



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela
LA IGUALDAD COMPLEJA EN EL CONSTITUCIONALISMO DEL SIGLO XXI. REFERENCIA
ESPECIAL A LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, , 2008, pp. 245-271
Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42723039012>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

LA IGUALDAD COMPLEJA EN EL CONSTITUCIONALISMO DEL SIGLO XXI. REFERENCIA ESPECIAL A LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Ángela FIGUERUELO BURRIEZA*

Ahora más que nunca la causa de la mujer es la causa de toda la humanidad.

B. BOUTROS-GHALI

I. La igualdad como valor filosófico y político, al igual que la libertad, han sido y son dos de las grandes aspiraciones de la humanidad. Su importancia, su necesidad y la forma y manera de garantizarlas en el marco de lo social y de lo jurídico han hecho correr ríos de tinta. Hemos superado la época en que la mayor parte de los estudios sobre el tema giraban en torno al marxismo; por ello en el momento presente la solución a los problemas que la igualdad plantea se centra en la medida de lo posible en debatir desde la ciencia política contemporánea acerca del liberalismo y del comunitarismo, sin dejar a un lado doctrinas intermedias como el republicanismo. La discusión se ocupa en permitir conocer, de forma aproximada, el grado de igualdad tolerable en el marco de una sociedad liberal, el concepto de la igualdad de oportunidades frente a la igualdad de resultados, la compatibilidad entre el derecho a la igualdad individual y el derecho de los colectivos a las diferencias y a la preservación de su diversidad.

Todas las materias previamente enunciadas caben en el análisis de las diversas manifestaciones del principio de igualdad jurídica a comienzos del siglo XXI. Los ordenamientos jurídicos constitucionales de los distintos Estados del Occidente democrático reconocen el valor de la igualdad como parámetro fundamental en el plano ético, político, jurídico, económico y social. La igualdad es un valor normativo y

* Universidad de Salamanca.

axiológico referencial que inspira el desarrollo e implementación de los Estados sociales de derecho para avanzar hacia una mayor integración social, política, jurídica y económica. Sin embargo, no puede dejarse de lado el que la igualdad como categoría fundamental posee un carácter multiforme, complejo y multidimensional que la convierten en un concepto controvertido y polisémico.

La igualdad posee innumerables facetas y dimensiones: moral, política, económica, social y jurídica. Por lo cual, una aproximación a sus contenidos obliga a prestar atención a distintos horizontes ideológicos y doctrinales. La multidimensionalidad del concepto le permite a la igualdad operar de forma relacional, implicando un juicio comparativo allí donde se pretenden establecer identidades y diferencias entre dos realidades que disponen al menos de una característica relevante común. La utilidad del valor relacional de la igualdad compleja sin duda es importante porque vivimos en sociedades profundamente desiguales en todas las facetas de la vida social, cultural, económica, política y jurídica. En el mundo globalizado que habitamos, lo natural son las profundas desigualdades que el sistema genera, creando un número elevado de excluidos, marginados y discriminados. Y, en consecuencia, lo artificial es la igualdad jurídica que debe ser creada por el mundo del derecho. En este proceso creativo que implica el paso de la desigualdad real a la igualdad jurídica juegan un papel destacado el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales.

En el contexto de la discusión actual de la dogmática jurídica sobre los derechos fundamentales, ocupa un lugar central y problemático el significado del principio general de la igualdad. El derecho que se deriva de dicho principio es el derecho fundamental más enigmático y desconcertante, pues se trata de uno de los derechos fundamentales más invocados y recurridos, siendo la piedra angular de numerosas resoluciones judiciales. A la hora de su aplicación surgen frecuentes dudas y no es fácil, en muchas ocasiones, responder adecuadamente al interrogante sobre el significado y alcance de un principio que es básico en las distintas ramas del ordenamiento jurídico. De este modo se pueden comprender las dificultades y contradicciones que acompañan a la doctrina especializada a la hora de construir científicamente un principio por medio del cual el ordenamiento jurí-

dico se abre a la conciencia de la comunidad política y a la determinación del orden social.

Lo antes dicho convierte al derecho a la igualdad en una cláusula abstracta en gran medida porque, a diferencia de lo que sucede con la mayor parte de los derechos fundamentales, no protege una actividad o una cualidad humana, ya que se trata de una institución creada por el derecho que puede ser calificada como derecho subjetivo modal. Teniendo en cuenta su escasa densidad normativa se trata de un principio jurídico muy fecundo y de importancia decisiva en el momento de la concreción; sólo a partir de un juicio de comparación se podrá concluir si dos situaciones concretas pueden ser tratadas de forma idéntica o de manera diferente. La dificultad la encontramos en que partimos de un juicio sobre la realidad, pero al día de hoy no tenemos ningún criterio empírico seguro que nos permita aseverar que dos situaciones concretas son idénticas cuando ponemos en el mismo plano categorías distintas. La coherencia del sistema normativo tampoco es suficiente para expresar el contenido normativo de la igualdad porque, si tenemos en cuenta que se identifica con la prohibición de discriminaciones materiales, siempre un análisis último obliga a efectuar un juicio de la realidad social y jurídica que le sirva de fundamento.

II. El Estado social de derecho debe ser entendido como evolución del postulado del Estado liberal que hizo crisis en el primer tercio del siglo XX. Los principios fisiocráticos que regían libremente el mercado agudizaron las diferencias sociales que no eran corregidas por las políticas de un Estado abstencionista. Frente a esta situación, el postulado del Estado social en cuanto Estado interventor establece pautas de actuación para los poderes públicos, con carácter vinculante, que deben ir encaminadas a la consecución de la igualdad material. A este modelo de Estado no le es indiferente el estatus positivo del ciudadano que en el ejercicio de sus derechos pretende reivindicar ante el sector público una calidad y condiciones de vida de las que carecía en otras etapas históricas precedentes.

El carácter normativo supremo de la Constitución Española de 1978, reconocido en los artículos 9.1 y 53.1, es el fundamento del carácter obligatorio de todos sus preceptos, entre los que se encuentran

el valor superior de la igualdad (artículo 1.1), el principio de igualdad formal ante la ley, base del Estado liberal de derecho (artículo 14.1), y el principio material de la igualdad (artículo 9.2) que contiene un mandato dirigido a los poderes públicos para que promuevan políticas encaminadas a procurar los objetivos de igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos constitucionalmente reconocidos. Así las cosas, las políticas públicas en pro de la procura existencial deben dirigirse a cumplir los objetivos de la igualdad substancial que impregna la parte dogmática del texto constitucional español. El contenido esencial de este principio obliga a intentar conseguir un trato igualitario, sin discriminaciones, allí donde la Constitución no pone límites; donde la ley de leyes pone diferencias, éstas deben ser respetadas.

