

---

## La igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental.

[BIB 2007\3260](#)

**Alfredo Montoya Melgar.**

Director

**Yolanda Sánchez-Urán Azaña.**

Coordinador

### Publicación:

Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). **Igualdad de Mujeres y Hombres.** [BIB 2007\1914](#)

Editorial Aranzadi, S.A.U., Septiembre de 2007.

ISBN 978-84-470-2844-3

### 1 . La igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental

A. La igualdad es un valor de alcance general –quizás el más importante de todos, junto a la libertad– en los sistemas políticos modernos, indispensable para cimentar el Estado social y democrático de Derecho en el que vivimos. Su fundamento es el reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos por el hecho de serlo –dignidad que es innata a la persona e inalterable por razón de las circunstancias–, lo cual se traduce en la afirmación de una serie de derechos fundamentales inviolables y en la asignación al poder político de la función de garantizarlos y de facilitar su ejercicio. Como todo valor, la igualdad tiene a la vez un sentido fundante del sistema jurídico–político y un carácter teleológico, en cuanto meta u objetivo del sistema.

Ese valor de la igualdad se proyecta en el sistema desde el punto de vista subjetivo como garantía general de un trato igual y no discriminatorio de las personas por parte de los poderes públicos (principio de igualdad) y a la vez como derecho particular de cada individuo que debe ser protegido (el derecho fundamental a la igualdad). Pero además, ese valor de la igualdad opera desde el punto de vista funcional en dos dimensiones, ya que cabe distinguir una vertiente formal o jurídica (la garantía de la igualdad de trato ante la ley), de carácter más individual, y otra material o real (que supone la búsqueda de la igualdad efectiva en la vida social a través de la mejora de las condiciones de vida de los más desfavorecidos), de alcance más colectivo. Todos estos matices están bien captados por nuestra Constitución en sus arts. 1 (la igualdad como valor general), 9.2 (la igualdad real y efectiva de las personas y los grupos) y 14 (principio de igualdad y derecho a la igualdad de trato)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Esas tres dimensiones de la igualdad (como valor, como principio y como derecho) están bien destacadas por A.PEREZ LUOEn su trabajo «Sobre la igualdad en la Constitución española», en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol IV, 1987, págs. 133 y ss.

En efecto, la proyección de este valor superior del ordenamiento jurídico sobre el sistema se plasma en el principio de igualdad, que obliga a los poderes públicos a dispensar un trato a las personas acorde con su igual dignidad y que no puede ser diferenciado, para bien o para mal, en atención a sus características subjetivas, salvo que tengan una relevancia objetiva y razonable que justifique esa diferencia<sup>2</sup>. Por ese motivo, el art. 14 CE, con el que se abre el Capítulo II del Título I, relativo a los derechos y libertades, proclama la igualdad ante la ley (formalmente sólo respecto de los españoles) y la prohibición de toda discriminación en atención a cualquier circunstancia de carácter personal o social<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Esta doctrina ha sido reiterada hasta la saciedad por el Tribunal Constitucional: «no toda desigualdad de trato es discriminatoria, sino sólo aquella que, afectando a situaciones sustancialmente iguales desde el punto de vista de la finalidad

de la norma cuestionada, carezca de una justificación objetiva y razonable» (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 8, por la que se resuelven varios recursos de inconstitucionalidad acumulados contra la Ley de Aguas).

3 Como bien explica la STC 144/1988, de 12 de julio, «la igualdad ante la Ley que consagra el art. 14 de nuestra Constitución exige que ésta sea aplicada por igual a todos, sin que en ningún caso puedan ser unos dispensados de su cumplimiento en atención a sus condiciones personales o tratados otros con mayor rigor también en consideración a sus personas». Sin embargo, ese principio no se traduce en una exigencia absoluta de una interpretación unívoca de los preceptos legales por parte de todos los órganos del poder judicial, ya que los jueces no están sujetos a instrucciones de los tribunales superiores, sin perjuicio de que el Estado de Derecho persiga hacer realidad el principio de seguridad jurídica. Por eso la interpretación divergente de los órganos judiciales o incluso del mismo juez en momentos distintos sólo supondrá una lesión del principio de igualdad cuando obedeciera a la toma en consideración de diferencias personales en los justiciables. Sólo en esos casos podrá intervenir el Tribunal Constitucional para otorgar amparo a quien ha sido discriminado.

Como explica el Tribunal Constitucional, esa garantía de igualdad se despliega en dos niveles: la igualdad *en la ley* y la igualdad *en la aplicación de la ley*, ya que no pueden permitirse discriminaciones ni al establecer el contenido de una norma ni al darle cumplimiento<sup>4</sup>.

4 El principio de igualdad ante la ley se despliega en dos planos, tal como explica la STC 144/1988, de 12 de julio, por la que se deniega un recurso de amparo. En efecto, por un lado está la igualdad *ante la ley*, es decir, el principio de que ésta debe aplicarse por igual a quienes están en una misma situación, especialmente por los órganos administrativos y por los jueces y tribunales, «sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma». Pero previamente cabe identificar la igualdad *en la ley*, que impide que quien ejerce la potestad legislativa o la potestad reglamentaria «pueda configurar los supuestos de hecho de la norma de modo que se dé trato distinto a personas» que están en la misma situación, de manera que no se puede otorgar «relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria». Se debe respetar el principio de igualdad a la hora de elaborar una disposición y de establecer una serie de derechos y obligaciones, y a la hora de aplicar esa disposición aprobada.

