

CAPÍTULO 46

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Rosa María RICOY CASAS*

SUMARIO. I. *El principio de igualdad.* II. *Igualdad formal o igualdad de trato.* III. *La discriminación por razón de sexo.* IV. *El principio de equiparación y el principio de diferenciación en España. El paso de una jurisprudencia constitucional de indiferenciación a la admisión de ciertas desigualdades.* V. *La distinción de las desigualdades. El test de razonabilidad o interdicción de la arbitrariedad. Las excepciones prohibidas y la confusión doctrinal con respecto a las medidas protectoras, y las excepciones permitidas del principio de igualdad a favor de la mujer.* El principio de no discriminación como puente hacia la igualdad material. VI. *Las dimensiones formal y material del principio de igualdad. las acciones positivas.*

VII. *Bibliografía.*

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Tratar de dar cuenta de la significación y alcance de la igualdad en cualquier sistema constitucional supone *una tarea ardua e indócil que se resiste a ser cumplida plena y satisfactoriamente.*¹ Esta respuesta que por naturaleza parece deficitaria, resulta por ello *un proyecto realmente ambicioso.*² Muchos han sido los esfuerzos dirigidos a ese fin por parte de nuestra doctrina, especialmente en aras a encontrar un concepto con cierta unanimidad, pese a las paradojas a las que el mismo aboca.

“Todos somos iguales” es una frase no por repetida clara, pues la dificultad de establecer el significado descriptivo de la igualdad estriba sobre

*Profesora de la Universidad de Vigo y Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), España.

¹ Pérez-Luño, Antonio Enrique, “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. IV, 1987, p.133; Pérez-Luño, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 34, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 11 y 12.

² Durán y Lalaguna, Paloma, “Notas sobre la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XI, 1994, p. 229.

Encyclopedie de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1639-1676.

todo en su indeterminación, de modo que *decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa en el lenguaje político, si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales.*³ Ello se traduce en dos preguntas a las cuales, según Bobbio, ha de responderse: ¿Igualdad entre quiénes?, e ¿Igualdad en qué?

Para responder a la primera pregunta, ha de partirse de la idea de que la igualdad necesita de una pluralidad de entes entre los que se trata de establecer qué relación, en torno a algún rasgo en concreto, existe entre ellos. Ello, traducido en relación a los sujetos, supone entender la igualdad como *un valor para el hombre en cuanto ente genérico, es decir, en cuanto es un ente perteneciente a una determinada clase, justamente la humanidad.*⁴

La segunda pregunta, “¿igualdad en qué?”, va dirigida a discernir los rasgos, uno o varios, que se predicen de ese conjunto de entes diversos, en este caso referido a una o varias personas en cuanto a pertenecientes a una sociedad, o a la humanidad en general. De esta manera, *toda igualdad es siempre, por eso, relativa, pues sólo en relación con un determinado tertium comparationis puede ser afirmada o negada, y la fijación de ese tertium es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga.*⁵ Así, toda igualdad es siempre relativa, al necesitar un determinado *tertium comparationis*, o lo que es lo mismo; debido a que su puesta en práctica demanda necesariamente más de un sujeto pasivo a diferencia por ejemplo de la libertad, la cual puede ser definida de modo independiente, pero la fijación de ese *tertium* es una decisión libre, pero no por ello arbitraria de quien juzga. Precisamente esa valoración es lo que la jurisprudencia constitucional denomina razonabilidad o interdicción de la arbitrariedad: para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual *esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable*, para no incurrir en una discriminación.

Debe señalarse no obstante, que hay quienes han considerado que para completar estas dos preguntas, sería necesario formular todavía una tercera: “¿Para qué o por qué se invoca la igualdad?” En esta última cuestión se encontraría, según algún autor, la razón última de la igualdad, pues *hay que saber por qué la consecución de la igualdad es algo deseable, esto es, por qué se presenta*

³ Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Paidós, 2000, pp. 53 y 54.

⁴ *Ibidem*, p. 55.

⁵ Rubio Llorente, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, pp. 12 y ss.

como algo valioso,⁶ aunque hoy en día, a pesar de su quebrantamiento, es unánime su invocación como derecho imprescindible.

Asimismo el concepto de igualdad convive entre aporías en las que se desenvuelve y a las que a veces conduce.⁷ Así, igualdad e identidad se confunden fácilmente, y lo mismo ocurre con los términos de igualdad y justicia. Con respecto a los primeros, ha de excluirse la confusión terminológica de la identidad con la igualdad porque ésta parte de la diversidad, esto es, parte de dos sujetos distintos, pero respecto a los cuales se hace abstracción de las diferencias para subrayar su igualdad en atención a una característica común.⁸ La identidad engloba sin embargo, un conjunto de caracteres o circunstancias que hacen que alguien o algo sea reconocido sin posibilidad de confusión, las cuales al ser comparadas, en este caso respecto a otro sujeto, ponen en evidencia el hecho de que entre los mismos no existe, al contrario que en el caso de la igualdad, diferencia alguna, y por lo tanto, son intercambiables.

Asimismo y en relación a los términos de igualdad y justicia, en muchas ocasiones el valor de la igualdad no se distingue del concepto de ésta, hasta el punto de que *la expresión “libertad y justicia” se usa con frecuencia como equivalente de la expresión “libertad e igualdad”*.⁹ Hay quien ha llegado a afirmar, que hoy en día, a menudo *cualquier actuación, comportamiento o situación que sean contrarios a las exigencias de la igualdad suelen suscitar una inmediata desaprobación, un inmediato rechazo por considerarlos injustos*,¹⁰ pese a que esta afirmación deba ser

⁶ Maritain, Jacques, “Introducción”, *Los derechos del Hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva Declaración Universal reunidos por la UNESCO*, F.C.E., México-Buenos Aires, 1949, p. 15, citado por Segura Ortega, Manuel, “La igualdad como fundamento de los derechos humanos”, A.A.V.V., *El principio de igualdad en la Constitución Española*, XI Jornadas de Estudio del Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 579.

⁷ Valcárcel, Amelia, *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994, p. VIII.

⁸ Prieto Sanchís, Luis, “Ley, principios, derechos”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas* núm. 7, Dikynson, 1998, p. 83, y Pérez-Luño, “Sobre la igualdad en la Constitución Española”, *op. cit.*, p. 134.

⁹ Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Paidós, 2000, p. 56. Sobre la relación de estos dos conceptos resulta interesante la obra: Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 2006. Esta idea no es reciente, pues ya los Pitagóricos concibieron la justicia como igualdad. Posteriormente Aristóteles recibió esta idea y le dio un considerable desarrollo hasta el punto de considerarse su doctrina de la justicia como la formulación clásica de la idea de la justicia como igualdad: “Parece que la justicia consiste en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales” Aristóteles, *Política*, Espasa Calpe, Madrid, 1985, libro II, 1280 a.

¹⁰ Fernández Ruiz-Gálvez, Encarnación, *Igualdad y Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 15 y 16. A este respecto podemos distinguir dos tipos de posiciones: de un lado la

matizada, tal vez por falta en parte de realismo, y de otro modo, porque en ocasiones precisamente es más justo el establecimiento de ciertas desigualdades en la búsqueda de una igualdad más real. Es necesario procurar las condiciones para que el derecho a la libertad sea un derecho igual para todos,¹¹ pues si, por ejemplo, uno no vive mínimamente bien, si uno no posee unas condiciones razonablemente favorables —culturales, sociales, o económicas—, la libertad no es posible, aunque formalmente sea atributo de todos, dirigiéndose también por ello las expectativas de igualdad y libertad al Estado: “hay libertades que obligan”.¹² Aunque no ha sido realmente una feminista activa, Virginia Woolf ya señaló la importancia de conectar la cuestión de los recursos con la de la libertad en su ensayo “una habitación propia”.¹³ En páginas posteriores será precisada la necesidad de diferenciar y aplicar en muchas ocasiones la “igualdad material”, y no meramente formal.

Sin embargo, pese a estas y muchas otras dificultades y confusiones terminológicas y a ser definido por estas razones como un *término excesivamente vago*,¹⁴ de difícil delimitación,¹⁵ incompleto,¹⁶ polisémico, complejo o fluido,¹⁷ la idea de

postura de quienes subrayan que la justicia como valor moral específico consiste precisamente en la igualdad: Hart, H.L.A, *El concepto de derecho*, trad. De G.R. Carrión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968; postura que bien puede traducirse en la comprensión de la justicia como virtud particular consistente en la igualdad. De otro lado se encuentran quienes sostienen que la igualdad es uno de los fines o valores que integran, junto con otros, el contenido de la idea de justicia. Esta línea se puede considerar como la ya clásica concepción de la justicia como unión de libertad e igualdad: Peces-Barba, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 27, 117-119 y 141 y ss.; Peces-Barba, introducción a la obra: Bobbio, *Igualdad y libertad*, *op. cit.*; Ollero, Andrés, “Principio de igualdad y teoría del Derecho”, *Derechos Humanos y metodología jurídica*, CEC, Madrid, 1989, pp. 283 y 284; Ollero, “Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial,” CEC, Madrid, 1989, p. 14; Ollero, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, CEC, Madrid, 1999, pp. 161 y 162.

¹¹ “La libertad cobra significado cuando existe efectivamente libertad igual, la misma libertad para todos y cada uno”, Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia*, Alianza, Madrid, 1988, p. 417.

¹² Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, FCE, 1995.

¹³ Wolf, Virginia, *Una habitación propia*, Barcelona, Seix Barral, 2001.

¹⁴ Guiásán, Esperanza, “Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. IV, Madrid, 1987, p. 10.

¹⁵ Durán y Lalaguna, Paloma, “Notas sobre la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho* XI, 1994, p. 233.

¹⁶ Martínez, J. I., “El principio de igualdad y la producción de diferencias en el Derecho”, A.A.V.V., *El principio de igualdad en la constitución española*, *op. cit.*, p. 539 y ss.

¹⁷ Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 39.

igualdad es el motor y el fundamento de las sociedades democráticas actuales.¹⁸ Quizás por ello, nadie renuncia a su herencia ni al mantenimiento de la misma, hasta el punto de que algún autor ha señalado que *la igualdad deviene presupuesto para todo Estado democrático de Derecho*,¹⁹ una vez heredada en la tríada fundamental de la política moderna, la divisa de la Revolución francesa: *liberté, égalité, fraternité*.

En el mismo ordenamiento jurídico, como es el caso español, puede ocurrir que para unos, la igualdad sea un valor,²⁰ para otros un principio,²¹ un derecho fundamental,²² e incluso existen quienes consideran estas posiciones no contradictorias, y se muestran partidarios por reconocer la existencia de estas tres complementarias dimensiones de la igualdad.²³

En la mayoría de las Constituciones de los Estados considerados democráticos,²⁴ la igualdad se establece como un derecho fundamental,²⁵ y en

¹⁸ Valcárcel, *El concepto de igualdad*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁹ Rodríguez- Piñero, Miguel, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 19. En este mismo sentido Aparisi Miralles, Angela, “Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XII, 1995, p. 270.