El Estado interventor del siglo XXI es un componente más de la fórmula compuesta del Estado social y democrático de derecho que en el artículo 1.1 de la Constitución Española define la forma del Estado español. Así, si el principio del Estado de derecho limita la actividad del Estado y el principio democrático legitima el carácter del Estado de cara al futuro, porque la democracia es un factor evolutivo, el postulado del Estado social tiene su fundamento en una determinación impulsora de objetivos sociales que obliga a los poderes públicos a contribuir a la formación social a la vez que deben respetar el programa de bienestar social y los objetivos de igualdad material y justicia social.

Las garantías otorgadas a nivel constitucional al principio de igualdad le dotan del máximo rango normativo. Así, la igualdad como valor superior (artículo 1.1) y la igualdad material (artículo 9.2) se encuentran ubicadas en el título preliminar de nuestra Constitución y funcionan como auténticas cláusulas de intangibilidad al encontrarse protegidas por el procedimiento agravado de reforma constitucional que regula el artículo 168 constitucional. Por su parte, el principio liberal de igualdad formal ante la ley, que abre la puerta y permea al resto de los derechos fundamentales en el caso patrio, goza de una garantía excepcional, competencia estrella del Tribunal Constitucional español para la defensa de los derechos del “núcleo duro” de la Constitución, cual es el recurso de amparo que se regula en el artículo 53.2 constitucional.

En el artículo 14 de la Constitución Española se dice expresamente que: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Este precepto, debido a la forma en que está redactado, admite la discusión acerca de si reconoce un derecho o un principio y da cobertura a la igualdad formal ante la ley que por sí sola no asegura la igualdad real o material.

Los preceptos constitucionales que hemos enunciado permiten entender en su tenor literal que la vigente Constitución Española garantiza a priori la igualdad de trato sin diferencias por razón de sexo. Dentro de las líneas clásicas del constitucionalismo liberal, todos los textos constitucionales españoles hasta la Constitución Republicana de 1931 habían omitido cualquier referencia a la garantía de igualdad de trato sin diferencias por razón de sexo. Esta Constitución estableció en su artículo 25 que el sexo no podía ser fundamento de privilegio jurídico. Por lo que se refiere a la participación política, en el artículo 36 se establecía que los mayores de 23 años, de uno y otro sexo, tendrían los mismos derechos electorales de acuerdo a lo que estableciese la legislación vigente. La vida de la Constitución republicana fue corta, puesto que, tras la Guerra Civil, la dictadura franquista y sus “leyes fundamentales del reino” devolvieron a la mujer al lugar preterido ocupado históricamente. La democracia alcanzada tras la muerte del general Franco permitió la elaboración de una Constitución como forma de ordenación jurídica del poder político cuyo fundamento es el principio de igualdad: mujeres y hombres —entre otros colectivos— serán iguales ante la ley.

No deja de ser cierto que las normas constitucionales referentes a los derechos y las normas internacionales sobre la misma materia (artículo 10.2 constitucional) por su obligatoriedad sirven de parámetros interpretativos a la hora de precisar el cambio fundamental que se originó con la vigencia del texto del 78 de cara a la igualación de los sexos, respondiendo a tendencias universales que ya habían sido reconocidas en otros países. Ahora bien, la norma constitucional tiene un significado y un alcance que debe hacerse efectivo a través de la función de los operadores públicos; es decir, la garantía constitucional de

la igualdad entre los sexos necesita de una labor de precisión e interpretación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Las discusiones doctrinales sobre el tratamiento de la igualdad en la Constitución Española han provocado que destaquen dos perspectivas principalmente: por un lado se resalta el valor superior de la igualdad (artículo 1.1) y el principio de la igualdad material (artículo 9.2) como criterios inspiradores de la acción de los poderes públicos, y por otro se acentúa el principio de la igualdad formal ante la ley del artículo 14, en cuanto cláusula conferidora de derechos.

En el artículo 1.1 la igualdad se proclama como un valor del ordenamiento jurídico, es decir, como una condición ideal de la vida social que debe ser perseguida por los poderes públicos. Esto tiene sus consecuencias en la práctica jurídica porque remite a concepciones culturales acuñadas a lo largo de la historia y válidas en cada momento sobre el contenido de esa condición. Debido a ello el texto constitucional se abre a apreciaciones socioculturales que inciden sobre la interpretación de sus normas. Por otro lado, el artículo 9.2 de la Constitución recoge su mandato a los poderes públicos para lograr la igualdad real y efectiva de los individuos. La dimensión material de la igualdad obliga a redactar y aprobar leyes que vayan más allá de la simple igualdad formal, por lo que su definición exige tener en cuenta los datos sociales determinantes de la posición de personas y grupos.

III. Aunque la Constitución no se refiere expresamente a esta cuestión, la forma clásica de discriminación por razón de sexo es la que se ha practicado sobre el sexo femenino —la mujer—. Por ello, la lectura de los debates en sede constituyente permite entender que la discriminación que prohíbe el artículo 14 hace referencia a las mujeres, pero dejando claro que la Constitución no prohíbe toda diferenciación por razón de sexo, únicamente prohíbe la discriminación.

Entendemos por discriminación toda distinción perjudicial o pretexto de hechos no imputables al individuo y que deben ser irrelevantes desde el punto de vista social y jurídico, bajo el pretexto de pertenecer a categorías colectivas genéricas. Cuando en la norma constitucional se enumeran determinadas discriminaciones, éstas son jurídicas, no sociales, afectando tanto a las originadas por órganos es-

tatales como las realizadas por personas privadas y que afecten restrictivamente a los derechos de ciertos colectivos o grupos, imponiendo obligaciones aberrantes en materias laborales, de prestación de servicios, etcétera.

