

IGUALDAD Y DIFERENCIA HOMBRE-MUJER SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

María Elósequi Itxaso
Universidad de Zaragoza

Este artículo examina los modelos teóricos y filosóficos sobre la relación varón-mujer, tal y como se presentan en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (a partir de ahora TC) (1).

Trás un estudio detenido *a posteriori* tanto de la legislación como de la

(1) Por falta de espacio no podemos hacer referencia en este artículo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que se haya recogida en *Acces to equality between women and men in the European Community. Summary of the Judgments of the Court of Justice of the European Communities. 1987-1992. European Conference organised at Louvain-la Nueve (Belgium) from 30 September to 3 October 1992 by the Equal Opportunities Unit of the Commission of the European Communities and the Department of International and European Law of the Catholic University of Louvain (U.C.L).* 1992. Del caso 33 al 63. Las 32 primeras sentencias del TJCEE están contenidas en la siguiente publicación: *The Equality between Women and Men in the European Community. Collection of Texts. University press of Louvain. Louvain-la-Neuve. Ed. M. Verwilghen. 1987.* Y en «*Law Encyclopedía on the Equality between Women and Men in the European Community*». Two volumes containing the judgments on the subject with The conclusions of the general attorneys. 1994. AZKARATE-ASKASUA ALBÉNIZ, Ana Carmen: *Mujer y discriminación: del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional. Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP), Colección Tesis Doctorales, Bilbao, 1997.* Novedades más recientes en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas los constituyen el asunto Kalanke y el asunto Marschall (sobre las leyes de cuotas para mujeres en el acceso al funcionariado en Alemania), que exceden de la finalidad del presente artículo, y constituyen objeto de una futura publicación. Algunos comentarios al asunto Kalanke se recogen en la revista DOXA, n.º 19 (1996): BARRERE UNZUETA, M.ª Ángeles: *Discriminación. Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres. Cuadernos Civitas, Madrid, 1997;* CRUZ VILLALÓN, Jesús (coordinador): *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1997;* QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo. Marcial Pons. Madrid. 1996.*

jurisprudencia se confirmará la hipótesis propuesta, a saber que los criterios y métodos de interpretación de estos altos tribunales responden a un presupuesto previo sobre cómo entender el principio de igualdad, y de un modo más concreto sobre cómo se definen las relaciones varónmujer en nuestra sociedad.

Esa conclusión es compatible con el hecho de que en ocasiones los propios componentes de los tribunales, bien aisladamente o en su conjunto, no hayan partido inicialmente de un modelo racional previamente formulado y delimitado, pero a través de la evolución en la argumentación jurídica ha sido posible elaborar las conclusiones que se presentan en este trabajo.

El análisis jurisprudencial del principio constitucional de la igualdad es un buen exponente de cómo los Tribunales recurren constantemente a la realidad social como criterio interpretativo. Por esta razón, la señalada jurisprudencia es una banco de prueba de algo que está más allá de la jurisprudencia, es decir de la propia realidad social respecto a la situación de la mujer en el ordenamiento jurídico español.

Como afirma la profesora Durán (2), con la celebración de la IV Conferencia mundial sobre la mujer (3), celebrada en Pekín en septiembre de 1995, han quedado nuevamente abiertos muchos interrogantes acerca de la función y trabajo de la mujer en los distintos ámbitos normativos de la sociedad.

En el documento de la ONU elaborado en Pekín, «Plataforma de Acción para la igualdad, el desarrollo y la paz de la mujer», se recoge por primera vez en un texto internacional un término clave para lograr una igualdad adecuada y real entre varón y mujer. Este concepto crucial es el de *corresponsabilidad*. Precisamente en el párrafo 30 del citado documento se establece: «La crianza de los hijos, exige la responsabilidad compartida de progenitores, hombres y mujeres y la sociedad en conjunto. La maternidad, la crianza de los hijos, el cuidado de los hijos y el papel de la mujer en la procreación no deben servir de argumento para la discriminación, ni limitar la participación plena de la mujer en la sociedad» (4).

En esta última década las reivindicaciones de la igualdad han sufrido una enriquecedora evolución; el término igualdad no se entiende ya como lo homogéneo, tal y como lo presentó el liberalismo, sino como una igualdad que debe asumir la diferencia, *la différence*. Este nuevo modelo, que reivindica la igualdad en la diversidad, está dejando notar su influencia en la interpretación del principio de igualdad. En este contexto se entiende que igualdad no equivale a identidad con el otro, porque asistimos a la paradoja de que la identidad con uno mismo nos hace diversos con respecto a los demás. Ese presupuesto teórico se aplica tanto a las relaciones entre las razas, y entre las distintas culturas, como entre los sexos (5).

(2) DURÁN Y LALAGUNA, P.: «El tratamiento técnico del feminismo». Debates sobre el género. A propósito del Plan para la Igualdad de las Mujeres. Ed. Ayuntamiento de Castellón. Castellón. 1992.

(3) Documento de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de la ONU, Plataforma de Acción para la igualdad, el desarrollo y la paz.

(4) El párrafo 30 del citado documento

(5) TAYLOR, Charles: *Multiculturalism and the Politics of Recognition*. Princeton University Press, 1992. Reedición *Multiculturalism. Examining the politics of recognition*, 1994. Hay traducción española de la edición de 1992: «El multiculturalismo y la política del reconocimiento». Comentarios de Amy Gutmann, Steven C. Rockefeller, Michael Walzer y Susan Wolf. Fondo de Cultura Económica, México, 1993. ELOSEGUI, M.: «Entrevista con Charles Taylor», *Debats*, Valencia, n.º 47, marzo, 1994.

Tres modelos sobre la relación varón-mujer

Para cumplir con el objetivo de analizar el marco conceptual en el que se mueve el Tribunal Constitucional, es preciso señalar distintas perspectivas teóricas desde las que se han definido las relaciones varón-mujer. Las actuaciones del Tribunal han servido para afianzar algunas de ellas y para rechazar otras, al considerarlas no acordes con el principio constitucional de la igualdad (6).

Comenzaremos por tanto por señalar tres posibles modelos desde distintos presupuestos antropológicos. Tomando éstos como referentes analizaremos a continuación cómo estos modelos han estado presentes en la legislación y jurisprudencia española.

En opinión de Rey Martínez en relación al TC «se echa de menos el empleo de un marco conceptual más sólido, que permita distinguir la casuística de modo más seguro» (7). En efecto, este juicio quedará demostrado en las líneas que siguen. Precisamente en este trabajo se exponen, tras un atento análisis, los modelos que justificarían los criterios que ha utilizado el Tribunal Constitucional al otorgar o denegar la igualdad y la desigualdad, es decir el reconocimiento de la diferencia, admitiendo en ocasiones un trato desigual.

Utilizaremos como referentes los modelos propuestos para juzgar sobre la coherencia o incoherencia de la argumentación expuesta en los fundamentos jurídicos de la jurisprudencia del TC.

Dicho esto, sintetizaremos los tres posibles modelos que se proponen teóricamente para explicar las relaciones varón-mujer en la actualidad; el primero es el de la dependencia de la mujer con respecto al varón, el segundo el de la independencia absoluta junto al asimilacionismo, y el tercero el de la interdependencia o corresponsabilidad.

Modelo 1: Dependencia de la mujer con respecto al varón

El primer modelo consideraba que la mujer dependía del hombre. Este esquema estuvo presente en la legislación española, como es bien sabido, hasta su abolición definitiva en la reciente Constitución de 1978, aunque existiera ya normativa anterior que reconociera esa igualdad. En esta perspectiva se exageraba, si cabe expresarlo así, la diferencia entre los dos sexos, para a continuación entender la diferencia como inferioridad de la mujer con respecto al varón.

Las diferencias sexuales determinaban en este caso los papeles culturales,

(6) REY MARTÍNEZ, Fernando: El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. McGraw-Hill. Madrid. 1995. ALCOLEA TEJEDOR, Pilar: Discriminación laboral de la mujer. Estudio de la doctrina jurisprudencial española y comunitaria sobre la discriminación laboral de la mujer desde 1980. Secretaria de la dona. CC.OO. País Valencià. Generalitat valenciana. Conselleria de Treball i afers socials. 1994. BALLESTER PASTOR, M.ª Amparo: Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral. Generalitat Valenciana. Conselleria de cultura. Tirant lo Blanch. Valencia. 1994. DURÁN LÓPEZ, F.: El Derecho del Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 2.ª ed. MTSS. Madrid. 1992. DURÁN LÓPEZ, F.: «La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976». En Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. MTSS. Madrid. 1990. PÉREZ DEL RÍO, T.: El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo. MTSS. Madrid. 1984. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia Constitucional». En Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991. Marcial Pons. Barcelona. 1992.

(7) REY MARTÍNEZ, F.: o.c., p. 12.

hasta el punto de que se consideraba que las funciones que ambos desarrollaban en la sociedad no eran intercambiables sino que estaban irremediamente unidas a la genética y a la biología.

Ese planteamiento, no sostenible científicamente, se agravaba por el hecho de que las funciones diferenciadas atribuidas a uno y otro sexo no recibían la misma valoración social. Al varón se le asignaban las funciones que determinaban el curso de la sociedad, era así el que ostentaba el poder en el ámbito público. Al hombre le correspondía dentro de lo público, la política, la economía, la producción, el trabajo remunerado; a la mujer, que se desenvolvía en el ámbito privado, se le asignaban las tareas relacionadas con la reproducción, crianza y educación de los hijos y la economía doméstica, infravaloradas socialmente.

En resumen, la dependencia de la mujer con respecto al varón iba unida a otros dos presupuestos; exaltación de las diferencias, negando la igualdad y la identidad entre sexo biológico y las funciones sociales, hoy denominadas funciones de género.

Este modelo se considera hoy a nivel teórico y jurídico como falso y superado, aunque persiste en la práctica social; «A lo largo de este siglo, desde varios frentes, se ha comenzado a poner en tela de juicio esta necesaria ligazón entre sexo y género. Estudios antropológicos, sociológicos y psicológicos han puesto de manifiesto que estatus, estereotipos, roles, e incluso la misma masculinidad y feminidad, se comprenden mejor desde una realidad de género, que goza de mecanismos propios e independientes, que desde la determinación/destino del sexo biológico»(8).

El siguiente texto expresa de un modo sintético y preciso el rechazo del modelo 1: «En la actualidad estamos asistiendo a una reconceptualización de estos constructos, con el consiguiente cambio denominativo: donde antes se hablaba de estatus, roles, estereotipos sexuales parece más acertado expresarse en términos de estatus, roles y estereotipos de género, dado que son fundamentalmente las sociedades las que determinan el puesto, el papel o la creencia que se deben corresponder con el sujeto humano en función de su sexo biológico. Donde mejor puede verse reflejado este importante cambio es en los estudios recientes sobre la masculinidad y feminidad. Los dos primeros tercios del siglo xx han estado dominados por la idea de que la masculinidad y la feminidad eran los dos polos opuestos de un único continuo, que se correspondía, y por tanto, correlacionaban muy alto con los sexos opuestos. Aquéllos eran el correlato psicológico natural de la realidad dimórfica puesta de manifiesto en la biología» (9).

Esta crítica es compartida por muchos autores entre ellos el profesor Ballesteros quien afirma: «Es, por consiguiente, necesario luchar contra todo tipo de discriminación sexista, cuyo origen sería el dualismo entendido como si el varón fuese *res cogitans*, y la mujer *tan sólo res*

(8) FERNÁNDEZ, Juan: «Clarificación terminológica; el sexo, el género y sus derivados». Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación facultad de Psicología. Campus de Somosaguas. Universidad Complutense. Investigaciones psicológicas, n.º 9, 1991. Universidad Complutense. También FERNÁNDEZ, Juan: «Introducción: La doble realidad del sexo y del género», en Investigaciones psicológicas, n.º 9, 1991. BIRULES, Fina & AMOROS, Celia y otras: Filosofía y género. Identidades femeninas. Ed. Pamiela. Navarra. 1992. GILLIGAN, Carol: In a Different Voice. Cambridge. Harvard University Press. 1982.

(9) FERNÁNDEZ, J.: «Clarificación terminológica; el sexo, el género y sus derivados», p. 25.

extensa. Hoy se sabe que el género no procede directamente del sexo» (10).

Modelo 2: Independencia-equiparación asimilacionista

El segundo modelo surge a raíz de las revidincaciones de los primeros movimientos feministas de los sesenta. Reclamaban la independencia de la mujer con respecto al varón, entendiendo ahora su situación como la de igualdad sin diferencia. Ser iguales significaba ocupar los lugares que en el mundo público sólo habían pertenecido a los hombres, es decir suplantarles adoptando sus maneras, imitando los modos masculinos (como se apreciaba incluso en la moda unisex). Se produce así una paradoja; la mujer imita al hombre, queriendo a su vez liberarse de lo femenino. Con ese fin huye del mundo privado porque considera que este es la causa de su esclavitud. Pone las esperanzas de su liberación en su incorporación al mundo laboral, al mercado de trabajo.

Intenta además hacer oír su voz en la sociedad, una voz anteriormente sumergida y oculta (11). Esto se trasluce en varios logros, especialmente en la legislación. Se alcanza, después de un prolongado período de reivindicaciones, la igualdad formal en el ámbito jurídico.

Junto a esta indudable ventaja va entreviéndose un inconveniente. Como se ha dicho, se había establecido una contraposición entre mundo público y mundo privado, como si fueran algo incompatible; la presencia de la mujer en una de estas esferas exigía la renuncia a estar presente en el otro ámbito.

Así, ese primer feminismo planteó la incorporación de la mujer a la esfera pública en términos de liberación del ámbito privado. En concreto la mujer se debía liberar de su maternidad, ese era el precio exigido, había que liberarse de la biología, lo cual significaba o equivalía a liberarse de la maternidad. Este objetivo perseguía una doble finalidad; la posibilidad de ser competentes en el mundo profesional; y la liberación de la subordinación implícita en las relaciones con los varones, por tanto había que liberarse también de los hombres. Por eso, parte de estas reivindicaciones se plantean contra los varones, ellos son el enemigo. De manera que se tiende a crear ámbitos de mujeres separados de los varones (12).

La igualdad se entiende en términos de una equiparación varón-mujer en términos asimilacionistas. La mujer puede identificarse con el varón porque se

(10) BALLESTEROS, Jesús: *Ecologismo personalista*. Ed. Tecnos. Madrid. 1995, p. 103.

(11) GILLIGAN, Carol: *In a Different Voice*. Cambridge. Harvard University Press, 1982.

(12) SAEZ LARA, Carmen: *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*. Consejo económico y social. Madrid. 1994. Citado por SAEZ LARA en la p. 22, nota 3. KAY, H.H.: «Models of Equality». *University of Illinois Law Review*, 1/1985, p. 72, nota 241, donde cita estudios producidos en las alas más radicales del feminismo que señalan el deseo de un «espacio para las mujeres», libre de la influencia masculina y en el que se pueda crear una cultura de la mujer. Deseo de separación que no es privativo de las mujeres. MACKINNON, Catharine A.: *Towards a Feminist Theory of the State*. Harvard University Press. 1991. NAVARRO ELOLA, Luis & PASTOR TEJADOR, Ana Clara & BARBI AYUCAR, Elena & DÍAZ CALVO, Amparo: *Tecnología, empleo y mujer*. Ed. El Gobierno de Aragón junto con el Instituto Aragonés de la Mujer (IAM). Julio de 1994. Departamento de Economía y Dirección de Empresas, Centro Politécnico Superior de Ingenieros. Universidad de Zaragoza. PASTOR CARBALLO, Rosa & MARTÍNEZ-BENLLOCH, Isabel & BARBERÁ HEREDIA, Ester & CASTAÑO LINARES, Dolores: *Perspectivas actuales en la investigación psicológica sobre el sistema de género*. Ed. Nau Llibres. Valencia. 1988. SCHOR, Juliet: *La excesiva jornada laboral en Estados Unidos. La inesperada disminución del tiempo de ocio*. Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Informes y estudios. 1994. *Original The Overworked american. Unexpected decline of leisure*. Ed. Basic Books. 1986. Traducción Elvira Cortés Pinzano.

considera que no existe nada previamente dado en su identidad, no hay ninguna diferencia entre varón y mujer, ni siquiera biológica. Se defiende una identidad en las funciones sociales, todas son absolutamente intercambiables, porque hombre y mujer son idénticos. La consecuencia es que la legislación no debe hacer ninguna distinción basada en la diferencia sexual, ya que se parte de que ésta no existe (13). La igualdad significa en este caso homogeneidad. El resultado es que en realidad las mujeres no alcanzaron su identidad sino que se asimilaron a un modelo masculino, que era inicialmente su blanco de críticas, cayendo en un círculo vicioso (14).