²⁰ Entre otros autores, es entendida como un valor por Valcárcel, *El concepto de igualdad*, *op. cit.*, p. 7.

²¹ Aunque no reduce su dimensión a principio, sí realiza un interesante análisis en torno a la polémica distinción entre valor y principio, el autor Pérez-Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 292 y ss.; Pérez-Luño, “Sobre la igualdad en la Constitución Española”, *op. cit.*, pp. 142 y 143.

²² Valdés Dal-Ré, Fernando, Prólogo a la obra *El principio de igualdad en la Constitución...*, *op. cit.*, pp. 18 y 19.

²³ Para hablar sobre la triple dimensión de los valores constitucionales, véase Pérez-Luño, “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *op. cit.*, p. 141; Pérez-Luño; *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, *op. cit.*, pp. 288 y 289; Pecces-Barba, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 151 y 152; Santamaría Ibeas, José Javier, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Burgos, Dykinson, 1997.

²⁴ Debe recordarse que a pesar de reconocerse la democracia como el mejor de los sistemas políticos, los debates alrededor del concepto, o lo que es lo mismo, las respuestas a la pregunta “¿qué es la democracia?” están bastante lejos de alcanzar la unanimidad. Un político, Sartori, ha formulado la pregunta ¿cómo es que un “deber ser” se convierte en “ser”? respondida por Robert Dahl a través de dos conceptos: “democracia” (el ideal o los fines ideales) y “poliarquía” (los gobiernos democráticos reales). En este sentido, “poliarquía” es un sistema político en el que las instituciones necesarias para el funcionamiento de un proceso democrático que cumpla determinados requisitos esenciales (tales como la participación efectiva, la igualdad de voto, libertad de expresión, cargos electos, sistemas de partidos y sistemas electorales, etc.) existen por encima de un umbral determinado (son democracias imperfectas), y por lo tanto, debe ir perfeccionándose hasta acercarse al ideal democrático. Tres son principalmente los problemas o desafíos para su consecución: el orden económico, la diversidad cultural y la educación cívica.

muchas además, se considera un valor esencial del ordenamiento jurídico, como en el caso español, en donde *sirve de base y condiciona el alcance de numerosos preceptos constitucionales*.²⁶ Ello también puede constatarse en la cantidad de menciones a la igualdad que existen en la mayoría de las constituciones, *expresando un canon general de coherencia*.²⁷ y por lo tanto convirtiéndose en *un principio en sentido ontológico*²⁸ que, informando a la postre al ordenamiento jurídico en su conjunto, hace que nos situemos ante un *valor-guía no sólo de la ética jurídica, sino también política y social*.²⁹

No obstante, debe tenerse en cuenta que refleja una aspiración del grupo social que se concreta de diferente manera según el sistema político y el tipo de Constitución, pues *la igualdad no puede existir sin Estado, sin fronteras*,³⁰

²⁵ Algun autor ha señalado que la igualdad *aparece ineludiblemente asociada a la propia noción de derecho fundamental*: Valdés Dal-Ré, Fernando, Prólogo a la obra *El principio de igualdad en la Constitución Española*, *op. cit.*, pp. 18 y 19. Asimismo, se han manifestado a favor de su dimensión de derecho fundamental, entre otros: Cano Mata, Antonio, *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, Edersa, 1983, p. 8; Rodríguez- Piñero Bravo-Ferrer, Miguel y Fernández, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986; Pérez-Luño, “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *op. cit.* Sin embargo, otros autores han entendido que la igualdad no es un derecho fundamental, entre quienes se encuentran aquellos que afirman que tan solo posee el carácter de principio: Basile, Silvio, “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas”, Predieri, Alberto y García De Enterría, Eduardo (ed.), *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980, p. 277; Gálvez, Javier, “Artículo 14”, Garrido Falla, Fernando, *Comentario a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pp.182 y 183.

²⁶ Rodríguez-Piñero Miguel y Bravo-Ferrer, Prólogo a la obra: Ollero, Andrés, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 1999, p. 13; Rodríguez- Piñero, *Igualdad y discriminación*, *op. cit.*, pp. 18 y 19 en donde se reitera sobre esta idea, señalando que el reconocimiento de la igualdad como valor constitucional la convierte en criterio general que inspira el ordenamiento en su conjunto y que sirve de criterio de interpretación e integración del ordenamiento y dentro de él también de la propia Constitución.

²⁷ Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 41.

²⁸ Valdés Dal-Ré, Fernando, Prólogo a la obra *El principio de igualdad en la Constitución Española*, A.A.V.V., *El principio de igualdad en la Constitución Española*, *op. cit.*, p. 19.

²⁹ Pérez-Luño, Antonio Enrique, “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 1, 1981, p. 257.

³⁰ Rubio, Ana, “Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?”, *Derechos y Libertades*, núm. 4, 1995, p. 262. En este sentido: “mientras que en los sistemas jurídicos de la órbita anglosajona en los que la soberanía del Parlamento suele ser omnímoda, (...) el principio de igualdad se configura como principio eminentemente procesal, mientras que en aquellos sistemas herederos de la tradición romanista, (...) la igualdad suele configurarse como principio constitucional afectando, por tanto, no solo a la aplicación de la ley sino al contenido de la misma”, Moreno López, Angustias, “La igualdad en la titularidad de los derechos

no opera de modo idéntico en todos y cada uno de los ordenamientos, y dentro de ellos de manera diferente en cada período histórico, pues ha *ido tomando cuerpo de un modo progresivo*.³¹ Ello es debido a que la operatividad específica de este principio está en cada ordenamiento marcada por las reglas de funcionamiento que el propio sistema normativo, con la Constitución al frente, le señala, y *el de igualdad, no es un valor extrajurídico que imponga sus contenidos en la práctica sin mediaciones legales o por encima de ellas*.³² De este modo, *con el término igualdad se alude a ideas, valores y sentimientos muy dispares, producto de concepciones del mundo, muchas veces, antagónicas*,³³ pues otras tantas han sido las tendencias políticas ideológicas que, enarbolando la bandera en pos de la igualdad, se han mostrado acérrimas defensoras de la misma.

Siguiendo a Pérez-Luño, los derechos fundamentales³⁴ constituyen la principal garantía con la que cuentan los ciudadanos de un Estado de De-

humanos en la normativa internacional”, *Anuario del Seminario Permanente sobre Derechos Humanos*, Univ. de Jaén, 1993/1994, pp. 57 y 58. En el mismo sentido Bobbio señala que el hecho de que en todos los contextos en los que la igualdad se invoca, la igualdad de que se trata es siempre una igualdad determinada o *secundum quid*, que recibe su contenido axiológicamente relevante justo de ese *quid* que especifica su significado; Bobbio, *Igualdad y libertad*, *op. cit.*, p. 68.

³¹ Laporta, Francisco, “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, julio 1985, núm. 67, p. 5. Sobre la importancia de la historia para el estudio de los derechos y para la propia existencia de los mismos ha insistido de modo especial Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales (I)*, Teoría General, Eudemus, Madrid, 1991, p. 244; Peces-Barba Martínez, “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los Derechos Fundamentales”, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Eudemus Universidad, Madrid, 1988, pp. 227 y ss.

³² García Amado, Juan Antonio, “Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1997, p.120.

³³ Pérez-Luño, *El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales*, *op. cit.*, pp. 255 y ss.

³⁴ El término “derechos fundamentales”, *droits fondamentaux*, tiene su génesis en el movimiento revolucionario que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia. Quizás ello se explica a razón de que *se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales*. Su propia amplitud y la autenticidad de su recepción dependen de su interrelación con éste, de modo que *cuanto más intensa se revela la operatividad de este modelo de Estado, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales*: Pérez-Luño, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 19 -26.

Ha de señalarse que los términos “DERECHOS HUMANOS” y “DERECHOS FUNDAMENTALES” son utilizados en numerosas ocasiones y de forma errónea, como sinónimos. Se podría reservar el término “derechos fundamentales” para designar aquellos derechos que han sido positivados por el ordenamiento jurídico, generalmente en la Constitución, y que gozan de garantías reforzadas para su cumplimiento. Como “derechos humanos” se pueden entender los derechos naturales positivados en las declaraciones, convenciones, que constituyen exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona y que todavía

recho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se oriente hacia el respeto y promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual, Estado liberal de Derecho, o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad corolario del componente social y colectivo de la vida humana, Estado social de Derecho³⁵.

En todo caso, sea cual fuere la modalidad de Estado, el catálogo de derechos y libertades que la Constitución incorpora es la expresión de la reserva de Poder que se hace la sociedad a sí misma y en la que no puede entrar el legislador ordinario. Están por encima de la democracia, fuera del pluralismo y del debate político porque son exigencia de la dignidad de cada ser humano. De esta manera, la propia Constitución puede regularlos, concretarlos o desarrollarlos, pero en ningún caso desconocerlos, limitarlos o vaciarlos. De ahí también, la especial protección de la que se les dota a los derechos fundamentales entre los que, como hemos reiterado, se encuentra la igualdad.

Pero, en relación con lo anterior, y siguiendo a Prieto Sanchís, cualesquiera que sean los concretos medios de tutela previstos por cada ordenamiento, cuando el sistema de derechos fundamentales no ofrece al titular la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, no cabe hablar en rigor de una verdadera existencia jurídica de DERECHOS³⁶ y, por ello, es necesario ofrecer una especial protección que garantice la efectividad de los mismos. Más allá del ámbito de la fundamentación y argumentación, el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político.³⁷ Lamentablemente, Prieto Sanchís, afirma que los derechos humanos se han erigido hoy en un concepto tan difundido como difuso. Seguramente ello explica por qué los derechos humanos se han

no han sido reconocidas por el ordenamiento jurídico, pero que en su mayoría deberían serlo, y por ello, devendrían una especie de categoría previa de los derechos fundamentales: Estas definiciones, coincidente con las de Pérez-Luño, no las comparte el profesor Peñes-Barba, a quien le parece que de este modo reserva el término “derechos humanos” para la moralidad y “derechos fundamentales” para la juridicidad. Dos dimensiones que sin embargo él integra en la propia noción de derechos fundamentales, según el cual *expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica*: Peñes-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales (I), Teoría General*, op. cit., p. 37.

³⁵ Pérez-Luño, *Los derechos fundamentales*, op. cit., p. 20. Para más abundamiento sobre este tema, también véase Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

³⁶ Prieto Sanchís, Luis, “El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983, p. 370.