Esa dimensión objetiva del principio de igualdad se complementa necesariamente con otra subjetiva, que supone el reconocimiento a cada persona del derecho individual a la igualdad de trato y a la no discriminación (la dimensión objetiva o institucional y la subjetiva o personal de los derechos fundamentales es algo de sobra conocido por la doctrina constitucionalista europea, especialmente la alemana)<sup>5</sup>. Tal derecho hace acreedora a la persona en sus relaciones jurídicas de una protección y garantías por parte de los poderes públicos que, al tratarse de un derecho fundamental tienen un carácter reforzado. Así, conforme a lo dispuesto por el art. 53.2 CE el derecho a la igualdad ante la ley queda protegido por medio de un recurso judicial, preferente y sumario, de protección de los derechos fundamentales de la persona (regulado en los arts. 114 y ss. LJCA, en el ámbito de lo contencioso-administrativo) y del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

5 De todas formas, el Tribunal Constitucional ha sostenido, como se analizará más adelante, que «la igualdad reconocida en el art. 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas» (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2). Con todo, pronunciamientos como los de la STC 273/2005, de 27 de octubre, o la STC 307/2006, de 23 de octubre, sí recuerdan que «según reiterada jurisprudencia constitucional, el art. 14 CE, que dispone que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual», a la par que impone a los poderes públicos el deber de dispensar un trato igual. Esta división también se da en la doctrina (tal como recoge D.GIMENEZ GLUCK: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 31, nota 16), entre quienes defienden la existencia de un verdadero derecho fundamental y subjetivo a la igualdad y quienes niegan su sustantividad y lo categorizan como un elemento estructural de todos los derechos, que sólo puede ser exigido en relación con uno de ellos.

Ahora bien, la garantía de la igualdad de trato ante la ley, de cada individuo y de los grupos de personas que compartan alguna característica en común, tiene un carácter formal, que es necesario pero insuficiente para promover el progreso efectivo en la sociedad de las personas y grupos más desfavorecidos. Los poderes públicos, en uso de sus facultades de conformación social, deben atender a la mejora de las condiciones de vida de todos, pero especialmente de quienes se encuentran en una posición de desventaja social, económica, política o cultural. El constituyente español era consciente de que esa dimensión objetiva no podía detenerse en la garantía formal de asegurar la igualdad de las personas en el plano normativo. En efecto, la defensa de la igualdad se mueve eminentemente en el plano material o real de las relaciones sociales. Por eso se entiende que el art. 9.2 CE, con gran fuerza expresiva, encomiende a los poderes públicos la función de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean *reales y efectivas*» así como de «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud».

Sin duda, la ley objeto de comentario en este libro tiene su anclaje y se sitúa en la órbita del art. 9.2 CE, que viene a desarrollar la cláusula del Estado social, proclamada por el art. 1.1 CE. Frente al Estado liberal individualista del siglo XIX, que viene a perseguir la vertiente formal del principio de igualdad, el Estado social de derecho, gestado en Europa a lo largo del siglo XX, y sobre todo a partir de la segunda guerra mundial, aspira a promover con su voluntad conformadora de la realidad social, la vertiente material del principio de igualdad. Por eso, la voluntad del legislador actual va más allá de asegurar la igualdad proclamada por el art. 14 CE, aunque también desarrolle aspectos como la protección frente a discriminaciones directas e indirectas (art. 6), la garantía de indemnidad frente a las discriminaciones (art. 9), o el aseguramiento de la tutela judicial efectiva (art. 12), que están relacionados con el derecho subjetivo formal de cada sujeto a la igualdad. Pero la finalidad principal de la ley es la introducción transversal de la igualdad entre hombres y mujeres en las distintas políticas públicas y el otorgamiento de cobertura a las medidas de fomento y de discriminación positiva, que vayan permitiendo la efectiva promoción del papel de la mujer en nuestra sociedad<sup>6</sup>. Por eso, más que ante una *ley de igualdad*, estamos ante lo que podemos calificar como una *ley de desigualdad* o de promoción de acciones, medidas y políticas positivas en pro de la mujer, tradicionalmente en posición de desventaja frente al hombre, que persiguen la equiparación real de trato y de oportunidades para todos ellos en nuestra sociedad. Este carácter, legítimo desde el punto de vista constitucional, sobre todo a la vista del art. 9.2 CE, obliga al legislador a ser especialmente cauto en el diseño de las medidas concretas, sobre todo en la adopción de las denominadas acciones positivas, para no incurrir en posibles excesos que puedan vulnerar, precisamente, la garantía de igualdad establecida en el art. 14 CE<sup>7</sup>, cuestión sobre la que se volverá más adelante.

<sup>6</sup> Tal como destaca la Consideración 3 del Dictamen del Consejo de Estado 803/2006, de 22 de junio, relativa al significado general del Anteproyecto: «su propósito va más allá del reconocimiento efectivo de la paridad o igualdad formal entre unas y otros y persigue la consecución de una igualdad plena y efectiva, eliminando situaciones reales de desigualdad que están perjudicando a las mujeres, mediante una acción normativa tendente a *combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla*. Desde la proclamada perspectiva de un *derecho de las mujeres*, el Anteproyecto trata de favorecer su situación, a través de un conjunto de medidas que responden al ambicioso objetivo de prevención y eliminación de conductas discriminatorias que perjudican a la mujer, y de políticas activas de igualdad a favor de la mujer».