Modelo 3: Interdependencia-corresponsabilidad

El tercer modelo propugna la interdependencia entre los distintos sexos; *una igualdad en la diferencia*. Reivindica que los dos sexos deben estar simultáneamente presentes en el mundo de lo privado y de lo público. A la vez que reclama más presencia de la mujer en la vida pública, considera igualmente necesaria una mayor presencia del varón en los asuntos domésticos, y en el mundo de la educación de los hijos. También el varón tiene derecho a asumir unas tareas antes reservadas a las mujeres. Esta revolución social necesita un respaldo jurídico porque implica una revolución copernicana en las estructuras sociales. El principio de igualdad desde esta perspectiva requiere analizar en conjunto la relación entre los sexos. Es más añade una nota muy positiva porque se dirige a que exista una interrelación de tareas en los dos ámbitos; paternidad-maternidad de la mano en el ámbito privado, y cooperación creativa hombre-mujer en el mercado laboral. Como veremos esto tendrá sus consecuencias a nivel legislativo. En el II plan de Acción positiva del Gobierno Vasco se afirma «La participación laboral de las mujeres y la participación doméstica de los hombres, es decir, el reparto de responsabilidades sociales y económicas en la población adulta, es un requisito básico para el progreso» (15).

En esta mutua cooperación hay que distinguir en ambos ámbitos funciones intercambiables, es decir que pueden ser realizadas indistintamente por personas de ambos sexos, y que dependen sólo del aprendizaje, frente a otras funciones o roles que están conectadas a una diferenciación biológica y que no son transferibles al otro sexo.

Si los sexos son necesariamente varón o mujer, las funciones atribuidas culturalmente a cada sexo pueden ser en algunos aspectos intercambiables. Aunque el género en alguna de sus dimensiones se fundamenta en el sexo

(13) SAEZ LARA: p. 23. La visión igualitarista o asimilacionista no da relevancia a las diferencias sexuales.

(14) Aunque no es el momento de analizar ese problema, basta dejar indicado que la palabra género designa las funciones culturales asignadas a los sexos, que son por tanto variables a lo largo de la historia. La polémica se centra en que algunos grupos feministas se sirven de ese término para afirmar que lo cultural no tiene ninguna correspondencia con lo biológico y que por tanto es posible hablar de cuatro géneros, masculino, femenino, andrógino e indiferenciado. Utilizar una perspectiva de género, no implica necesariamente la aceptación de este último planteamiento, ya que desde otra visión antropológica se mantiene que aunque no hay una correspondencia absoluta entre lo dado (biológico) y lo construido (lo cultural), hay funciones cambiantes y otras unidas inexorablemente a lo biológico. Con otras palabras, hay funciones que pueden ser desarrolladas tanto por hombres como por mujeres, pero no hay personas neutras, ya que la persona es un ser sexuado.

(15) Emakunde, n.º 21, p. 18. Instituto Vasco de la Mujer. II plan de Acción Positiva para las mujeres en la Comunidad Autónoma de Euskadi, II PAPME. IV Programa de Acción Comunitaria para la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres, de 1995-2000.

biológico (16), otras muchas de las funciones o del reparto de las tareas consideradas en una época u otra propio de lo femenino o de lo masculino son algo absolutamente aleatorio e intercambiable y que no tienen ninguna base biológica. Dependen en este caso de los estereotipos formados por el grupo social, por las costumbres o por la educación. Por otra parte, según este modelo, como se acaba de indicar no todo es absolutamente cultural. Si este modelo reconoce la no identidad entre sexo y género (contra el modelo 1), añade también como necesario el reconocimiento de que no todos los estereotipos sociales atribuidos a los dos sexos son siempre indiferentes sino que algunos de ellos tienen una mayor raigambre o base biológica, de manera que no son una mera construcción cultural cambiante, sino que están inexorablemente unidos a la diferenciación sexual; así no es lo mismo ser padre que madre a la hora de educar a los hijos. Los dos papeles son insustituibles, complementarios y no intercambiables. Por tanto, tan perjudicial sería la desaparición de la figura de la madre, como la carencia de la figura del padre (17).

En el actual desarrollo de la antropología cultural y de la psicología esta perspectiva contribuye a una descripción adecuada de la realidad del hombre y de la mujer y, es más, de su ineludible corresponsabilidad, utilizando el término acuñado en el último documento de la ONU elaborado en Pekín.

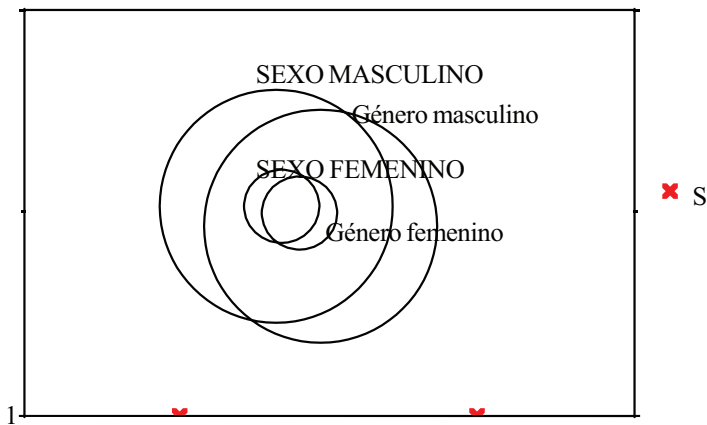
(16) BYNE, William: «¿Una determinación biológica? Aún cuando los rasgos genéticos y neuroanatómicos guardaran cierta correspondencia con la orientación sexual de los individuos, no está en absoluto probada la relación de causalidad entre aquéllos y ésta». *Investigación y Ciencia*, julio (1994), pp. 13-19. GORMAN, Christine: «Sizing Up The Sexes». *Time*, January n.º 20 (1992), pp. 3643. KIMURA, Doreen: «Cerebro de mujer y cerebro de varón». *Investigación y Ciencia*, noviembre, 1992.

(17) BLANKENHORN, David: *Fatherless America*. Basic Books. Nueva York. 1995. 328 p. Reivindica atribuir al padre una función mayor que la de aportar unos ingresos económicos a la familia y su papel irremplazable como educador y guía de hijos. Frente a los derechos de los adultos, cada hijo tiene derecho a su padre. SULLEROT, Evelyne: *Quels pères, quels fils?*. Fayard. Paris. 1992. Versión española: *El nuevo padre*. Barcelona. 1993. BLY, Robert. *Iron John*. Plaza y Janes. Barcelona. 1992.

Modelos de la relación varon-mujer Modelo 1

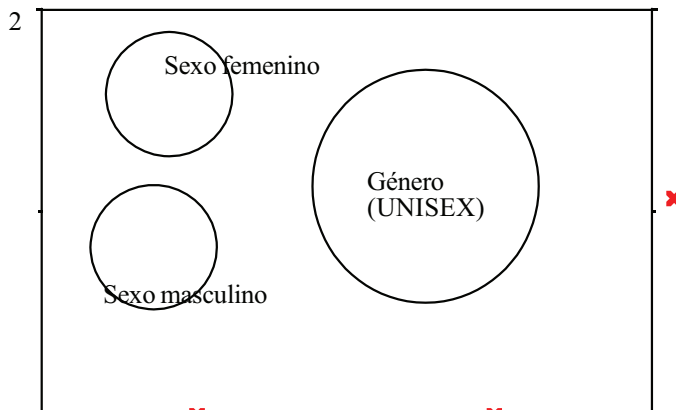
- Dependencia de la mujer con respecto al hombre.
- Diferencia sin igualdad.
- Diferencia como inferioridad y subordinación.
- Identidad sexo-género.

2



Modelo 2

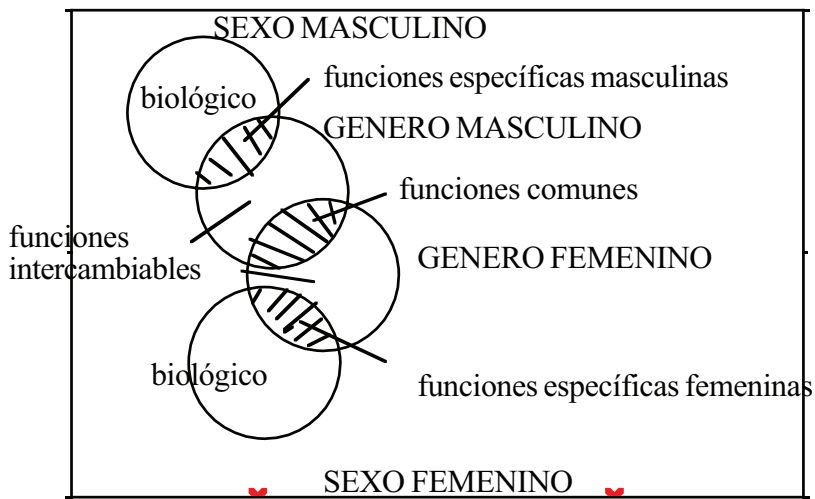
- Independencia.
- Asimilacionismo.
- Igualdad sin diferencia.



Modelo 3

- Interdependencia: corresponsabilidad.
- Igualdad y diferencia.
- Relación sexo-género pero no identidad.

2



El Tribunal Constitucional español en la defensa del principio de igualdad y de la no discriminación por razón de sexo

El principio de igualdad, despliega su eficacia en dos planos diferentes: la igualdad ante la ley, dirigida a garantizar la igualdad de trato de los iguales, más la igualdad en la ley y en la aplicación de la Ley.

El primero indica la igualdad de trato dada por la ley, por la legislación y establece límites al ejercicio del poder legislativo. El segundo limita la tarea de los órganos encargados de su aplicación. Al Tribunal Constitucional le corresponde el control de constitucionalidad sobre la igualdad.

El principio de igualdad está recogido en los artículos 1.9 y 14 de la Constitución Española. Dicho principio es un valor superior del ordenamiento jurídico, que conforma junto a los valores de justicia, libertad y pluralismo político, el Estado social y democrático de derecho que este ordenamiento reviste. Su naturaleza y su consideración como valor superior, determinan, que su aplicación haya de extenderse a toda la sociedad, obligando a todos los poderes tanto públicos como sociales (arts. 9 y 53 de la Constitución Española). Desde la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 es de aplicación directa e inmediata

Iría contra este principio cualquier tipo de discriminación. Se entiende por tal una desigualdad de trato injustificada. Los supuestos de no discriminación recogidos por el art. 14 CE son «por razón de raza, nacimiento, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Se trata de un principio de carácter material que impone al legislador la igualdad de trato a los que se encuentran en situaciones jurídicas equiparables, prohibiendo toda discriminación que carezca de justificación objetiva y razonable.

No sólo se trata de una igualdad de carácter formal, sino también sustancial (art. 9.2 CE).

A su vez, y esto resultará lo más problemático, están permitidos tratos diferenciales justificados que en este caso no lesionarían el principio de igualdad. Los requisitos para la no vulneración del principio de igualdad ante la ley son tres; que la singularización o diferenciación normativa responda a un fin constitucionalmente válido, que exista coherencia entre las medidas adoptadas y el fin perseguido; por último que las medidas concretas o sus consecuencias jurídicas sean proporcionadas.

Supondría una vulneración de la igualdad establecer un trato desigual en supuestos iguales, sin que hubiera una motivación suficiente. Por tanto algunos supuestos de diversidad de trato son discriminatorios y otros no; para ello tanto el legislador como el aplicador de la ley, deben dar razón de la diversidad, y de la diversidad de tratamiento entre los distintos casos, aportando razones objetivas y razonables para la diferencia de trato (peculiaridad socioeconómicas, peculiaridad del sector profesional, no identidad entre los supuestos existentes en cada relación laboral etc.).

La interdicción de la discriminación por razón de sexo, tanto referida a varones como a mujeres está recogida por el art. 14 CE. Pero no toda desigualdad de trato es inconstitucional. También hay que diferenciar entre las medidas tendentes a

compensar una desigualdad real de partida y aquellas otras que no.

La teoría no presenta aparentemente dificultades, pero la dificultad estriba en definir qué desigualdades son tolerables bajo qué circunstancias (18).

En el caso que aquí nos ocupa el legislador y el aplicador del derecho, deben responder previamente a varias cuestiones; primero si los sexos masculino-femenino son equiparables o hay alguna diferenciación biológica que justifique una legislación diferenciada. Además hay que definir si la igualdad puede establecerse no sólo como un punto de partida, sino también como un punto de llegada que justifique una aplicación diferente de la ley.

En suma, hay que definir cómo se entiende la igualdad en el contenido de la norma, la igualdad en la aplicación del derecho, la igualdad de oportunidades, y la prohibición de discriminación directa e indirecta, así como las acciones positivas permitidas en su caso por la ley (19).

Elaborar esta doctrina con la evolución tan rápida y profunda transformación que han sufrido los roles sociales del varón y la mujer no es tarea fácil.

El Tribunal constitucional se ha visto obligado a actuar de acuerdo a un modelo de comprensión del derecho a la igualdad y del derecho a la diferencia. Ha tratado de distinguir, no siempre con resultados coherentes, qué hay de biológico, y qué de cultural a la hora de otorgar o no determinados recursos de amparo, y a la hora de justificar un trato diferencial.

El propio Tribunal refleja la evolución y el reajuste que se está dando en la sociedad en relación al problema de selección del modelo más adecuado. En España y en general en toda Europa se ha pasado por distintas etapas. En una primera etapa, amparándose en el modelo de la subordinación, el trabajo femenino se consideraba secundario, las remuneraciones eran más bajas, y se apreciaba una actitud paternalista. Se le asignaba como lugar el ámbito doméstico, legislando leyes protectoras de la mujer para que atendiera a la familia.

El propio Tribunal en un primer momento se centró, lo que no es poco, en ir contra el primer modelo, el de la dependencia o subordinación de la mujer al varón, aunque no siempre de una manera lineal. El Tribunal Constitucional español ha contribuido a la consolidación del principio de igualdad y a la no discriminación por razón sexo (20). A través de la crítica del primer modelo contribuye a poner fin a trasnochadas medidas legislativas y prácticas anteriores a la Constitución del 78, basadas en el modelo de la subordinación de la mujer al hombre, que incluye el presupuesto de que ésta debe necesaria y forzosamente depender de aquél. El varón figuraba entonces como el único cabeza de familia.

(18) ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993.

ALEXY, R.: *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989.

(19) Planes de acciones positivas. III Plan del Ministerio para la igualdad de oportunidades. II plan de Acción Positiva para las mujeres en la Comunidad Autónoma de Euskadi, II PAPME. I Plan de Acción positiva para la Comunidad de Aragón. IV Programa de Acción Comunitaria para la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres, de 1995-2000. IV Plan de acción de la ONU «Plataforma de Acción para la igualdad, el desarrollo y la paz de la mujer».

(20) RUBIO LLORENTE, F.: «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción». En *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993, pp. 637 y ss. Del mismo autor, «Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad». *Idem.*, pp. 665 y ss. RUIZ-MIGUEL, A.: «Discriminación inversa e igualdad». En *El concepto de igualdad*. P. Iglesias. Madrid. 1994, pp. 79 y ss. DWORKIN, R.: *El imperio de la justicia*. Ariel. Barcelona. 1988. También *Los derechos en serio*. Ariel. Barcelona. 1984. Capítulo sobre La discriminación inversa. DENNINGER, E.: «La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica». *REP*, n.º 84, 1994, pp. 69 y ss.