La naturaleza jurídica de la prohibición de discriminación, al igual que el derecho de igualdad de trato, implica un contenido negativo, cuya función consiste en ser una medida de tutela puramente represiva, de reacción frente a comportamientos discriminatorios concretos cuya anulación se persigue en sede judicial. Desde otra perspectiva se asemeja a la cláusula de igualdad general en el sentido de que ambos son reconocidos en su calidad de derechos fundamentales, aunque la prohibición de discriminación tiene un contenido autónomo y no sólo relacional —que requiere un término de comparación— sin perjuicio de que se le pueda relacionar con otros derechos pero que no necesariamente debe estarlo para poder determinar su contenido material. Al tratarse de un verdadero derecho fundamental existe un elevado grado de presunción de inconstitucionalidad sobre las medidas que adoptan criterios como el sexo para diferenciar entre los grupos. Dicha presunción pesa sobre tratamientos diferenciados que perjudican a los grupos históricamente discriminados como ha sucedido con las mujeres.

En el cambio que se ha ido originando de forma paulatina para equiparar los derechos de mujeres y hombres, ha desempeñado una gran labor la norma suprema española; pero no podemos olvidar el papel de los órganos judiciales ordinarios (jueces, magistrados y tribunales) y de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, que en el ejercicio de sus funciones ha sabido compatibilizar la afirmación del principio de igualdad de sexos y la prohibición de trato discriminatorio con la constitucionalidad de la adopción de medidas de acción positiva y de discriminación inversa a favor de las mujeres. Dichas medidas se justifican porque intentan conseguir que las mujeres, colectivo marginado y preterido históricamente, tengan un trato especial, más favorable, a fin de ver corregida su situación de desigualdad en la sociedad.

A la tarea del Tribunal Constitucional se deben añadir las sentencias a favor de la igualdad de la mujer, pronunciadas por el Tribunal de Luxemburgo (Sentencias Kanlanke de 1993, Marschall de 1997,

Badeck de 2000, Abrahamsson de 2000 y Lommers de 2002, como paradigma). Debemos destacar de estas resoluciones la doctrina emanada sobre la configuración de las acciones positivas y de discriminación inversa al delimitar de forma proporcional los casos en que cabe de forma individualizada la preferencia de la mujer sobre el hombre.

Tampoco puede dejarse a un lado la labor realizada por el Tribunal de Estrasburgo en aplicación del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 1950. Esta norma de rango internacional prohíbe en su artículo 14 cualquier discriminación por razón de sexo. Además, y gracias al proceso de internacionalización de los derechos, es preciso referirnos a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1987, ratificada por España en 1993, y al Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 que en su artículo 141 enuncia la igualdad de retribución para un mismo trabajo en el caso de trabajadores y trabajadoras. El fracasado Tratado Constitucional Europeo al fijar los valores de la Unión hacía referencia al objetivo de conseguir la igualdad en una sociedad caracterizada por la no discriminación y la igualdad entre mujeres y hombres. Idea que se repetía a la hora de regular las políticas y las acciones de la Unión al situar entre ellas la lucha contra toda discriminación por razón de sexo.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que fue solemnemente proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, y que al no habersele reconocido carácter vinculante obtiene su operatividad por vía de la actuación de los operadores públicos, alude en el Preámbulo a la igualdad como un valor indivisible y universal. En el título III la Carta regula la igualdad; en el artículo 80 se fija la igualdad de todos ante la ley, en el 81 se prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida por razón de sexo. Y en el artículo 83 se establece la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. Además, se señala expresamente que el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado.

El carácter normativo de la Carta viene de la mano del Tratado de Reforma o Tratado de Lisboa, que retoma la senda de los avances de la UE, sustituyendo al fallido Tratado Constitucional. Cuando

este Tratado, firmado a finales del 2007, sea ratificado por los veintisiete Estados miembros y entre en vigor, sus contenidos serán de obligado cumplimiento en todos los países signatarios, y en virtud del principio de primacía su aplicación tendrá carácter preferente frente al derecho interno en el caso de conflicto entre éste y la norma comunitaria.

IV. Todas las normas que previamente han sido citadas se hallan impregnadas de aquellos matices de carácter material que proyectan la igualdad hacia la obtención de unos mismos resultados. De este modo, como constitucionalista comprometida con las ideas que previamente han sido expuestas, quiero precisar que la disciplina que me ocupa y preocupa tiene como objeto, en este siglo XXI, el acercamiento entre los postulados formales y materiales de la Constitución. Esta pretensión es tan antigua como la misma política y al mismo tiempo es novedosa porque así lo demuestra la vida social; se emprende con el legado de los siglos precedentes en la materia de Teoría del Estado, en la cual con frecuencia se intentó relegar la importancia de la norma como mandato, adecuada para modificar la realidad; en otras ocasiones, ante las evidencias de la vida social hubo una rendición a favor de las normas que como acto de voluntad estatal se consideraban suficientes para explicar, en base a la lógica, todo el fenómeno jurídico político. Durante la primera mitad del siglo XX la disputa entre Constitución material y Constitución formal se manifestó virulenta mientras se perseguía la imposición de una visión del constitucionalismo que literalmente negaba la otra. En consecuencia, era obligado decidir entre la idea de una Constitución material que consideraba ilusorio todo intento de modificar la vida social mediante normas jurídicas aprobadas por las instituciones democráticas y el concepto de Constitución formal que se proclamaba lógicamente superior y en consecuencia capaz de susstraerse de la realidad para ser explicada desde compartimentos lógico-formales.

El constitucionalismo del siglo XXI, en los Estados sociales y democráticos de derecho, tiene entre sus preocupaciones el compaginar la estructura normativa y la realidad política. El derecho, en cuanto ordenamiento jurídico, va más allá de la estructura estricta de las normas, por lo que a cualquier construcción teórica se le exi-

ge ser susceptible de aplicación en la realidad. Y hemos de resaltar el papel del derecho a la hora de las grandes reivindicaciones sociales del siglo XX; entre ellas destaca por su extensión y profundidad la lucha de las mujeres por sus derechos, tanto públicos como privados. Desde la consecución de la democracia en España, con la vigente Constitución de 1978, hasta el momento presente se han sucedido cambios muy importantes en la vida de las mujeres españolas. A ello han contribuido de consuno el desarrollo económico del país, la consolidación del estatus de España en la Unión Europea y el impulso político dado por las medidas progresistas de los distintos Gobiernos, sobre todo a partir de 1982. No obstante, hemos de insistir en que los postulados constitucionales no han obtenido el desarrollo potencial que ofrece su formulación. Así, aunque la norma suprema española reconoce los postulados de la igualdad material y formal ante la ley, no aparece de forma expresa reconocido el derecho de los ciudadanos a la igualdad de oportunidades. Aunque el mismo puede deducirse de la interpretación conjunta de los artículos 14 y 9.2 constitucionales.

