



NUEVAS DIMENSIONES DE LA IGUALDAD: NO DISCRIMINACIÓN Y ACCIÓN POSITIVA

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

1. IGUALDAD DE TRATO, NO DISCRIMINACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La transición que llevó a la instauración de un sistema democrático de libertades, reflejó cambios intensos en la cultura, los sentimientos y las mentalidades de las nuevas generaciones de españoles que la protagonizaron y que no habían intervenido en la fratricida guerra civil. Esos cambios culturales y de valores facilitarían la conformación de una España libre y plural y la consolidación por la Constitución de un sistema democrático, lo que ha incidido en el conjunto del ordenamiento jurídico, pues aquella no se ha limitado al cambio en las estructuras de poder y en su legitimación democrática. La Constitución, a través de su *longa manus*, ha afectado a todo el conjunto del ordenamiento jurídico y a la conformación de la sociedad civil en la que ha generado una dinámica vertiginosa de cambios progresivos que a su vez han influido en la evolución de la interpretación de los preceptos constitucionales. Ello se observa muy particularmente en el caso de la igualdad y la no discriminación. La evolución de la interpretación del art. 14 C.E en la jurisprudencia constitucional permite hacer un seguimiento del proceso de elaboración de princi-

prios y conceptos que en el momento de redactarse la Constitución posiblemente no estaban aun suficientemente clarificados y cuyo desarrollo ha dado nuevas dimensiones a la igualdad, en especial en relación con la no discriminación y acción positiva, provocando cambios trascendentales en nuestro ordenamiento y en la sociedad española.

La igualdad, propugnada por el art. 1.1 C.E. como valor superior del ordenamiento jurídico, se consagra en el art. 14 C.E. como principio y derecho, garantizando la doble función que corresponde a la igualdad, ser límite objetivo del poder y ser derecho fundamental de la persona, de acuerdo con el doble significado de la Constitución como “Frame of Government” y como “Declaration of Rights”.

En cuanto límite objetivo del poder, la igualdad no ha sido entendida sólo en su sentido tradicional de igualdad formal. La jurisprudencia constitucional desde sus primeras sentencias ha considerado que el principio de igualdad supone también exigencias valorativas o materiales en las diferencias de trato, como igualdad “en la ley” o en las decisiones de los poderes públicos. Desde la STC 22/1981 el Tribunal ha requerido una justificación objetiva y razonable de un trato normativo diferente, y ha vedado diferencias de trato irrazonables, desproporcionadas o arbitrarias. La igualdad deviene así un principio informador de toda regulación jurídica y de toda actuación de los poderes públicos y permite el control constitucional de toda la acción de los poderes públicos, en particular de la acción legislativa, y de las diferencias normativas creadas o establecidas en las leyes.

El principio de igualdad ha supuesto un impacto profundo tanto en el control de las desigualdades normativas de trato, exigiendo la razonabilidad de las distinciones normativas, como en la acción de los poderes públicos. Ha operado también respecto al poder judicial, en particular a través del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley, que impide que criterios aplicativos consolidados previos se quiebren en un caso concreto y

obliga a los jueces y tribunales a un cierto continuismo y consistencia consigo mismo en sus decisiones o, en otro caso, a motivar los cambios de criterios, que no pueden limitarse a decidir un caso concreto. El principio se ha reforzado más recientemente con la aplicación adicional también del derecho a la tutela judicial efectiva, aplicando el canon de arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad de resoluciones judiciales contrarias a ese derecho, frente a respuestas judiciales diferentes y no justificadas, aunque hayan sido fruto de la inadvertencia por el órgano judicial sobre que la solución ofrecida era distinta respecto de la solución dada anteriormente a casos idénticos o esencialmente similares (STC 150/2001).

El principio de igualdad se aplica también a las Administraciones Públicas, a las diferencias normativas, a tratos no razonablemente diferenciados, y ha operado con especial intensidad en materia de acceso a la función pública, haciendo operar conjuntamente el art. 14 con el art. 23.2 C.E.

En lo que aquí interesa, el principio de igualdad ha operado en la jurisprudencia constitucional en apoyo de otros derechos constitucionales, al entenderse que la igual protección de los derechos base del principio de igualdad no es sólo un derecho fundamental por sí mismo, sino además como una condición de ejercicio de los demás derechos fundamentales, de modo que el art. 14 C.E. ha operado también para la protección de otros derechos fundamentales, como la libertad religiosa, de expresión, de opinión, etc., y refuerzo y apoyo de los mismos, como auténtico “orden público constitucional” (STC 108/1989), al considerar que la diferenciación de trato en el ejercicio de un derecho fundamental puede ser al mismo tiempo desconocimiento de ese derecho fundamental y lesión del principio de igualdad. Aún más, la desigualdad “peyorativa” de trato es la que ha permitido deducir o descubrir la violación del derecho fundamental.