<sup>7</sup> As se ha indicado por el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley (Dictamen 803/2006, de 22 de junio), Consideración 6.

B. Ahora bien, en cuanto a su contenido, igualdad no equivale a igualitarismo. Como ha puesto de relieve tantas veces el TC, la igualdad comporta el trato igual a los iguales y, por tanto, no se conculca ese valor constitucional cuando se trata de manera desigual a los desiguales. Sólo «supuestos de hecho sustancialmente iguales deben ser tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas» (STC 212/1993, de 28 de junio). En este sentido, no hay mayor injusticia que el uniformismo o aplicación rígida del principio de igualdad entendido como igualación homogénea y sin resquicios de todos los sujetos. El igualitarismo sin matices es una evidente degradación de la igualdad.

De todos modos, como debe partirse del postulado de la igual dignidad de todos los seres humanos, será preciso justificar adecuadamente en cada caso el trato dispar que se pretenda dispensar a una persona o un grupo de ellas respecto de otras. Es decir, se deberá someter cada caso a un juicio de igualdad, que según reiterada jurisprudencia constitucional tiene carácter relacional. Según ese juicio, un trato es discriminatorio y debe ser corregido cuando concurren tres elementos: en primer lugar, la identificación de una diferencia de trato relevante entre dos personas o grupos; en segundo lugar, la comprobación de que las personas que han padecido esa disparidad de trato se encuentran en una situación homogénea o equiparable; y en tercer lugar, la inexistencia de una justificación, objetiva y razonable, que pueda legitimar desde el punto de vista constitucional el distinto trato recibido, y de una proporcionalidad entre la diferencia de trato y la finalidad perseguida<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> En palabras de la STC 139/2005, de 26 de mayo, FJ 6, «debemos hacer hincapié, una vez más, en la naturaleza relacional del juicio de igualdad (entre las más recientes, STC 199/2004, de 15 de noviembre, FJ 6), que requiere como presupuestos obligados para su formulación «de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables,

es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre y 1/2001, de 15 de enero). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma» (STC 119/2002, de 20 de mayo, FJ 4)». Sobre el juicio de igualdad ex art. 14 CE pueden consultarse, entre otras recientes, la STC 307/2006, de 23 de octubre, FJ 4, y la STC 273/2005, de 27 de octubre, FJ 3. Ambas destacan el elemento de contraste esencial que es el término de comparación, que no puede ser arbitrario o caprichoso, sino equiparable, para que pueda realizarse el juicio de igualdad. Como afirma la STC 125/2003, de 19 de junio, «puede decirse que dos individuos son iguales, esto es, pertenecen a la misma clase, cuando en ellos concurre una cualidad común, un *tertium comparationis*, que opera como elemento definitorio de la clase, y que son desiguales cuando tal circunstancia no se produce». Sobre este tema, vid. J. C.GAVARA DE CARA: *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Thomson–Aranzadi, 2005.

Entre esas justificaciones constitucionalmente admisibles juega un papel especial la voluntad de corregir prácticas sociales que de hecho son discriminatorias, como ocurre con frecuencia en el caso de la mujer. Es más, dado que la igualdad no tiene sólo una dimensión formal, sino que constituye un valor material, cuya implantación exige transformaciones sociales que pueden encontrar muchas resistencias inerciales, puede incluso que el derecho general a la igualdad formal deba ser sacrificado en determinados casos en beneficio de la consecución de la igualdad real<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Según la STC 34/1981, de 10 de noviembre, reiterada por la STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 7, el tratamiento diverso de situaciones distintas «puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva». Esto lleva a entender, en la segunda de las sentencias citadas, que no se encuentran en una misma situación las trabajadoras y los trabajadores con hijos menores de seis años a su cargo, de manera que no será discriminatorio el reconocimiento de ayudas en concepto de guarderías a las mujeres en todo caso y a los hombres sólo si son viudos. Para el Tribunal Constitucional «la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo, o el mantenimiento del que ya tiene», como demuestra la reducida incorporación de la mujer a la vida laboral.

C. De manera específica, en relación con el género, la igualdad entre hombres y mujeres no puede confundirse con la identidad de sexos. Por el contrario, la aspiración a la igualdad debe pasar por el reconocimiento de la diferencia y de la complementariedad de ambos (lo cual no debe traducirse evidentemente en diferencia de trato ante la ley)<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Como bien afirma la Exposición de Motivos de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, de igualdad de mujeres y hombres en el País Vasco, la ley promueve «una igualdad respetuosa con la diversidad e integradora de las especificidades de mujeres y hombres, que corrija la tendencia actual a la imposición y generalización del modelo masculino. Se trata, en suma, de que mujeres y hombres sean iguales en la diferencia». De ahí la elección de la fórmula principio de igualdad de mujeres y hombres, y no *entre* mujeres y hombres, para evitar una visión comparatista de ambos sin atender a sus diferencias. Esta orientación se plasma luego entre los principios generales de la ley (art. 3.3).

La igualdad tiene como raíz la misma dignidad del hombre y de la mujer, de las personas sanas y de las que padecen enfermedad o disfunciones físicas o psíquicas. De esa misma dignidad se deriva el derecho a la igualdad de trato, tanto en cuanto a derechos como en cuanto a obligaciones, e incluso a un trato más favorable cuando esas condiciones personales suponen un obstáculo para la igualdad real de oportunidades.