³⁷ Bobbio, Norberto, *El Tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 61.

convertido en uno de los terrenos más fértils de la demagogia política.³⁸ Al ser tan amplio, conceptualmente hablando, su campo de extensión, tienden a perder especificidad, y aumenta como consecuencia su grado de indeterminación. Y es que los Derechos Humanos constituyen una cierta realidad polivalente,³⁹ o, según Pérez-Luño, un “paradigma de equivocidad”.⁴⁰ En este sentido, y en relación con el ejercicio del poder político y su aviesa utilización, comparto con Blázquez-Ruiz en que asistimos a una manifiesta y progresiva devaluación de la fuerza significativa de los derechos humanos, así como de su carácter vinculante.⁴¹

Es una práctica habitual en los sistemas democráticos, su reconocimiento ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, la posibilidad de acudir a la Institución del Defensor del Pueblo, o la reserva de ley, en muchas ocasiones orgánica o de mayoría absoluta. Pero, sean cuales sean los ámbitos en los que repetidamente se insiste sobre la salvaguardia que debe dársele al derecho de igualdad y a los mecanismos para hacerlo efectivo, ha de precisarse la especial protección que en general, las Constituciones, han establecido para erradicar la discriminación producida por razón de sexo. Como sostuviera el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en 1978 en la sentencia *Defrenne III*, el mandato contenido en la Constitución para la eliminación de toda discriminación por razón de sexo, es un auténtico derecho fundamental garantizado por el Derecho Comunitario.⁴²

Como desarrollaremos posteriormente, la vulneración del principio de igualdad en virtud de esta causa, por razón de sexo, se ha configurado como un motivo especialmente odioso e histórico por el que se sigue discriminando, y por ello, se exige un control más estricto en su utilización, por entender que el sexo es un motivo especialmente “sospechoso” cuando es utilizado para establecer una diferenciación. Es lo que ha venido a configurarse como la “doctrina de la clasificación sospechosa” cuyo principal objeto es el de eliminar este tipo de desigualdad o situación discriminatoria incompatible con la dignidad humana.⁴³

³⁸ Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., p. 19.

³⁹ De Castro Cid, Benito, *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, 1989, p. 13.

⁴⁰ Pérez-Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., 1984, p. 25.

⁴¹ Blázquez-Ruiz, Francisco Javier, *Igualdad, libertad y dignidad*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2003, p.14.

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 15 de junio de 1978, caso *Defrenne III*.

⁴³ Sobre esta cuestión: Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 51-54.

II. LA IGUALDAD FORMAL O IGUALDAD DE TRATO

La igualdad formal o igualdad de trato supone no realizar ningún tipo de distinción entre los individuos ante la ley, de tal modo que dicha igualdad se presenta *erga omnes* y dotada de las suficientes notas de generalidad y abstracción como para dirigirse a un genérico *homo iuridicus*,⁴⁴ o lo que es lo mismo; que los ciudadanos han de ser tratados de forma idéntica tanto en relación al contenido de la ley (garantizando que las leyes sean iguales para todos y no se contenga en las mismas distinción alguna desterrando con ello cualquier tipo de privilegio), como en su aplicación (fundamentalmente por los órganos jurisdiccionales); igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley. De este modo, nadie puede ser tratado de manera diferente por ningún motivo.

Esta última afirmación respecto a la dimensión de la igualdad en la aplicación de la ley ha de ser sin embargo matizada, pues si bien es cierto que en sus orígenes el órgano de aplicación no debía de realizar más distinciones que las presentes en la norma que aplicaba, de modo que la interpretación y aplicación del Derecho resultaba *una tarea puramente mecánica consistente en la subsunción del caso concreto en la norma general*,⁴⁵ identificándose en la práctica con el principio de legalidad, en la actualidad esta concepción de la aplicación de la ley ha sido superada. Ya no se entiende como una mera operación lógico-deductiva, sino como una actividad compleja en la que el intérprete goza a menudo de un amplio margen de apreciación.⁴⁶ No obstante, este nuevo significado no supone la eliminación del anterior, no lo sustituye sino que lo amplía.

El juez tiene el deber de proyectar las normas generales y abstractas a supuestos de hecho concretos, de modo que el paso de lo general a lo particular se haga mediante un pronunciamiento que esté motivado, debe in-

⁴⁴ Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, *op. cit.*, p. 284; *Los valores superiores*, *op. cit.*, p. 152. Este abstracto “*homo iuridicus*” es el hombre y el ciudadano, o en su caso, cuando el supuesto de hecho de la norma se acote porque no todos pueden estar en la situación de que se trata, si son compradores o padres de familia, que abarque a todos los que se encuentran en esa situación, y regule la consecuencia jurídica de manera igual.

⁴⁵ Fernández Ruiz-Gálvez, María Encarnación, *Igualdad y Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 61.

⁴⁶ Sobre las insuficiencias de la “teoría clásica” de la INTERPRETACIÓN y aplicación del derecho, entre otros; Ollero, Ana, *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982; Ollero, ¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996.

interpretar la norma siendo fiel a los dictados de la misma. No obstante, el precepto normativo no siempre se muestra con suficiente claridad; en unos casos porque el carácter general de la letra de la Ley deriva en multitud de sentidos de entre los cuales el órgano judicial tiene que elegir uno para el supuesto de hecho que se le ha planteado; en otras ocasiones, porque la misma se muestra insuficiente para resolver el caso planteado, o incluso, puede ocurrir que no exista precepto normativo aplicable al caso concreto, de modo que el órgano judicial se convierte en intérprete inmediato de la Constitución.⁴⁷

El ideal de única respuesta correcta, era el sostenido por el positivismo más primitivo, aunque paradójicamente, esta tesis fue rechazada por los herederos naturales del positivismo como Kelsen, Hart o Bobbio. Si la aplicación de la ley fuese una operación mecánica, tal y como la entendió el positivismo decimonónico, la igualdad en la aplicación de la ley coincidiría sin más con el principio de legalidad, y la aplicación de la misma sería contravenirlo.⁴⁸ En la actualidad, se rechaza la idea de que el conjunto de reglas que componen el Derecho sean siempre capaces de ofrecer una y sólo una respuesta para cada caso y que la misma sea la elegida por todos los intérpretes.⁴⁹

La historicidad es inseparable de la tarea jurídica de hacer justicia, es decir, una de las tareas del Derecho ha de ser la de ir evolucionando en consonancia con la sociedad y el momento histórico en el que es aplicado, aunque es cierto que la ciencia llega siempre tarde respecto de los procesos evolutivos sociales, de forma que jamás ha conseguido captar el presente. Para que ello sea posible, el juez, en el proceso de interpretación, ostenta cierto margen de apreciación cuando se halla en la necesidad de elegir entre diferentes opciones para resolver, en lo que se conoce como “dar un salto sin la red que proporcionan las leyes”.

Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la dinámica constitucional y el Estado de Derecho no alcanzan su plenitud cuando los jueces desarrollan un protagonismo excesivo,⁵⁰ y por ello tampoco ha de confundirse la dis-

⁴⁷ Zoco Zabala, Cristina, *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias (artículos 14 y 24.1 CE). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2002)*, Barcelona, Bosch, 2003, p.70.

⁴⁸ Esta es la tesis de Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 1995, pp. 153 y 154.

⁴⁹ Gascón Abellán, Marina, “Igualdad y respeto al precedente”, *Derechos y Libertades*, t. II, año I. (véase, NORMAJURÍDICA).

⁵⁰ Pereira Menaut, Antonio Carlos y Tirapu Martínez, Daniel, “Observaciones sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia de igualdad y carácter social del Estado de Derecho”, en A.A.V.V, *El principio de igualdad en Constitución Española*, op. cit., vol. I, p. 972.

crecionalidad aquí permitida con la arbitrariedad, entendiendo por arbitrariedad, aquella resolución no fundada en razones jurídicamente permitidas o que se apoye en alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución. De este modo, es posible que el juzgador establezca una diferencia de trato, pero para ello *tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, y que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados.*

III. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

Cuando la desigualdad jurídica de trato se base en criterios tales como el sexo, la raza, la religión, opinión, etc., la igualdad se transforma en un juicio muy riguroso y por ello, no es aplicable la doctrina de la clasificación razonable que señalábamos anteriormente, sino la denominada “doctrina de la clasificación sospechosa”. Según Rey Martínez, existe una presunción de inconstitucionalidad contra las leyes que empleen esos rasgos definitivos aludidos (doctrina de la clasificación sospechosa —*suspect classification*—) y, en consecuencia, los tribunales deben examinarlas con un juicio más estricto (*strict scrutiny*).

Esta doctrina americana sigue todavía vigente en la jurisprudencia constitucional de los EEUU, desde su primera aplicación en *Korematsu vs. United States* en 1944. La Corte Suprema utiliza tres estándares de revisión al enjuiciar la constitucionalidad de una clasificación normativa: el “*rational relationship test*”, el “*strict scrutiny test*” y el “*intermediate test*”. El *rational relationship test* tan sólo exige la racionalidad de la relación entre los medios y los fines perseguidos por la norma. El *strict scrutiny test* es un análisis más cerrado debido a que considera las clasificaciones legislativas que afectan a derechos fundamentales o sugieren prejuicios contra ciertas razas u otras minorías. Requerirá que el autor de la norma demuestre que persigue un fin primordial con un valor tan grande como para justificar una limitación de valores constitucionales fundamentales. Finalmente, el *intermediate test* es una forma intermedia de revisión consistente en insistir en que los objetivos perseguidos por una clasificación son “importantes” y requerir que las reglas empleadas por el autor de la clasificación estén sustancialmente dirigidas a la consecución de los objetivos invocados para defender aquellas reglas. También enfocar la diferencia desde el prisma del grupo en situación de desventaja por sí mismo, rehusar suplir la diferencia cuestionada con un

criterio dibujado en la imaginación judicial, limitar el uso de ideas adicionales posteriores para justificar la regla discriminatoria, y requerir que el esquema legal sea alterado tanto como lo permita la refutación en casos individuales.⁵¹

Asimismo, *de todos los criterios de discriminación que podríamos enumerar, la raza y el sexo presentan perfiles específicos. Solo respecto de ellos puede establecerse un modelo antidiscriminatorio completo de tres niveles (prohibición de discriminación directa e indirecta y licitud de la discriminación inversa)*.⁵² El prejuicio que está en el origen de estas discriminaciones junto a la realizada respecto a los minusválidos, es especialmente odioso dado que son inmodificables por dicho sujeto; no dependen de su libre elección, de su mérito y trayectoria individual; son transparentes, su pertenencia no se puede ocultar, produciendo una cierta estigmatización social que a su vez es inmutable, al no poder salir de dicho grupo y permanecer incólumes dichas concepciones sociales.