En este sentido las actuaciones judiciales han sido loables, contribuyendo a la caída a través de la práctica jurisprudencial de resquicios existentes de ese primer modelo.

Pero lo que se demostrará también a continuación, es que durante bastantes años el Tribunal Constitucional no tenía un modelo conceptual alternativo, definido con claridad, quizá porque tampoco lo tenía la propia sociedad española. Esto se constata porque sus críticas al modelo 1, se han hecho curiosamente la mayoría de las veces desde el modelo 2, y muy pocas desde el modelo 3. Indudablemente a nivel legislativo y jurisprudencial falta todavía bastante por hacer para que el tercer modelo de la corresponsabilidad sea posible.

No se pretende defender aquí que el Tribunal haya adoptado la actitud de las primeras feministas radicales, lo cual resultaría sorprendente y anacrónico. Nos referimos más bien a que, en su afán de equiparación, el Tribunal defiende un modelo asimilacionista, que entiende la igualdad como homogenización absoluta entre varón y mujer; una igualdad que no tiene en cuenta apenas las diferencias; una igualdad poco realista y poco atenta a la necesidad de un período de adaptación y tránsito en la reestructuración social de los nuevos roles sociales y culturales asumidos por el varón y la mujer.

El Tribunal no está siguiendo una línea jurisprudencial coherente porque se atiende a distintos modelos en cada caso, en lugar de forjar uno y construir la jurisprudencia de acuerdo a éste (21).

El criterio de equiparación resulta asimilacionista al situar a la mujer en las mismas circunstancias del varón, cuando eso no responde no sólo a la realidad social sino a un fenómeno diferencial. Este asimilacionismo no obedece al mismo planteamiento teórico presente en las reivindicaciones feministas emancipadoras, pero en la práctica juzga las funciones laborales y sociales de la mujer desde un prisma masculino.

Desde el punto de vista biológico y psicológico esto queda patente en su manera de afrontar las categorías profesionales discriminatorias en las sentencias (22) . Hay un giro mucho más acertado en el tratamiento del tema en las sentencias en

(21) STC 68/1991, de 8 de abril. M. Reglamento municipal que concedía un trato de favor a las hijas de empleados municipales respecto del acceso a una pensión de orfandad. Estimatorio. No se puede negar el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley so pretexto de asegurar la igualdad en el derecho de igualdad en el contenido de la ley. VUELTA AL MODELO 1. INCOHERENTE. La demandante solicita al Ayuntamiento de Pamplona la pensión de orfandad como hija de empleada fallecida de dicho Ayuntamiento. Huérfana que cumple con los requisitos de que es soltera pero tiene suficientes medios económicos. A pesar de ello le conceden la prestación social de orfandad. No se debería haber estimado el amparo. Cfr. la opinión de REY, F.: o.c., pp. 32-34. Y el voto particular de Rodríguez Bereijo y Eugenio Díaz Eimil. «Lo que viene a decir implícitamente la norma por virtud de la resolución interpretativa del Ayuntamiento es que el mismo criterio de exclusión de la prestación social solo para hombres huérfanos, después de la Constitución por aplicación directa de ella y de conformidad con la doctrina de este Tribunal Constitucional, ha de extenderse como limitación a las mujeres huérfanas, dada la naturaleza y finalidad asistencial que cumple la citada prestación social de orfandad creada en el Reglamento de 1943». «Evitar la discriminación que se produciría en per juicio del varón en caso de concederse la pensión de orfandad a quien, siendo mujer soltera y con empleo, dispone de medios económicos suficientes para su subsistencia».

(22) STC 145/1991, de 1 de julio. M. La categoría de «limpiadoras», según el convenio colectivo, percibía menos sueldo que el de los «peones», a pesar de realizar funciones análogas. Estimatorio. La clasificación del convenio colectivo ocasiona una discriminación indirecta. MODELO 3. EQUIPARACIÓN POSITIVA. STC 286/94, de 27 de octubre. M. Inferior retribución del personal femenino respecto del masculino en el mismo departamento de la empresa. Estimatorio. La sentencia reconoce el derecho de las mujeres afectadas a la misma remuneración que sus compañeros varones.

que actúa como ponente RODRÍGUEZ PIÑERO (23).

Entre los criterios de equiparación se precisa hacer una distinción entre los que han supuesto un logro para la mujer, una equiparación positiva (incorporación de la mujer al trabajo de las minas (24), a las Fuerzas Armadas (25), mujer cabeza de familia (26)), frente a aquellos que adoptan una perspectiva asimilacionista en los que se ha concedido al varón, pero innecesariamente, «privilegios» que pertenecían en exclusiva a la mujer (plus de horas extras y de nocturnidad (27), pensión de viudedad (28), retiro anticipado (29)).

Esta perspectiva asimilacionista, desde la que se ataca el modelo 1, ha sido abandonada en algunas ocasiones en los últimos años, en pro de la adopción del tercer modelo. Esto ha ocurrido en sentencias puntuales, en fechas más tardías y de un modo intermitente. Esto no es suficiente para concluir que el Tribunal haya abandonado definitivamente el modelo asimilacionista, como se demostrará, a pesar del avance que supuso en el año 1987 la primera sentencia en que se adoptó el tercer modelo permitiendo un trato diferencial y no sólo de equiparación (30).

(23) STC 58/1994, de 28 de febrero de 1994, referente a la empresa Puig, y 229/1992, de 14 de diciembre, sobre la incorporación de la mujer al trabajo en el interior de las minas. RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: Igualdad y discriminación. Tecnos. Madrid. 1986. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «No discriminación en las relaciones laborales», en comentarios a las Leyes Laborales. EDESA. Madrid. 1983, tomo IV. «Discriminación y crisis económica», en El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica. Universidad Complutense. Madrid. 1984. «Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora», en Relaciones laborales, 1/1991. «Igualdad entre los sexos y discriminación de la mujer», en Relaciones Laborales, 2/1992. «Discriminación de la mujer y tutela antidiscriminatoria», en Relaciones Laborales, 3/1992. «Discriminación e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo», en Relaciones Laborales, 3-4/1993. STC 19/1989, de 31 de enero. V. Mayor pensión de jubilación para las trabajadoras que para los trabajadores en el sector textil. Desestimatorio. La medida pretendía compensar la especial situación de inferioridad social y laboral que venía padeciendo el personal femenino. MODELO 3. TRATO DIFERENCIAL JUSTIFICADO POR LA SITUACIÓN SOCIAL ANTERIOR. MEDIDA TRANSITORIA.

(24) STC 229/1992, de 14 de diciembre. M. Prohibición del trabajo femenino en el interior de las minas. Estimatorio. La tradicional normativa protectora del trabajo de la mujer (como la prohibición del trabajo en el interior de las minas) es inconstitucional por discriminatorio. MODELO 3. EQUIPARACIÓN POSITIVA.

(25) STC 216/1991. M. Inadmisión por el Ministerio de Defensa de una mujer a las pruebas de ingreso en la Academia General del Aire. Estimatorio. La discriminación se produjo por la omisión del legislador a la hora de regular, mediante ley específica (exigida por la Ley de la Defensa Nacional) el acceso de las mujeres a las Fuerzas Armadas. MODELO 3. EQUIPARACIÓN POSITIVA.

(26) STC 241/1988, de 19 de diciembre. M. Disposición legal pre-constitucional que reservaba la titularidad de cabeza de familia al padre, y a la madre sólo en defecto de aquél. Estimatorio. MODELO 3. EQUIPARACIÓN POSITIVA. CORRESPONSABILIDAD.

(27) STC 81/1982, de 21 de diciembre. V. Distinto cómputo de horas extraordinarias para hombres y mujeres, más favorable para estas últimas. Estimatorio. Amplía a los varones la ventaja concedida inicialmente en exclusiva a las mujeres. MODELO 2. VARÓN DISCRIMINADO. ASIMILACIONISMO.

(28) STC 103/1983, de 22 de noviembre. V. Cl. Reglas para la concesión de la pensión de viudedad más favorables para las viudas que para los viudos. El TC estima la inconstitucionalidad de la disposición cuestionada, equiparando a hombre y mujeres en los requisitos de acceso a la pensión de viudedad. MODELO 2. VARÓN DISCRIMINADO. ASIMILACIONISMO. STC 142/1990, de 20 de septiembre. V. Disposición que excluía a los viudos de la pensión de viudedad del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI). El Tribunal equipara en el mismo régimen a viudos y viudas. MODELO 2. VARÓN DISCRIMINADO. ASIMILACIONISMO. EL RAZONAMIENTO NO DEBERÍA SER EL DEL SEXO, SINO LA SITUACIÓN DE NECESIDAD. STC 3/1993, de 14 de enero. V. Ciertas prestaciones de la Seguridad Social que se concedían sólo a hijas y hermanas, pero no a hijos y hermanos. Estimatorio. La Sentencia extiende a todos (hombres y mujeres) esa ventaja. MODELO 2. VARÓN DISCRIMINADO. ASIMILACIONISMO. Habría que utilizar el razonamiento de necesidad y no el criterio de igualdad de sexos.

(29) STC 207/1987, de 22 de diciembre. V. Convenio colectivo que otorgaba a las auxiliares de vuelo de cierta edad el derecho de retiro anticipado, pero no a sus compañeros masculinos. Estimatorio. Induce a extender a todos (hombres y mujeres) el derecho de retiro anticipado. reconoce el derecho de los recurrentes (varones) a no ser discriminados por razón de sexo en su pretensión de optar por el retiro anticipado. MODELO 2. VARÓN DISCRIMINADO. ASIMILACIONISMO.

(30) STC 128/1987, de 16 de julio. V. Plus laboral de guardería concedido a las trabajadoras con independencia de su estado civil y a los trabajadores sólo en el caso de que fueran viudos. Desestimatorio. La

Desde el punto de vista sociológico, se intenta luchar contra el primer modelo (31). Pero desde distintos frentes en ocasiones se adopta una postura asimilacionista y entonces hay que igualar nivelando hombre y mujer, por arriba o por abajo (caso horas extras y plus de nocturnidad), pero más adelante se rompe con ese razonamiento y se considera que el plus de transporte de nocturnidad para las mujeres es discriminatorio, pero no le compete al Tribunal extenderlo a los varones (32). Con lo cual asistimos a un cúmulo de incoherencias. Sería más acorde con la lógica jurídica aplicar en este caso el mismo razonamiento que se hizo en la sentencia del plus de guardería, es decir estamos ante un trato diferencial justificado de momento atendiendo al criterio de la realidad social, por lo cual no se debe tratar análogamente dos casos diferentes. Esa diferencia no es discriminatoria con el varón, de manera que la conclusión sería coherente. Caso de no ser así y si se juzga a pesar de ello como injustificadamente discriminatorio entonces declárese la medida como inconstitucional o extiéndase a los varones, como de hecho ha hecho el Tribunal en otras ocasiones, en las que no ha alegado falta de competencia para ello. Estos modelos teóricos nos permiten dar razón o comprender la aparente falta de coherencia en los razonamientos jurídicos a la hora de interpretar el principio de igualdad. En ocasiones el propio Tribunal formula razonamientos incoherentes cuando pretende apoyarse en una línea jurisprudencial anterior, con ánimos de mostrar una continuidad, para a continuación desdeírse a sí mismo, a renglón seguido y en la misma sentencia, dictando una conclusión que no se sigue de esas premisas.

En las ocasiones que el Tribunal se ha servido del tercer modelo esto ha tenido resultados positivos en distintas líneas. Al criterio de equiparación el Tribunal ha añadido otro de sumo interés en apoyo del tercer modelo aquí propuesto. Nos referimos al criterio de compensación, que justifica un derecho desigual e incluye medidas de acción positiva y de discriminación inversa.

En la práctica la legislación y la jurisprudencia admiten la compensación en caso de maternidad y del cuidado de los hijos, allí donde la madre sea irremplazable. Este tratamiento diferente se fundamenta en dos criterios:

—La realidad biológica diferencial (lactancia natural, embarazo y parto (33)).

medida discutida no es paternalista o falsamente protectora del trabajo de la mujer, sino una acción positiva para corregir la desigualdad real de las mujeres. MODELO 3. TRATO DIFERENCIAL JUSTIFICADO POR LA SITUACIÓN SOCIAL.

(31) STC 7/1983, de 14 de febrero. M. suspensión del contrato de trabajo para el personal femenino por causa del matrimonio. Estimatorio. Declara inconstitucional la Reglamentación de trabajo que contenía dicha cláusula de celibato. MODELO 3. EQUIPARACIÓN POSITIVA CONTRA EL MODELO 1. STC 315/1994. V. Reglamento que concedía un trato de favor a las hijas de los empleados provinciales respecto del acceso a una pensión de orfandad. Desestimatorio. El trato de favor es discriminatorio, por lo que es correcta su declaración como derogada por parte del Tribunal Supremo. MODELO 3. EQUIPARACIÓN CONTRA EL MODELO 1. STC 317/1994. M. Denegación del derecho de la mujer a una indemnización por ruptura del contrato con ocasión de su matrimonio. Desestimatorio. La norma que concedía ese privilegio es falsamente protectora, por lo que es correcta la apreciación de su derogación por los tribunales de instancia. MODELO 3. EQUIPARACIÓN CONTRA EL MODELO 1.

(32) STC 28/1992, de 14 de noviembre. V. Plus de transporte nocturno sólo para trabajadoras. Desestimatorio. La sentencia afirma que ese plus es discriminatorio, pero no lo extiende a los varones porque ello supondría innovar el ordenamiento, excediendo de la competencia de Tribunal. MODELO 3. TRATO DIFERENCIAL JUSTIFICADO POR LA SITUACIÓN SOCIAL. Rompe con el razonamiento de 81/82, de 21 de diciembre, y 38/86, de 21 de marzo. De todos modos el razonamiento en la sentencia es incoherente, afirma que es discriminatorio pero no declara esa medida inconstitucional, y por otra parte no aplica el criterio de extender la medida al varón, lo que había hecho anteriormente en situaciones similares.

(33) STC 166/1988, de 26 de septiembre. M. Resolución de contrato de trabajo de una empleada por razón de su embarazo. Estimatorio. Correspondía al empleador la carga de probar que no fue el embarazo de la

—Relaciones particulares entre la mujer y el hijo. Cuidado directo de los hijos.

La adaptación del tercer modelo se aprecia en otros tres aspectos; primero a favor de la tesis de la corresponsabilidad, este criterio nos llevará a juzgar entre equiparaciones correctas (lactancia (34), permisos) y otras no justificadas porque no contribuyen a dicha corresponsabilidad (pensiones de viudedad); segundo, en pro de la acción positiva, justificando medidas diferenciales basadas en una diferencia previa biológica o social, en este último caso transitorias, pero necesarias (plus de guardería (35), plus de transporte nocturno (36)); en tercer lugar, la cuestión de la lucha contra las discriminaciones indirectas a través de los criterios de clasificación de categorías profesionales asimilacionistas. En este sentido se ha producido un gran avance desde la primera sentencia de las trabajadoras del Hospital Marañón (37) hasta las trabajadoras de la fábrica Puig, con una situación no del todo clara en la sentencia de las trabajadoras de la fábrica de galletas Fontaneda (38).

Esta última cuestión todavía requeriría un ulterior desarrollo en el los convenios laborales colectivos que llevaría a introducir en dichos convenios nuevos criterios positivos que retribuyan salarialmente las cualidades que la mujer aporta al trabajo, basadas en su diferencia (39).