Sin embargo, esa igualdad no debe llevar a ignorar la diferencia entre sexos, que evidentemente no deriva sólo de unos rasgos físicos y fisiológicos distintos y evidentes, sino que tiene raíces más profundas de carácter psicológico y antropológico. Aunque la investigación en esta materia no está muy avanzada, sí contamos con datos suficientes para afirmar que las diferencias entre hombre y mujer no derivan sólo del contexto cultural en el que se han desarrollado sus relaciones, sino que tienen un fundamento más ontológico e interno. Sólo a partir de ese reconocimiento es posible abordar en toda su profundidad las consecuencias de la igualdad de género y la necesidad de remover las barreras artificiales que impiden la plena integración de la mujer en la sociedad, sin tener que renunciar a ella misma. La integración no equivale a la simple asimilación de ambos sexos.

## **2 . Igualdad de mujeres y hombres; experiencias supranacionales y españolas**

### **A . La idea de igualdad de mujeres y hombres**

La idea de la igualdad de mujeres y hombres, en cuanto inspiradora de nuestra civilización, es de muy tardía aparición. Frente a la secular creencia generalizada –compartida por los máximos pensadores del pasado<sup>11</sup> y por el común de los pueblos– de que la mujer era por naturaleza inferior al

hombre, hay que esperar hasta avanzado el siglo XIX para asistir a una auténtica revolución en cuanto a las ideas sobre la mujer y su papel en el sistema social. Un ejemplo insigne de ese cambio de actitud se encuentra en el ensayo de JohnSTUART MILL *La esclavitud de las mujeres* (1869), una obra que rompe con la tradición milenaria de signo contrario, pasando a considerar la desigualdad entre mujeres y hombres como «uno de los principales obstáculos para el progreso de la humanidad», obstáculo que, a su juicio, deba superarse mediante «una igualdad perfecta, sin privilegio ni poder para un sexo ni incapacidad alguna para el otro»<sup>12</sup>. Nos ha llamado gratamente la atención el hecho de que la E. de M. de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (en adelante, LOI) invoque expresamente, cosa inusual en una norma legal, el precedente de la obra deSTUART MILL, citando uno de sus párrafos, el referido al ideal de la perfecta igualdad que no debe admitir poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. A.MONTOYA MELGAR: «Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: políticas y normas», *REDT*, núm. 129, págs. 5 y ss.

<sup>12</sup> J.STUART MILL: *De la libertad. Del gobierno representativo. La esclavitud femenina*, trad. M.C.C. de Iturbe, Tecnos, Madrid, 1965, págs. 365 y ss.

<sup>13</sup> A dicha obra nos venimos refiriendo, al tratar del trabajo de la mujer, en nuestro *Derecho del Trabajo*, a partir de la 5 edición (Madrid, 1984), pág. 493; también hacemos una referencia algo más amplia en el artículo citado en la nota anterior («Igualdad entre mujeres y hombres...») en que incluimos, precisamente, la cita que ahora hace suya la E. de M. de la Ley, aunque los términos de la traducción por nosotros manejada y el texto consultado por el legislador no son idénticos.

Comparada con los largos siglos y hasta milenios de sumisión de la mujer al varón, puede decirse que la historia de la búsqueda de la igualdad entre ambos apenas ha comenzado. Así, en nuestro país, esa historia se inicia hace medio siglo y se intensifica de modo sistemático hace escasamente un cuarto de siglo. Con razón se ha podido decir que «en los últimos veinticinco años, las mujeres españolas han protagonizado el mayor avance de toda su historia», como se lee en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de marzo de 2005, por el que se adoptaron medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Publicado como anexo a la Orden PRE/525/2005, de 7 de marzo.

## **B . La igualdad de mujeres y hombres en el derecho supranacional**

El principio de igualdad de trato, en su específica y fundamental manifestación como igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, viene siendo objeto de reconocimiento en el plano supranacional a lo largo de todo el siglo XX y durante los años de este siglo XXI. Debe citarse en este sentido la Constitución de la OIT (1919), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (ambos de 1966), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950), la Carta Social Europea (1961), el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (1957; versión consolidada tras los Tratados de Amsterdam, 1997, y Niza, 2001), la Convención de la ONU sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), etc. A esta relación de textos hay que sumar los Convenios y Recomendaciones de la OIT (señaladamente, los convenios n 100, de 1951, y n 111, de 1958) que se ocupan de la materia, así como diversas Directivas, Recomendaciones y Decisiones de la Comunidad Europea y otras muchas iniciativas de diverso signo; entre éstas, la reciente «Hoja de ruta para la igualdad de género en la Unión Europea» adoptada por el Consejo Europeo en marzo de 2006.

La importancia que va cobrando la idea de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito comunitario europeo queda puesta de relieve en el hecho de que el Tratado de la Comunidad Europea (versión consolidada, tras las modificaciones introducidas por los Tratados de Amsterdam, 1997, y Niza, 2001) incluye entre sus objetivos «la igualdad entre el hombre y la mujer» (art. 2) y, destacando uno de los aspectos más significativos de esa igualdad, «la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo» (art. 137.1 del TCE). La Unión Europea, pues, adopta desde la llamada «perspectiva de género» el principio de que la igualdad entre mujeres y hombres ha de inspirar transversalmente todas las políticas y acciones comunitarias.

