva. Creemos que esta puede ser sin duda una herramienta relevante en el camino hacia la conquista de mayores derechos laborales para las mujeres⁵⁵.

Es ahora oportuno recordar lo anteriormente señalado respecto a las denominadas acciones positivas falsamente protectoras de la mujer. Como dijimos, se trata de medidas inspiradas en una concepción de la mujer como sujeto débil encargado de manera exclusiva, en el ámbito familiar, de las labores domésticas y del cuidado de los hijos. La LOIE busca poner fin a esa visión de la mujer a través de la consagración del principio de corresponsabilidad parental o familiar en el cuidado de los hijos. Las medidas en favor de la paternidad son múltiples pero queremos destacar especialmente la que está referida con el derecho de lactancia. Como vimos en el apartado anterior, en una sentencia de 1993 el Tribunal Constitucional no accedió a reconocer este derecho para los padres justificando su decisión en que se trataba de una acción positiva que buscaba promover el empleo de las mujeres. No repetiremos las críticas formuladas a esa sentencia. Lo importante ahora es que se reafirma el cambio de paradigma que significó la Ley 3/1989 ya que la LOIE establece que el permiso de ausentarse por una hora por lactancia de un hijo –divisible en dos fracciones- *"podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajaren"*⁵⁶. Se concibe de esta manera la conciliación entre la vida laboral y familiar no solo con la finalidad de facilitar a la mujer la compatibilización entre su trabajo extradoméstico con sus deberes familiares sino que se entiende como un principio aplicable tanto a la madre como al padre: ambos pueden trabajar fuera del hogar

⁵⁴ Cfr. Artículos 17 a 19 de la LOIE.

⁵⁵ Cfr. Artículo 43 de la LOIE. De esta misma opinión es REY MARTÍNEZ, según el cual "la responsabilidad principal de la desigualdad laboral de las trabajadoras recae sobre los propios agentes sociales, los empleadores y los trabajadores, a quienes toca tomar realmente conciencia del problema y ponerlo, junto con sus posibles soluciones, en la agenda de la negociación. Para ello, desde luego, ayudaría mucho que hubiera más negociadoras". REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, nota 43, p.88.

⁵⁶ Disposición adicional décimo primera, punto cinco, de la LOIE.

familiar y ambos deben cumplir con los deberes domésticos, especialmente el cuidado de los hijos.

Una consideración especial merece a mí entender el papel que se le atribuye a la educación como herramienta para superar las desigualdades de hecho presentes en la sociedad española. Los actos y conductas discriminatorias por razón de sexo obedecen muchas veces a patrones culturales muy asentados que no se pueden remover de manera automática ni con la sanción de esas actuaciones ni con el establecimiento de cuotas en favor del sexo menos representado. Dichas políticas son útiles pero no suficientes. Es necesario enfrentar las discriminaciones con un conjunto de medidas y acciones que, en algunos casos, rendirán sus frutos con el paso del tiempo. En este marco el sistema educativo cumple un rol fundamental y es por lo mismo de gran trascendencia que la LOIE haya incluido entre sus fines la educación en el respeto de los derechos fundamentales y en la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres⁵⁷. No es, por lo demás, una consagración meramente abstracta del principio de igualdad en el ámbito de la educación sino que se establecen una serie de actuaciones concretas que deberán realizar las Administraciones educativas tales como, entre otras: reflejar la igualdad de género en los currículos y en las distintas etapas formativas, incluir el principio de igualdad entre mujeres y hombres como parte de la formación del profesorado y, en el caso de la educación superior, la creación de postgrados específicos acerca de estas cuestiones⁵⁸.

Acerca de la discriminación inversa, una de las cuestiones más polémicas de la LOIE es justamente la consagración del principio de paridad entre mujeres y hombres a través de un sistema de cuotas. En la Ley este principio viene denominado como "presencia o composición equilibrada" y se traduce en la exigencia, para la mayoría de los puestos de poder, de que las personas de un sexo no pueden superar el sesenta por ciento ni ser menos del cuarenta por ciento⁵⁹. Esta regla se aplica a diversos órganos y cargos de responsabilidad como los órganos de control y de gobierno de los centros docentes⁶⁰, la Comisión de Igualdad del Poder Judicial⁶¹, los puestos directivos y de responsabilidad profesional del conjunto del sistema de salud⁶² y en los consejos de administración de las sociedades mercantiles, concediéndose en este último caso un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de la Ley para cumplir con este mandato⁶³. Justamente en relación a las empresas se denota

⁵⁷ Cfr. Artículo 23 de la LOIE.

⁵⁸ Cfr. Artículos 24 y 25 de la LOIE.

⁵⁹ Cfr. Disposición adicional primera de la LOIE.

⁶⁰ Cfr. Artículo 24 letra d) de la LOIE.

⁶¹ Cfr. Disposición adicional tercera de la LOIE.

⁶² Cfr. Artículo 27 letra e) de la LOIE.

⁶³ Cfr. Artículo 75 de la LOIE.

la preocupación del legislador por la escasa representación femenina en la creación de un distintivo de igualdad que tendrá entre los criterios para su concesión *"la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa"*⁶⁴.

Pero más allá de los casos concretos, debemos resaltar que el principio de "presencia equilibrada" de mujeres y hombres se aplica desde ahora de manera general en los nombramientos de órganos directivos de la Administración General del Estado y a los órganos de selección y valoración del personal⁶⁵. En este caso, sin embargo, se establece una cláusula abierta⁶⁶ que deja vigente la posibilidad de excepciones a la regla con la fórmula *"salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas"*⁶⁷. Pareciera ser esta una cautela adoptada por el legislador que pretende evitar así futuras controversias sobre la licitud constitucional de este precepto.

Por último, pero no menos importante, hay que decir que esta política de cuotas se establece también en el ámbito de la representación política modificando para estos efectos la Ley Orgánica de Régimen Electoral General en el sentido de exigir que se aplique el principio de composición equilibrada de las candidaturas que se presenten a nivel nacional, autonómico, municipal y del Parlamento Europeo⁶⁸. Algunos han sostenido que con esta normativa se limita el derecho de los partidos a presentar sus listas sin restricciones, afectando así el derecho al sufragio pasivo y el de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad⁶⁹. En nuestro caso, estamos convencidos que esta exigencia, al perseguir que todas y todos participemos en la actividad política con una justa representación, constituye, en lo fundamental, una medida que fortalece el sistema democrático.

⁶⁴ *Cfr.* Artículo 50.4 de la LOIE.

⁶⁵ *Cfr.* Artículos 52 a 54 de la LOIE.

⁶⁶ Se siguió en este caso el criterio seguido en el Derecho comunitario desde la Sentencia Marshall. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: Sentencia Hellmut Marshall contra Land Nordrhein-Westfalen, 409/95, de fecha 11 de noviembre de 1997, párr. 33-35.

⁶⁷ *Cfr.* Artículo 54 de la LOIE.

⁶⁸ *Cfr.* Disposición adicional segunda de la LOIE.

⁶⁹ Esta es la posición que se advierte, por ejemplo, en la argumentación del voto particular del Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez en la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de mayo de 2007.