Como afirma la mayoría de la doctrina, entre los que destaco a Barreré Unzueta, el “Derecho Antidiscriminatorio” (traducción de la expresión inglesa “*Anti-discrimination Law*”), se origina en los Estados Unidos de Norteamérica tras la finalización de la segunda guerra mundial, con el fin de afrontar las revueltas protagonizadas fundamentalmente por las personas de raza negra. Sin embargo, aunque éste sea el motivo o factor que le da origen, a partir de los años sesenta la cobertura del Derecho antidiscriminatorio irá más allá, incluyendo también el sexo, la religión, etcétera.⁵³

Una vez introducidos los conceptos de discriminación, discriminación por razón de sexo, y la diferencia entre sexo y género, debe tenerse en cuenta la clasificación que se ha establecido entre las discriminaciones que se presentan de forma directa, o indirecta. La primera se refiere a toda aquella conducta que, de forma irrazonable y de manera clara, explícita, apreciable de manera evidente se contraviene el mandato de igualdad. Referido al sexo, será aquella norma o acto jurídico-público en la que se dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo. Lo que se busca con la misma, es establecer un principio general, el de exigir un trato jurídico indiferenciado para varones y mujeres, no prohibiendo por ello, como hemos visto, las

⁵¹ Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, *op. cit.*, pp. 51-54.

⁵² *Ibidem*, p. 60.

⁵³ Barreré Unzueta, María Angeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 34 y 35.

diferencias establecidas de manera objetiva y razonable.⁵⁴ Como ejemplo de esta modalidad discriminatoria, podemos señalar, en primer lugar, las cláusulas de celibato, es decir, las normas como las realizadas por la reglamentación de trabajo de la Compañía Telefónica Nacional de España, que suspendía el contrato de trabajo para el personal femenino por causa de matrimonio, el despido a causa de embarazo de la trabajadora, ciertas disposiciones con las que se ha excluido a la mujer de ciertos trabajos como las Fuerzas Armadas, la minería, el toreo, etcétera.

Frente a éstas se encuentran también, las denominadas discriminaciones indirectas que se producen cuando se realiza una acción que aparentemente no constituye discriminación alguna, pero que sin embargo a causa de la misma, se obtienen resultados que desfavorecen a algunos individuos por el hecho de pertenecer a un sexo, practicar una religión, etcétera. Se las denomina frecuentemente “sibilinas” porque son en muchas ocasiones difíciles de detectar, y las constituyen por ejemplo la configuración de ciertas categorías profesionales como tradicionalmente femeninas, o la necesidad de acreditar ciertas cualificaciones o certificados para que las mismas sean contratadas en ciertos niveles que provocan como resultado la masiva contratación de hombres dado que son éstos los que en su mayoría los poseen, y sin que debiera haber sido un requisito exigido, al no tener una razonable justificación su requerimiento para el trabajo a desempeñar y por el que se ofertaba dicho puesto de trabajo. Asimismo, indemnizaciones sobre despidos improcedentes que perjudicaban a quienes hubieran estado empleados menos de dos años, igualmente con una incidencia desigual, o la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial (la mayoría trabajadoras) de un plan de pensiones se considera contraria al artículo 141 del Tratado de la Comunidad Europea.

El propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha apuntando los medios para conocer cuándo nos encontramos ante una discriminación oculta:

Para determinar si una medida adoptada por un Estado miembro afecta de modo diferente a hombres y mujeres hasta tal punto de equivaler a una discriminación indirecta en el sentido del art 119 del Tratado, el Juez nacional debe comprobar

⁵⁴ “Existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga” (en este caso referido a un motivo concreto, el sexo).

si los datos estadísticos disponibles muestran que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que masculinos reúne el requisito impuesto por dicha medida. Sin concurre esta circunstancia, existe discriminación indirecta basada en el sexo, a menos que dicha medida esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

El Tribunal precisa que a iguales conclusiones podría llegarse “si los datos estadísticos mostraran una diferencia (numérica) menos importante, pero persistente y relativamente constante durante un largo período de tiempo entre los trabajadores masculinos y trabajadores femeninos”, correspondiendo en cualquier caso al juez nacional la apreciación de los datos.

IV. EL PRINCIPIO DE EQUIPARACIÓN Y EL PRINCIPIO DE DIFERENCIACIÓN EN ESPAÑA. EL PASO DE UNA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE INDIFERENCIACIÓN A LA ADMISIÓN DE CIERTAS DESIGUALDADES.

La jurisprudencia que hasta hoy han dictado numerosos tribunales españoles en esta materia, pueden clasificarse en dos grupos: las que responden a discriminaciones directas o indirectas que limitaban o prohibían a las mujeres la realización de ciertas actividades sí permitidas o exigidas a los varones similarmente situados (jurisprudencia equiparadora) y las que se enfrentan a posibles discriminaciones que, en el ámbito laboral y de la seguridad social, otorgaban a las mujeres ciertas ventajas o beneficios de cuyo goce estaban excluidos sus compañeros varones (jurisprudencia compensadora).⁵⁵

Para erradicar estas discriminaciones o diferenciaciones prohibidas constitucionalmente, el TC comenzó a sentar a través de sus resoluciones, lo que se ha denominado como *jurisprudencia equiparadora* y mediante la cual se ha conseguido la parificación o el reconocimiento de igual

⁵⁵ Para algún autor, el principio de igualdad es un Derecho que tiene una dimensión subjetivo-individual (las reglas de la prohibición de las discriminaciones directas e indirectas, y por lo tanto en relación con esta jurisprudencia equiparadora), y otra objetivo-institucional (el principio de las acciones positivas a favor de la igualdad de oportunidades de las mujeres, más de acorde con la jurisprudencia compensadora señalada). Sobre estas cuestiones: Rey Martínez, Fernando, “Principales problemas jurídico-constitucionales que afectan a las mujeres en las relaciones de trabajo”, A.A.V.V, *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 431-434; Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado..., op. cit.*, sobre todo pp. 63 y ss.

trato de la mujer en muchos ámbitos laborales de los que hasta entonces era discriminada por el mero hecho de ser mujer, como en el caso del reconocimiento del acceso a las hasta entonces vedadas para la mujer, Fuerzas Armadas. Este tipo de jurisprudencia se limitaba a equiparar a las mujeres respecto de los derechos atribuidos a los varones que se encontraban en las mismas situaciones. Es decir, la discriminación (directa o indirecta) se produce por el mero hecho de que el acto o la norma discutidos se adoptan teniendo en cuenta el sexo como criterio de clasificación o diferenciación, en ámbitos de la vida social donde esta clasificación ha de excluirse por considerarse como expresión de un profundo prejuicio y, en consecuencia, como “sospechosa” de discriminación. El resultado global de esta jurisprudencia equiparadora, ha sido el de la igualación o parificación de las mujeres con los varones en determinados ámbitos de los que estaban excluidas. La pertenencia a una raza, a un sexo, a una religión, a una clase social no implica *per se* la posibilidad de ser diferenciados por el ordenamiento jurídico. De ahí que aquí la igualdad se manifieste, equiparando a las personas que se distinguen por esas condiciones y no diferenciando por las mismas razones. Como señala Ferrajoli, es la indiferencia jurídica de la diferencia⁵⁶, y en este sentido, equiparar al hombre y a la mujer en los casos señalados parece una obvia necesidad, pues no existen diferencias entre ambos que justifiquen lo contrario. Así, es sólo posteriormente cuando el Tribunal Constitucional comienza a comprender que la mujer se encuentra en la sociedad en una posición de inferioridad y que estas medidas equiparadoras no eran suficientes, cuando comienza a introducir en su jurisprudencia la idea de que no toda desigualdad está constitucionalmente prohibida. Me refiero a la jurisprudencia que hemos dado en llamar *compensadora*, la cual planteó en sus inicios, numerosos cuestionamientos.

Al tomar en consideración como punto de partida el dato fáctico de desventaja de las mujeres en el ámbito laboral y legitimar, en consecuencia, una diferencia jurídica de trato, esto es, un derecho desigual favorable a la mujer (no “tendencialmente idéntico” entre hombres y mujeres como en la jurisprudencia de equiparación), se presenta el problema de identificar el criterio o criterios que permitan distinguir válidamente las medidas paternalistas (aparentemente protectoras, pero en realidad discriminatorias en cuanto limitadoras de la carrera profesional de las mujeres en igualdad de condiciones que sus compañeros varones)

⁵⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 74.

de aquellas otras de genuina acción positiva para el fomento de la igualdad de oportunidades del colectivo femenino.

Este test, criterio o estándar judicial de las medidas paternalistas (ilegítimas) versus las acciones positivas (legítimas e incluso especialmente exigidas por el constituyente) ha sido acuñado por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 128/1987, de 16 de julio, la cual podría denominarse por ello el “*leading-case*” de estas cuestiones. Antes de esta sentencia, podemos hablar de una etapa de aproximación “indiferente” respecto del sexo (*sex-blind*), pues no distinguía entre el principio de igualdad y prohibición de discriminación, de modo que su método de análisis consistía, simplemente, en enjuiciar la razonabilidad de la medida diferenciadora de trato entre hombres y mujeres. En la mencionada sentencia, el actor, un varón que no obtuvo éxito en su pretensión, había recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional por entender que era discriminatorio el distinto régimen de prestaciones en concepto de guardería otorgado por su empleador, el Insalud (Instituto de Salud español). Se basaba en el hecho de que todas las trabajadoras con hijos menores de seis años, e independientemente de su estado civil, tenían derecho a percibir una prestación por guardería. Este derecho se atribuía únicamente a los trabajadores con hijos menores de seis años que fueran viudos.

El Insalud alega en defensa de la medida diferenciadora dos argumentos principales: 1.) que esta ayuda por guardería es una concesión graciable que carece de naturaleza retributiva y que, por ello, depende sólo de la discrecionalidad de los órganos directivos, y 2.) es diferente la situación de hecho de las trabajadoras casadas y con hijos menores a su cargo que la de los trabajadores en las mismas circunstancias. Por lo tanto, el trato diferenciado no es discriminatorio a partir de la existencia de una efectiva diversidad de situaciones. El Tribunal Constitucional rechaza ambos argumentos. El primero, porque la ayuda por guardería ha pasado a formar parte en el presente del conjunto de derechos y obligaciones que gravitan sobre el contrato de trabajo y que poseen relevancia económica, y, además, porque aunque la dirección de una empresa no está vinculada por un principio absoluto de identidad de trato, ello no excluye la prohibición (sobre todo, si el empleador es público) de distinciones basadas en factores que, como el sexo, el ordenamiento cataloga como discriminatorias.