La realidad compleja del concepto de igualdad impide que sea tomado en su sentido literal; la igualdad no implica que los seres humanos deban ser iguales, sino que deben ser tratados conforme a unos mismos parámetros. Descartado el igualitarismo físico, las distintas corrientes doctrinales igualitaristas se han preocupado de analizar las diferentes acepciones que se pueden extraer de dicho término. De interés en el tema que nos ocupa son las referencias a la igualdad como punto de partida que expresa la no discriminación por medio de obstáculos arbitrarios para alcanzar posiciones sociales y para acceder con las mismas posibilidades que los otros a los distintos procesos de producción, de distribución de bienes y servicios o de participación en la toma de decisiones en el sector público.

Lo antes dicho refleja la igualdad ante la ley o igualdad formal proyectándola en su ámbito intersubjetivo y en correspondencia con el valor superior de la libertad, al exigir la desaparición de las trabas que obstaculizan el desarrollo de los seres humanos. Este reconocimiento de la igualdad de oportunidades da al traste con las teorías que justifican la estratificación social y que admiten diferencias entre los que han sido privilegiados por la naturaleza para una vida de

ocio y los condenados a una vida de trabajo constante. Pero si no se puede cuestionar la importancia de la igualdad de oportunidades como punto de partida, se debe insistir en que no coincide con la igualdad de resultados o igualdad material como punto de llegada, porque la realidad cotidiana nos muestra impedimentos de toda clase que continuamente la desvirtúan. En este punto debe hacer necesariamente su entrada la igualdad como resultado en cuanto instrumento corrector. Ésta, de forma obligada, viene determinada por una regulación jurídica que debe repercutir en una distribución semejante de bienes materiales e inmateriales. La propia naturaleza de la estructura social exige del derecho una actitud más o menos rígida a la hora de conseguir la igualdad perseguida.

Para avanzar en las doctrinas del igualitarismo se deben abandonar aquellas legitimaciones que se sustentan en lo que es obvio; hay que insistir en la función de las normas y de los operadores del derecho para intervenir en el proceso de normalización y de conversión de los individuos en sujetos. El constitucionalismo de la igualdad no puede ser guardián de órdenes jurídicos excluyentes y opresivos, y en consecuencia no se deben mantener situaciones sociales y jurídicas que impiden al llamado “sexo débil” ocupar en la sociedad de este siglo el lugar que por naturaleza le corresponde.

Con el objetivo antes expuesto, el Gobierno socialista de España, en cumplimiento de su programa electoral, aprobó en marzo de 2006 el Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Con esta norma se pretende hacer efectivo el principio de igualdad de trato y la eliminación de toda discriminación contra la mujer en cualquier ámbito de la vida o actuación pública o privada. Un año más tarde, el 15 de marzo de 2007 el Congreso de los Diputados aprobó la Ley de Igualdad (LO 3/2007, de 22 de marzo). Fue apoyada por todos los partidos políticos con representación parlamentaria, menos el Partido Popular, que se abstuvo. Al hacer coincidir la fecha de la aprobación del Anteproyecto por el Consejo de Ministros y de la ley por la Cámara Baja en los días de marzo, se intentaba coadyuvar por parte de los poderes públicos a la celebración, el 8 del mismo mes, del Día Internacional de la Mujer Trabajadora. Desde hace casi cien años se conmemora este evento y es cierto que se ha avanzado mucho, pues en el largo

camino hacia la igualdad se han obtenido derechos políticos y sociales, se han abierto las puertas del mercado laboral y las normas jurídicas reconocen formalmente la igualdad entre ambos sexos. Sin embargo, el futuro no será tal si no se da un pleno reconocimiento de los derechos de las mujeres.

En razón de lo previamente expuesto, esta Ley constituye una de las iniciativas políticas del actual Gobierno de España que va a tener un mayor impacto sobre el colectivo femenino preterido y olvidado durante siglos. España pasa a ser un referente internacional en un tema de gran calado, donde cuesta mucho esfuerzo avanzar. Las distintas inercias, la falta de sensibilidad y la escasa voluntad política se unen la mayor parte de las veces para cerrar el paso a las mujeres, aludiendo los principios de mérito y capacidad proclamados a nivel constitucional. Es deseable que por la fuerza de los avances sociales en un futuro próximo este tipo de medidas públicas no sean necesarias; mientras eso llega debemos constatar que la proclamación en la Constitución de la igualdad no ha bastado para avanzar ni en el sector público, ni en el privado. La preparación de las mujeres es ya una realidad y supera en muchas ocasiones a la de los hombres, pero no garantiza en la realidad social y política las condiciones de igualdad con el colectivo masculino que no ha visto nunca cuestionada su capacidad a la hora de realizar funciones públicas o privadas.

Por estas y otras razones las medidas normativas intervencionistas deben ser bien recibidas porque vienen a forzar y producir los correspondientes cambios en la situación social y política de la realidad española que ahora vivimos.

V. La Ley Orgánica de Igualdad es aplicable a todas las personas físicas o jurídicas que se encuentren o actúen en territorio español; tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, eliminando cualquier discriminación sobre la mujer en todo ámbito y en cualesquiera circunstancias. Porque las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana y en derechos y deberes, es preciso, en virtud de los contenidos de los artículos 9.2 y 14 de nuestra Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.

Por ello y como además de principio básico es un valor superior del ordenamiento jurídico español y principio fundamental de la

Unión Europea, la igualdad entre mujeres y hombres es un objetivo que integra todas las políticas y acciones de la Unión y de los Estados miembros. El acervo comunitario desarrollado al amparo del artículo 111 del Tratado de Roma es de gran importancia en lo referente a la igualdad de sexos; ello obliga en esta norma a trasponer al ordenamiento patrio las siguientes directivas en materia de igualdad de trato: la 2002/73/CE, que reforma la Directiva 76/207/CEE, 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; y la Directiva 2004/113/CE, sobre Aplicación del Principio de Igualdad de Trato entre Hombres y Mujeres en el Acceso a Bienes y Servicios y su Suministro.