Para confrontar estas descripciones no hay que ir muy lejos, basta asomarse al informe elaborado por el Instituto de la Mujer, del Ministerio de Asuntos Sociales, *Las españolas en el umbral del siglo XXI. Informe presentado por España a la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, Beijing 1995* (40). En España las mujeres constituyen el 34% de la población activa, como en el resto del mundo, aunque la media europea está en el 41%, frente al 64% de la población masculina. La mayoría trabaja en el sector servicios. Gran parte del empleo femenino es precario y el paro les afecta con mayor rigor que a los varones. En cuanto a los salarios, es frecuente que una mujer con idéntica preparación, antigüedad en la empresa y categoría, cobre entre un 20 y un 30% menos que sus compañeros. La media mundial es de un 30 o 40%. Respecto al tipo de jornada la de tiempo parcial en España se toma como una situación transitoria no deseada. Representa el 6% de los contratos.

recurrente la causa de resolución. MODELO 3. TRATO DIFERENCIAL JUSTIFICADO POR DIFERENCIA BIOLÓGICA. STC 174/1994 M. No renovación del contrato de trabajo a consecuencia del embarazo. Estimatorio. La prohibición de discriminación por razón de sexo es eficaz también en el acceso al empleo y no sólo ante una relación laboral formalizada. MODELO 3. TRATO DIFERENCIAL JUSTIFICADO POR DIFERENCIA BIOLÓGICA.

(34) STC 109/1993, de 25 de marzo. V. Permiso de lactancia concedido sólo a los madres (y no a los padres). Desestimatorio. La medida es «una ventaja de apoyo a la mujer como grupo desfavorecido». MODELO 3. TRATO DIFERENCIAL JUSTIFICADO POR LA SITUACIÓN SOCIAL. Pero luego la legislación lo equipara según MODELO 3. EQUIPARACIÓN POSITIVA. CORRESPONSABILIDAD.

(35) STC 128/1987, de 16 de julio. V. Plus laboral de guardería concedido a las trabajadoras.

(36) STC 28/1992, de 14 de noviembre. V. Plus de transporte nocturno sólo para trabajadoras.

(37) STC 145/1991, de 1 de julio. M. La categoría de «limpiadoras», según el convenio colectivo, percibía menos sueldo que el de los «peones», a pesar de realizar funciones análogas. Estimatorio. La clasificación del convenio colectivo ocasiona una discriminación indirecta.

(38) STC 286/1994, de 27 de octubre. M. Inferior retribución del personal femenino respecto del masculino en el mismo departamento de la empresa. Estimatorio. La sentencia reconoce el derecho de las mujeres afectadas a la misma remuneración que sus compañeros varones. MODELO 3. EQUIPARACIÓN POSITIVA.

(39) PETERS, T.: En busca del boom. Deusto. 1994. The Pursuit of Wow! Every persons guide to topsy-turvy times. Vintage Books, división de Random House, Inc. Nueva York. 1994. Capítulo 8 «Buscar la ventaja de la diversidad». PETERS, T & WATERMAN, R.H.: En busca de la excelencia. PETERS, T.: Nuevas organizaciones en tiempos de caos. Deusto. 1995. STC 166/1988, de 26 de septiembre

(40) Las españolas en el umbral del siglo XXI. Informe presentado por España a la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, Beijing 1995. Instituto de la Mujer, del Ministerio de Asuntos Sociales. Madrid. 1995.

Se da en una proporción del

2% en hombres y el 14% en mujeres. En otros países europeos, a excepción de Italia, es más común, y ha permitido el aumento de tasas de actividad femeninas, al posibilitar que las mujeres compaginaran su trabajo con las ocupaciones domésticas; razón de la mayor tasa de actividad laboral en la mujer europea (41).

Si la legislación de la Europa comunitaria sobre igualdad es una de las más avanzadas (42), eso no impide reconocer la insuficiencia de la igualdad de *facto*.

En cuanto a la representatividad en los cargos políticos, en la actual legislatura hay 55 diputadas, lo cual supone un 15,7% del total de diputados/as en el Congreso. En 1994 el porcentaje de mujeres que ocupan altos cargos del Gobierno central supone el 12,9%. La situación no es mejor en el resto de Europa. La media de mujeres parlamentarias en los países de la Unión Europea es del 17%.

En cuanto a mujeres empresarias se barajan las cifras de 16,5% de mujeres empleadoras y 27,9% de empresarias sin asalariados (43). La tasa de analfabetismo es de 11,8 % más que en los varones. En lo que se observa un cambio prodigioso es en el acceso de la mujer a la educación universitaria. Constituyen el 54% de la población universitaria, con mejores resultados académicos que los varones. Son mayoría en carreras Jurídicas y Sociales

(41) NAVARRO ELOLA, Luis & PASTOR TEJADOR, Ana Clara & BARBI AYUCAR, Elena & DÍAZ CALVO, Amparo: Tecnología, empleo y mujer. Ed. El Gobierno de Aragón junto con el Instituto Aragonés de la Mujer (IAM), julio de 1994. Departamento de Economía y Dirección de Empresas, Centro Politécnico Superior de Ingenieros. Universidad de Zaragoza.

(42) ELOSEGUI, M.: «Entrevista a Agnes Hubert. Head of Equal Opportunities Unit, Dg-V, European Commission». Emakunde, n.º 13 (1994), pp. 34-37.

1. Directiva 75/117. 10 de febrero de 1975. Relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

2. Directiva 76/207. Igual trato entre hombres y mujeres en relación con el acceso al empleo, formación y promoción profesional, y condiciones de trabajo. 9 de febrero de 1976.

3. Directiva 79/7. Igualdad de trato para hombres y mujeres en los regímenes legales de la seguridad social». 19 de diciembre de 1978.

4. Directiva 86/378. Relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social. 24 de julio de 1986.

5. Directiva 86/613. Relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad.

6. Directiva 92/85. Relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391).

7. Protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual. De conformidad con la Resolución del Consejo de Ministros relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo DO, n.º C 157, de 27 de junio de 1990, p. 3, punto 2, del apartado 3.

La dignidad de la mujer en el trabajo: Informe sobre el problema del acoso sexual en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, de Michael Rubinstein, octubre de 1987. ISBN 92-8258764-9.

Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo.

Declaración del Consejo de 19 de diciembre de 1991, relativa a la aplicación de la Recomendación de la Comisión sobre la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo, incluido el código práctico encaminado a combatir el acoso sexual.

Resolución del Consejo de 29 de mayo de 1990, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo.

(43) OSORIO, Manuel: «La presencia de la mujer en cargos ejecutivos». Capital Humano, n.º 77, abril (1995), pp. 10-14. Manuel Osorio es socio director general de CEINSA (Centro de Investigación Salarial). OSORIO, Manuel: «La presencia de la mujer en cargos ejecutivos. Grado de ocupación y diferencias retributivas». Capital Humano, n.º 78, mayo (1995), pp. 18-24.

(56%). en Económicas y empresariales son el 40%, 72% en Farmacia, 51,7 % en Medicina, 42,4 % en Veterinaria, 31% en Ciencias Físicas, 37,7 % en Ciencias Geológicas y alrededor de un 15%, como contraste, en las Ingenierías, Arquitectura, Informática etc.

El criterio de equiparación en el Tribunal Constitucional

La equiparación se llevó a cabo de dos maneras diferentes: por una parte a través de una jurisprudencia de equiparación, otorgando a la mujer los mismos derechos que al hombre; por otra supuso una nivelación en otro sentido, denegando a la mujer privilegios que en la legislación anterior se le habían otorgado al considerarla como un ser inferior y desprotegido, es decir rechazando medidas o privilegios que el Tribunal Constitucional declara paternalistas o falsamente protectoras de la mujer.

El criterio de equiparación eliminaba de este modo las discriminaciones directas o indirectas que limitaban o prohibían a la mujer la realización de ciertas actividades permitidas o exigidas a los varones (44). Así se han superado determinados estereotipos como por ejemplo el de su debilidad física y el de su mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares y domésticas: «El Tribunal ha reaccionado vigorosamente contra estereotipos de la condición femenina todavía tan arraigados como el de la mayor debilidad o inferioridad física de la mujer, su mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares y domésticas, la necesidad de “liberar a la mujer casada del taller y la fábrica”, la mayor dependencia para su subsistencia económica de las mujeres hacia sus familiares, la presencia femenina atractiva en el trabajo y la dependencia de las mujeres casadas respecto de sus maridos» (45).

Pero la equiparación ha llevado aparejada también algunas consecuencias no tan lógicas (46). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha actuado en una primera época más en favor de la igualdad para con los varones que en pro de la igualdad de la mujer. Es más, a la larga casi todos los aparentes privilegios que tenía la mujer se han otorgado igualmente al hombre. Entre ellos están algunos no razonables y otros que contribuyen a la corresponsabilidad, y que deben ser tratados en el contexto del tercer modelo.

A. LA EQUIPARACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA ASIMILACIONISTA

En la primera época del TC en su interpretación de la igualdad parecía que los discriminados eran los varones. En este sentido la primera sentencia de la concesión de la pensión de viudedad a los viudos resulta un tanto disparatada, y sin embargo no se ha corregido a través de la legislación.

Los efectos de estas primeras actuaciones del TC resultan un tanto absurdos porque los primeros beneficiarios de la aplicación jurisprudencial del principio de igualdad han sido los varones. Resulta un tanto paradójico que el criterio de la

(44) REY, F.: o.c., p. 10.

(45) REY, F.: o.c., pp. 36-37.

(46) Categoría de la igualación por arriba o del varón discriminado. cfr., BALLESTER PASTOR, M.^a Amparo: Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral, p. 122. También REY, F.: o.c., hace una buena crítica,

igualación por arriba termine privilegiando a grupos para nada desfavorecidos, cuando la finalidad de la norma era precisamente favorecer a los grupos discriminados, como el colectivo femenino, en una sociedad y legislación que discriminaba sistemáticamente a las mujeres.

Recuérdese la legislación de la dote matrimonial y excedencia forzosa vigente hasta 1962 (47), jornadas parciales mal retribuidas, pensiones y cotizaciones de la seguridad social ínfimas, etc.

Los varones se apropian de los pocos privilegios concedidos a las mujeres, privilegios *relativos* ya que tenían una finalidad reparadora de una injusticia previa, como era el de haber recibido salarios más bajos etc. (48).

Si el espíritu de la norma es proteger a quien tenga necesidad, esto no supone equiparar todos los casos, el hecho de hacerlo, como ha ocurrido al otorgar el derecho de la pensión de viudedad a los viudos, conlleva una carga social para el conjunto de los ciudadanos que no siempre estará justificada. Prescindir del dato de la necesidad ha llevado a una solución no muy razonable.

En este caso se podría haber atendido al viudo demandante otorgándole lo que pedía sin necesidad de cambiar la legislación, ya que su caso podría ser encuadrado dentro del supuesto de necesidad. La solución tendría que ir, dado los cambios sociales, por reformar la legislación de manera que tanto el viudo como la viuda en casos de necesidad tuvieran derecho a esta pensión.

Resulta esclarecedor utilizar aquí el criterio de la analogía para calibrar si resulta adecuado equiparar las pensiones de viudedad. El razonamiento debería hacerse no tanto atendiendo al sexo, sino a la situación económica de las personas. La pensión de viudedad no debería ya otorgarse automáticamente a las viudas, sino que habría que distinguir entre quienes ya reciben una pensión de jubilación por haber trabajado anteriormente y cotizado en seguridad social, de quienes no están en esa situación, teniendo en cuenta en el primer caso si existe una carga de hijos dependientes económicamente. Tampoco será igual la situación económica de las mujeres de la presente generación en relación con las mujeres de la generación anterior que dependían económicamente de sus maridos.

No se puede en la actualidad establecer una analogía de circunstancias entre viudas y viudos, ni siquiera entre viudas y viudas por el hecho de serlo. Las circunstancias hacen que los casos no resulten equiparables (49). A

(47) Cfr., ALCOLEA TEJEDOR, Pilar: Discriminación laboral de la mujer. Estudio de la doctrina jurisprudencial española y comunitaria sobre la discriminación laboral de la mujer desde 1980. pp. 120-121.

(48) REY, F.: o.c., p. 19, y cita a ALONSO OLEA, M.: Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social. Civitas. Madrid. 1988. t. V, pp. 251 y ss. «La Sentencia 81/82 "parecía partir de una visión del ordenamiento jurídico como lleno de discriminaciones contra el hombre, que había que eliminar para situarle en plano de igualdad con la mujer"; y continúa Rey, pero la realidad es la contraria, por lo que es "estrábica la visión de la mujer privilegiada y del hombre oprimido"».

(49) STC 142/1990, de 20 de septiembre. Cuestión de inconstitucionalidad. Se define la situación de necesidad de un nuevo modo. La viuda cotizaba en la seguridad social, y el cónyuge, ahora viudo, era inválido y dependía económicamente de su mujer. Esto le otorgaría el derecho a seguir recibiendo esa «supuesta» pensión. La sentencia razona del siguiente modo; el derecho de pensión del viudo se condiciona a que, además de concurrir los requisitos exigidos para la viuda, se trate de persona que al tiempo de fallecer su esposa estuviera incapacitada para el trabajo y a cargo de la fallecida. No se necesita profundizar excesivamente en la materia para comprender que el único factor diferencial de cada una de las situaciones jurídicas que el art. 160 contempla en sus dos apartados es el sexo de la persona, viudo o viuda, lo que sitúa el precepto directamente en el marco del art. 14 de la CE. También se ha dicho que la igualdad ante la Ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser, asimismo, iguales. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro, haya de considerarse

efectos del razonamiento jurídico es crucial justificar cuando un trato diferencial está justificado (50).

En esta misma línea de razonamiento se mueven las sentencias 81/82, de 21 de diciembre. Recurso de amparo interpuesto por un varón. Distinto cómputo de horas extraordinarias para hombres y mujeres, más favorable para estas últimas. Estimatorio. Amplia a los varones la ventaja concedida inicialmente en exclusiva a las mujeres.

También la sentencia 38/1986, de 21 de marzo. Un trabajador del campo de la sanidad reclama el pago del plus de nocturnidad que recibían tan sólo las enfermeras, de este modo los turnos de estas últimas resultaban mejor retribuidos. Se estima el recurso. El abogado del Estado argumenta que «en cuanto al fondo de la cuestión aún si se hubiera probado la diferenciación, no puede considerarse irrazonable, dadas las características físicas de la mujer y la configuración sociológica actual de la familia». Pero se rechaza el privilegio para la mujer «... al basarse en una valoración proteccionista del trabajo de la mujer que no tiene vigencia en la sociedad actual, y que no esta demostrado que tenga como consecuencia su promoción real y efectiva».

Del mismo modo se razona en la sentencia de 21 de diciembre de 1982.

El motivo de litigio era que los domingos a las Ayudantes Técnicas Sanitarias (enfermeras) se les pagaba las doce horas de trabajo del domingo como horas extraordinarias mientras que a los Ayudantes Técnicos Sanitarios (enfermeros) se les paga como extaordinarias sólo tres de las doce horas. Estos trabajadores consideran la situación como discriminatoria para con el colectivo masculino. Los enfermeros piden igualdad de descanso con las enfermeras (ATS).

Existían dos posibles soluciones; la anulación de tal medida proteccionista, es decir privar a la mujer de la condición beneficiosa; o bien extenderla al varón. Se opta por la segunda solución. Otra de las razones que se alega es la de que «dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige... sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera en el presente caso no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional».

Además en esta ocasión el TC alega que «la protección de la mujer por sí

falta de un fundamento racional y sea por ende arbitraria, por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador. De esta suerte, dos situaciones consideradas como supuestos de hecho normativos son iguales si el elemento diferenciador debe considerarse carente de la suficiente relevancia y fundamento racional». «La situación de necesidad a que alude el art. 41 de la CE generadora de la asistencia y prestación social, ha cristalizado en nuestra normativa legal en un sistema de Seguridad Social que no se basa en la protección frente a la pobreza, sino en la compensación frente a un daño, como es un exceso de gastos o un defecto de ingresos originado por la actualización de una determinada contingencia (muerte, incapacidad, etc). Por lo que, a la misma situación —fallecimiento de un trabajador afiliado a la Seguridad Social que ha efectuado las correspondientes cotizaciones— ha de anudarse la misma consecuencia jurídica— el derecho del otro cónyuge a obtener la petición de viudedad con sujeción en todos los casos a los mismos requisitos.»