La búsqueda de esa igualdad especialmente en un ámbito en la que tanto ha sido y sigue siendo vulnerada (el ámbito laboral), explica que el Derecho social comunitario europeo haya ido desplegando sucesivas acciones normativas centradas inicialmente en la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el aspecto retributivo, opción que estaba presente en el originario art. 119 del Tratado CEE, cuya redacción se debió a razones predominantemente económicas<sup>15</sup>, y en cuyo desarrollo, en ejecución del Programa de Acción Social de 1974, el Consejo de las Comunidades adoptó la Directiva 75/117/CEE, que viene aplicando el principio de igualdad retributiva sea «para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye el mismo valor». Ese principio es hoy acogido por el Tratado CE tras su modificación por el Tratado de Amsterdam (1997), que dio lugar a la redacción del vigente art. 141.1. El limitado ámbito del originario art. 119 TCE y de la Directiva de 1975, circunscritos a la igualdad en la retribución, llevó al Consejo a adoptar una nueva Directiva, la 76/207/CEE, que procedió a ampliar el principio de igualdad entre hombres y mujeres a otros ámbitos laborales: acceso al empleo, formación y promoción profesional y condiciones de trabajo. Por otra parte, la Directiva 79/7/CEE reguló la aplicación progresiva del principio en materia de Seguridad Social, y la Directiva 86/378/CEE, modificada por la 96/97/CE, procedió a extender el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres a los regímenes profesionales de Seguridad Social, y la Directiva 86/613/CEE aplicó el principio a las mujeres y hombres que ejercen una actividad autónoma.

<sup>15</sup> Vid. A.MONTOYA MELGAR, J. M.GALIANA MORENOy A. V.SEMPERE NAVARRO: *Derecho Social Europeo*, Madrid, 1994, pág. 51.

El Derecho comunitario europeo –el Tratado CE, las citadas Directivas y también la jurisprudencia del TJCE– ha construido una importante doctrina que ha procedido a ampliar el concepto de discriminación, acuñando las categorías de las discriminaciones directas e indirectas, que también incorpora a su articulado la LOI, como antes lo había hecho la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. La Directiva 2002/73/CE, modificativa de la Directiva 76/207/CEE<sup>16</sup>(y que la LOI transpone a nuestro Derecho), procedió a tipificar ciertas modalidades de discriminación particularmente graves y atentatorias contra la dignidad de la persona: el «acoso» y el «acoso sexual», ambos con significación relacionada con el sexo, aunque con distintas connotaciones; conductas que también son tipificadas como discriminatorias en la LOI.

<sup>16</sup> Destinada a ser sustituida por la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, que deroga las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE y 97/80/CE con efecto a partir del 15 de agosto de 2009 (art. 34).

La referida Directiva 2002/73/CE ha supuesto también la ampliación de las reglas sobre protección del embarazo y la maternidad, al reconocer el derecho de la trabajadora, una vez concluido el permiso por maternidad, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, así como a beneficiarse de las mejoras de las condiciones laborales a las que hubiera podido tener derecho durante el permiso (régimen que acoge la LOI en la nueva redacción que da al art. 48.4 ET). La Directiva dispone que el trato menos favorable de la trabajadora basado en su embarazo o maternidad constituye discriminación; la misma regla está presente en el art. 8 de la LOI.

Asimismo, la propia Directiva 2002/73/CE reconoce la licitud de las desigualdades de trato a favor de las mujeres, basadas en embarazo, maternidad y lactancia, declarando, en la actual línea de extender los beneficios «parentales» (por nacimiento de hijo o adopción o acogimiento) al padre y a la madre, declarando que no son contrarias al principio de igualdad las medidas favorables establecidas en las Directivas 96/34/CE (permiso parental) y 92/85/CEE (seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia); reglas que vienen siendo acogidas en nuestro Ordenamiento y que se reiteran y amplían en la LOI.

Aun teniendo un objetivo no coincidente exactamente con el de igualdad entre mujeres y hombres, las políticas de conciliación de la vida personal y familiar y la laboral (de las que también se ocupa la LOI) guardan indudable relación con el principio de igualdad. No es fortuito que la Directiva 96/34/CE, que procede a incorporar el Acuerdo–Marco sobre el permiso parental, tenga por finalidades conjuntas las de «conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres». Ciertamente, estas medidas de «conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajan» se aplican a «todos los

trabajadores, hombres y mujeres, que tengan un contrato o una relación de trabajo»; son medidas dictadas para promover la corresponsabilidad de hombre y mujer en las cargas familiares, aparentemente neutras, pero en la práctica favorecedoras de la mujer en cuanto que tienden a eliminar la doble carga –familiar y laboral– que tradicionalmente viene soportando la mujer trabajadora, y hacer compartir esa carga al hombre; y en ese sentido es en el que las medidas de conciliación de la vida personal y laboral pueden considerarse como medidas de igualdad entre mujeres y hombres. Reflejo de estas políticas se encuentra en el Derecho español, con algún antecedente, a partir de la importante Ley 39/1999, para promover la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

En fin, la Directiva 97/80/CE regula el decisivo tema procesal de la carga de la prueba de la discriminación por razón de sexo, invirtiendo la regla de que tal carga pesa sobre quien alega el daño, y exigiendo a la parte demandada la demostración de que no ha vulnerado el principio de igualdad de trato, siempre que quien se considere perjudicado aporte hechos indiciarios «que permitan presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta» (art. 4.1 de la Directiva). Este mismo criterio es el que viene sustentando nuestra legislación (arts. 96 y 179.2 LPL) así como una consolidada doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, y es el que a nuestro juicio debe seguir imperando, pese a que el art. 13.1 LOI silencia toda referencia a que el demandante deba aportar indicios de discriminación<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Vid. sobre esta cuestión, *infra*, Cap. I, 4,F y Cap. VIII de este estudio.