Es el segundo de los argumentos aportados por el Insalud el que va a dar pie al Tribunal Constitucional para analizar hasta qué punto son aceptables, en el marco de la Constitución, las diferencias de trato que tomen en cuenta el sexo de los afectados como elemento diferenciador,

basándose, principalmente en que *la actuación de los poderes públicos para remediar la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aún cuando establezca para ellas un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas.* Se acuña así, a la vez que se asegura su legitimidad constitucional, el concepto de la acción positiva para la igualdad de oportunidades de las mujeres.

En este sentido, a diferencia del principio genérico de igualdad que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya *ex constitutione* que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres también en materia de empleo.

No obstante el carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios, por lo que la interdicción de la discriminación implica también, en conexión además con el art. 9.2 de la Constitución Española, la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un “derecho desigual igualatorio”, 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. Así se justifican constitucionalmente medidas en favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan a la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer.

V. LA DISTINCIÓN DE LAS DESIGUALDADES. EL TEST DE LA RAZONABILIDAD O INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD. LAS EXCEPCIONES PROHIBIDAS Y LA CONFUSIÓN DOCTRINAL CON RESPECTO A LAS MEDIDAS PROTECTORAS, Y LAS EXCEPCIONES PERMITIDAS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD A FAVOR DE LA MUJER. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN COMO PUENTE HACIA LA IGUALDAD MATERIAL

Es posible por lo tanto, admitir ciertas desigualdades que no hacen sino conseguir una mayor cuota de igualdad que, de otra manera, sólo con la mera indiferenciación jurídica de las mismas, no podría ser alcanzada. El problema se centrará entonces en calibrar qué desigualdades podrán ser permitidas para este fin y que no tengan como resultado una discriminación. Pues bien, será la diferencia de trato constitucionalmente admisible la que tenga como consecuencia una mera diferenciación, y sin embargo la que no lo sea, consistirá en una discriminación. Por ello, no cualquier desigualdad puede establecerse para legitimar la consecución de una igualdad más completa, sino que habrá de realizarse una distinción de las desigualdades. Para ello, se exige que la misma se base en causas objetivas y razonables; es decir; que exista una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida con dicha diferenciación.

Ha de advertirse no obstante, otras tantas medidas que se fueron estableciendo y admitiendo jurisprudencialmente con un fin que podríamos denominar como falsamente protector. Ello ha ocurrido con todas aquellas medidas que nacieron buscando su legitimidad en la idea de que era necesario proteger a la mujer, basándose en estereotipos que sitúan a la mujer como un ser inferior psicofísicamente. Dada a esta inferioridad, justificaban este tipo de medidas para paliar las dificultades inherentes a su sexo, a la hora de realizar determinadas funciones o el desempeño de ciertos trabajos, victimizándolas y configurándolas como un ser de segunda clase.

Estas medidas falsamente protectoras no son admisibles, han de ser erradicadas, y no deben ser confundidas con las acciones positivas a pesar de que existan elementos comunes que las configuran. Constituyen límites aparentemente ventajosos pero que suponen una traba para el acceso de la mujer en el acceso al mercado de trabajo, y es que aunque se trate de actividades de especial dureza que exijan determinadas aptitudes de fortaleza, las mismas han de ser exigibles por igual al hombre y a la mujer, aunque

finalmente sea un mayor número de hombres el que elijan este tipo de trabajos o que reúnan estas condiciones.

No obstante, hay que diferenciar entre este tipo de excepciones prohibidas o medidas “falsamente protectoras” de las excepciones permitidas del principio de igualdad a favor de la mujer. Y es que, como ya ha sido manifestado anteriormente, la referencia al sexo en el art. 14 de Constitución Española implica también la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer también en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo, por lo que son constitucionalmente legítimas aquellas medidas que tienden a compensar una desigualdad real de partida, de modo que el precepto constitucional que prohíbe la discriminación por razón de sexo ha de ser interpretado sistemáticamente con otros preceptos constitucionales, en particular con el artículo 9.2 de la Constitución Española que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de las mujeres en relación con los hombres sea real y efectiva. Por eso,

no puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida —antes al contrario— la acción de favorecimiento siquiera temporal, que aquellos poderes (públicos) emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial.

De este modo, la prohibición de la discriminación por razón de sexo admite la existencia de medidas singulares en favor de la mujer, que traten de corregir una situación desigual de partida, como son las medidas de acción positivas o similares, pero, al mismo tiempo, exige la eliminación, en principio, de las normas protectores del trabajo femenino, y que pueden suponer en sí mismas un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo con los varones. Ha de valorarse, en consecuencia, si la norma convencional es una norma “protectora”, que responde a una consideración no igual de la mujer como trabajadora y que, por ello, sería constitucionalmente ilegítima o, al contrario, es una medida tendente a compensar una desigualdad de partida y que trata de lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento del empleo de la mujer en relación con el varón. El principio de igualdad no se agota en la interdicción de determinados criterios de diferenciación, sino que exige sobre todo que no se establezcan diferenciaciones que carezcan de una justificación razonable, objetiva y congruente con la finalidad de la norma.

Una última observación debe realizarse respecto a los comentarios de autores que sostienen que el principio de no discriminación puede entenderse como un puente entre la igualdad formal y la igualdad material.⁵⁷ En este sentido, se entiende que la igualdad formal o ante la ley garantizada por el artículo 14 de la Constitución no es un límite, sino un presupuesto —necesario, pero no suficiente— de la igualdad real y efectiva del artículo 9.2 de la Constitución, esto es, un mínimo negativo e indeclinable a partir del cual puede operar una política positiva de remoción de obstáculos y creación de las condiciones necesarias para ir consiguiendo una mayor igualdad entre los ciudadanos. Mientras que la exigencia de la igualdad formal se ciñe meramente a la igualdad de trato, el principio de no discriminación no puede desconocer su relación, en muchas ocasiones, con situaciones objetivas de desigualdad económica, social o cultural, y por ella considerada como puente entre ambas dimensiones. Esta postura no es ajena a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuyas sentencias ha interpretado de modo conexo el artículo 14 y el 9.2 de la Constitución Española, sosteniendo que el principio de no discriminación establece la necesidad de remover obstáculos que impidan la igualdad real del colectivo discriminado. Incluso nos lleva a sostener que tales diferencias de trato no sólo estarán justificadas con apoyo en los preceptos citados, sino que, en muchos casos, adquirirán el carácter de mandato directo del principio de no discriminación.

VI. LAS DIMENSIONES FORMAL Y MATERIAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD. LAS ACCIONES POSITIVAS

La igualdad formal o igualdad de trato ha sido la preeminente en la tradición liberal. En realidad, la igualdad era el único sinónimo atribuido a dicho término y sólo comenzaría a cobrar una especial relevancia con la reivindicación de los revolucionarios burgueses. Sin embargo, en ese momento, el principio de igualdad quedaba subsumido en el principio de legalidad, de modo tal que habían de considerarse iguales tan sólo aquellos a quienes la Ley considerara como tales, y diferentes aquellos otros a quienes

⁵⁷ Rodríguez Piñero y Fernández López, *Igualdad y discriminación*, *op. cit.*, pp. 76 y 77. En el mismo sentido: Aparisi Miralles, *Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad*, *op. cit.* Aparisi Miralles, Angela, “Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XII, 1995, p. 292.

la Ley diferenciara, siendo por ello una igualdad artificial, formal, que rápidamente se desvela instrumento insuficiente para generar cambios sociales.

El verdadero cambio de orientación comenzará a gestarse especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial y ya no sólo con la creciente importancia que cobra el denominado Estado de Bienestar y las políticas que comienzan a considerar la necesidad de los derechos sociales, sino porque también se tradujo este cambio de orientación en añadir a la vieja interpretación de la igualdad un nuevo concepto: el de la igualdad material.

Su necesidad se vio más que justificada al existir hasta entonces una *clara discordancia entre las conquistas normativas y la realidad, constatándose a su vez que el legislador ordinario no se ha mostrado demasiado explícito en cuanto al desarrollo del principio constitucional de igualdad*.⁵⁸ El principio de igualdad de trato por sí solo, aporta respuestas deficitarias mediante las que, incluso individuos con la misma capacidad y talento pueden tener, en la práctica, desiguales oportunidades porque la realidad social o económica los coloca en estas posiciones desventajosas. Es decir, *la fórmula de la igualdad formal es la fórmula para ofrecer una imagen mitificada de la realidad, no para transformarla*.⁵⁹

Además de hacer efectiva la igualdad de trato, es necesaria una igualdad que vaya más allá de la mera igualdad jurídica, complementándose así, para hacerla efectiva, con este aspecto material de la misma. Ésta consiste en que “los poderes públicos promuevan 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”. El reconocimiento de esta esfera de la igualdad con la atribución a los poderes públicos del deber de hacer real y efectivo el disfrute de la igualdad, supone superar el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición de los Estados democráticos y sociales de derecho.

La principal razón de ser de la igualdad material estriba en que la aplicación de iguales derechos e iguales condiciones a los que tienen desiguales

⁵⁸ Azcárate-Ascasua Albéniz, Ana Carmen, *Mujer y discriminación del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Euskadi, 1997, p. 11; Durán y Lalaguna, Paloma, “Notas sobre la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XI, 1994, p. 236.

⁵⁹ Rubio, Ana, “Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?”, *Derechos y Libertades*, núm. 4, 1995.

condiciones de partida, acaba favoreciendo al grupo socialmente aventajado.⁶⁰ Es más, debido a la desigualdad fáctica de las personas; esa infinita diversidad que es el ser humano, la igualdad de iure deja siempre que existan algunas desigualdades de hecho y a menudo, hasta las refuerza;⁶¹ es lo que Alexy denomina la paradoja de la igualdad: la igualdad de iure refuerza a veces la desigualdad de hecho al mismo tiempo que para crear igualdad de hecho hay que aceptar la igualdad de iure.

No por ello ha de cuestionarse la validez de la igualdad como punto de partida, la cual se preocupa de que no exista ninguna circunstancia legal que, por ejemplo, entorpezca el ingreso en un puesto social valioso. De lo que se trata, es de resaltar los impedimentos que frenan su auténtica realización y que asiduamente la desvirtúan porque hay circunstancias que, aun no siendo legales pero sí indirectamente amparadas por la ley, son determinantes de tales discriminaciones.

Precisamente entra aquí en juego como instrumento corrector la igualdad como resultado, como punto de llegada, es decir; no en su inicio, sino en su término. Llena esas lagunas de la igualdad como punto de partida al ser aquella que justifica la distribución desigual de ciertos bienes, (por ejemplo a través de baremos de ingreso más favorables en un puesto social valioso) no en razón a capacidades naturales, sino atendiendo a desigualdades sociales.