(50) BALLESTER PASTOR, M.^º Amparo: Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral. Sobre la reforma de la pensión de viudedad, p. 130, que está en vía muerta.

solo no es razón suficiente para justificar la diferenciación ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal mujer»: Afirmación que resulta discutible para quienes defienden el tercer modelo, es decir que existen diferencias de trato justificadas con el colectivo femenino, precisamente por ser mujeres; bien para corregir discriminaciones anteriores, bien para atender a algún rasgo biológico diferencial o para lograr la igualdad de facto. Se continúa con el mismo razonamiento la STC 15 de noviembre de 1983. «Se alegaban diferencias salariales motivadas por la realización de setenta horas de trabajo nocturno, de las cuales sólo veintiocho se abonaban al personal masculino como extraordinarias, frente a las cuarenta y tres que se reconocían con el mismo carácter al personal femenino» (51).

Todos estos precedentes contribuyen a que se dicte una Orden de 7 de julio de 1983 que contempla el derecho a plus en el salario en concepto de turno nocturno y también en el caso de horas extraordinarias, sin distinción de sexos. Así queda indirectamente derogado el art. 50 de la Orden 26 de abril de 1973, que establecía una en el caso de personal femenino períodos de veinticuatro horas de descanso después del turno nocturno.

Todavía hay una sentencia posterior, 38/86, de 21 de marzo. V. Régimen de descanso laboral nocturno más favorable para las trabajadoras que para sus compañeros masculinos. Estimatorio. Se trata de una medida proteccionista del trabajo de la mujer que no tiene vigencia en la sociedad actual y que no está demostrado que provoque su promoción real y efectiva.

Otra situación similar se produce en la demanda de los auxiliares de vuelo varones, sentencia 207/87, de 22 del 12 de 1987 (52), en la que se continúa otorgando derechos a los varones por equiparación con las mujeres.

El razonamiento no es coherente ya que si como se afirma esa medida era proteccionista, ¿por qué no declararla inconstitucional para ambos azafatas y auxiliares de vuelo masculinos?. Buena parte de la doctrina se ha mostrado con razón en contra de esta igualación hacia arriba (53).

B. EQUIPARACIÓN POSITIVA PARA LA MUJER

La equiparación positiva se detecta en los siguientes puntos; el acceso de la mujer casada al trabajo, con la eliminación definitiva de la existencia de la dote matrimonial, la declaración de la mujer casada como cabeza de familia en igualdad con el hombre, el acceso al trabajo de las minas y a las Fuerzas Armadas.

Anteriormente la excedencia era forzosa. En 1962 la dote matrimonial se otorga si la trabajadora abandonaba voluntariamente el trabajo al casarse (54).

En el año 1962 se decía «el cambio de estado civil no rompe la relación

(51) ALCOLEA TEJEDOR, Pilar: p. 61.

(52) STC 207/1987, de 22 de diciembre. V. Convenio colectivo que otorgaba a las auxiliares de vuelo de cierta edad el derecho de retiro anticipado, pero no a sus compañeros masculinos. Estimatorio. Induce a extender a todos (hombres y mujeres) el derecho de retiro anticipado. Reconoce el derecho de los recurrentes (varones) a no ser discriminados por razón de sexo en su pretensión de optar por el retiro anticipado.

(53) REY, F.: o.c., p. 27. No procede —dice Rey— igualar por arriba.

(54) GALIANA MORENO, J.M.: «No discriminación por razón de sexo y excedencia forzosa por matrimonio en la doctrina del Tribunal Central de Trabajo y del Tribunal Constitucional». Civitas. Madrid. Revista Española Derecho del Trabajo, 14/1983.

laboral no obstante, en defensa del hogar familiar se concede a la mujer trabajadora al contraer matrimonio el derecho a optar entre; continuar con el trabajo, abandonar el trabajo y recibir una dote (indemnización) o la excedencia voluntaria entre uno y cinco años». Desde 1982 a

1990 se presentan ante el TC doce recursos de amparo. Se concedió la reincorporación al trabajo en siete de ellos (55). La petición era la de reintegrarse al puesto de trabajo. Otra pretensión era la de los beneficios durante el tiempo de excedencia forzosa y a efectos de seguridad social.

En sentido inverso también se anula ese «privilegio» de la dote por matrimonio en aquellas trabajadoras que lo han reclamado estando ya derogado. Es decir aquellas que dejaron el trabajo de un modo voluntario y piden ahora una indemnización a la que ya no se tiene derecho porque no existe ningún despido; «por suponer ello un privilegio en favor de la mujer y una discriminación favorable a la misma siendo nulas en virtud del citado art. 17 del Estatuto todas las normas que establezcan discriminación favorable o adversa por razón de sexo o estado civil por lo que a partir de la fecha de entrada en vigor del tan citado texto legal no existe precepto alguno que establezca en favor de la mujer indemnización en razón de matrimonio» (TCT, Tribunal Central de Trabajo 19-10-

1982). El Tribunal Central de Trabajo estimó que «antes en nuestra situación laboral era notorio el juego del sexo en orden a la regulación de los derechos estableciendo a la mujer ventajas en algunos casos respecto del varón y relegándola notoriamente en otros (TCT 27 de junio de 1981)». En definitiva, el Tribunal Constitucional y la legislación toman medidas para evitar la discriminación en el empleo tanto favorables como desfavorables.

En la STC 241/1988, de 19 de diciembre, se considerará a la mujer también como cabeza de familia, estableciendo una paridad deseable en los derechos y las obligaciones familiares. Arguye la demandante que «la vigente realidad social evidencia la marcha progresiva hacia la completa equiparación de la mujer con el varón». Siguen los argumentos de la demandante alegando que anteriormente se exigía que se constituyera en cabeza de familia, por defunción del cónyuge para tener derecho a reintegrarse en el trabajo, pero que esto «responde a una realidad social hoy ampliamente superada, en la que el esposo constituía la única fuente de ingresos, con poder sobre la persona, bienes y actos de la esposa». Finalmente el Tribunal reconoce el cambio en los roles atribuidos a la mujer y al varón en la familia: «... se correspondía al papel asignado a cada uno de los cónyuges por las normas anteriores a la Constitución, en las que el marido o padre seguía apareciendo, pese a las reformas de los últimos años, como administrador de la sociedad conyugal y de gananciales, y como titular en primer término de la patria potestad sobre los hijos...» (56).

55) STC 15-11-82, 14-2-83, 18-2-83, 15-3-84, 9-5-84, 5-2-85, 19-12-88.

(56) «La Ley del 62 aunque en apariencia más favorables para la mujer, seguían en realidad estimulándola, a diferencia del varón, al abandono del trabajo y a su dedicación a las labores caseras, como claramente advierte el artículo 2 del Decreto 258/1962, en el que esa triple posibilidad se ofrecía en defensa del hogar-familia», p. 921; «Es evidente que los presupuestos en que se sustentaba la anterior concepción resultan hoy en día inadmisibles, una vez que, para poner fin a la tradicional postergación de la mujer borrando aquellas diferencias que históricamente la han colocado en situación de inferioridad en la vida jurídica y social se ha consagrado con la consiguiente proclamación de la igualdad de marido y mujer en el matrimonio y en las responsabilidades familiares».

Los otros casos en que se ha equiparado hacia arriba en ventaja de la mujer es en relación al acceso a las Fuerzas Armadas (57) y al trabajo en las minas (58). Pero en la práctica han pasado más de cuatro años entre esa sentencia y la incorporación real a las minas de varias mujeres (59).

Sentencia de la incorporación de la mujer al trabajo de las minas

Esta sentencia reviste peculiar importancia por el razonamiento que establece aquí el tribunal, más que el logro en sí de la posibilidad de que la mujer trabaje en las minas (60). Aquí hay un cambio con respecto a la primera época de la aproximación indiferente al sexo. Se considera a la mujer como un colectivo discriminado y con problemas objetivos para lograr la igualdad de oportunidades, lo que nos lleva al problemas de la igualdad de resultados.

«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 CE, 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 (STC 128/1987 y

19/1989) equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer. Se justifican así constitucionalmente medidas en favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan 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 objetivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que

(57) STC 216/1991. M. Inadmisión por el Ministerio de Defensa de una mujer a las pruebas de ingreso en la Academia General del Aire. Estimatorio. La discriminación se produjo por la omisión del legislador a la hora de regular, mediante ley específica (exigida por la Ley de la Defensa Nacional) el acceso de las mujeres a las Fuerzas Armadas.

(58) STC 229/1992, de 14 de diciembre. M. Prohibición del trabajo femenino en el interior de las minas. Estimatorio. La tradicional normativa protectora del trabajo de la mujer (como la prohibición del trabajo en el interior de las minas) es inconstitucional por discriminatorio

(59) El País, viernes 19 de enero de 1996, p. 29. Cuatro mujeres entran a trabajar al interior de una mina asturiana.

(60) ALCOLEA TEJEDOR, P.: o.c., pp. 45-55.

aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer» (F.2).

Todo ese razonamiento se utiliza para dejar sentado que la prohibición del trabajo de la mujer en las minas no es una medida de acción positiva que favorezca a la mujer, sino una medida paternalista que le perjudica.

«No cabe duda de que la prohibición de trabajar en el interior de las minas a la mujer, aunque responda históricamente a un finalidad protectora, no puede ser calificada como una medida de acción positiva o de apoyo o ventaja para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que no favorece a ésta sino que más bien la restringe al impedir a la mujer acceder a determinados empleos (F.2).

«... la evolución social... ha llevado a examinar con particular reserva un tipo de medidas protectoras que parten de prejuicios infundados, que responde a una división sexista del trabajo... han dejado de tener razón de ser. Aunque son constitucionalmente legítimas las diferencias en las condiciones de acceso al empleo y en las condiciones de trabajo basadas en el orden biológico natural para las que el sexo no pueda ser irrelevante, para que esa diferencia biológica pueda justificar la disparidad de trato es necesario calibrar adecuadamente las razones de la tutela, teniendo en cuenta muy en particular si la protección puede ser actual o potencialmente lesiva también de los derechos y de los intereses de la mujer» (F.3).

«Desde luego, no son contrarias a la Constitución aquellas disposiciones que tiendan a la tutela de la mujer trabajadora en relación con el embarazo o la maternidad, a los que se refiere el art. 2.3. de la Directiva 76/207 CEE, y que son los factores que principalmente permiten introducir distinciones de trato para la protección de la mujer» (F.3).

Medidas que fueron ya prohibidas por el TJCE al denunciar la prohibición a las mujeres del trabajo nocturno (Asunto Stoeckel) (61).

«4. El mandato de no discriminación por sexo del art. 14 CE, consecuente al principio de igualdad de derecho entre hombres y mujeres, exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo y la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad de

(61) ALCOLEA TEJEDOR, P.: pp. 23-25. Discriminación por razón de sexo en el TC. La CEE, en el art. 2 de la Directiva 76/207, salvedades «en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio, el sexo constituye una condición determinante». Así se establece una lista de trabajos en los que el sexo se puede tener en cuenta. Cfr. SAEZ LARA: Capítulo III. «Actividades profesionales excluidas del principio de no discriminación por razón de sexo». En el ordenamiento interno español no existe ningún listado de estas profesiones. Sectores artísticos, actores, modelos, maniqués y de la moda, preservar la intimidad y privacidad de los clientes en servicios personales (trabajos que exigen igual sexo que los destinatarios del servicio), piscinas, vestuarios, centros penitenciarios por la peligrosidad de los reclusos y por mantener la seguridad de la prisión, hospitales. Por exposición a productos tóxicos en mujeres embarazadas, fértiles y gestantes en puestos con dosis de radicación mayor de 1.3 rems al año. Directiva 92/85, 30 de junio de 1988. La Comisión Europea presentó una demanda contra Francia ante el TJCEE por no admitir directoras de cárceles mujeres, Comisión contra República francesa. Francia hace una selección diferente para hombres y mujeres vigilantes de cárceles (directores de prisiones) y cinco cuerpos de la policía. La sentencia parece respetar el caso de los directores de prisión, pero no lo justifica en el resto de los casos, personal de dirección y departamentos de servicios exteriores y los cinco escalafones dentro del cuerpo de policía. Sólo en el escalafón de vigilantes penitenciarios que pueden llegar a directores de cárceles.

protección de la mujer como sujeto fisiológicamente débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo».

«En muchos casos esta legislación originariamente protectora responde a prejuicios, a opiniones preconcebidas que juegan un papel importante en la formación y mantenimiento de discriminaciones. En este caso ese prejuicio es la menor fortaleza física y mayor debilidad de la mujer en relación con el varón, como algo que corresponde a la naturaleza de las cosas, y es a partir de ese prejuicio desde el que se puede llegar a entender infundadamente que la diferencia física que existe entre los hombres y las mujeres es suficiente para justificar una prohibición del trabajo de las mujeres en el interior de las minas. Sea esta una percepción defectuosa o errónea o sea una percepción desfasada tras la evolución social, lo cierto es que este tipo de prohibición responde más a un estereotipo que a diferencias reales naturales o biológicas, y produce en todo caso en el mercado de trabajo unos efectos claramente discriminatorios al suponer para la mujer un especial límite o desventaja. A diferencia de los varones, a las mujeres se les veda la posibilidad de realizar trabajos en el interior de las minas, estableciéndose una exclusión vinculada directamente a las diferencias de sexo».

Tercer modelo. En pro de la correponsabilidad

El Tribunal ha tomado varias medidas en las que se ha dado un avance en favor de la correponsabilidad, en las que se implica al varón padre en las responsabilidades familiares; concretamente la hora de permiso diario por lactancia, y la baja paterna retribuida de cuatro semanas por cuidado de hijo, la reducción de jornada (sin retribución) para cuidado de hijos menores de seis años o minusválidos, excedencia por cuidado de hijos. La reducción de la jornada por guarda legal puede ser solicitada por la mujer o el varón; «quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o a un disminuido físico o psíquico que no desempeñe otra actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla» (art. 37.5 del ET). Aunque la norma no precisa que esto corresponde a la madre, está siendo la práctica más habitual tal y como se aprecia a través de la jurisprudencia.

En la Ley 3/1989, de 3 de marzo, se amplían a dieciséis semanas el permiso de maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, existen por otro lado importantes novedades, como la expresada en su art. 1 párrafo tercero; «los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia no superior a tres años, para tender al cuidado o de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, a contar desde la fecha de nacimiento de éste.

Cuando el padre y la madre trabajen, sólo uno de ellos podrá ejercitar este derecho. Durante el primer año, a partir del inicio de cada situación de excedencia, el trabajador tendrá derecho a la reserva de puesto de trabajo, y ya que el citado período del período de excedencia sea computado a efectos de

antigüedad. Finalizado el mismo, y hasta la terminación del período de excedencia serán de aplicación... las normas que regulan la excedencia voluntaria» (62). En resumen, se reservará el puesto de trabajo por un año sin retribución, tiempo que se computará a efectos de antigüedad (Ley 3/1989, de 3 de marzo) para cuidado de hijos menores de tres años; antes de un año se puede reintegrar en el mismo trabajo, ya que se debe reservar el puesto de trabajo. En el segundo y tercer año sólo si se produce una vacante (en la primera vacante de similar o igual categoría). Al cabo de tres años tiene derecho a reincorporarse, pero ya no en el mismo puesto que dejó, sino en el que esté disponible.

Todos los beneficios que iban unidos a la maternidad se han atribuido también al hombre; excepto los tres primeros meses de baja materna por parto, el varón puede solicitar un mes, lo mismo en la excedencia por cuidado de hijos menores. En el caso de la mujer queda como privilegio y temporal el plus por guarderías que ha sido denegado a los varones y que se mantiene entre las escasas medidas de acción positiva, dentro de la filosofía de igualdad de acceso al trabajo, teniendo en cuenta la realidad histórica de que el cuidado de los hijos ha recaído en mayor medida en las mujeres, y que ha sido un impedimento para su incorporación al mundo laboral.