En otro orden de cosas, la Directiva 2004/113/CE, que aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, ha sido asimismo objeto de transposición a nuestro Derecho por la LOI. La citada Directiva, basada en el art. 13 del TCE e incentivada por el Consejo Europeo de Niza (2000) tiene la importante significación de extender el principio de igualdad «fuera del mercado laboral» en cuyo ámbito había surgido y se venía desplegando el principio.

La labor de las instituciones comunitarias europeas dirigida a promover la igualdad entre mujeres y hombres tiene otras muchas manifestaciones que no procede sino relacionar aquí:

a) Resoluciones del Parlamento Europeo sobre situación de la mujer en la CEE (11 de febrero de 1981), discriminaciones sexuales en el lugar de trabajo (13 de marzo de 1984) y consecuencias de las nuevas tecnologías sobre el empleo femenino (10 de octubre de 1985); Informe del Parlamento sobre objetivos de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la utilización de los Fondos Estructurales (24 de febrero de 2003).

b) Iniciativas del Consejo sobre promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer (Resolución de 12 de julio de 1982), reforzamiento de la igualdad de trato entre hombres y mujeres (Conclusiones de 22 de junio de 1984), promoción de acciones positivas a favor de la mujer (Recomendación de 13 de diciembre de 1984), fomento de la igualdad de oportunidades para las mujeres (Resolución de 24.7.86), protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo (Resolución de 29 de mayo de 1990), protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo y lucha contra el acoso sexual (Declaración de 19.12.91), promoción e integración de la igualdad entre hombres y mujeres mediante la acción de los Fondos Estructurales Europeos (Resoluciones de 22 de junio de 1994 y 2 de diciembre de 1996), participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones (Resolución de 27 de marzo de 1995 y Recomendación de 2 de diciembre de 1996), integración de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el marco de los Fondos estructurales (Resolución de 2 de diciembre de 1996), participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y la vida familiar (Resolución del Consejo y los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales de la CE, de 29 de junio de 2000), Programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación 2001–2006 (Decisión de 27 de noviembre de 2000), capital social humano y cohesión e igualdad entre hombres y mujeres (Resolución de 15 de julio de 2003), Programas de Acción Comunitaria para la igualdad de oportunidades, iniciados en 1982; el V Programa (2001–2006) fue aprobado por la Decisión 2000/51/CE del Consejo.

c) Decisiones conjuntas del Parlamento y el Consejo aprobando los Programas *Daphne* para

combatir la violencia ejercida sobre niños, adolescentes y mujeres (el vigente Programa *Daphne II* se refiere a los años 2004–2008), y Programa de Acción Comunitario para la promoción de las organizaciones que trabajan a escala europea en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres, aprobado por Decisión conjunta 848/2004/CE.

d) Iniciativas de la Comisión Europea: Decisión de la Comisión 82/43/CEE, de 9 de diciembre de 1981 (modificada por Decisión 95/420/CE y otras), que procedió a crear, «adjunto a la Comisión», un Comité Consultivo para la igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres, destinado a asistir a la Comisión en su política de fomento del empleo femenino oportunidades e igualdad de oportunidades; Recomendación 92/131/CEE, de 27 de noviembre de 1991, sobre protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo.

La Comisión viene dirigiendo Comunicaciones (a partir de la de fechada en 14 de diciembre de 1981) sobre los sucesivos programas de acción de las Comunidades en materia de promoción e igualdad de oportunidades de la mujer. Así, las Comunicaciones de la Comisión de 21 de febrero de 1996 y 17 de junio de 2000 promueven, en la línea de la IV Conferencia Mundial de la ONU sobre la Mujer (Pekín, septiembre de 1995), la idea, ya aludida anteriormente, de que la «perspectiva de género» debe estar presente con carácter «transversal» en el conjunto de las políticas comunitarias (*gender mainstreaming*). La Comunicación de 17 de febrero de 1999 se refiere a la integración de las mujeres en la investigación; la Comunicación de 14 de enero de 2003 se destina al futuro de la Estrategia Europea de Empleo, uno de cuyos objetivos es la igualdad entre hombres y mujeres; la Comunicación de la Comisión de 10 de abril de 2000 contiene orientaciones sobre la iniciativa EQUAL –cofinanciada por la Comisión, el Fondo Social Europeo y los Estados miembros– para luchar contra toda clase de discriminaciones en el trabajo. La Estrategia Marco Comunitaria sobre la Igualdad entre Hombres y Mujeres (2001–2005), fue objeto de una Comunicación de la Comisión; la Comunicación de 12 de diciembre de 2004 se refería a la integración de la igualdad entre hombres y mujeres en los documentos de programación de los Fondos Estructurales para 2000–2006<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Tales Fondos son: FEDER (Fondo Europeo de Desarrollo Regional), FSE (Fondo Social Europeo), FOGA (Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola) e IFOP (Instrumento Financiero de Orientación Pesquera).