Solo a través de las mismas será posible el fin directamente perseguido: la eliminación de la discriminación, y mediáticamente y sobre todo, la consecución de mayores cuotas de igualdad real. De esta manera se orientan en parte a corregir los defectos por ejemplo de los sistemas de selección en el trabajo en los que se pueden introducir, aunque sea inconscientemente, prejuicios y prácticas aparentemente neutras pero que merman las posibilidades de los miembros de los colectivos tradicionalmente marginados como las mujeres, de conseguir el bien al que aspiran. Es lo que ocurre en los fenómenos de discriminación indirecta sobre los que volveremos en páginas posteriores.

Y para ello, la igualdad jurídica ni está necesariamente en contraste contradictorio con la igualdad real ni es por fuerza un obstáculo para reali-

⁶⁰ Rodríguez Piñero, Miguel, “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación en los resultados”, *Relaciones Laborales*, vol. VII, 1996, p.10.

⁶¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 404 citando a Konrad Hesse, “Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht”, *Anstalt des öffentlichen Rechts*, vol. 77, 1951/52, pp. 167-224. Pérez-Luño atribuye sin embargo esta cita a Frosini. Así, véase; Pérez-Luño, “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *op. cit.*, p. 136 citando a Frosini, Vittorio, “Paradosso dell’eguaglianza”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1976, p. 542.

zarla. Así, *desde el punto de vista del Derecho Constitucional, no es posible renunciar ni a la igualdad de iure ni a la igualdad de facto.*⁶² Habría que partir de una visión omnicomprensiva (formal-material) y dinámica de la igualdad como un valor o principio unitario que presenta dos vertientes; la igualdad formal o política y de otro lado la igualdad sustancial o social pero que *no son incompatibles, sino complementarias entre sí.*⁶³

Hacemos de nuevo hincapié en la necesidad de que el legislador no trate a todos los individuos de la misma manera, sino que sea capaz de tratar de forma diferente aquellas situaciones que son distintas en la vida real. *Debería sostenerse una concepción amplia del principio de igualdad ante la ley*⁶⁴ y no meramente formal, que englobe aquellos supuestos en que es preciso aplicar un tratamiento legal diferenciado a ciertos sujetos que se encuentran en una situación social efectivamente distinta, sin serle por tanto indiferente la situación real en que se encuentran los ciudadanos a la hora de crear y aplicar la ley. Esto no ha de significar sin embargo, que de ello se haga derivar la posibilidad de un derecho subjetivo a recibir un trato diferente y favorable en determinadas circunstancias, y la determinación de los casos en que ello es posible le corresponde al legislador con ciertos límites como la justificación o la razonabilidad.

Inspiradas en la igualdad material, se han adoptado medidas de igualdad de oportunidades y la discriminación positiva. Las medidas de igualdad de oportunidades pueden definirse como *el cauce natural a través del cual se aplica el principio de igualdad en un determinado contexto y momento, y responden a la idea de que cada persona tenga las mismas oportunidades que el resto a la hora de obtener los bienes escasos que necesita para realizar su propio plan de vida.*⁶⁵

⁶² Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, op. cit.*, 1995, p. 55.

⁶³ Fernández Ruiz-Galvez, María Encarnación, “Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. X, 1993, p. 68.

⁶⁴ Carmona Cuenca, Encarnación, “El principio de igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, 1994, p.280. En este sentido, Otero Parga ha afirmado que “afortunadamente, la igualdad ante la ley no sólo debe permitir, sino también posibilitar las diferencias fruto de la libertad, no de la imposición o de la necesidad”: Otero Parga, Milagros María, *A seguridade no Dereito*, Fundac. Alfredo Brañas, Colecc. Dereito, núm. 15, 2003, p. 7.

⁶⁵ Sierra Hernaiz, Eliza, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, p18. Nada parecen tener que ver, pues, con el concepto de igualdad de oportunidades que Jeremy Bentham equiparaba al de igualdad ya que, en virtud de la misma, *la acción legislativa debía limitarse a la demolición de obstáculos pero siempre y cuando ello no alterara el reparto de la propiedad*, pues *en ningún caso admitía la existencia de unos derechos, innatos o*

De este modo, dichas medidas se instrumentarían de cara a erradicar ciertas conductas y comportamientos que sitúan a grupos de personas en posiciones de objetiva desventaja y manifiesta desigualdad, como ocurre con más de la mitad de la humanidad, las mujeres, y que se han convertido en barreras que les impiden disfrutar de una verdadera igualdad en sus relaciones sociales. Es decir, supondría *la posibilidad de que cada miembro de la sociedad, sea cual fuere su nacimiento, ocupación o posición social, posea iguales oportunidades (no meramente formales) para desarrollar plenamente su capacidad natural en el plano físico e intelectual*,⁶⁶ y no atendiendo a cuestiones como el sexo para negar dicha posibilidad.

Es por ello que se definen también *como no discriminación de ningún individuo en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes*,⁶⁷ imponiendo la ausencia de barreras legales en el acceso a todas las esferas de la vida social. Y es que, la plena ciudadanía de hombres y mujeres supone igualdad de oportunidades para participar en los puestos de trabajo, los procesos de producción y distribución de bienes, la cultura y cualquier faceta de la organización social, pero especialmente en todos los niveles de toma de decisión de la vida pública. En palabras de Bobbio, el principio de igualdad de oportunidades elevado a principio general apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales,⁶⁸ de modo que son medidas-exigencia de la razón humana destinadas a lograr este déficit de estabilidad política, crecimiento económico con equidad social y por ende, tanto en sentido sustancial como político-formal, asegurar igualdad de oportunidades representa una de las condiciones esenciales de supervivencia de la propia democracia.⁶⁹

Sin embargo, estas medidas se han considerado insuficientes para erradicar tales discriminaciones, pues dependen en gran parte de medios finan-

adquiridos, iguales para todos. Además, en caso de conflicto, habría de ceder siempre ante la seguridad, al considerarla principio supremo: Escamilla Castillo, Manuel, “Utilitarismo e igualdad. El principio de igualdad en la teoría de Jeremy Bentham”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, pp. 185 y ss. Para Bobbio, este principio de igualdad de oportunidades es *la aplicación de la regla de justicia a una situación en la cual haya personas en competición entre sí para la consecución de un objetivo único, es decir, de un objetivo que no puede ser alcanzado más que por uno de los concurrentes*: Bobbio, *Igualdad y Libertad*, op. cit., p. 77.

⁶⁶ Pérez-Luño, *Dimensiones de la igualdad material*, op. cit., p. 274.

⁶⁷ Alarcón Cabrera, Carlos, “Reflexiones sobre la igualdad material”, *Anuario Filosofía del Derecho*, vol. IV, 1987, p. 31.

⁶⁸ Bobbio, *Igualdad y libertad*, op. cit., p. 78.

⁶⁹ Pastori, Giorgio, *Funciones y derechos sociales entre Estado y sociedad*, Documentación Administrativa, núm. 248/249, 1997, p. 198.

cieros y de los programas políticos existentes. De este modo, el debate actual se centra en la aplicación de determinadas medidas tales como las acciones positivas y específicamente una de sus vertientes; la discriminación positiva. Han sido introducidas en Europa principalmente a partir de la década de los noventa a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea,⁷⁰ y no exenta su inicial aplicación de polémica, como puede deducirse de la numerosa doctrina existente al respecto.

Las acciones positivas, a diferencia de las medidas de igualdad de oportunidades, no dependen tanto de medios financieros, ni de los programas políticos, ni se dirige a paliar discriminaciones determinadas por rasgos individuales por ejemplo de tipo económico o de minusvalías, sino que por su propia naturaleza, dichos rasgos no reflejan ninguna inferioridad, como el ser mujer. Se dirigen a colectivos, y en su mayoría se trata de “grupos históricamente discriminados o infrarrepresentados”, y por el mero hecho de pertenecer al grupo, cualquier daño a uno de sus miembros se distribuye al colectivo entero, es decir; son por ello indirectamente discriminados. Tienen como finalidad compensar esa desigualdad y la consecución, entre otras, de la paridad de sexos, instrumentándose para ello con carácter temporal y evitar así que se conviertan en privilegios, por lo que, una vez conseguido el objetivo para el que han sido creadas, las mismas cesarán en su aplicación.

Han recibido tal denominación de la traducción del concepto de la “*affirmative action*” del Derecho Estadounidense allí utilizadas desde la década de los años sesenta para paliar, principalmente, las discriminaciones de tipo racial y sexual, que es en donde la mayoría de autores como Sierra Hernández,⁷¹ sitúan su origen. Otros, sin embargo, señalan como precedente, los artículos 15.4 y 16.4 de la Constitución de la República India de 1950, en donde se contenía el mandato de reservar puestos en la Administración del Estado, aunque con poco éxito, a los miembros de una casta secularmente marginada; “los intocables”, que se conocía como “*reservation policy*” (política de reservas).⁷²

⁷⁰ Para algún autor, ya desde los años setenta el Tribunal de Luxemburgo ha venido adoptando una *concepción ampliadora de los principios de igualdad de trato y de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*; Quintanilla Navarro, Beatriz, “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso «Kalanke versus Glissmann», *Actualidad laboral*, núm. 5, 1996, p. 154.

⁷¹ Sierra Hernández, *Acción positiva y empleo de la mujer*, op. cit., pp. 33 y ss.

⁷² Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 15.

Precisamente una modalidad específica de acciones positivas la constituye la discriminación positiva o inversa, que generalmente adopta la forma de cuotas y de tratos preferentes. Se reservan mínimos garantizados de plazas o puestos en donde exista concurrencia competitiva, asignándose esos porcentajes o atribuyendo una mejor puntuación a quienes se pretende de favorecer con las mismas. Es decir, se concede prioridad (en este caso a las mujeres; a las candidatas), en caso de igualdad de cualificación y méritos, para la contratación, promoción y nombramiento en determinados puestos, mientras las mujeres sigan estando infrarrepresentadas en los mismos. La razón principal estriba en que, prescindiendo del análisis de los “obstáculos o impedimentos previos” que tiene la mujer a la hora de acceder a determinados puestos de trabajo, de manera sistemática se viene produciendo que ante la misma cualificación y méritos, la aspirante mujer tiene una probabilidad de obtenerlo muy inferior respecto al candidato varón con el que concurre al mismo puesto. Parafraseando a Rodríguez-Piñero, no es que tenga menos suerte, sino que “*los datos están trucados*”,⁷³ es decir; la desigualdad que se produce en la mayoría de los casos, tiene lugar en el momento de producirse el resultado consistente en la consecución de un puesto determinado, y precisamente *ese carácter sistemático, el que no sea un único caso, legitima la acción positiva para influir sobre el resultado.*⁷⁴

El propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europa es consciente de este hecho, de modo que en alguna de sus sentencias⁷⁵ lo ha puesto de manifiesto, afirmando que, incluso en caso de igual capacitación, existe la tendencia a promover preferiblemente a los candidatos masculinos en perjuicio de las candidatas femeninas, debido particularmente a determinados perjuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de la mujer en la vida activa, y al temor, por ejemplo, a que las mujeres interrumpan más frecuentemente su carrera, a que, debido a las tareas del hogar y familiares, organicen su jornada laboral de forma menos flexible, o a que se ausenten más a menudo debido a embarazos, partos y períodos de lactancia.