El permiso por lactancia ha sufrido una evolución en su tratamiento. Primero se otorgó sólo a las mujeres por vía jurisprudencial, pero poco tiempo después fue aplicado por analogía al varón. El fundamento jurídico inicial de la sentencia quedó superado por la legislación posterior, pero sin embargo es interesante destacar la sensibilidad del TC para detectar dos temas claves que conectan con la problemática de sexo y género:

- La división sexista de papeles en las responsabilidades familiares.
- El hacer compatible en la mujer trabajo y el cuidado del hijo recién nacido.

De ahí que se diga: «Y aunque la sentencia admite que en el caso de lactancia artificial también el varón puede prestar ese cuidado al hijo y que acaso la medida en examen lleva consigo el riesgo de consolidar una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares, sostiene su constitucionalidad en la medida en que, siendo una norma laboral (que no se refiere pues, al reparto de responsabilidades entre padre y madre), su objetivo es hacer compatible para la mujer su trabajo y el cuidado del recién nacido» (63).

Poco después hay un cambio radical en favor de que el padre pueda asumir esas responsabilidades, que no pertenecen de un modo natural únicamente a la madre, o que en todo caso pueden realizar indistintamente cualquiera de los dos.

El permiso de lactancia regulado en el art. 37.4 del E.T. establece el derecho de la mujer con un hijo menor de nueve meses, a una hora de ausencia del trabajo que podrá ser dividida en dos fracciones o ser sustituida por una reducción de la jornada laboral en media hora por la misma causa. Este artículo fue modificado por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, añadiendo un inciso final según el cual podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre en

(62) Actual regulación del art. 46.3 del E.T. ALCOLEA TEJEDOR, P.: p. 81.

(63) REY, F.: o.c., p. 35.

caso de que ambos trabajen» (64). El derecho se extiende a la lactancia artificial. El término lactancia se entiende de un modo amplio, en el sentido de atender o dar los cuidados necesarios al recién nacido, que se hacen extensibles al padre como nuevo sujeto titular de este derecho.

En las bajas paternas también se ha dado un cambio de mentalidad que apunta en la dirección de la corresponsabilidad, como se señala en el documento de Pekín, aunque en la práctica no se utilice excesivamente esta posibilidad que la ley permite.

El Tribunal Constitucional ha inaugurado en este sentido beneficios en dos direcciones. Como señala el constitucionalista norteamericano Tribe;

«El derecho antidiscriminatorio no sólo beneficia a la mujer (que se ve liberada de antiguos roles sociales que la ligaban al hogar y a la familia), sino también al hombre (que se ve también liberado de esos mismos antiguos roles que le vinculaban al trabajo extradoméstico de un modo tal que le impedía la vida familiar» (65).

A raíz de la lactancia; no se puede ignorar, que la realidad social con el acceso de la mujer al campo laboral, impone idénticas atribuciones al padre en cuanto a obligaciones familiares, y este planteamiento no sólo ha evolucionado reconociendo al varón el derecho a pausa por lactancia, sino también respecto de los permisos de maternidad.

Acción positiva. En pro de la diferencia

La actuación del Tribunal Constitucional en pro de la diferencia y de la acción positiva se aprecia en dos nuevas actitudes. Por una parte, se niega la igualación por arriba para los varones. Esto conduce al cambio de la argumentación y del razonamiento en dos sentencias más recientes. Se niega a un trabajador del sector textil la igualdad de la pensión con una mujer (66). Y se niega otorgar el plus de transporte que tienen asignadas las mujeres (67). Por otra parte en pro de las diferencias se mantiene un plus de guardería para las mujeres y viudos y no se le concede al demandante.

En la STC 19/1989, de 31 de enero, un pensionista del sector textil que pide un cantidad de jubilación igual que las mujeres de su época. El demandante se quiere apoyar en la sentencia del viudo STC 301/1982, pero en esta ocasión el Tribunal cambia de razonamiento. En el caso analizado se trata de un derecho residual, del que no disfrutaban las trabajadoras actuales. Transcribimos a continuación parte de los fundamentos jurídicos en los que se aprecia como el Tribunal admite la existencia de un colectivo discriminado.

«Pero, como hizo notar este Tribunal en la STC 128/1987, de

(64) ALCOLEA TEJEDOR, P.: p. 65.

(65) TRIBE, L.H.: American Constitutional Law. 2.ª ed. Mineola. New York. 1988, pp. 103-104.

(66) STC 19/1989, de 31 de enero de 1989. Pensionista del sector textil que pide un cantidad de jubilación igual que las mujeres de su época.

(67) STC 28/1992, de 14 de noviembre. V. Plus de transporte nocturno sólo para trabajadoras. Desestimatorio. La sentencia afirma que ese plus es discriminatorio, pero no lo extiende a los varones porque ello supondría innovar el ordenamiento, excediendo de la competencia del Tribunal. Aquí el razonamiento es incoherente, afirma que es discriminatorio pero no declara esa medida inconstitucional, y por otra parte no aplica el criterio de extender la medida al varón, lo que había hecho anteriormente en situaciones similares.

16 de julio, la virtualidad del art. 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la Constitución. Más en concreto, la expresa prohibición de la discriminación por razón de sexo, no sólo entraña la interdicción de la desigualdad de trato injustificada, sino también la decisión constitucional de acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo. De ahí que, en principio, no pueden considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matización que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación».

«De la doctrina anterior se desprende la necesidad de enjuiciar las medidas diferenciadoras por razón de sexo —en especial las que establecen las condiciones más favorables para la mujer— desde una perspectiva más compleja que la adoptada por el socilitante de amparo, pues sólo así podremos discernir con fundamento si estamos en presencia de una diferencia arbitraria o infundada, injustificada por tanto, o si se trata más bien de una medida cuyo designio consiste en compensar una previa desigualdad real o que se explica y justifica precisamente en razón de la situación de inferioridad históricamente padecida por las mujeres en el mundo laboral. Este es, por tanto, el imprescindible enfoque constitucional que debe orientar el análisis de la norma reglamentaria a la que ahora se reprocha la vulneración del principio de igualdad entre trabajadores de uno y otro sexo».

(F.º 4)

«En cualquier caso no deja de resultar improcedente e incluso paradójico que se califique de discriminatoria y contraria a los principios de igualdad consagrados en la Constitución una medida que, aunque implicaba efectivamente un mejor trato para el personal femenino, había de aplicarse en un sector de actividad en el que, por aquellas mismas fechas, la mujer estaba sujeta a inferiores condiciones de trabajo y, en particular, y por el sólo hecho de ser mujer, percibía salarios sensiblemente más bajos o quedaba adscrita a categorías profesionales de menor calificación (Órdenes de 28 de marzo de 1843, de 29 de abril de 1947 o de 28 de julio de 1966). No debe olvidarse tampoco que las normas que ahora se tildan de discriminatorias para el varón se inscriben en un contexto normativo que se decía comprometido en el “liberar” a la mujer casada “del taller y de la fábrica” (declaración II del Fuero del Trabajo) y que en su conjunto, bien mediante cláusulas de excedencia forzosa de la mujer por razón de matrimonio (analizadas en numerosas Sentencias de este Tribunal), bien mediante reglas de fomento de empleo de los “padres” o “cabezas de familia” (condición que se predicaba en primer lugar del varón), había colocado al personal femenino en una clara situación de inferioridad en el mercado de trabajo (Leyes de 21 de julio de 1960 o de 19 de junio de 1971).

Desde esta perspectiva, que es sin duda la que aquí debemos adoptar, no es apropiada la calificación de discriminación que el demandante de amparo hace a la disposición impugnada. De la exposición anterior se desprende con claridad que la diferencia de trato consagrada en los Estatutos de la Mutualidad Laboral del sector textil no tenía por objeto colocar al trabajador varón en peores condiciones al momento de su jubilación, sino más bien compensar de algún modo la situación de inferioridad que, laboral y socialmente, venía padeciendo el personal femenino. Desde esta perspectiva actual puede resultar criticable que esa compensación se efectuase mediante medidas aparentemente protectoras o de mejor trato y no, como quiere la Constitución de 1978 (art. 9.2), mediante la remoción de los obstáculos que impidan la igualdad real entre los grupos; pero esa objeción no puede llevar a la declaración de inconstitucionalidad de una medida que, lejos de crear discriminación alguna, se limitaba a otorgar determinadas ventajas a un colectivo que, en un análisis global de la situación social y laboral, estaba claramente discriminado». (fundamento 5).

La igualdad retributiva. Discriminaciones indirectas en las categorías profesionales

Un hito interesante en la jurisprudencia del TC lo constituye las sentencias que hacen referencia al principio de igualdad retributiva y la prohibición de discriminación salarial por razón de sexo en la Constitución. En ellas se examina si está justificado un salario superior por mayor rudeza o valor económico del trabajo, o si este criterio encubre discriminaciones indirectas que llevan a un salario desigual a trabajadores que realizan exactamente las mismas funciones.

1. La sentencia del Hospital provincial de Madrid «Gregorio Marañón»

La primera sentencia del TC que denuncia categorías feminizantes hechas según criterios sexistas fue la STC 145/1991, de 1 de julio. Las limpiadoras del Hospital Provincial de Madrid «Gregorio Marañón» denuncian la discriminación salarial que sufren frente a la categoría de peones, ocupada por hombres, que reciben una retribución mejor, realizando tareas similares. Actuó como ponente el magistrado Rodríguez Piñero.

La demanda alega lo siguiente:

«Se destaca que la diferente clasificación profesional con la asignación de dos categorías distintas a quienes realizan las mismas funciones no responde a criterios neutros, sino que la diferente denominación y pertenencia a una u otra categoría se determina por criterios sexistas. La discriminación seguiría existiendo aún si hubiera, lo que no ocurre, alguna mujer Peón o algún hombre con la categoría de Limpiador, ya que la diferencia retributiva existente entre las categorías es debida de manera fundamental al hecho de que una categoría es propia de personal femenino y otra de personal masculino, siendo el valor del

trabajo en ambos casos el mismo, si se tiene en cuenta el conjunto de factores, y no sólo la fuerza física, que en este caso es además irrelevante. La cualificación requerida en la misma, a lo sumo, se requiere más conocimientos específicos para las tareas de limpieza. El factor determinante de la distinta e inferior retribución de la categoría de limpiadora es la feminización, lo que constituye una forma de discriminación indirecta, en contra de la tendencia actual tendente a suprimir los vestigios sexistas en la mayor parte de las normas sectoriales de antaño» (68).

El Tribunal estima dicha demanda utilizando los siguientes razonamientos:

«El principio constitucional de no discriminación en materia salarial abarca así también a todos aquellos supuestos en los que se produzca una desigual valoración de trabajos no estrictamente iguales, pero equivalentes o de igual valor desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de prestación, en cuya desigual valoración sea el elemento determinante el sexo o factores vinculados al mismo, excluye que la valoración de forma diferente del trabajo realizado tenga lugar por criterios vinculados al sexo de los trabajadores, y en particular a la condición de mujer, por reflejar infravaloraciones sociales o económicas del trabajo femenino.

(68) «La prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad. Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no sólo la noción de discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración indirecta, sino también la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que se derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de la diferencia de sexo. Ello implica que cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato basada en las circunstancias que el citado precepto considera discriminatorias —en este caso, el sexo— y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación —en este caso, las mujeres— el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE. (Fundamento 2). «Para calibrar la legitimidad de la diferencia de tratamiento en materia salarial, no puede tomarse en consideración otro elemento que no sea el trabajo efectivamente prestado en él de circunstancias objetivamente acreditadas que no se vinculen directa o indirectamente al sexo de la persona, salvo en los casos excepcionales, que deben ser apreciados de forma restrictiva, en los que el sexo sea un elemento determinante de la aptitud profesional para el desempeño de ciertas tareas. Sólo la efectiva diferencia entre los trabajos prestados, valorados de forma no discriminatoria, permitirá diferenciar a efectos retributivos. como se desprende de la esencial vinculación entre el salario y el trabajo, del que áquel ser la contraprestación.» «Resulta claro que en una materia como la de discriminación en las condiciones de trabajo —en una correcta interpretación de los arts. 14 y 35.2. CE— es el trabajo mismo, y no su denominación el factor esencial para la comparación a efectos de no discriminación por sexo en materia salarial, siendo la categoría profesional un elemento secundario cuando se constata esta especial identidad en la prestación laboral de los trabajadores afectados y de aquellos con quienes se comparan. Por ello la diferencia por sexo de categorías profesionales entre quienes realizan un mismo trabajo no puede considerarse como la justificación, sino antes bien, como el origen o instrumento mismo a través del cual se formaliza esta discriminación indirecta.»

«La igualdad salarial por razón de sexo en los Tratados Internacionales ha pasado de una formulación inicial del principio estricto de igualdad salarial a Identidad de trabajo, a una concepción más amplia del principio de igualdad salarial que actúa cuando se detecta la existencia de trabajo de igual valor... En el seno de las Comunidades Europeas, aunque el art. 119 del Tratado se refería a "un mismo trabajo", el mismo ha sido interpretado extensivamente por la jurisprudencia comunitaria y ampliado a través de la Directiva 75/17, cuyo art. 1 define el principio de igualdad y de remuneración como implicando "para un mismo trabajo o para trabajo al que se le atribuya un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo.»

«El órgano judicial ha considerado objetivamente justificada la diferencia de tratamiento económico entre Peones y Limpiadoras “en atención a la penosidad y esfuerzo físico que caracteriza a la categoría de Peón”. Sin embargo, la utilización exclusiva e irrazonable de este criterio objetivo ha producido consecuencias desiguales y perjudiciales para la mujer. Se ha partido de una premisa no demostrada, la mayor penosidad y esfuerzo físico, dando más valor así injustificadamente a una cualidad predominantemente masculina, desconociéndose otras características del trabajo (atención, cuidado, asiduidad, responsabilidad, etc.) más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos.

«El órgano judicial... debió entrar a analizar si las mismas calificaciones podían encubrir una discriminación indirecta por razón de sexo.»

«Era preciso comprobar si la diversificación, incluso formalmente correcta, enmascaraba la infravaloración de “trabajos de valor igual”, pero predominantemente desempeñados por mujeres, porque si ese resultado se produce, se habrá completado el supuesto de hecho de una discriminación por razón de sexo

—con independencia de la ocasional presencia de varones en las categorías “feminizadas” o viceversa— al resultar globalmente de este procedimiento de valoración un trato desfavorable del trabajo femenino al amparo de un esquema que no obedece a criterios técnicos racionales, desvinculados de toda consideración al sexo del trabajador. Así lo ha puesto de manifiesto el TJCE en su Sentencia de 1 de julio de 1988 (asunto Dummler-dato Druck (69)), y así cabe apreciarlo también para interpretar adecuadamente, en todas sus implicaciones, la prohibición contenida en el art. 14 de la CE.

«La feminización de la categoría segregada (que demuestra incluso el hecho de que sea denominada en femenino) y la asignación a esta última de un nivel retributivo inferior. Ello permite suponer, más allá de toda duda, que no se persigue otro objetivo o resultado que minusvalorar el trabajo prestado en un área de servicios con dominante ocupación femenina, sin que existan razones objetivas que permitan sostener el “desigual valor” respecto de otras categorías en las que la participación femenina es menos acusada. Podría objetarse, como hace el Letrado de la Comunidad demandada, que la diferencia retributiva pretende ajustarse a, mayor esfuerzo físico que corresponde desarrollar en su trabajo a los Peones, pero tampoco esta objeción es determinante. De hecho, cuando se emplean criterios tan genéricos para delimitar el ámbito de la categoría de Peón, y el esfuerzo físico, real o presunto, resulta que el único factor concreto al que anudar la superior retribución, se demuestra cómo se aprecian exclusivamente “valores correspondientes a los rasgos medios de trabajadores de un solo sexo para determinar en qué medida

(69) TJCEE Discriminación salarial Defrenne contra Sabena, 8 de abril de 1976. MaCarthys Ltd c/ Wendy Smith, 27 de marzo de 1980. Una mujer sustituye a un hombre y le bajan a ella el sueldo ocupando el mismo puesto. Jenkins c/ Kingsgate Ltd. 31 de marzo de 1981. Trabajadora a tiempo parcial que le pagan menos la hora que los trabajadores a tiempo completo. Coincide que en el grupo de trabajadores a tiempo parcial son casi todas mujeres. CE c/ República Federal de Alemania. 21 de mayo de 1985. DUMMLER c/ Dato Druck. 1 de julio de 1988. «Mayor salario por mayor esfuerzo». MURPHY c/ an Board Telecom Eireann. 4 de febrero de 1988. Mujeres operarias de fábrica que realizan un trabajo superior al de los almacenistas, sin embargo éstos son mejor retribuidos que aquéllas. DANFOSS. 17 de octubre de 1989. NIMZ c/ Freire und Hansesstadt Hamburg. 7 de febrero de 1991. CE c/ Reino de Bélgica. 17 de febrero de 1993.

un trabajo exige un esfuerzo u ocasiona una fatiga o es físicamente penoso” (TJCE S 1 Jul. 1988, cit.), y ello constituye también una violación de la prohibición de discriminación salarial por ruptura del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres. No puede ser de otra forma, si se tiene en cuenta que el criterio dominante de valoración —expresamente admitido por la Comunidad demandada— se corresponde única y exclusivamente con un estándar del trabajo varón, que de este modo se transforma en patrón de medida de las modalidades de prestación de servicios más apreciados».