Una novedad a resaltar en la Ley de Igualdad es el carácter preventivo otorgado a las políticas dirigidas a erradicar conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. Ello obliga a tener presente la dimensión transversal de la igualdad en cuanto elemento definitorio del moderno derecho antidiscriminatorio y eje central de este texto normativo. Todas las políticas públicas en España se verán afectadas, ya sean estatales, autonómicas o locales. La base jurídica se halla en la propia norma suprema que es competente para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos en el ejercicio de sus derechos constitucionales.

El alcance horizontal del principio de igualdad se proyecta con carácter general hacia los distintos ámbitos normativos y así está previsto en la Ley recientemente aprobada que nace con vocación de erigirse en la ley—código de la igualdad entre mujeres y hombres y lo hace bajo la óptica del principio de igualdad y la perspectiva de género.

Para la aplicación de dicho principio se prevén instrumentos básicos en el ámbito de la administración general del Estado, como el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, la creación de una Comisión Interministerial de Igualdad que será competente y responsable en temas de coordinación, impacto de género y sus correspondientes informes, así como los informes y evaluaciones periódicas sobre la efectividad del principio de igualdad. También se establece en

la Ley para alcanzar la igualdad real y efectiva un marco general para la adopción de las acciones positivas con un mandato a los poderes públicos para corregir las situaciones existentes de desigualdad fáctica que no se erradican con la simple formulación de un principio. La desigualdad a favor de las mujeres que puedan acarrear esas acciones exige cautelas y condicionamientos que aseguren su licitud constitucional.

La preocupación por el alcance de la igualdad efectiva en el sector público de nuestra sociedad se extiende al ámbito de la administración del Estado, a las fuerzas y cuerpos de seguridad y al ámbito de las Fuerzas Armadas; por ello en la Ley se prevén medidas específicas sobre los procesos de selección y para la provisión de puestos de trabajo.

La Ley en cuestión se estructura en un título preliminar, ocho títulos, veintisiete disposiciones adicionales, nueve disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales. En el título preliminar se establece el objeto y el ámbito de aplicación de la Ley, mientras que en el título primero se definen por influencia de las directivas comunitarias, de la Jurisprudencia de Luxemburgo, de la del Tribunal Constitucional Español y de la doctrina especialista en el tema, categorías básicas para el entendimiento de la igualdad real y efectiva.

En consecuencia, el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres implica inexistencia de cualquier discriminación, ya sea: “por razón de sexo, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social vinculada al sexo, bien sea directa o indirectamente, y en particular en lo referido a la maternidad, a la asunción de obligaciones familiares y al estado matrimonial o familiar, y otros factores que supongan una múltiple discriminación, como la discapacidad” (artículo 3o. de la Ley de Igualdad).

Se trata de un principio informador de todo el ordenamiento jurídico, y debe integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, siendo de aplicación en el ámbito del empleo privado y del empleo público. Es obligado garantizarlo en el acceso al empleo, en el trabajo por cuenta propia, en la formación y promoción profesionales, en las condiciones de trabajo

—también en las retributivas y las de despido— afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales.

No obstante, la Ley reconoce que la cláusula de no discriminación no excluye cualquier diferencia de trato por razón de sexo porque entiende que no constituye discriminación en el acceso al empleo una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando por razón de la actividad concreta que se vaya a realizar o en el contexto en el que la misma se lleve a cabo, esa característica constituya un requisito profesional esencial y determinante (por ejemplo, el trabajo de actriz) siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. Se definen los conceptos de discriminación directa e indirecta y se incluyen dentro del primer caso la discriminación por embarazo o maternidad. Será considerada discriminación directa por razón de sexo la situación en la que se encuentra una persona por razón exclusivamente de su sexo. En cambio, en la discriminación indirecta el trato desfavorable no aparece vinculado inmediatamente al sexo, pero en la práctica supone colocar a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo (por ejemplo, al obtener una mujer un menor salario que un hombre por un trabajo de igual valor). La excepción podemos encontrarla cuando “una disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados” (artículo 62 de la Ley de Igualdad).

Se consideran también discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. A los efectos legales se considera acoso sexual cualquier comportamiento verbal o físico de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona creando un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. En cambio, el acoso por razón de sexo se produce cuando se realizan comportamientos producidos en función del sexo de una persona y que persiga los mismos objetivos que en el caso anterior. Si un derecho o una expectativa de derecho queda condicionada a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o acoso por razón de sexo, será considerado como acto discriminatorio por razón de sexo (artículo 7o. de la Ley de Igualdad).

La exigencia del cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres no puede ser objeto de discriminación por razón de sexo; por ello las quejas, reclamaciones, denuncias, demandas o recursos presentados al respecto tratarán de evitar las represalias que puedan suscitar las anteriores reclamaciones, y los actos jurídicos y las correspondientes cláusulas que causen discriminación por razón de sexo serán considerados nulos y darán lugar a la exigencia de responsabilidad mediante reparaciones e indemnizaciones proporcionales al perjuicio sufrido. También se podrán establecer sanciones con un carácter disuasorio para prevenir conductas discriminatorias.

De sobra es conocido que positivizar derechos sin establecer las garantías correspondientes es dejarlos reducidos a papel mojado; por ello la Ley no olvida contemplar la obligada tutela judicial efectiva que permite a cualquier apersona recabar ante los Tribunales de Justicia el correspondiente amparo ordinario (artículo 53.2 de la CE) para la protección del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, incluso después de la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación. La Ley contempla también la capacidad y la legitimación para intervenir en estos procesos de acuerdo a lo que preceptúen las leyes que los regulen; se invierte la carga de la prueba y de este modo la persona demandada será quien debe probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y en su proporcionalidad en aquellos procedimientos en los que la parte demandante alegue discriminación por razón de sexo (artículos 12 y 13 de la Ley de Igualdad).

También conviene destacar cómo en el título I, en el artículo 11, se regulan las acciones positivas con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad. Serán los poderes públicos quienes deban adoptar medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto a los hombres; así se cumple con el mandato contenido en el artículo 9.2 constitucional. Incluso las personas físicas y jurídicas del ámbito privado podrán adoptar medidas de acción positiva siempre que sean razonables y proporcionados con el objetivo perseguido en cada caso. Esas medidas serán aplicables mientras subsistan situaciones de desigualdad. A estas medidas no alude de forma expresa el texto

constitucional español, a diferencia de lo que ocurre con otros textos constitucionales europeos, pero de ellos se hizo eco la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina especializada que ha diferenciado entre medidas de concienciación, medidas de retribución, recompensa o sanción positiva y medidas de facilitación, de impulso o de promoción. En el marco de estas últimas se pueden diferenciar medidas de incentivación para aumentar las oportunidades de los colectivos preteridos y las medidas de discriminación inversa aplicables en situaciones de invisibilidad o escasez del bien que se pretende adjudicar.