Esos tratos peyorativos o de represalia a consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental, han sido calificados por la juris-

prudencia constitucional como discriminatorios y desde ellos ha elaborado los elementos clave de la tutela frente a la discriminación y frente a la violación de derechos fundamentales, como la nulidad radical de los actos y conductas y el aligeramiento de la carga de la prueba a partir de la prueba indiciaria de la diferencia de trato en un contexto sospechoso.

Además, ese trato calificado como medida discriminatoria se ha referido no a una norma o acto de los poderes públicos sino a actuaciones de poderes privados, en concreto, el primer supuesto fue un despido calificado de discriminatorio por contrario al derecho de la libertad sindical.

El recurso de amparo aparentemente estaba diseñado para reaccionar frente a violaciones de derechos fundamentales imputables a poderes públicos, sin embargo, se ha admitido un enjuiciamiento en amparo constitucional de conductas de sujetos privados en relaciones contractuales privadas, lo que implícitamente supone admitir que hay derechos fundamentales que no sólo operan frente a los poderes públicos, sino también frente a “deudores” privados de esos derechos fundamentales, obligados a respetar los de otras personas privadas. Sin declararlo expresamente, la jurisprudencia constitucional ha reconocido posibles efectos horizontales a los derechos fundamentales, al menos desde la vía indirecta del enjuiciamiento de la desprotección del derecho fundamental por el juez a quo ante quien se postuló la defensa de ese derecho.

En el caso del contrato de trabajo, el Tribunal Constitucional ha declarado que su celebración no implica privar al trabajador de sus derechos constitucionales, los cuales, aunque no legitimen la ruptura del marco normativo del contrato de trabajo, no permiten que, más allá de los imperativos propios del contrato, éste impida el ejercicio del derecho o libertad que la Constitución consagra (STC 88/1985). Sin embargo, la jurisprudencia constitucional no ha considerado aplicable el principio de igualdad de trato en sentido propio al empresario en el ejercicio de su autonomía

privada, cuando no está en juego otro derecho fundamental. No obstante, ello no ha significado excluir por completo el juego del principio de igualdad en las relaciones privadas. Ello ha ocurrido respecto a las diferencias establecidas en los convenios colectivos que marginan, perjudican o establecen peores condiciones salariales o de trabajo a unos trabajadores respecto de los demás, en especial la exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de los convenios colectivos cuando ello significa la desprotección absoluta por la regla colectiva (SSTC 52/1987 y 132/1987).

El Tribunal Constitucional utiliza aquí el término discriminación, en relación solo con la igualdad y sin referirse a la lesión de otro derecho fundamental, y hace operar el principio de igualdad, no solo en el sentido negativo de derecho a no ser tratado desigualmente sin una justificación objetiva y razonable, sino incluso como un derecho a la igualdad de trato. Además, no deja de ser significativo que en estas sentencias el Tribunal haya afirmado que para poder diferenciar entre los trabajadores, el criterio comparativo más objetivo es el trabajo realizado por unos y otros. La identidad de trabajo entre unos y otros trabajadores impide que sea un motivo objetivo y razonable la diferenciación de trato basada exclusivamente en la temporalidad o fijeza del trabajador. Este criterio objetivo del valor del trabajo se aplicará de forma especialmente incisiva respecto de las prohibiciones específicas de discriminación contenidas en el art. 14 CE.

En suma, en relación con el principio de igualdad el Tribunal Constitucional ha utilizado inicialmente el término de discriminación principalmente para referirse a diferencias de trato lesivas de derechos fundamentales específicos, imputables a poderes público o a sujetos privados, y en un sentido más extensivo y genérico para calificar cualquier diferencia injustificada y arbitraria de trato por parte de los poderes públicos carente de una justificación objetiva y razonable.

2. EL VALOR PROPIO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIONES ESPECÍFICAS.

El art. 14 C.E. utiliza el término discriminación de forma expresa en su último inciso al declarar “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

La utilización genérica del concepto de discriminación, ya sea para la violación de otros derechos fundamentales, ya en apoyo del principio de igualdad de trato, planteaba el problema interpretativo de si ese segundo inciso del art. 14 C.E. era una aclaración del primer inciso, que hubiera podido derivarse sin más de ese primer inciso, o tenía un significado adicional propio respecto al principio general de igualdad.

La jurisprudencia constitucional fue algo vacilante al principio en cuanto al significado propio del segundo inciso del art. 14 C.E., y sobre el alcance del pronunciamiento sobre el carácter rechazable u odioso de la utilización como criterio de diferenciación de las condiciones personales o sociales contenidas en la lista abierta del art. 14 C.E.