2. La sentencia de la fábrica de Galletas Fontaneda

La STC 286/1994, de 27 de octubre, resulta un tanto curiosa. Por una parte se apoya en la anterior, pero no se atreve a dar más pasos hacia adelante. En esta sentencia hay dos demandas diferentes, por parte de las trabajadoras de la fábrica de Galletas Fontaneda, que complican el razonamiento. Por una parte, a cuatro mujeres que trabajan en el departamento de producción les pagan según una categoría inferior, la de envasado y empaquetado. Esta demanda es atendida. Otra parte de la demanda es la equiparación del sueldo de ambos departamentos. El de producción está ocupado por varones, el de envasado y empaquetado está compuesto en su totalidad por mujeres. El Tribunal comienza a razonar sobre este punto de manera que queda patente que no hay ningún criterio objetivo para diferenciar estos dos departamentos:

«Es cierto que el sistema de adscripción departamental del personal responde a una división de trabajo basada en el sexo, que no tiene su origen en el convenio colectivo, sino en una práctica inveterada de adscripción del personal masculino o femenino preferentemente a alguno de los departamentos objeto de comparación. Las tareas de producción están reservadas a los hombres, a excepción de cuatro, mientras que las mujeres prestan servicios en el departamento de envasados, que tiene asignado un nivel retributivo inferior. Es muy posible que en la génesis de esa segregación profesional de trabajadores estuviera presente una vez más la idea preconcebida de la fortaleza física y cierta debilidad de la mujer en relación con el varón (STC 229/1992)».

También reconoce que:

«En principio no debe haber impedimento físico alguno para que el personal femenino del departamento de envasado no pueda desempeñar los puestos de trabajo ocupados por los hombres. Dada la naturaleza técnica y mecanización de ambos procesos, el esfuerzo físico no constituye — como pone de manifiesto el Tribunal Superior— un elemento de relevancia para el desarrollo de las tareas de producción.»

Sin embargo no se atreve a llegar a esa conclusión y se ampara en los criterios de la empresa para valorar más un tipo de trabajo que el otro, de manera que así queda justificada la diferencia salarial, porque no estaría basada en criterios sexistas. Hay que esperar a una sentencia posterior, en la que actúa como ponente el catedrático RODRÍGUEZ PIÑERO, para que realmente se sea

coherente en el razonamiento llegando a la conclusión, de que sí existe discriminación indirecta en esta división sexista del trabajo, aunque esté enmascarada bajo la adscripción a departamentos diferentes, pero con trabajos del mismo valor. Esta sentencia se queda a mitad de camino porque el Tribunal se exime de entrar al fondo de la cuestión, siendo clara la infravaloración social y económica del trabajo femenino, que conduce a una división sexista de tareas.

El Tribunal no atiende a la otra demanda, amparándose en que el análisis del valor del trabajo asignado se ha realizado sobre criterios neutros, vinculados a cualidades poseidas indistintamente por cualquiera de ambos sexos.

Concluye que el trabajo de producción en sí exige más dosis de concentración y responsabilidad. Por tanto está justificada la superior retribución.

Además el TC dice que no le compete a él cuestionarse esa división sexista de tareas,

«cuya corrección difícilmente podría obtenerse directamente del amparo constitucional, en lo que no fueran obstáculos formales para la intercambiabilidad de funciones entre los sexos, y para lo que el sindicato actor tiene siempre abierta la vía de la contratación colectiva». «Sin embargo lo que está en cuestión en el proceso de origen y en este proceso constitucional no es la corrección de ese reparto de tareas... lo que está en juego en este proceso constitucional es exclusivamente si la diferencia salarial entre ambos grupos o departamentos constituye una discriminación por razón de sexo contraria al derecho reconocido en el art. 14 de la CE».

Es aquí donde cabe diferir ya que no parece haber impedimento legal para que el TC asuma entre sus competencias terminar por vía de amparo con la división sexista de tareas. Como queda patente en la descripción de los hechos, el salario estaba adscrito al sexo de las personas y no al trabajo que desempeñaban. Se demuestra por ejemplo en el hecho de que las cuatro mujeres que trabajaban en producción recibían el sueldo correspondiente a empaquetado, y que cuando los hombres trabajaban en empaquetado en el turno de noche se les pagaba como producción, alegando que era trabajo nocturno. Tampoco queda claro que realmente existiera posibilidad de igualdad de acceso al trabajo, ni de intercambiabilidad de trabajo entre los sexos, en el paso de uno a otro sector. El número de tan sólo cuatro mujeres en producción parece bastante significativo y señala la ausencia de personal femenino en determinados departamentos.

Las mujeres comprueban continuamente que no tienen acceso a los departamentos mejor retribuidos, aunque estén preparadas para ello. Luego, si no se quiere admitir la similitud de tareas en ambos departamentos, hay por lo menos una lesión del derecho a la igualdad de oportunidades para el acceso a trabajos de categorías superiores (70).

(70) El País, viernes 8 de marzo de 1996, p. 33: «Ellas recogen las fresas; ellos las cargan en el camión. Ellas limpian las habitaciones del hotel; ellos sirven las comidas. Ellas empaquetan las galletas; ellos observan los puntos de cocción. Ellos y ellas suelen trabajar codo con codo, pero ellos siempre están mejor remunerados y ellas constatan cada día que quizá son víctimas de una discriminación difícil de demostrar. Tan difícil que las que empaquetan las galletas Fontaneda perdieron el caso ante el Tribunal Constitucional, y eso a pesar de que

3. La sentencia de la empresa Puig

En este sentido, un paso importante en la jurisprudencia ha sido la STC 58/1994, de 28 de febrero, referente a la empresa Puig. En este caso el TC dió el paso que no se atrevió a dar en el caso anteriormente examinado (fábrica de galletas Fontaneda).

Ciento cuarenta empleadas de las secciones de envasado denuncian una situación discriminatoria. «La categoría de profesional de industria (de 1.^a y de 2.^a), de ayudante especializado y de peón han sido ocupadas en la empresa exclusivamente por hombres, mientras que las de oficiales (de 1.^a y de 2.^a) lo han sido por mujeres, al menos hasta fecha reciente, ya que en el último año la empresa introdujo ocho oficiales en la categoría de oficial. En cualquier caso es criterio sostenido en la empresa la contratación de mujeres para los puestos de trabajo desempeñado por oficiales y, en concreto, para los puestos de las cadenas o líneas de producción». Por otra parte se constata que «no existe impedimento físico para que las labores correspondientes a las categorías expuestas sean realizadas por trabajadores de uno u otro sexo».

Los hechos descritos son los siguientes:

«El conflicto planteado se refiere a las secciones de “envasado” y “expedición”, dentro de las cuales prestan servicios tanto unos como otros trabajadores. En la sección de envasado funcionan distintas cadenas o cintas de producción, en las que el llenado de frascos y envasado de los mismos, desde los dos puestos básicos de trabajo, “maquinistas” y “envasado”, es realizado por las oficiales de 1.^a y de 2.^a. Los profesionales de industria de 1.^a y 2.^a, los ayudantes especialistas y los peones, por su parte, dentro de esa misma sección suministran a las cintas los elementos y materiales necesarios para el trabajo de las oficiales de actividades y complementarias, rellenan de nuevo producto las máquinas de vacío para envasar y limpian las mismas, cambiando el producto, en su caso, trasladan los productos acabados y reciben materiales del almacén, y suministran las órdenes de fabricación»...

«En los puestos de “expedición” los trabajadores varones embalan y cargan los pedidos con destino a exportación y pedidos especiales, mientras que las categorías asignadas con preferencia a mujeres distribuyen pedidos, separan los pedidos y preparan los *palets* por agencias» (F.º 5).

«Ningún impedimento físico existe para que unas y otras labores sean desarrolladas por trabajadores de uno y otro sexo. O lo que es lo mismo, la discrepancia ha de centrarse no en la determinación de los hechos, sino en su calificación jurídica, si han de considerarse o no de igual valor los trabajos desempeñados preferentemente por hombres» (F.º 2).

la sentencia reconocía que las diferencias entre ambos trabajos son mínimas y que, sin duda, “el sistema de adscripción departamental del personal responde a una división del trabajo basada en el sexo, que no tiene su origen en el convenio colectivo, sino en una inveterada práctica de adscripción del personal masculino o femenino preferentemente a alguno de los departamentos objeto de la comparación”. Pero se perdió el caso porque la cuestión litigosa se refería sólo a la diferencia salarial dentro de un mismo departamento. Así que sólo las cuatro mujeres que trabajaban en el departamento masculino —y que, aún así cobraban menos que ellos— vieron atendida su demanda».

«Es cierto que el Convenio Colectivo de empresa no “feminiza” terminológicamente las categorías, dando de cada una de ellas una definición neutra, pero no puede negarse que, tratándose de un Acuerdo de empresa, se ha realizado atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes en aquélla —que los negociadores debían de conocer— y, muy especialmente, a la efectiva feminización de ciertas categorías. De ahí que, eventualmente, la discriminación no se haya producido meramente por la práctica de empresa, sino por el clausulado del Convenio que, con esta neutralidad terminológica, podría encubrir u ocultar la realidad de categorías predominantemente ocupadas por trabajadores de uno y otro sexo. Una realidad fáctica, pues, que no puede afirmarse, sin más, que no ha trascendido a la norma, caracterizando el contenido de ésta» (f.º 3).

«Por consiguiente, hemos de examinar si la distinta valoración del trabajo a desarrollar en las categorías predominantemente masculinas y en las categorías feminizadas, pueden ser explicadas por razones ajenas a la consideración del sexo de los trabajadores y basadas exclusivamente en el mayor valor del trabajo realizado por las categorías masculinizadas, lo que permitiría excluir la existencia de discriminación retributiva alegada en la demanda. Para ello, debemos partir del hecho de que, como los Tribunales de instancia mantienen, no existe impedimento físico alguno por el que las trabajadoras no puedan desempeñar puestos de trabajo en las categorías que habitualmente ocupan los trabajadores, ni viceversa. No habiendo un requerimiento específico de la pertenencia a un determinado sexo que justifique esta asignación categorial, ha de examinarse si en la evaluación de los trabajos encomendados a las diversas categorías se ha producido una diferenciación con repercusión en el salario en perjuicio de un determinado sexo, en este caso de las mujeres pertenecientes mayoritariamente a la categoría salarialmente infravalorada. (F.º 4).

Los criterios establecidos en el caso ENDERBY del TJCEE de 27 de octubre de 1993, por los que el sexo no puede ser el determinante de las categorías profesionales, son los siguientes:

- corresponde al empleador la carga de la prueba;
- el parámetro de igualdad no es la identidad de tareas, sino la igualdad de valor del trabajo;
- deberá evidenciarse que se ha recurrido a criterios de evaluación neutros... Todo ello porque la prohibición de discriminación por sexo en materia salarial también se ignora cuando se produce una hipervaloración de trabajos en los que sólo han sido tomados en consideración a efectos salariales rasgos inherentes a uno de los sexos, en detrimento del otro (STC 145/1991; Directiva CEE 756117 cit. art. 1. párrafo 2), F.º 5).

En pro de unos nuevos criterios de clasificación de las categorías profesionales

Como exponía recientemente Carme Alemany (71), asistimos todavía a una injusta infravaloración del trabajo de la mujer, con la correspondiente segregación laboral. A la mujer se le asignan ciertas categorías profesionales que se feminizan y se pagan peor. Los puestos mejores en las cadenas industriales están prácticamente reservados a los hombres (capataces, comodines). La segregación se produce de un modo indirecto primando «cualidades» o «capacidades» masculinizadas o varoniles, tales como el trabajo arduo o difícil en términos de fuerza física, rudeza del trabajo como suciedad de las máquinas, esfuerzo físico, toxicidad, peligrosidad, penalidad. En el caso de las mujeres se les destina también trabajos pesados y difíciles bajo otro punto de vista, además se les elige expresamente por sus cualidades porque se les considera más preparadas para tareas que requieran la atención simultánea a diferentes tareas, atención continua, resistencia a la monotonía, esfuerzo físico (quizá menor) pero continuado. En general tareas que exijan capacidades tales como destreza, habilidad manual, minuciosidad, paciencia, pulcritud/limpieza, estética/esmero, precisión, simultaneidad, delicadeza/cuidado.

También los empleadores prefieren mujeres en el sector terciario, en los que se valoran cualidades como la capacidad de relación, dotes para el trato con diverso público, absorción de tensiones, resolución y contención de situaciones conflictivas o dolorosas (sanidad), atención y respuesta a diferentes demandas simultáneas.

Las mujeres poseen muchas veces cualificaciones informales que son directamente operativas, adquiridas en la práctica de las tareas de reproducción y en el entorno familiar y doméstico. Pero el mercado laboral que busca esas cualidades, luego no las retribuye económicamente.

Resulta muy acertada la propuesta de Alemany se trata de retribuir económicamente como se merecen esas capacidades invisibles; «acabando ante todo con la ocultación de las aportaciones reales de las mujeres a la actividad laboral mediante la inclusión en la elaboración de las categorías profesionales no sólo de los aspectos técnicos, sino también de las capacidades adquiridas por las mujeres en el proceso educativo y de aprendizaje y efectuar una reelaboración de las cualificaciones profesionales de las mujeres que rompan definitivamente con las dicotomías teóricas vida privada/vida pública, trabajo reproductivo/trabajo improductivo, trabajo asalariado/trabajo doméstico».

Se definen las categorías profesionales en relación al hombre, no en vano la mayoría de los empleadores y protagonistas de los convenios colectivos siguen siendo hombres (la presencia de mujeres en puestos directivos sindicales y en mesas de negociación es mínima). Resulta una discriminación indirecta que se retribuya mejor la fuerza física, que pocas mujeres lograrán tener, y sin embargo no se valore su destreza en el acabado del producto, cualidad que pocos hombres lograrán a lo largo de su vida. Las categorías profesionales ocupadas por mujeres se definen en términos negativos, de carencia; «deben de estar en empaquetado porque no pueden estar en otro lugar», y se oculta

(71) ALEMANY, Carme: «¿Las señoras primero?». El País, martes 2 de enero de 1996. Socióloga, consultora de la Unión Europea en Igualdad de oportunidades y Directora del CEDIS (Centro d'Estudis Dona i Societat), consultora de Naciones Unidas en Recursos Humanos.

que los varones desarrollarían peor esa función, es decir las mujeres están ahí porque poseen una capacidad para ese puesto infrecuente en los varones. Es constatable que trabajos desarrollados tradicionalmente por mujeres como la enfermería, azafatas, maestras, limpiadoras, sector servicios están peor retribuidos, y que en ocasiones han mejorado los salarios cuando los varones se han introducido en ese mundo, auxiliares de vuelo, enfermeros (antes ayudantes técnicos sanitarios), peones, cambiando hasta su denominación. También se da el proceso contrario cuando las mujeres acceden a puestos desempeñados por hombres, comienzan a ser peor pagados.