La primera referencia jurisprudencial en el ámbito de la Comunidad Europea y en torno a las acciones positivas (en concreto sobre la discriminación positiva), (pues en el ámbito legislativo ya existían referencias anteriores, como una Recomendación del Consejo del año 1984), ha sido una sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del año 1995,

⁷³ Rodríguez Piñero Bravo-Ferrer, Miguel, “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación en los resultados”, *Relaciones Laborales*, vol. VII, 1996, p.12.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de noviembre de 1997, Caso Marschall., apartado 29.

más conocida como “caso *Kalanke*”⁷⁶ (nombre del demandante en el procedimiento principal). Se trataba de una decisión prejudicial interpuesta por un Tribunal alemán sobre la interpretación del artículo 2o., apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

La norma objeto de debate en esta Sentencia, era el artículo 4o. de la Ley del Estado Alemán de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública⁷⁷ en la que se establecía una preferencia en la contratación de mujeres, de tal manera que, a igualdad de méritos y capacitación, las candidatas femeninas serían preferidas frente a los varones en sectores en los que las mujeres se encontrasen infrarrepresentadas. El caso que dio lugar a esta sentencia, se derivó de lo producido en la última fase de un procedimiento de selección para cubrir un puesto de jefe de sección del Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen, en el que debía optarse entre dos candidatos; un varón (Eckhard Kalanke) y una mujer (Heike Glissmann), sobre los que el órgano administrativo que tenía que realizar dicha selección, consideró que tenían la misma capacitación.

El Tribunal entendió que la mencionada normativa que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos, gozan automáticamente de preferencia en sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo y, por consiguiente, es una violación del principio de igualdad de trato del artículo 2.1 de la Directiva 76/207. También, por no con-

⁷⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de octubre de 1995, Caso Kalanke. Sobre la misma existe numerosa doctrina entre la que destaca: Rey Martínez, Fernando, “La discriminación positiva de mujeres (comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke”, *op. cit.*; Fernández Avilés, José Antonio, “La discriminación positiva en el ámbito comunitario (Notas a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de octubre de 1995)”, *Actualidad Laboral*, núm. 44, 1995; Quintanilla Navarro, “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso “Kalanke versus Glissmann”, *op. cit.*; Atienza, Manuel, “Un comentario al caso Kalanke”, *Doxa*, vol. 19, 1996; Ballester Pastor, María Amparo, “La STJ de Luxemburgo de 17 de octubre de 1995: entre la acción afirmativa y el varón discriminado”, *Tribunal Social*, núm. 58, 1995; Rivero Ortega, Ricardo, “Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la Sentencia Kalanke del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 90, 1996.

⁷⁷ Ley de Land de Bremen del 20 de noviembre de 1990.

siderarla compatible con la dicción del artículo 2.4 de la misma, pese a contener éste la posibilidad de utilizar “medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres” entre otros, para los fines aquí señalados, y pese a que éste tampoco había establecido el tipo de medios que han de utilizarse para su consecución. De la lectura de dicho pronunciamiento, puede observarse que el Tribunal Europeo, a través de una fundamentación criticada por amplios sectores de la doctrina especializada en esta materia, no consigue ni siquiera desdoblar conceptualmente los términos acciones positivas de la discriminación inversa, considerándolas en ocasiones como sinónimos, o incluso considerando las primeras como excepción a la igualdad de trato.

Por ello, esta sentencia dio lugar a algunas dudas y creó una enorme incertidumbre sobre la legitimidad o no de las cuotas y otras formas de acciones positivas, que tuvo como resultado la elaboración de una Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Parlamento y al Consejo sobre la interpretación de esta sentencia.⁷⁸ En la misma, la Comisión consideró que en ella, el Tribunal solo condenó el sistema automático e incondicional en la adjudicación de cuotas, lo que se conoce como cuotas rígidas, considerándolas además incompatibles con el art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE. Sin embargo, permitía la aplicación de estas medidas a igualdad de calificación, de aptitud y de prestaciones profesionales, y por lo tanto, a menos que motivos referentes a la persona de un candidato inclinasen la balanza a su favor, lo que sí devendría, según la misma, compatible con dicha Directiva.

Por las señaladas dudas que produjo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en esta sentencia, la sentencia *Marschall*,⁷⁹ dos

⁷⁸ COM (96) 88 final, de 27 de marzo, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de octubre de 1995 en el asunto C-450/93, *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*.

⁷⁹ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de noviembre de 1997, Caso *Marschall*. En relación a la misma: Rodríguez-Píñero y Bravo-Ferrer, Miguel, “Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia *Marschall* del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *Relaciones Laborales*, núm. 24, vol. II, 1997; Martín Vida, María Angeles, “Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia *Marschall*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, 1998; Ballester Pastor, María Amparo, “Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (un análisis conceptual y de legalidad tras la Sentencia *Marschall*”, *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1998; López Anadón, Pedro, “La discriminación positiva femenina (Comentarios sobre la discriminación positiva femenina surgidos a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 11 de noviem-

años después y acogiendo la tesis de la Comisión, realiza una extensa confirmación y por otra parte rectificación de los argumentos aducidos en la sentencia Kalanke. Lo que entiende que resulta incompatible con la Directiva, no son ni las medidas de acción positiva que afecten a los resultados, ni siquiera las consistentes en un sistema de cuotas, sino la forma rígida, automática y cerrada de ese régimen de cuotas, es decir, admite los sistemas flexibles que pueden ser lícitos aunque afecten al resultado.

Esta sentencia *Marschall* también fue el resultado de una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de lo contencioso-administrativo alemán, y en relación a la interpretación que habría que dársele a los apartados 1 y 4 del artículo 2o. de la precitada Directiva. Concretamente, la cuestión se suscitó con ocasión de un litigio entre el señor Marschall y el Land Nordrhein-Westfalen. El señor Marschall había presentado su candidatura para la promoción a una plaza en un centro escolar, pero después de presentada dicha solicitud, se le informa de que la misma se le iba a conceder a otra candidata, eso sí, que poseía igual capacitación que él, al existir infrarrepresentación de mujeres en ese puesto en el momento en que se publicó la vacante y a razón de la Ley de la función Pública de dicho Land que contenía en su artículo 25.5, una discriminación normativa de carácter positivo a favor de las mujeres cuando se diesen dichos criterios.

El Tribunal al que acude, plantea la presente cuestión prejudicial por entender que la resolución a dicho litigio dependía de la compatibilidad de la citada disposición legal del Land, con los apartados primero y cuarto del

bre de 1997, caso Marschall contra Nordrhein-Westfalen”, *AjA*, núm. 323, 1997/ Rodríguez Paniagua, José María: Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la Sentencia Marschall del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm.24, 1997; Sierra Hernaiz, Elisa, “La Sentencia Marschall: ¿un avance de la acción positiva en el Derecho Comunitario? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95”, *Actualidad laboral*, núm. 22, 1998; Vogel-Polsky, Eliane, “A propósito de la Sentencia Marschall. El estatuto de las acciones positivas en Derecho Comunitario”, *Relaciones Laborales*, núm. 9, 1999; González Jiménez, Jesús, “La discriminación positiva hacia la mujer respecto al acceso al empleo: La Sentencia Marschall del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de noviembre de 1997”, *GJ de la CE B-133*, 1998; Brage Camazano, Joaquín, *Discriminación positiva e favor de la mujer en el Derecho Comunitario (en torno a la Sentencia del 11 de noviembre de 1997 del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas)*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Colombia, 2001; Millán Moro, Lucía, “Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial (comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, Kalanke, y de 11 de noviembre de 1997, as. C-409/95”, Marschall, *op. cit.*.

artículo 2o. de la Directiva 76/207, y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sostuvo, en lo que constituyó una importante aclaración matizadora a la doctrina de la sentencia Kalanke, su compatibilidad. El argumento se centró en entender que, la normativa alemana objeto del litigio, contenía una “cláusula de apertura” en virtud de la cual habría de aplicarse siempre la discriminación positiva a favor de la mujer, salvo que concurriese en la persona del candidato masculino motivos desde el punto de vista de su aptitud o competencia, prestaciones que, tenidos en cuenta de manera objetiva y no discriminatoria respecto a las mujeres, inclinasen la balanza a su favor, aunque de ser así, sobre dicha cuestión debería decidir la jurisdicción nacional, en este caso alemana. De este modo, es admisible en el marco del derecho antidiscriminatorio comunitario una preferencia, legalmente establecida, a favor de una mujer que concurra con un varón de igual capacitación profesional para el acceso a un puesto de trabajo o para su promoción laboral, en un sector en que las mujeres estén infrarrepresentadas y con las matizaciones señaladas.

Comparto con algún autor la idea de que muchos interpretan erróneamente que detrás de estas políticas activas de promoción a favor de la mujer, se aporte cobijo a la vieja filosofía del adagio “las señoras primero”, ocultándose tras la misma una cierta condescendencia del hombre sobre la mujer por considerarla como sexo débil.⁸⁰ Y es que, en modo alguno se trata de un paternalismo de ese estilo ni de otros, sino que con estas medidas se trata de contrarrestar o compensar una desigualdad real en ciertos sectores. Otra cuestión bien distinta será si uno está de acuerdo, o no, con la instauración de este tipo de medidas cuya generalización es progresiva. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha continuado resolviendo en este sentido, entendiendo que, para que un modelo de acción positiva a favor de las mujeres sea compatible con el Derecho comunitario, se exige que no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación equivalente a la de sus competidores masculinos y que se incluya una “cláusula de apertura” que posibilite que las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva. En esta línea, se ha pronunciado de nuevo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea recientemente,⁸¹ a través de las sentencias *Badeck*⁸² y *Anderson*.⁸³

⁸⁰ Brage Camazano, “Discriminación positiva a favor de la mujer en el derecho comunitario. (En torno a la sentencia del 11 de noviembre de 1997 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)”, *op. cit.*, p. 12.

⁸¹ Sobre las mismas: Martín Vida, María Angeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 86-101.

En el primer caso señalado, el litigio versaba sobre un proceso de selección con motivo de la publicación de una plaza vacante para proveer un puesto de profesor de ciencias de la Hidrosfera, para la cual se tenía en cuenta que existía un Reglamento mediante el cual podría aplicarse la discriminación positiva. El Tribunal se pronunció de forma favorable a la compatibilidad con la Directiva 76/207 de cinco modelos distintos de acción positiva a favor de las mujeres, contenidos en la Ley del Land de Hessen sobre la Igualdad de derechos entre Mujeres y Hombres y para la Eliminación de la Discriminación de las Mujeres en la Administración Pública, de diciembre de 1993.