En alguna sentencia inicial, el Tribunal pareció aceptar la doctrina del escrutinio estricto, o sea un mayor rigor de exigencia en la aceptación de la justificación de diferencias basadas en estas circunstancias, presumidas arbitrarias e irrazonables (STC 81/1982). Sin embargo, pronto dará al mandato constitucional un sentido más intenso, entendiéndolo como una “interdicción de tener en cuenta como criterios de diferenciación aquellos elementos (nacimiento, raza, sexo, etc.) que el precepto expresamente menciona” (STC 83/1984), con la correspondiente inconstitucionalidad e invalidez de diferencias de trato que posean un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas vedadas por la Constitución (SSTC 34/1984 y 128/1987).

Se admite así que la lista contenida en el segundo inciso del art. 14 C.E. tiene una operatividad propia, que responde a un mandato de paridad y de irrelevancia de esa circunstancia en el establecimiento de diferencias de trato, para ello resulta relevante la utilización del término discriminación que se toma de una serie de instrumentos internacionales que reconocen, como derecho universal de la persona humana, junto al derecho a la igualdad ante la ley y a estar protegido contra la discriminación, tal y como aparece en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, y los Pactos de las Naciones Unidas de derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales. Ello permitirá deducir del precepto constitucional un derecho fundamental a la no discriminación, o incluso, completado con otros preceptos, un derecho a ser protegido contra la discriminación.

La consideración de la prohibición de discriminación como mandato de paridad supone una visión neutra, poner entre paréntesis determinadas circunstancias. Ello en el caso del sexo o género ha permitido operar a favor de los hombres y utilizarse inicialmente el recurso de amparo por “varones discriminados”, para obtener beneficios o ventajas existentes en favor de la mujer. Sin embargo, el mandato de parificación, al vedar la utilización del sexo como criterio diferenciador, ha favorecido en general a las víctimas de la diferencia de trato en razón de sexo, eliminando numerosos preceptos o medidas que suponían discriminaciones en perjuicio de la mujer, con consecuencias positivas en la mejora de la situación de la mujer.

La jurisprudencia constitucional no va a ser sensible a esa situación de las mujeres y ha reconocido que el precepto constitucional ha tratado de corregir las diferencias jurídicas de trato en perjuicio de las mujeres que generan la situación social de discriminación de la mujer.

Con esta consideración, la jurisprudencia constitucional estaba evitando los riesgos derivados de un concepto neutro y paritario de discriminación que puede aceptar lo que de lógica y racional, desde prejuicios heredados, puede existir en la situación diferenciada entre hombres y mujeres. La Constitución cuestiona y trata de corregir que el sexo, formal o informalmente, legitime una distribución diferenciada no solo de derechos y obligaciones, sino también de funciones sociales.

Ello supone ir más allá de las diferencias jurídicas de trato e incidir en la distinción de roles y posibilidades sociales que configura la situación social de discriminación de las mujeres.

Los instrumentos internacionales han venido utilizando el término discriminación para calificar fenómenos de desigualdad o de exclusión social desde una perspectiva valorativa contemplada desde la perspectiva de la víctima como distinción o exclusión o preferencia basada en y con efecto discriminatorio. Esta idea valorativa, subyacente por cierto en la calificación como discriminatorios de actos contrarios al derecho fundamental, se aplicará a la interpretación de la interdicción de discriminación del art. 14 C.E. en la medida que el Tribunal Constitucional admite que el precepto, además de evitar diferencias de trato rechazables por su contrariedad a la dignidad humana, trata de proteger a grupos desfavorecidos y discriminados, para asegurarles una igualdad efectiva. La paridad ahora es también un medio al servicio de la igualdad efectiva o real como fin que se trata de conseguir.

Desde la STC 128/1987, el Tribunal Constitucional ha reconocido en el art. 14 C.E. un doble contenido, una cláusula general de igualdad y una prohibición de motivos concretos de discriminación, y ha declarado que esa prohibición “representa una explícita interdicción del mantenimiento de diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado (...) a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 C.E.”. Se vincula el derecho a la no discriminación con el respeto

de la dignidad humana, puesta en peligro en toda diferencia de trato en contra del sujeto discriminado por ciertos rasgos suyos personales o sociales, en sí misma y por su relevancia global, de modo que el art. 14 C.E. no sólo rechaza esas diferencias de trato, sino que pretende eliminarlas, que no prevalezcan, lo que se conecta también con el mandato del art. 9.2 de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas.

3. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Ha sido en torno a la discriminación de género que sufren las mujeres desde la que el Tribunal Constitucional ha elaborado ese concepto valorativo de la discriminación, conectando la prohibición de discriminación con el objetivo constitucional de eliminar discriminaciones existentes en perjuicio de las mujeres, para romper prejuicios sexistas y para suprimir desde el presente y para el futuro las discriminaciones existentes en contra de las mujeres como grupo social “victimizado”.

El Tribunal Constitucional ha declarado que, aunque el art. 14 C.E. no se refiera expresamente a las mujeres, ha tenido en cuenta su situación de hecho y su posición secundaria o marginal que han venido sufriendo históricamente respecto a los varones. De modo que la interpretación y aplicación del precepto constitucional no puede ignorar así que las mujeres son víctimas a menudo de discriminaciones y que el precepto constitucional trata de que no prevalezcan desde la consideración, asegurando la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y el logro de una igualdad efectiva a través y por medio del derecho.