VI. La categoría del sexo, como fundamento de la ausencia de toda discriminación en el trato entre mujeres y hombres, que se recoge en el artículo 3o. de la LOI se encuentra entre las que la jurisprudencia estadounidense califica como clasificaciones sospechosas de discriminación para evidenciar su distinta naturaleza respecto a otros tratamientos diferenciados que obedecen a distintos motivos y no se hallan entre esas categorías. El uso excepcional de estas categorías sospechosas obliga a utilizar un juicio de igualdad más restrictivo que el juicio ordinario; se pretende asegurar una igualdad en el trato que anula casi por completo la discrecionalidad de los operadores legales que quieran establecer tratamientos diferenciados.

Esta construcción dogmática busca integrar los grupos discriminados (en este caso las mujeres) en términos de asimilación para su incorporación al sistema dominante, pero no es idóneo para superar las causas y los efectos de la discriminación, especialmente cuando se trata del sexo. Pues, el ideal de la igualdad respecto a los sexos funciona de forma compleja, conjugando integración con diferenciación.

A pesar de que el enunciado legal se hace en términos aparentemente neutrales y con carácter bidireccional —se habla de igualdad de trato entre mujeres y hombres— está meridianamente claro el sentido del precepto: prohibir la discriminación por razón de sexo sufrida durante siglos por el grupo social femenino. La causa de su existencia y el fundamento teleológico se hallan en la voluntad de evitar la segregación que se ha dado al excluir al colectivo de las mujeres. Así el TC español (Sentencia 17/2003, F. J. Tercero) no duda en afirmar que el caso de la discriminación por razón de sexo:

Según resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del artículo 14 y es unánimemente admitido por la doctrina científica que la disposición busca terminar con la histórica situación de inferioridad en la vida social y jurídica de las mujeres y no la de proteger al sector masculino cuya preeminencia está más que demostrada en todos los campos de la vida ya sea privada o pública.

Actualmente la doctrina sostiene la eficacia horizontal de los derechos fundamentales frente a terceros de carácter mediato o indirecto. Sin embargo, el mandato antidiscriminatorio por razón de sexo tiene una vinculación inmediata en las relaciones entre particulares sin necesidad de intermediación de los poderes públicos. Nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha mantenido este tipo de vinculación sobre todo en el área de las relaciones laborales y de los convenios colectivos dentro de las empresas. Sírvanos de ejemplo la Sentencia del TC 41/99, de 22 de marzo, donde se evidencia que la prohibición de discriminación por razón de sexo constituye un límite a la libertad empresarial. Así en el F. J. 4o. se dice:

En lo que atañe a la prohibición de discriminación por razón de sexo, hemos establecido que tal prohibición constituye un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación, también aplicable en la fase de acceso al empleo (STC 173/1994, F. J. 3o.) lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para los hombres y para la mujer —en el caso de las discriminaciones directas— así como a rechazar aquellos otros criterios que, aún siendo formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso.

El Tribunal Constitucional español, en cuanto máximo intérprete de la norma suprema, se ha ocupado frecuentemente de resolver casos en torno a la discriminación por razón de sexo; el mayor número recae en el ámbito de las relaciones laborales, perteneciendo los empleadores tanto al sector público como al privado. Su jurisprudencia ha evolucionado a lo largo de un cuarto de siglo, pero en el tema de la igualdad y no discriminación se aprecian ciertos vacíos y contradicciones. Se trata de una jurisprudencia en evolución que, al

igual que sucede en el ámbito comunitario, ha retomado la tipología que sobre el concepto de discriminación se ha desarrollado en la jurisprudencia estadounidense y que se ha extendido a la normativa internacional sobre derechos humanos.

De procedencia estadounidense es la diferenciación entre las teorías *disparate treatment* y *disparate impact*. Esta tipología se recogió en el ámbito europeo, equiparando el primero de los conceptos al de discriminación directa y al segundo con la discriminación indirecta. Así las cosas, la Directiva 2002/73/CE en su artículo 1.2 define la discriminación directa por razón de sexo y considera expresamente el acoso sexual y el acoso por razón de sexo como discriminación por razón de sexo, quedando en consecuencia ambos prohibidos.

En una línea semejante, el artículo 3o. de la Ley Orgánica de Igualdad prohíbe las discriminaciones directas por razón de sexo, cuyo concepto aparece positivado en el artículo 6.1 de la precitada norma. Se sigue literalmente la normativa comunitaria y se considera que discriminación directa por razón de sexo “es la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido, o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable”.

Recientemente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha manifestado al respecto de la discriminación directa por razones de sexo (Sentencia 182/2005) diciendo que:

Tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres.

Pero el alto tribunal en su jurisprudencia no hace referencia a la posibilidad de la existencia de intencionalidad o no en la acción de discriminar cuando se trata de discriminación directa; únicamente señala el criterio prohibido —el sexo— y las circunstancias inequívocamente unidas a éste, es decir, factores que determinan la menor valoración o perjuicio a una persona. En cambio, en el seno de la doctrina se aprecian dos tipos de discriminaciones directas: una ex-

presa y otra oculta o encubierta. Ambas quedan incluidas en la discriminación prohibida en este artículo que comentamos.

La discriminación directa pretende fundamentar la diferencia de trato discriminatorio en el sexo exclusivamente. En cambio en la discriminación oculta o encubierta la diferencia de trato no se deriva sólo de la categoría prohibida —el sexo— y aparenta cierta neutralidad en la finalidad diferenciadora. Así pues, añade al sexo un plus de exigencia como fuerza muscular o la altura para acceder a determinados puestos de trabajo. De este modo, aunque no haya intención de discriminar los efectos perjudiciales derivados de esas conductas son los mismos en ambos casos.