La Comisión elabora también informes anuales sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

### **C . La igualdad de mujeres y hombres en el derecho español**

Con algún antecedente muy aislado como el Decreto de 9 de diciembre de 1931, hay que esperar a los años sesenta del pasado siglo para encontrar una primera norma de alcance igualitario entre mujeres y hombres: la Ley de 22 de julio de 1961. Fue ésta una ley «transversal» *avant la lettre*<sup>19</sup>, reglamentada sucesivamente en 1962 y 1970, que abrió decididamente una tendencia dentro de la que había de situarse, tres lustros después y en un contexto jurídico–político muy diferente, la Ley de Relaciones Laborales (L. 16/1976, de 8 de abril), que insistía en el reconocimiento de la igualdad de derechos y obligaciones laborales de hombres y mujeres, la plena capacidad de éstas para contratar laboralmente y hacer efectivo su salario, y que consagraba el principio de que «a igualdad de trabajo» corresponden «las mismas retribuciones» (art. 10.1 y 2, que, inesperadamente, se separaba del concepto de igualdad más avanzado de la Ley de 1961 de «trabajo de igual valor» para asumir el más restrictivo de «trabajo igual»).

<sup>19</sup> Efectivamente, la de 1961 era una Ley sobre «derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer». La norma se proponía suprimir «restricciones y discriminaciones basadas en situaciones sociológicas que pertenecen al pasado», tomando nota de los cambios sociales mundiales en la materia, y acogiendo expresamente el principio de no discriminación por razón de sexo o estado civil (art. 4.1) así como el «principio de igualdad de retribución de los trabajos de igual valor» (art. 4.2, cuya fórmula es por cierto más avanzada que la inicial del art. 119 del Tratado de Roma).

La Constitución de 1978 no sólo contiene una prohibición general de las discriminaciones por razón de sexo (art. 14) sino que, por primera vez en nuestra historia constitucional, reconoce la igualdad de mujeres y hombres en el trabajo «sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo» (art. 35.1)<sup>20</sup>. Bajo este principio, el Estatuto de los Trabajadores [art. 4.2.c)] consagra el derecho «a no ser discriminados para el empleo o una vez empleados, por razones de sexo...», declara la nulidad de las normas y actos discriminadores «por circunstancias de sexo...»



(art. 17.1), dispone que «los criterios de definición de las categorías y grupos se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo» (art. 22.4); impone reglas comunes «para los trabajadores de uno y otro sexo» sobre los criterios de ascenso en la empresa (art. 24.2), y exige la igualdad de retribución «sin discriminación alguna por razón de sexo» (art. 28).

20 Cfr. M.RODRIGUEZ-PIERO y M. F.FERNANDEZ LOPEZ: *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986; J.R.MERCADER UGUINA y M.HERRAIZ MARTIN: «Las dimensiones constitucionales, española y europea, del trabajo femenino», en C.SANCHEZ TRIGUEROS(Dir.): *La presencia femenina en el mundo laboral. Metas y realidades*, Navarra, 2006, págs. 49 y ss.

Sin duda, el precedente más directo y ambicioso de la LOI es la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que dedicó su Capítulo III a dictar una serie de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato, incluyendo las figuras de la discriminación directa e indirecta, el acoso y las acciones positivas. Poco antes, la Ley 30/2003, de 13 de octubre, había dispuesto la evaluación del «impacto de género» en los procesos de elaboración de normas estatales; un objetivo éste de claro carácter «transversal». Y algo después, la Orden/PRE/525/2005 publicaba el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se adoptaban diversas medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres y se aprobaba un plan de igualdad de género en la Administración General del Estado; Acuerdo continuado por los de 3 marzo de 2006 y 2 de marzo de 2007.

Junto a las políticas y normas que buscan directamente el trato igual en el trabajo entre mujeres y hombres, y de las que son ejemplo los preceptos del ET que se acaban de citar, se va abriendo paso una técnica indirecta de igualación, promovida desde instancias comunitarias como ya dijimos, y constituida por la llamada «conciliación de la vida personal (o familiar) y laboral»; vía que aspira a alcanzar un reparto equitativo de las tareas familiares o domésticas –asumidas tradicionalmente sólo por las mujeres– entre hombres y mujeres, evitando la «doble carga» que padecen las mujeres incorporadas al mercado de trabajo y con responsabilidades familiares<sup>21</sup>. Una muestra de esa nueva concepción la ofrece el art. 37.4 ET; mientras que su versión originaria continuaba considerando la interrupción del trabajo por lactancia como un derecho exclusivo de la mujer, lo que determinaba que tal derecho se reconocía sólo a «las trabajadoras», la modificación del precepto por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, permitió el disfrute del derecho tanto a la madre como al padre trabajadores<sup>22</sup>, aceptando la postura que venía manteniendo la doctrina judicial, atenta a la existencia de lactancia tanto natural como artificial.

21 C.CARRASCO et al.: *Trabajo con mirada de mujer*, CES, Madrid, 2004; A. R.ARGELLES et al.: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, CES, 2004; P.NUEZ-CORTES y A.CEBRIAN CARRILLO: *El reflejo en la jurisprudencia de las medidas de conciliación de la vida laboral y personal*, Madrid, 2006; M C.LOPEZ ANIORTE: «El lento proceso de extensión a los varones de las medidas conciliatorias», en C.SANCHEZ TRIGUEROS(Dir.): *La presencia femenina en el mundo laboral. Metas y realidades*, cit., págs. 89 y ss. Vid. también Dirección General de la Mujer (Comunidad de Madrid): *Una nueva sociedad: mujeres y hombres a partes iguales*, Madrid, 2003.

22 Atribución que respeta, lógicamente, la redacción dada por la Disp. adic. 11 cinco LOI al citado art. 37.4 ET.

Otro tanto ocurre con el art. 46.3 ET que, tras ser objeto de modificaciones sucesivas (L. 3/1989, refundición del ET en 1995, Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, Leyes 40 y 51/2003 y LOI<sup>23</sup>, reconoce el derecho a la excedencia para la atención de los hijos y otros familiares a los trabajadores, sean éstos «hombres o mujeres».