En palabras del Tribunal Constitucional, la exclusión de la discriminación por razón de sexo supone “la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina”, situación

persistente “que no puede ignorarse si no se quiere dejar vacíos de contenido los preceptos constitucionales contrarios a la discriminación de la mujer” (STC 128/1987).

Hablar de preceptos constitucionales contrarios a la discriminación de la mujer podía entenderse en un sentido meramente defensivo, sin embargo, la propia STC 128/1987 lo va a entender también en un sentido positivo de protección contra la discriminación, siendo también el inicio de una línea jurisprudencial que se ha llamado de “jurisprudencia compensadora”, es decir, jurisprudencia tendente a aceptar y apoyar medidas que favorezcan a las mujeres para colocarlas en una posición efectivamente igual.

Por ello no se ha considerado discriminatoria una ventaja a favor de las mujeres en materia de guarderías al entenderla como una medida para corregir una desigualdad de partida y favorecer el acceso efectivo al empleo de la mujer con responsabilidades familiares. No sólo se cuestionan los tratos diferentes y perjudiciales por el hecho de ser mujer, sino que también se justifican tratos desiguales que traten de eliminar situaciones discriminatorias y conseguir un resultado igualitario con el objetivo de superar la situación desfavorable de la mujer. Aunque también aquí hay que evitar el peligro de que las medidas compensadoras puedan perpetuar la actual diferenciación de roles familiares entre hombres y mujeres.

A partir de ese momento, la aplicación del art. 14 C.E. y la tutela antidiscriminatoria podrá tener un enfoque distinto según el sexo de la presunta víctima del posible perjudicado por la diferencia de trato, al ser distinta la situación de partida de los hombres y de las mujeres, lo que incide en el concepto de discriminación y sobre todo en su alcance al poder aplicarse más allá de los supuestos de discriminaciones abiertas y directas en los que el motivo de discriminación hubiera sido claramente el género.

Con influencia directa de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas, la jurisprudencia constitucional integrará en el art. 14 C.E. la noción de discriminación encubierta y la de discriminación indirecta, o sea supuestos en los que el sexo no aparece como motivo diferenciador, aunque en la realidad se haya tomado en cuenta y haya influido en el establecimiento de esa diferencia. El resultado objetivamente discriminatorio permite sospechar que tras la capa del motivo (discriminación encubierta u oculta), o incluso si ese motivo como tal no se ha dado, sí que ha tenido lugar sin fundamento un resultado discriminatorio aunque no haya sido expresamente buscado (discriminación indirecta).

Atisbos de esta noción se observan en la STC 166/1988, relativa al despido en período de prueba de una enfermera interina embarazada. El Tribunal Constitucional relaciona el embarazo, que había motivado el despido, con la condición de mujer y cuestiona la justificación de la medida, pese a su aparente razonabilidad dado el riesgo para el embarazo, declarando que el interés empresarial no justificaría una medida aplicable sólo a las mujeres, con un resultado manifiestamente discriminatorio, al no haberse demostrado que existieran otras posibilidades de compatibilizar trabajo y embarazo distintas al despido. El Tribunal, sin decirlo, estaba operando el concepto de discriminación indirecta, al tener en cuenta los efectos discriminatorios del despido, sin exigir una intención discriminatoria.

El concepto de discriminación indirecta se ha aplicado expresamente a partir de la STC 145/1991, sobre todo en materia salarial, operando en apoyo del principio de igual salario por trabajos equivalente o de igual valor, según la naturaleza y condiciones de la prestación, al margen de las categorías profesionales en que se incluyen.

El principio de igualdad salarial por trabajo de igual valor trata de reaccionar frente a ello estableciendo un elemento de comparación, el valor del trabajo, que a su vez requiere que esa valora-

ción no utilice criterios que perjudiquen a la mujer. Según la STC 58/1994 el elemento de comparación no son ni las categorías ni la identidad de tareas, sino el trabajo de valor igual, en cuya valoración ha de garantizarse que los criterios de evaluación sean neutros y no discriminatorios.

A la aplicación de esta exigencia contribuye muy positivamente la noción de discriminación indirecta, instrumento complementario para reaccionar frente a los intentos de negar la comparabilidad e igual valor de los trabajos, alegando técnicas valorativas aparentemente neutras, pero que al favorecer sistemáticamente a la mayoría de los varones y perjudicar sistemáticamente a la mayoría de las mujeres, dan lugar a resultados discriminatorios. De ahí el imperativo constitucional de que la definición de categorías y grupos profesionales se establezca en reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo, con la utilización de criterios neutros en cuanto a su impacto en trabajadores y trabajadoras, con exclusión de los sexualmente caracterizados o desproporcionadamente favorables a un determinado sexo.