El concepto de discriminación indirecta que recoge la Ley Orgánica de Igualdad en su artículo 6.2 recibe la influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que ya recogía el artículo 1.2 de la Directiva 2002/73/CE. Supone la oposición a la aplicación de una medida que aunque esté formulada de manera neutra perjudica a un porcentaje superior de mujeres respecto al de los hombres, a no ser que esa medida controvertida esté justificada por factores ajenos a cualquier discriminación de sexo. Dice el precepto español vigente:

[Artículo 6.2.] Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

Se sigue casi al pie de la letra la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el tema, que ha sido menos abundante que en el caso de las discriminaciones directas y donde tampoco se aprecia en la definición que del concepto se nos da la concurrencia de una intención de discriminar que no considera relevante en su análisis sobre la medida, porque lo que en realidad interesa es el resultado perjudicial e ilegítimo del trato diferenciado, construido en términos neutros, al margen de si se dio o no la voluntad de discriminar. La jurisprudencia en este aspecto se centra en la resolución de

casos en el sector de empleo remunerado y de las prestaciones de la seguridad social, y permite confirmar que la discriminación indirecta hunde sus raíces en una concepción sustantiva de la igualdad que se refiere a la pertenencia del grupo, superando de este modo la visión individualista de la discriminación directa. Por ello, para un correcto análisis del tema se hace imprescindible el estudio de datos sociológicos y no sólo del análisis jurídico al que únicamente queda ceñida la discriminación directa.

Al respecto, merecen tenerse en cuenta las sentencias del TC: 41/99, de 22 de marzo; 240/99, de 20 de diciembre; 203/2000, de 24 de julio; 253/2004, de 22 de diciembre; 50/2005, de 14 de marzo, donde se consideran conductas discriminatorias indirectas la contratación de empleados que favorece de forma velada a los hombres, la denegación de excedencia para el cuidado de los hijos a funcionarias interinas de larga duración, la discriminación de mujeres trabajadoras a tiempo parcial que reciben un trato diferente al de los trabajadores a tiempo completo a la hora del cómputo del periodo mínimo de cotización exigible para la concesión de una asignación de incapacidad permanente.

Sin embargo, en otras ocasiones el Alto Tribunal ha considerado que la fuerza física es una característica que justifica que los hombres en ciertos tipos de trabajo perciban una mayor remuneración (STC 250/2000, de 30 de octubre) o se justifica la resolución de un contrato laboral entre una entidad pública y una mujer trabajadora porque se alega que no posee la fuerza física necesaria para realizar el trabajo de basculera (STC 198/1996, de 3 de diciembre).

En el ámbito de las discriminaciones directas e indirectas, el artículo 3o. de la Ley Orgánica de Igualdad hace hincapié en las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. Y en el artículo 8o. de la misma norma se alude expresamente a la discriminación directa por razón de sexo que supone todo trato desfavorable que sufren las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad. En una línea semejante, la mayoría de las Constituciones, declaraciones de derechos y demás textos legislativos internacionales se preocupan de proteger a las madres trabajadoras. En el momento histórico que vivimos (Europa en general y España en particular) es preciso remarcar esta protección como la

no discriminación por el ejercicio del derecho a ser madre o la asunción de obligaciones familiares que los roles y estereotipos al uso hacen recaer, en su mayor parte, sobre las mujeres. De este modo, el derecho a ser madre en su dimensión legal se completaría con la dimensión social de la mujer madre de familia o ama de casa, faceta que no ha sido reconocida hasta fechas recientes por el sector público.

La maternidad es un hecho biológico, social y cultural trascendente para la vida de la mujer, que forma parte del libre desarrollo de la personalidad y que pertenece al ámbito más íntimo de la autonomía personal. La importancia del mismo trasciende del ámbito personal al social porque de las mujeres depende la pervivencia de la sociedad y la continuidad de la especie humana. Aunque esto es así, nadie niega que el ejercicio de la maternidad y la asunción de las obligaciones familiares conllevan una serie de consecuencias negativas para el ejercicio de los otros derechos, sobre todo laborales y de participación en las facetas públicas, sobre los que las mujeres no ejercen control ni pueden tomar decisiones. De ahí que se hiciera necesario su reconocimiento como derecho para gozar de la misma protección y garantías que el resto de los derechos que disponen de rango constitucional: el ejercicio de la maternidad no debe menoscabar otros derechos y no debe contener otros límites que no sean los previstos en la Constitución y en las leyes.

Cuando el artículo 3o. de la LOI regula el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres y prohíbe toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirecta, haciendo especial referencia a las discriminaciones sufridas por la mujer en función de la faceta que históricamente se le ha asignado en el ámbito doméstico, está sentando las bases para fundamentar un derecho aportando las razones que justifican su reconocimiento: la situación demográfica española con una población envejecida cuyo relevo generacional depende de las mujeres que tienen que sentirse respaldadas por el Estado a la hora de tomar esa decisión; el coste que la maternidad supone para la mujer, sobre todo en el ámbito laboral. Este coste debe ser superado con la ayuda de los poderes públicos, que deben cumplir el mandato constitucional de hacer real y efectiva la igualdad y permitir la participación de todos en la vida pública y priva-

da. Porque la maternidad y la asunción de cargas familiares dificultan aún más la situación laboral de las mujeres en relación con la de los hombres, y es tarea del Estado equilibrar esta situación.

Por las razones expuestas, es altamente positivo el reconocimiento del derecho de las mujeres a no ser discriminadas por motivos de maternidad, estado civil o asunción de obligaciones familiares. Pero para hacer efectivo un derecho son necesarias garantías, sobre todo de carácter jurisdiccional, y ahí vemos cómo la Ley Orgánica de Igualdad se ha preocupado de establecer los cauces necesarios para acudir a los tribunales de justicia y solicitar la reparación de un derecho vulnerado. De este modo, en el artículo 9o. se regula la indemnidad frente a las represalias que pueda sufrir una persona que presente quejas, denuncias, demandas o recursos para evitar sufrir discriminación y exigir el cumplimiento efectivo de la igualdad de trato. Las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias se regulan en el artículo 10 y la tutela judicial efectiva —amparo ordinario— está previsto en el artículo 12, que se completa con el contenido del artículo 13 que establece la inversión de la carga de la prueba en los procedimientos en los que la parte actora se fundamenta en actuaciones discriminatorias por razón de sexo.