23 Sobre éstas y las demás modificaciones que ha experimentado desde su promulgación hasta 2005 el ET, vid. R.AGUILERA IZQUIERDO et al.: *Estatuto de los Trabajadores. Edición conmemorativa del 25 aniversario con texto inicial y texto vigente*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.

En fin, esa misma tendencia se observa en la evolución del art. 48.4 ET; mientras que éste disponía inicialmente que la suspensión contractual por parto durara catorce semanas distribuidas a opción de la trabajadora interesada, actualmente, y después de la serie de reformas llevadas a cabo por las Leyes 3/1989, 8/1992, 13/1996, 39/1999, 12/2001 y por la propia LOI, el período de descanso por parto (ampliado a 16 semanas, incrementables en caso de parto múltiple en dos semanas más por hijo) faculta a la madre para que ceda al «otro progenitor»<sup>24</sup>, cuando éste trabaje también, el disfrute de parte del descanso posterior al parto, siempre con el límite absoluto del disfrute por la madre de seis semanas consecutivas al parto. La misma finalidad de corresponsabilidad en las

cargas familiares preside la nueva institución del permiso de paternidad regulado en el art. 48 bis ET, introducido por la LOI.

<sup>24</sup> La expresión, con la que la LOI sustituye a la anterior referencia al «padre», se introduce para incluir la nueva posibilidad de matrimonios de personas del mismo sexo (en este caso, de dos mujeres). Aparte la imposibilidad lógica y biológica de considerar a dos mujeres progenitoras –esto es, engendradoras– de un mismo ser, esa nueva previsión borra la intención inicial del precepto: favorecer tanto a la mujer (madre) como al hombre (padre), para pasar a favorecer a dos mujeres: la madre (ésta sí progenitora) y la cónyuge de la madre. Por lo demás, llama la atención que el legislador no haya llevado a sus últimas consecuencias su predilección por el lenguaje igualitario «de género», y hable del «otro progenitor» en lugar de «el otro progenitor o la otra progenitora».

Las políticas de igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo vienen teniendo un importante punto de apoyo en las políticas de fomento del empleo femenino. Baste citar los incentivos establecidos a favor de la contratación de mujeres desempleadas mediante bonificaciones en la cuota empresarial de la Seguridad Social por contingencias comunes en los sucesivos Programas de Fomento del Empleo; el último, el aprobado por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. A.CAMARA BOTIA, en A.MONTOYA *et al.*: *Comentario a la reforma laboral de 2006. Ley 43/2006, de 29 de diciembre*, Thomson/Civitas, 2007, págs. 87 y ss.; A.MONTOYA MELGARY R.AGUILERA IZQUIERDO: «La Seguridad Social en la reforma laboral de 2006», *RMTAS*, núm. 69, 2007.

Por su parte, la negociación colectiva no ha dejado de prestar en nuestro país su estímulo a la igualdad laboral de mujeres y hombres<sup>26</sup>. Sin que sea éste el momento de reflexionar sobre el papel de los convenios colectivos en la aplicación de esta política de igualdad, bastará recordar que los Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva que se vienen sucediendo desde 2002 reiteran la propuesta de criterios sobre igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Debe traerse a colación el testimonio representado por el último Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva (ANC–2007, publicado por Res. de la D. G. de Trabajo de 9 de febrero de 2007). Este pacto considera como uno de los criterios para alcanzar sus objetivos en materia de empleo «el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo, así como la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres» (Capítulo V) y dedica todo su Capítulo VI a la igualdad de trato y oportunidades, con especial referencia a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Dicho Capítulo recuerda las todavía bajas tasas de actividad y empleo femeninos y las mayores tasas de desempleo y temporalidad del trabajo de la mujer, y explica que ello sigue haciendo necesarios los esfuerzos de la negociación colectiva para eliminar las discriminaciones directas e indirectas mediante la inclusión de cláusulas antidiscriminatorias en los convenios y la supresión de las que hayan quedado invalidadas por la legislación. Asimismo, el ANC–2007 propicia acciones positivas «cuando se constate la existencia de situaciones desiguales de partida vinculadas a las condiciones laborales», con el fin de promover el acceso de las mujeres a sectores y ocupaciones en que se hallen subrepresentadas, así como otras acciones igualatorias de diversa índole: promoción de la conversión de contratos temporales en fijos para favorecer a las mujeres, más afectadas por la temporalidad que los hombres; fijación de criterios objetivos y neutros de selección, clasificación, promoción y formación; eliminación de denominaciones sexistas para categorías, tareas y funciones laborales, y subsanación de diferencias retributivas por razón de sexo en trabajos de igual valor, tratamiento de los tiempos de trabajo de modo que permitan conciliar las necesidades productivas y las de índole personal o familiar, etcétera.

<sup>26</sup> GARCIA MURCIA: «Igualdad y discriminación por razón de sexo: la negociación colectiva», en C.SANCHEZ TRIGUEROS (Dir.): *La presencia femenina en el mundo laboral. Metas y realidades*, cit., págs. 73 y ss.

El ANC–2007 proclama expresamente que los anteriores criterios mantienen su vigencia y se adecúan a lo previsto en el entonces todavía Proyecto de LOI, comprometiéndose a analizar en la Comisión de Seguimiento del Acuerdo la aplicación de la citada Ley.