El juicio de igualdad salarial ha de tener así en cuenta los resultados, como es propio de la discriminación indirecta. La STC 145/1991 ha advertido al juez que frente a la alegación por una mujer de una discriminación en el empleo no puede limitarse a analizar la razonabilidad o la justificación objetiva de la diferencia de trato, sino que debe también comprobar “si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE”, a través de una búsqueda exhaustiva de la discriminación que investigue la realidad subyacente.

Esa sentencia ha considerado discriminatoria una distribución sexista de categorías profesionales, que enmascaraba la infravaloración, respecto a otros trabajos de igual valor, de un trabajo desempeñado predominantemente por mujeres (el de limpiadoras), entendiendo que supone un “trato desfavorable del trabajo femenino al amparo de un esquema que no obedece a criterios

técnicos razonables desvinculados de toda consideración al sexo del trabajador”.

En la misma línea, la STC 147/1995 ha reafirmado que no pueden considerarse neutros los factores o cualidades predominantemente poseídos por el género masculino, salvo que por la naturaleza del trabajo se requieran dichas cualidades y dicho trabajo tenga un valor específico diferenciado. Será preciso comprobar si se ha dado más valor a unas actividades que a otras y si se ha recurrido a factores discriminatorios, utilizando de forma injustificada, como patrón de medida, cualidades predominantemente predicables de un sexo, como el caso del esfuerzo físico aceptable con carácter restrictivo y siempre que se combine con otras características más neutras en cuanto al impacto en cada uno de los sexos (STC 250/2000).

Ni las exigencias de la empresa ni las condiciones del mercado, aunque se funden sobre criterios aparentemente neutros e imparciales, justifican así un impacto desfavorable desproporcionado, ni una descalificación del colectivo del grupo protegido. Ello implica que las medidas empresariales han de tener en cuenta el valor constitucional de la no discriminación y de evitar el eventual efecto discriminatorio. Ello se ha aplicado también en el acceso al empleo y en los criterios utilizados para la selección de los trabajadores (STC 41/1999).

Ese enfoque se corresponde con la función prescriptiva de la prohibición de discriminación, e implica considerar como discriminatorias reglas o medidas aparentemente neutras que produzcan efectos negativos y desproporcionados en los grupos perjudicados. Ello permite un rechazo de criterios formalmente neutros, pero discriminatorios en sus efectos o resultados empíricos. La discriminación indirecta se revela en el impacto diferente sobre trabajadores y trabajadoras del requisito o de la condición, y obliga a una revisión crítica de percepciones sociales, de razonabilidad y neutralidad aparentes, derivada generalmente de

la adopción de estándares masculinos y que suponen injustificadamente una desventaja o perjuicio exclusivo para las mujeres.

4. DISCRIMINACIÓN Y MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

El Tribunal Constitucional ha considerado que el mandato constitucional de no prevalecer discriminación alguna no resulta efectivo sólo a través de medidas de tutela concretas de situaciones discriminatorias. La conexión del art. 14 con el 9.2 C.E. impone a los poderes públicos, y también al legislador, hacer realizable y efectiva la no discriminación, removiendo y suprimiendo situaciones discriminatorias, es lo que se ha llamado la jurisprudencia compensadora relacionada con las llamadas medidas de acción positiva.

Es constitucionalmente legítimo un tratamiento diverso entre hombres y mujeres tendente a remediar la situación desventajosa de las mujeres en el ámbito laboral, y dirigido a eliminar situaciones de discriminación existentes, tratamiento diverso que, incluso ante prácticas sociales discriminatorias, puede venir constitucionalmente exigido en el Estado social para asegurar la efectividad de la igualdad (STC 128/1987). Sin embargo, no son legítimas unas diferencias de trato aparentemente favorecedoras de las mujeres, pero que de hecho perpetúan o consolidan su situación de marginación, por reflejar patrones sociales que asignan a la mujer determinados roles y contribuir a acentuar las desventajas de las mujeres, reduciendo su competitividad frente a los hombres. Ello obliga a mirar con desconfianza y a revisar críticamente en su caso medidas tuteladoras o protectoras de la mujer, no exigidas por su condición biológica, especialmente por la maternidad cuando el deseo de protección que las inspiró en un principio no tenga ya su razón de ser y sean contrarias por sus efectos a la igualdad (STC 317/1994), basándose en una visión superada de las posibilidades profesionales de la mujer.

Un caso emblemático ha sido el de la prohibición de trabajar las mujeres en el interior de las minas, prohibición que el Tribunal Constitucional ha considerado que en el momento actual, carece de justificación, responde a prejuicios infundados basados en una división sexista del trabajo, refrenda un reparto tradicional de funciones sociales que margina a la mujer, e implica una percepción defectuosa, errónea o desfasada por la evolución social, por lo que produce un resultado discriminatorio, pudiéndose lograr el objetivo perseguido por la norma protectora por medios respetuosos del principio de no discriminación, como medidas preventivas y controles médicos (STC 229/1992).

Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional no considera discriminatoria o constitucionalmente prohibida la acción de favorecimiento que los poderes públicos emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad formal (STC 216/1991). La STC 229/1992, al tiempo de rechazar por sus efectos discriminatorios medidas aparentemente protectoras de la mujer, ha reiterado la legitimidad constitucional de medidas destinadas a asegurar la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, para reequilibrar situaciones sociales discriminatorias preexistentes, mediante un derecho desigual «igualitario» para compensar y corregir la situación real de desigualdad de las mujeres.

Se ha establecido así una diferencia entre intervenciones protectoras o tuteladoras (paternalistas) vedadas, falsamente protectoras de la mujer que pueden producir efectos discriminatorios, e intervenciones liberadoras legítimas destinadas a paliar la discriminación sufrida por el conjunto social de las mujeres y que responden también al mandato contenido en el art. 9.2 C.E. (STC 19/1989) y entre las que se incluyen medidas de acción positiva que fomenten la igualdad de oportunidades y de trato. El Tribunal Constitucional incluso ha animado a los poderes públicos a corre-

gir la desigualdad sustancial de partida para conseguir la igualdad efectiva entre trabajadores y trabajadoras. En suma, ha quedado claro que el principio de igualdad entre hombres y mujeres no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado, como hoy declara expresamente la Carta de Niza (art. 23). Sin embargo, esa constitucionalidad de las medidas de acción positiva de la mujer no es incondicional ni sin limitaciones. No faltan referencias en la jurisprudencia constitucional a la admisión de determinada ventaja, pero sólo como medida transitoria vinculada a las especiales circunstancias de las mujeres (STC 28/1992). Por otro lado, ha de respetarse la proporcionalidad de las medidas de acción positiva en los efectos perjudiciales o excluyentes que puedan tener para los varones. Por ello, el inciso primero del art. 14 C.E. operará para exigir la razonabilidad y proporcionalidad de la diferencia de trato.

Sin embargo, hasta ahora ello no ha sido abordado de forma directa por nuestra jurisprudencia constitucional quizás porque en nuestro ordenamiento, las medidas de acción positiva a favor de la mujer se han centrado sobre todo en bonificaciones y ayudas en las políticas activas de empleo, como las que recientemente ha previsto la Ley 12/2001, más que en un régimen de cuotas reservadas a las mujeres, y por ello no han planteado problemas de su constitucionalidad.

5. LA NUEVA DIMENSIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO

La jurisprudencia constitucional ha abordado la problemática de la igualdad entre los sexos desde el pie forzado del ejercicio individual de derechos y, en general, en relación con el empleo. Sin embargo, ello no es suficiente para remediar y corregir el problema de la situación de las mujeres en el conjunto de la sociedad.

Pese a las mejoras del marco jurídico y pese a la sólida jurisprudencia constitucional, aunque se han conseguido mejoras muy significativas de la situación de la mujer, persisten diversas e importantes manifestaciones de discriminación y de desigualdad entre ambos géneros en contradicción con la predicada igualdad y también con los propios valores democráticos, pues la democracia para desarrollarse efectivamente requiere una participación por igual de hombres y mujeres en la vida social, económica, cultural, civil y en la adopción de decisiones políticas.

La mujer sigue siendo en parte, una fuerza de trabajo secundaria, con segmentaciones horizontales y verticales y manteniendo un rol desigual en las responsabilidades familiares, aparte de que las mujeres siguen teniendo mayor riesgo de caer en la pobreza y en la exclusión social, lo que también implica que no es posible tratar de corregir las discriminaciones en el empleo, sin corregir la discriminación que sufren las mujeres en otros ámbitos, pues la discriminación afecta a todos los aspectos de la vida personal y social y de las estructuras políticas y económicas en las que subsisten diferencias sustanciales entre hombres y mujeres.

Aunque jurídicamente se declare que es lo mismo ser hombre que ser mujer, el sexo sigue siendo un factor estructural de diferencias en el conjunto social. Esta es la premisa de la llamada perspectiva de género, que pone el acento en el carácter adquirido variable y artificial de la mayor parte de las diferencias de roles sociales establecidas en función del género, que crean compartimentos sociales que inciden y que conforman estructuras sociales que reflejan un desigual acceso y control de los recursos económicos, culturales y sociales entre hombres y mujeres en perjuicio de éstas, afectando tanto en su dimensión individual como colectiva a la dignidad de la mujer en cuanto “persona” desigual.

El enfoque de género identifica y pone de manifiesto las desigualdades de papeles asignados a hombres y mujeres en perjuicio de éstas, y persigue una igualdad como situación objetiva en la

que hombres y mujeres puedan desarrollar sus capacidades personales y decidir sobre su destino vital sin las limitaciones impuestas por los roles tradicionales. Para ello se han de tener en cuenta por igual las aspiraciones exigencias y necesidades diferentes de hombres y mujeres.