Hasta fechas recientes, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha pronunciado sentencias en cuyos fallos se aprecian tratamientos diferenciados con la intención de proteger a las mujeres trabajadoras, otorgándoles derechos o facultades especiales que giran en torno a reforzar el papel de cuidadoras en el ámbito privado familiar que cultural e históricamente se les ha asignado a las mujeres. Este trato especial que otorga beneficios y facilidades a las mujeres para que asuman su papel en el ámbito doméstico no les facilitan su inserción en el mercado laboral porque a los empleadores no les interesa ese tipo de medidas que contribuyen a una división sexual del trabajo de índole patriarcal. Dicho trato de favor hacia el sexo femenino encuentra su fundamento en la supuesta debilidad femenina y los efectos finales suelen ser perjudiciales para las mujeres. La doctrina las ha considerado como un híbrido a medio camino entre la discriminación directa e indirecta.

A título de ejemplo mencionaremos la STC 38/1986, de 21 de marzo, respecto a la regulación de un descanso mínimo y continuo

para las mujeres trabajadoras; la STC 207/1987, de 22 de diciembre, que declara inconstitucional un convenio colectivo que otorgaba a las auxiliares de vuelo derechos de retiro anticipado; la STC 103/1983, de 22 de noviembre, que extiende a los hombres el derecho de pensión de viudedad en igualdad de condiciones; la STC 142/1990, de 20 de septiembre, respecto a las pensiones de viudedad, del seguro obligatorio de vejez e invalidez que excluían a los hombres como beneficiarios de las mismas.

Estas medidas de discriminación protectora o paternalista ya no deben tener, en nuestra opinión, razón alguna de ser, porque en la reciente Ley Orgánica de Igualdad, en desarrollo de los postulados constitucionales, se establece una acción normativa dirigida a combatir las manifestaciones subsistentes de discriminación y a promover la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, removiendo los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. En este sentido, el artículo 14 de la citada Ley Orgánica se fijan los criterios generales que a tal fin deben guiar la actuación de los poderes públicos destacando las políticas que eviten la segregación laboral y eliminen las diferencias retributivas, potenciando el crecimiento del empresariado femenino, incluido el doméstico, y se obliga a adoptar medidas de acción positiva para intentar erradicar las dificultades en las que se encuentran las mujeres que pertenecen a colectivos de especial vulnerabilidad.

Se pone el acento en la protección a la maternidad, haciendo especial hincapié en que debe ser la sociedad quien asuma los costes derivados del embarazo, parto y lactancia. Y, además, se establecen medidas que, para lograr la igualdad real y efectiva, permitan conciliar el trabajo y la vida personal y familiar de mujeres y hombres, así como la corresponsabilidad de ambos en las labores domésticas y en la atención a la familia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., *La teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BALAGUER, Ma. Luisa, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Valencia, Cátedra, colección Feminismos, 2005.

- BARRERE UNZUETA, Ma. Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997.
- BILBAO UBILLOS, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- CABO MARTÍN, Carlos de, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- COLLADO MATEO, C., “Mujeres, poder y derecho”, *Feminismo/s. Mujeres y Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, Centro de Estudios sobre la Mujer, núm. 8, 2006.
- CRUZ VILLALÓN, P., *La curiosidad del jurista persa y otros escritos sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- ESQUEMBRE VALDÉS, M. M., *Fundamentos de la discriminación positiva en Europa y España. En especial, en la administración pública*, Alicante, Agencia Local de Desarrollo Económico y Social de Alicante, 2004.
- , “Género y ciudadanía, mujeres y Constitución”, *Feminismo/s. Mujeres y Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, Centro de Estudios sobre la Mujer, núm. 8, 2006.
- , “Voz, maternidad e igualdad”, en FREIXES SANJUÁN, T. y SEVILLA MERINO, J. (coords.), *Género, Constitución y estatutos de autonomía*, Barcelona, INAP-Estudios Goberna, 2005.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Igualdad y no discriminación por razón de sexo”, en APARICIO, J. y BAYLOS, A. (dirs.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid, Trotta-Fundación de 1o. de Mayo 1992.
- FIGUERUELO, Á. e IBÁÑEZ, M. L., *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Granada, Comares, 2006.
- et al., *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres*, Granada, Comares, 2007.
- FREIXES SANJUÁN, T. (coord.), *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- y SEVILLA MERINO, J. (coords.), *Género, Constitución y estatutos de autonomía*, Barcelona, INAP-Estudios Goberna, 2005.
- GÁLVEZ MONTES, J., “Artículo 14”, en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, 3a. ed. ampl., Madrid, Civitas, 2001.
- GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1996.

- GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, 3a. ed. ampl., Madrid, Civitas, 2001.
- GIMÉNEZ GLUCK, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004.
- , *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999.
- JIMÉNEZ CAMPO, I., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 9, 1983.
- LAZO FUENTES, X., *Principio de igualdad, no discriminación por razón de sexo y representación política*, Universidad de Salamanca, 2006, tesis doctoral.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978”, en FREIXES SANJUÁN, T., *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- MARSHALL, T., *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- MARTÍN VIDA, Ma. Ángeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2003.
- , “Modelos de medidas de acción positiva en los países miembros de la Unión Europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Departamento de Derecho Político, Centro de Estudios “Ramón Areces”, núm. 12-13, 2003.
- MONTESINOS SÁNCHEZ, Nieves (ed.) y ESQUEMBRE VALDÉS, M. M. (coords.), *Feminismo/s. Mujeres y Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, Centro de Estudios sobre la Mujer, núm. 8, 2006.
- MURILLO, Soledad, *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 2006.
- OTTO Y PARDO, I. de, voz “Igualdad”, en GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., *Diccionario del sistema político español*, Madrid, Akal, 1984.
- RECASÉNS SICHES, L., *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1965.
- RENAU, Ma. Dolores, “De súbditas a ciudadanas”, *Meridian*, Sevilla, núm. 36, abril-junio de 2005.

- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.
- ROSENFELD, M., “Igualdad y acción afirmativa para las mujeres en la Constitución de los Estados Unidos”, en FREIXES SANJUÁN, T. (coord.), *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- SARTORI, G., voz “Igualdad”, en *id.*, *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.
- SEVILLA MERINO, Julia, *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Valencia, Universidad de Valencia, Instituto Universitario de Estudios sobre la Mujer, 2004.
- VENTURA, Asunción, *Las mujeres y la Constitución Española de 1978*, Madrid, Instituto de la Mujer, 1999.
- VILLACORTA MANCEBO, L., *Principio de igualdad y Estado social: apuntes para una relación sistemática*, Santander, Parlamento de Cantabria-Universidad de Cantabria, 2006.