En el ramo de la hostelería, la segregación tradicional es evidente. Ellas son las camareras de pisos (las que hacen las camas en los hoteles, por ejemplo) y ellos son los recepcionistas y, sobre todo, los que dirigen los establecimientos. «De los 86 directores de paradores nacionales que hay en España, sólo cinco son mujeres», dice Rosalía Pascual, una de las pocas que han conseguido ser recepcionistas. Pero hay situaciones curiosas. Por ejemplo, las de los cocineros. Son una casta importante y mejor remunerada dentro del ramo que, sin embargo, es casi inaccesible para las mujeres, siendo una tarea tradicionalmente femenina. Lo habitual en el mundo laboral no es que los hombres accedan a estas tareas. Lo habitual es lo contrario. En la medida que las mujeres se integran en el mundo laboral, ocupan puestos que antes sólo ejercían ellos. Pero según la ONU, en todos los países del mundo la categoría de dicho trabajo es entonces, sistemáticamente, rebajada. A este proceso los sindicatos le llaman “feminizar las categorías”» (72).

La solución está por una parte en pagar realmente igual por trabajos del mismo valor y por otra revalorizar las cualidades profesionales de las mujeres.

En pro de la armonización trabajo y familia

La Comisión Europea, en el IV Programa de acción comunitaria para la igualdad entre hombres y mujeres, aprobado por la Eurocámara durante la sesión plenaria de noviembre de 1995 y adoptado por el Consejo de Ministros en diciembre de 1995, se ha propuesto entre los objetivos prioritarios «la conciliación del trabajo y la vida familiar de hombres y mujeres».

Anteriormente la propia Comisión había creado ya una red denominada «Familia y Trabajo», que fomentará iniciativas para crear un mayor equilibrio entre la vida profesional y personal de los trabajadores (73). Este programa funciona desde septiembre de 1994, funcionará durante tres años hasta finales de 1997. Tiene como meta difundir y desarrollar una red europea de personas, empresas y organizaciones que contribuyan a lograr un mayor equilibrio entre la vida profesional y la familiar.

Miguel Yaguez es el coordinador en España de la red «Trabajo y familia». En España las empresas tienen menos medidas de apoyo a los empleados que el resto de Europa. Entre las prioridades de la red está la del fomento de las

(72) El País, viernes 8 de marzo de 1996, p. 33.

(73) Europe '93. Business and the Family. What strategies to bring them together? Commission of the European Communities. Belgian Ministry for Employment and Labour. Presses interuniversitaires européennes. Brussels. 1992, p. 22. Harmonizing the couple's time. HOGG, C & HARKER, L.: The Family Friendly Employer. Examples from Europe. Daycare Trust in association with Families and Work Institute, New York. Preface by Vasso Papandreu. Introductory Essay by Peter Moss. London. 1992.

medidas que faciliten la igualdad de oportunidades en el desarrollo profesional de mujeres y hombres.

Según un informe de una encuesta realizada a 350 empresarios por el IESE de Barcelona, realizado por los profesores José Ramón Pin y Melè, presentado en el uroepan Business Network (EBN) (74); «El horario de trabajo de los directivos españoles, a menudo demasiado extenso, es otro de los temas planteados. La mayoría de los encuestados responde que sus agendas no dejan tiempo para la educación de los hijos. Sus reuniones perturban bastante la vida familiar. Entre el 60 y 70% responde que no son suficientes las ayudas económicas a la familia».

Se concluye la necesidad de nuevas formas de trabajo, a tiempo parcial, horarios más flexibles, o desde casa con ayuda de las nuevas tecnologías y una mayor responsabilidad de la empresa para encontrar una balanza más equilibrada entre trabajo y familia.

En el mismo informe se señala que así como los empresarios no tiene en cuenta la situación familiar en el diseño de las carreras profesionales de los hombres, sin embargo el 63% responde que esto cambia en el caso de mujeres casadas con hijos pequeños, que tienen menos oportunidades de desarrollar su carrera profesional. A menudo, estas mujeres tienen que compaginar su labor profesional con una mayor atención a su familia hasta que los hijos alcanzan cierta edad, que suele coincidir en la mujer con la década de los cuarenta. «Las empresas —apunta José Ramón Pin— deberían buscar mecanismos psicológicos y formativos para reciclar y promover entonces a estas directivas, que a menudo poseen una experiencia y madurez de gran valía para la empresa».

Todos los datos apuntan a una nueva realidad, al hecho de que se ha dado una profunda transformación en los roles sociales de lo masculino y lo femenino, como se afirma en el primer punto del IV programa de acción comunitaria para la igualdad: «La evolución de los papeles respectivos de la mujer y el hombre es uno de los rasgos más importantes de la evolución de las sociedades europeas. Las transformaciones del mercado de trabajo, los cambios de las estructuras demográficas y familiares y el desarrollo de la educación y la formación han contribuido de manera importante a esta evolución». Ahora el reto que la legislación debe de afrontar es cómo hacer compatibles las responsabilidades familiares y laborales tanto en el varón como en la mujer. Hay un exceso de horas de trabajo por parte de los varones fuera de casa. Por otra parte, el 60% de las mujeres presentes en el mercado laboral atienden además las tareas del hogar. La mujer trabajadora dedica cuatro veces más de horas al trabajo del hogar que el varón (75).

Un punto esencial lo constituye la mejora de la legislación laboral en la protección de la maternidad. En la IV Plataforma de Acción se encarece a los gobiernos a adoptar acuerdos que favorezcan directamente a la mujer en las sociedades industrializadas; «Adoptar políticas para asegurar la protección apropiada de leyes laborales y los beneficios de la seguridad social para los

(74) MELE, Domenec (coordinador): Empresa y vida familiar. Estudios Ediciones IESE. Barcelona, 1995, 311 p.
(75) DE LUIS, Pilar: «Gender et emploi du temps». Institut Universitaire Européen, marzo, 1995. IZQUIERDO, Jesusa; DEL RÍO, Olga y RODRÍGUEZ, Agustín: La desigualdad de las mujeres en el uso del tiempo. Ministerio de Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer. Series Estudios, n.º 20. Madrid, 1988.

trabajadores a tiempo parcial, temporales, por sesiones o domésticos; promover el desarrollo profesional con mejores condiciones de trabajo, que armonicen las responsabilidades del trabajo y la familia»
(n.º 181 a).

STC*

—81/82, de 21 de diciembre. V. Distinto cómputo de horas extraordinarias para hombres y mujeres, más favorable para estas últimas. Estimatorio. Amplia a los varones la ventaja concedida inicialmente en exclusiva a las mujeres. MODELO 2. VARÓN DISCRIMINADO. ASIMILACIONISMO.

—7/1983, de 14 de febrero. M. suspensión del contrato de trabajo para el personal femenino por causa del matrimonio. Estimatorio. Declara inconstitucional la Reglamentación de trabajo que contenía dicha cláusula de celibato. MODELO 3. EQUIPARACIÓN POSITIVA.

—103/1983, de 22 de noviembre. V. Cl. Reglas para la concesión de la pensión de viudedad más favorables para las viudas que para los viudos. El TC estima la inconstitucionalidad de la disposición cuestionada, equiparando a hombre y mujeres en los requisitos de acceso a la pensión de viudedad. MODELO 2. VARÓN DISCRIMINADO. ASIMILACIONISMO.

—38/1986, de 21 de marzo. V. Régimen de descanso laboral nocturno más favorable para las trabajadoras que para sus compañeros masculinos. Estimatorio. Se trata de una medida proteccionista del trabajo de la mujer que no tiene vigencia en la sociedad actual y que no está demostrado que provoque su promoción real y efectiva. MODELO 2. VARÓN DISCRIMINADO. ASIMILACIONISMO.

—128/1987, de 16 de julio. V. Plus laboral de guardería concedido a las trabajadoras con independencia de su estado civil y a los trabajadores sólo en el caso de que fueran viudos. Desestimatorio. La medida discutida no es paternalista o falsamente protectora del trabajo de la mujer, sino una acción positiva para corregir la desigualdad real de las mujeres. MODELO 3. TRATO DIFERENCIAL JUSTIFICADO POR LA SITUACIÓN SOCIAL.

—207/1987, de 22 de diciembre. V. Convenio colectivo que otorgaba a las auxiliares de vuelo de cierta edad el derecho de retiro anticipado, pero no a sus compañeros masculinos. Estimatorio. Induce a extender a todos (hombres y mujeres) el derecho de retiro anticipado. reconoce el derecho de los recurrentes (varones) a no ser discriminados por razón de sexo en su pretensión de optar por el retiro anticipado. MODELO 2. VARÓN DISCRIMINADO. ASIMILACIONISMO.

—166/1988, de 26 de septiembre. M. Resolución de contrato de trabajo de una empleada por razón de su embarazo. Estimatorio. Correspondía al empleador la carga de probar que no fue el embarazo de la recurrente la causa de resolución. MODELO 3. TRATO DIFERENCIAL JUSTIFICADO POR DIFERENCIA BIOLÓGICA.

—241/1988, de 19 de diciembre. M. Disposición legal pre-constitucional que

(*) Este esquema de la jurisprudencia está tomado de la obra de REY, F.: o.c., pp. 128-130. La clasificación con referencia a los distintos modelos es un añadido mío.

reservaba la titularidad de cabeza de familia al padre, y a la madre sólo en defecto de aquél. Estimatorio. MODELO 3. EQUIPARACIÓN POSITIVA. CORRESPONSABILIDAD.

— 19/1989, de 31 de enero. V. Mayor pensión de jubilación para las trabajadoras que para los trabajadores en el sector textil. Desestimatorio. La medida pretendía compensar la especial situación de inferioridad social y laboral que venía padeciendo el personal femenino. MODELO 3. TRATO DIFERENCIAL JUSTIFICADO POR LA SITUACIÓN SOCIAL ANTERIOR. MEDIDA TRANSITORIA.

— 142/1990, de 20 de septiembre. V. Disposición que excluía a los viudos de la pensión de viudedad del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI). El Tribunal equipara en el mismo régimen a viudos y viudas. MODELO 2. VARÓN DISCRIMINADO. ASIMILACIONISMO. EL RAZONAMIENTO NO DEBERÍA SER EL DEL SEXO, SINO LA SITUACIÓN DE NECESIDAD.

— 68/1991, de 8 de abril. M. Reglamento municipal que concedía un trato de favor a las hijas de empleados municipales respecto del acceso a una pensión de orfandad. Estimatorio. No se puede negar el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley so pretexto de asegurar la igualdad en el derecho de igualdad en el contenido de la ley. VUELTA AL MODELO 1. INCOHERENTE.

— 145/1991, de 1 de julio. M. La categoría de «limpiadoras», según el convenio colectivo, percibía menos sueldo que el de los «peones», a pesar de realizar funciones análogas. Estimatorio. La clasificación del convenio colectivo ocasiona una discriminación indirecta. MODELO 3. EQUIPARACIÓN POSITIVA.

— 216/1991. M. Inadmisión por el Ministerio de Defensa de una mujer a las pruebas de ingreso en la Academia General del Aire. Estimatorio. La discriminación se produjo por la omisión del legislador a la hora de regular, mediante ley específica (exigida por la Ley de la Defensa Nacional) el acceso de las mujeres a las Fuerzas Armadas. MODELO 3. EQUIPARACIÓN POSITIVA.

— 28/1992, de 14 de noviembre. V. Plus de transporte nocturno sólo para trabajadoras. Desestimatorio. La sentencia afirma que ese plus es discriminatorio, pero no lo extiende a los varones porque ello supondría innovar el ordenamiento, excediendo de la competencia del Tribunal. MODELO 3. TRATO DIFERENCIAL JUSTIFICADO POR LA SITUACIÓN SOCIAL. Rompe con el razonamiento de 81/82, de 21 de diciembre, y

38/1986, de 21 de marzo. De todos modos el razonamiento en la sentencia es incoherente, afirma que es discriminatorio pero no declara esa medida inconstitucional, y por otra parte no aplica el criterio de extender la medida al varón, lo que había hecho anteriormente en situaciones similares.

— 229/1992, de 14 de diciembre. M. Prohibición del trabajo femenino en el interior de las minas. Estimatorio. La tradicional normativa protectora del trabajo de la mujer (como la prohibición del trabajo en el interior de las minas) es inconstitucional por discriminatorio. MODELO 3. EQUIPARACIÓN POSITIVA.

— 3/1993, de 14 de enero. V. Ciertas prestaciones de la Seguridad Social que se concedían sólo a hijas y hermanas, pero no a hijos y hermanos. Estimatorio. La Sentencia extiende a todos (hombres y mujeres) esa ventaja. MODELO 2. VARÓN DISCRIMINADO. ASIMILACIONISMO. Habría que utilizar el razonamiento de necesidad y no el criterio de igualdad de sexos.

— 109/1993, de 25 de marzo. V. Permiso de lactancia concedido sólo a los madres

(y no a los padres). Desestimatorio. La medida es «una ventaja de apoyo a la mujer como grupo desfavorecido». MODELO 3. TRATO DIFERENCIAL JUSTIFICADO POR LA SITUACIÓN SOCIAL. Pero luego la legislación lo equipara según MODELO 3. EQUIPARACIÓN POSITIVA. CORRESPONSABILIDAD.

— 174/1994. M. No renovación del contrato de trabajo a consecuencia del embarazo. Estimatorio. La prohibición de discriminación por razón de sexo es eficaz también en el acceso al empleo y no sólo ante una relación laboral formalizada. MODELO 3. TRATO DIFERENCIAL JUSTIFICADO POR DIFERENCIA BIOLÓGICA.

— 286/1994, de 27 de octubre. M. Inferior retribución del personal femenino respecto del masculino en el mismo departamento de la empresa. Estimatorio. La sentencia reconoce el derecho de las mujeres afectadas a la misma remuneración que sus compañeros varones. MODELO 3. EQUIPARACIÓN POSITIVA.

— 315/1994. V. Reglamento que concedía un trato de favor a las hijas de los empleados provinciales respecto del acceso a una pensión de orfandad. Desestimatorio. El trato de favor es discriminatorio, por lo que es correcta su declaración como derogada por parte del Tribunal Supremo. MODELO 3. EQUIPARACIÓN CONTRA EL MODELO 1.

— 317/1994. M. Denegación del derecho de la mujer a una indemnización por ruptura del contrato con ocasión de su matrimonio. Desestimatorio. La norma que concedía ese privilegio es falsamente protectora, por lo que es correcta la apreciación de su derogación por los tribunales de instancia. MODELO 3. EQUIPARACIÓN CONTRA EL MODELO 1.

— 145/1991, de 1 de julio. M. La categoría de «limpiadoras», según el convenio colectivo, percibía menos sueldo que el de los «peones», a pesar de realizar funciones análogas. Estimatorio. La clasificación del convenio colectivo ocasiona una discriminación indirecta. MODELO 3. EQUIPARACIÓN POSITIVA.

— 216/1991. M. Inadmisión por el Ministerio de Defensa de una mujer a las pruebas de ingreso en la Academia General del Aire. Estimatorio. La discriminación se produjo por la omisión del legislador a la hora de regular, mediante ley específica (exigida por la Ley de la Defensa Nacional) el acceso de las mujeres a las Fuerzas Armadas. MODELO 3. EQUIPARACIÓN POSITIVA.

— 229/1992, de 14 de diciembre. M. Prohibición del trabajo femenino en el interior de las minas. Estimatorio. La tradicional normativa protectora del trabajo de la mujer (como la prohibición del trabajo en el interior de las minas) es inconstitucional por discriminatorio.

— 286/1994, de 27 de octubre. M. Inferior retribución del personal femenino respecto del masculino en el mismo departamento de la empresa. Estimatorio. La sentencia reconoce el derecho de las mujeres afectadas a la misma remuneración que sus compañeros varones. MODELO 3. EQUIPARACIÓN POSITIVA.