Ello implica tomar en cuenta las particularidades y peculiaridades de la vida y condición femenina para tratar de eliminar desigualdades y para promover una distribución igualitaria de roles y recursos con vistas a lograr una distribución más igual de las tareas, de las responsabilidades, de los beneficios y de las ventajas.

Ello está dando una nueva dimensión a la política de la igualdad desde un nuevo enfoque de la problemática de género que tiene en cuenta que existen diferencias sustanciales en las vidas de los hombres y de las mujeres que afectan a la mayoría de los ámbitos, y no sólo al campo del empleo y del trabajo. No cabe lograr la igualdad en el trabajo sin que esa igualdad opere en el conjunto de la sociedad.

La igualdad de género adquiere una dimensión más amplia e incluye todos los aspectos de la vida civil y social, cuestiona los roles y estereotipos establecidos, busca un mejor equilibrio entre hombres y mujeres en los procesos de toma de decisiones, introduciendo la perspectiva de género en todas las políticas y acciones públicas.

Esta transversalidad de las políticas, el llamado “mainstreaming” de género, es un principio o método que ha sido asumido en la Conferencia de Pekín, y que la Unión Europea ha asumido en el Tratado constitutivo, que además de incluir como objetivo la promoción de la igualdad entre hombre y mujer, ahora misión fundamental de la Comunidad Europea, ha condicionado el conjunto de las políticas y medidas comunitarias al objetivo de la consecución de esa igualdad, integrando en todas las políticas la dimensión y la política de género. El problema de la igualdad entre hombres y mujeres se plantea abiertamente en el art. 23 de

la Carta de Niza, en todos los ámbitos y no sólo en materia de empleo, trabajo y retribución, pero lo mismo se deduce sin dificultad alguna del art. 14 C.E.

La concepción sectorial de las políticas de igualdad, y el carácter cerrado y específico de las medidas a favor de la mujer, se supera y se contempla la construcción de una sociedad más igualitaria, que corrija los desequilibrios de género en la sociedad en su conjunto, en la economía, incluido el acceso a la condición de empresario, en la política, en la formación, en el empleo y la profesión, pero también en la vida civil y familiar, dado el nexo indisoluble existente entre la discriminación en el trabajo y la discriminación-subordinación en la esfera familiar, social y política.

Esta nueva dimensión significa no sólo una revisión de normas jurídicas, una tutela singular de derechos, o medidas de acción positiva, sino también generar cambios en las mentalidades, actitudes y conductas que provocan la situación de desigualdad, fomentando una igual participación y representación de las mujeres en los órganos de toma de decisiones políticas, económicas y sociales en todos los niveles. También se trata de promover la igualdad entre hombres y mujeres en la vida familiar y en la vida civil y de promover el cambio de los roles y estereotipos establecidos en función del sexo.

Este nuevo enfoque de la transversalidad de la política de género acompaña pero no sustituye a la tutela antidiscriminatoria y las medidas positivas a favor de la mujer. Se ha hablado por ello de una estrategia "dual" que combina la tutela antidiscriminatoria a favor de las mujeres con la transversalidad de las políticas de género, sin que de la jurisprudencia constitucional se deduzcan obstáculos para esta nueva dimensión de la no discriminación.

6. LAS “OTRAS” DISCRIMINACIONES

Hasta ahora he venido hablando de la discriminación por razón de sexo o género, que sólo es una de las que contempla el art. 14 C.E. Toda la elaborada jurisprudencia constitucional en torno a la discriminación de la mujer resulta aplicable, con los matices que sea, a los otros motivos vedados de discriminación, sobre los que sin embargo el Tribunal Constitucional hasta ahora no ha tenido que pronunciarse.

Sin embargo, en los últimos tiempos se han puesto de actualidad esos otros posibles motivos, que constituyen también una nueva dimensión de la igualdad que dará que hablar, y no solo al Tribunal Constitucional, en los próximos años.

La creciente inmigración y la polémica suscitada por la reforma inmediata de la legislación orgánica de extranjería ha permitido cuestionar el tratamiento de los derechos fundamentales de extranjería, aunque desde la operatividad del art. 14 C.E. como igual protección de los derechos. Sobre los aspectos jurídicos de ese debate el Tribunal Constitucional tendrá ocasión de pronunciarse. Junto a ello, el fenómeno migratorio está provocando algunas actitudes xenófobas que pueden calificarse de discriminación racial o étnica, o vinculadas a la religión por el origen nacional, cuestiones abiertas a los pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional.

Junto a ello se plantea, además, el problema de condiciones o circunstancias personales o sociales no mencionadas expresamente en el art. 14 C.E. El carácter abierto de esa lista, deducible de la referencia a “cualquiera otra condición o circunstancia personal o social”, ha sido expresamente reconocido por nuestra jurisprudencia constitucional, precisamente en relación al supuesto de la discapacidad.