En el caso *Anderson*, el Tribunal rechazó un modelo de acción positiva diseñado en Suecia para incrementar la presencia de mujeres como docentes en las instituciones de enseñanza superior del país escandinavo. En este caso, se cuestionaba un modelo de promoción preferente similar en principio a los ya analizados por el Tribunal en la Sentencias *Kalanke* y *Marschall*, pero con una característica que lo diferenciaba notablemente de ellos: una mujer con una cualificación inferior a la del candidato varón había llegado a ser preferida, en aplicación de la normativa cuestionada, como profesora de Ciencias de la Hidrosfera en la Universidad de Gotemburgo (Suecia), en el marco de la política de la Universidad que aspiraba a incrementar el escaso número de mujeres docentes (si bien siempre se le demandaba la posesión de una cualificación mínima para desempeñar el puesto de que se tratase).

El más reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en materia de acciones positivas, ha sido el caso *Lommers*.⁸⁴ En éste, el objeto de litigio no era la existencia de una normativa de promoción preferente a favor de las mujeres, ni se reservaba un número determinado de plazas o se establecían unos objetivos numéricos para garantizar directamente su presencia en los distintos niveles de responsabilidad dentro de la Administración Pública. Lo que se analiza en esta sentencia, es una medida orientada a facilitar a las funcionarias, la conciliación entre sus obligaciones profesionales y familiares, como medio indirecto para garantizar su igualdad de oportunidades en el trabajo y corregir su infrarrepresentación.

⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 28 de marzo de 2000, Caso *Badeck*.

⁸³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 6 de julio de 2000, Caso *Anderson*.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea 19 marzo de 2002, Caso *Lommers*.

tación entre el personal del Ministerio que establecía la medida. En concreto, se ponía a disposición de su personal femenino un determinado número de plazas de guardería que en parte subvencionaba dicho Ministerio, quedando el resto por sufragarse por las propias funcionarias beneficiadas, el personal femenino de dicho Ministerio donde existía una considerable infrarepresentación femenina, y esta reserva se ofrecía en exclusiva a las mujeres, *salvo en caso de urgencia*, en el que le correspondería apreciar al Director. En lo único en que insiste el Tribunal de Luxemburgo, es en la necesidad de poder aplicar la cláusula de apertura a los funcionarios masculinos que educan solos a sus hijos.

Precisamente por esta última apreciación es por la que me ha parecido necesaria la inclusión de estas cuestiones de igualdad material en este trabajo, al poder plantearse si en el caso de las ayudas económicas para guardería concedidas sólo a mujeres para facilitar su acceso al trabajo, así como otras medidas de similar talante como los cursos de educación específicos para el colectivo femenino, puede estarse discriminando a su vez al hombre con hijos a su cargo, al no otorgársele dichas medidas. De ser así, se trataría de una discriminación directa unida al sexo, pero además, de arbitrarse de un modo neutral “para todo padre o madre”, quizás se podría formular la idea de que estamos ante una discriminación indirecta no en razón de sexo, sino en función de los ciudadanos progenitores que después de una separación o divorcio ostentan el cuidado de los hijos, por ser en su mayoría mujeres. Sin embargo, como este tipo de medidas suelen encuadrarse en el aspecto material de la igualdad cuya problemática no constituye el objeto de este trabajo, y dado que dichas eventuales discriminaciones constituyen casos circunstanciales, a diferencia de las inferidas a la mujer, sólo he querido realizar un tratamiento colateral de esta idea.

Pues bien, sumadas estas cuestiones a las preguntas que se suscitaron en la mencionada sentencia *Badeck*, cabe preguntarse si las cuotas tienen sentido y si causan discriminación indirecta, concretamente una discriminación formal contra los hombres, como ya habíamos introducido en el capítulo anterior. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea es consciente en que en cierto modo se enfrenta el derecho a la igualdad de los varones en su modalidad formal, y el derecho sustancial de la mujer a la igualdad. En este caso, concluye, la igualdad formal precede a la sustancial. Cuando se refiere a la igualdad de los resultados, siempre se debe respetar la igualdad formal, sin embargo en la igualdad en el punto de partida, la igualdad sustancial puede priorizarse sobre la igualdad formal y sería legítima una discrimina-

ción directa.⁸⁵ Para finalizar, como ejemplos de cuotas podríamos señalar las cuotas electorales, las reservadas para minusválidos para fomentar su contratación por empresas y en relación a plazas de convocatorias públicas, etc.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CABRERA, Carlos, “Reflexiones sobre la igualdad material”, *Anuario Filosofía del Derecho*, vol. IV, 1987.
- APARISI MIRALLES, Angela, “Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XII, 1995.
- ATIENZA, Manuel, “Un comentario al caso Kalanke”, *Doxa*, vol. 19, 1996.
- AZCÁRATE-ASKASUA ALBÉNIZ, Ana Carmen, *Mujer y discriminación del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Euskadi, 1997.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo, “La STJ de Luxemburgo de 17 de octubre de 1995: entre la acción afirmativa y el varón discriminad”, *Tribunal Social*, núm. 58, 1995.
- _____, “Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (un análisis conceptual y de legalidad tras la Sentencia Marschall)”, *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1998.
- BARRÉRE UNZUETA, María Angeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997.
- BASILE, Silvio, “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas”, en Predieri, Alberto y García De Enterría, Eduardo (ed.), *La Constitución española de 1978*, Madrid, Civitas, 1980.
- BLÁZQUEZ-RUIZ, Francisco Javier, *Igualdad, libertad y dignidad*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2003.
- BOBBIO, Norberto, *El Tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- _____, *Igualdad y libertad*, Paidós, 2000.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Discriminación positiva e favor de la mujer en el Derecho Comunitario (en torno a la Sentencia del 11 de noviembre de 1997 del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas)*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Colombia, 2001.

⁸⁵ Estas cuestiones han sido tratadas por Elósegui Itxaso, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

- CANO MATA, Antonio, *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, Edersa, 1983.
- CARMONA CUENCA, Encarnación, “El principio de igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, 1994.
- DE CASTRO CID, Benito, *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, 1989.
- DURÁN Y LALAGUNA, Paloma, “Notas sobre la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XI, 1994.
- ELÓSEGUI ITXASO, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, “La discriminación positiva en el ámbito comunitario (Notas a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de octubre de 1995)”, *Actualidad Laboral*, núm. 44, 1995.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, María Encarnación, *Igualdad y Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- _____, “Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. X, 1993.
- _____, *Igualdad y Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FROSINI, Vittorio, “Paradosso dell’eguaglianza”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1976.
- GÁLVEZ, Javier. “Artículo 14”, Garrido Falla, Fernando, *Comentario a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1997.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Igualdad y respeto al precedente”, *Derechos y Libertades*, vol. II, año I.
- GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GUISÁN, Esperanza, “Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IV, Madrid, 1987.
- HART, H.L.A, *El concepto de derecho*, trad. De G.R. Carrión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 1995.

- LAPORTA, Francisco, “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, núm. 67, julio, 1985.
- LÓPEZ ANADÓN, Pedro, “La discriminación positiva femenina (Comentarios sobre la discriminación positiva femenina surgidos a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 11 de noviembre de 1997, caso Marschall contra Nordrhein-Westfalen”, *AJA*, núm. 323, 1997.
- MARITAIN, Jacques, “Introducción”, *Los derechos del Hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva Declaración Universal reunidos por la UNESCO*, F.C.E., Méjico-Buenos Aires, 1949.
- MARTÍN VIDA, María Angeles, “Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia Marschall”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, 1998.
- _____, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 86-101.
- OLLERO, Ana, ¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.
- _____, *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982.
- OLLERO, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, CEC, 1989,
- _____, “Principio de igualdad y teoría del Derecho”, *Derechos Humanos y metodología jurídica*, Madrid, CEC, 1989.
- _____, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, CEC, 1999.
- OTERO PARGA, Milagros María, *A seguridade no Dereito*, Fundac. Alfredo Brañas, Colecc. Dereito, núm. 15, 2003.
- PASTORI, Giorgio, *Funciones y derechos sociales entre Estado y sociedad*, Documentación Administrativa, núm. 248/249, 1997.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.
- _____, “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los Derechos Fundamentales”, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Eudema Universidad, Madrid, 1988.
- _____, *Curso de Derechos Fundamentales (I)*, Teoría General, Eudema, Madrid, 1991.
- PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique, “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 1, 1981.

- _____, “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. IV, 1987.
- _____, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986.
- _____, *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 34, Madrid, Dykinson, 2005.
- _____, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983.
- _____, “Ley, principios, derechos”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas* núm. 7, Dikynson, 1998.
- _____, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.
- QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso «Kalanke versus Glissmann», *Actualidad laboral*, núm. 5, 1996, p. 154.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, México, FCE, 1995.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “Principales problemas jurídico-constitucionales que afectan a las mujeres en las relaciones de trabajo”, A.A.V.V, *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- _____, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la Sentencia Kalanke del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 90, 1996.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, “Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la Sentencia Marschall del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 24, 1997.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación en los resultados”, *Relaciones Laborales*, vol. VII, 1996.
- _____, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.
- _____, “Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia Marschall del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *Relaciones Laborales*, núm. 24, vol. II, 1997.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, et al., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.

- RUBIO LLORENTE, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991.
- RUBIO, Ana, “Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?”, *Derechos y Libertades*, núm. 4, 1995.
- SANTAMARÍA IBEAS, José Javier, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Burgos, Dykinson, 1997.
- SARTORI, Giovanni, *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza, 1988.
- SEGURA ORTEGA, Manuel, “La igualdad como fundamento de los derechos humanos”, A.A.V.V., *El principio de igualdad en la Constitución Española*, XI Jornadas de Estudio del Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- SIERRA HERNAIZ, Elisa, “La Sentencia Marschall: ¿un avance de la acción positiva en el Derecho Comunitario? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95”, *Actualidad Laboral*, núm. 22, 1998.
- _____, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1999.
- VALCÁRCEL, Amelia, *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Trotta, 2006.
- VOGEL-POLSKY, Eliane, “A propósito de la Sentencia Marschall. El estatuto de las acciones positivas en Derecho Comunitario”, *Relaciones Laborales*, núm. 9, 1999.
- WOLF, Virginia, *Una habitación propia*, Barcelona, Seix Barral, 2001.
- ZOCO ZABALA, Cristina, *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias (artículos 14 y 24.1 CE). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2002)*, Barcelona, Bosch, 2003.