La STC 269/1994 ha afirmado que el elenco de factores diferenciadores vedados por vulnerar la dignidad humana en el art. 14 C.E. no es cerrado y que “es claro que la minusvalía física puede

constituir una causa real de discriminación”, y ha justificado el establecimiento de medidas de acción positiva para compensar las condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social de estas personas, comprometiendo su propio desarrollo personal.

La apertura de la discriminación a otros grupos victimizados no expresamente referidos se ha puesto en primer plano entre nosotros a consecuencia de la reforma introducida en el Tratado constitutivo por el Tratado de Amsterdam que, preocupado por la creciente inmigración y los riesgos de discriminación y xenofobia que pueda traer consigo, ha legitimado acciones comunitarias que se justifican en la aceptación del principio de igualdad y en el compromiso de eliminar situaciones de discriminación, incluyendo una lista de causas vedadas de discriminación muchas de las cuales no han sido recogidas expresamente en nuestro art. 14 C.E.

Aunque el actual art. 13 del Tratado no esté redactado en clave subjetiva ni pretenda reconocer derechos directos a favor de los individuos, es un primer paso para la configuración a nivel comunitario de un derecho subjetivo a la no discriminación, más allá del sexo o de la nacionalidad entre comunitarios, que la propia jurisprudencia comunitaria puede acabar reconociendo a la vista del art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza, que al definir la prohibición de discriminación ha hecho un listado de causas de discriminación notablemente amplio, al referirse al sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéricas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Para nuestro ordenamiento, el nuevo marco comunitario, y no sólo el Tratado, plantea el problema de la recepción de esas nuevas causas de discriminación no previstas expresamente en nuestro art. 14 C.E. La cuestión se plantea de forma inmediata

por la aprobación reciente de dos importantes directivas, que habrán de ser transpuestas, o en todo caso aplicadas a, nuestro ordenamiento.

El Consejo ha adoptado el 29 de junio de 2000, la Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de la igualdad de trato de las personas independiente de su origen racial o étnico y el 27 de noviembre de 2000, la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la cual tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, en el ámbito del empleo.

En esas directivas se parte de un concepto amplio de discriminación, que incluye no sólo las discriminaciones directas sino también las indirectas, y se ocupan de la defensa de los derechos, la protección contra las represalias y la distribución de la carga de la prueba estableciendo un marco jurídico sumamente riguroso y pretendidamente eficaz para la protección contra las discriminaciones por las causa o motivos que incluyen.

El carácter abierto de la lista contenida en el art. 14 C.E. no planteará problemas de compatibilidad entre nuestro marco constitucional y las exigencias comunitarias. Incluso por vía art. 10 C.E. es posible que se haga una interpretación integradora de aquel artículo para incluir en el texto constitucional esos otros motivos prohibidos de discriminación, aplicándoles los mecanismos de la tutela antidiscriminatoria elaborados por la jurisprudencia constitucional, y ello sin perjuicio de la necesidad de una transposición interna del contenido de aquellas directivas.

En todo caso, tanto los motivos que ya figuran en nuestro art. 14 C.E., como los nuevos motivos que ha introducido el orden jurídico comunitario, suponen una nueva dimensión de la igualdad, en parte porque reflejan nuevos problemas con los que la sociedad española no está acostumbrada a enfrentarse, y en parte porque reflejan viejos problemas con los que nos hemos enfren-

tado tradicionalmente desde perspectivas desigualitarias o de marginación o exclusión.

7. REFLEXIONES FINALES

El examen en perspectiva del impacto del art. 14 C.E. en nuestro ordenamiento permite en síntesis un balance positivo. La intervención del Tribunal Constitucional en materia de discriminación ha sido cuantitativa y cualitativamente importante y un factor fundamental para adaptar la normativa preconstitucional al sistema constitucional y para dar indicaciones al legislador democrático. Además ha influido, en un diálogo permanente, en la jurisprudencia ordinaria, en los interlocutores sociales, y en los llamados operadores jurídicos, creando una dinámica a la que ha contribuido también un mayoritario apoyo de la doctrina.

Han de reconocerse los innegables progresos que la mujer ha obtenido en estos algo más de veinte años de aplicación de la Constitución, pero no puede decirse que hayamos llegado todavía en esta materia de la discriminación de género a las cotas de igualdad que otros países más avanzados y, al mismo tiempo, no cabe ignorar los nuevos fenómenos discriminatorios de los que está conociendo nuestra sociedad. Y aquí hay que volver a lo que se dijo al principio, los cambios en el ordenamiento producen y reflejan al mismo tiempo cambios de la sociedad civil, de la cultura y de los valores cívicos, cambios que siguen siendo indispensables para el logro de una sociedad en que todas las personas sean efectivamente iguales.