

La igualdad real y efectiva desde la perspectiva del género en la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán y el tribunal constitucional español

Magdalena LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS
Universidad Carlos III
Madrid

Resumen: Este trabajo aborda el estudio comparado del tratamiento de la jurisprudencia constitucional de España y Alemania del derecho a la igualdad y principio de no discriminación por razón de sexo y analiza cómo contribuye la doctrina constitucional en la consecución de la Igualdad *real* y *efectiva* entre mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida.

Abstract: The proposal of these paper is to offer a comparative view of the german and spanish Constitucionals Courts doctrine, in the interpretation of gender equality and the non sex-discrimination principle, and to analyse how, through their doctrines, they contribute to obtain the equality of treatment between women and men.

Palabras claves: Derecho a la igualdad, Igualdad formal, Igualdad material, No discriminación, Género, Constitución, Derecho constitucional, Constitucionalismo comparado, Jurisprudencia constitucional.

Keywords: Right to equality, Formal equality, Material equality, Non discrimination, Gender, Constitution, Constitutional law, Comparative constitutionalism, Constitutional jurisprudenz.

Sumario:

I. Introducción.

II. El Tribunal Constitucional Federal alemán y la Igualdad de Derechos entre hombres y mujeres (*Gleichberechtigung*).

III. El tribunal constitucional español y el derecho a la igualdad y principio de no discriminación por razón de sexo.

3.1. *Criterios de interpretación.*

3.2. *Línea argumentativa.*

3.2.1. Jurisprudencia «equiparadora».

3.2.2. Jurisprudencia «compensadora».

IV. Algunas conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN ¹

Este trabajo pretende abordar el estudio de la jurisprudencia constitucional española sobre derecho a la igualdad y principio de no discriminación por razón de sexo, introduciendo una perspectiva comparada que toma como referente el estudio de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán ², en adelante BVerfG, con el objeto de analizar y detectar las posibles influencias y paralelismos de las líneas argumentativas de ambos tribunales.

Nuestro Alto Tribunal, en su tarea de intérprete supremo sobre la aplicación que los tribunales ordinarios realizan del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE y de orientación en aquella tarea a la consecución del dictado de la igualdad material del artículo 9.3 CE, ha seguido claramente otras líneas avanzadas por tribunales constitucionales de nuestro entorno. En una primera aproximación desde esta perspectiva comparada es sorprendente comprobar cómo la doctrina de un tribunal relativamente joven, el TC español, no alcanza la treintena de años de funcionamiento, llega incluso a posicionarse a través de su doctrina en el mismo nivel de interpretación de este derecho y del principio antidiscriminatorio mencionado que otras jurisdicciones constitucionales, como la alemana. Lógicamente, hay que tener presente el telón de fondo que propicia la legislación de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que han determinado, a su vez, una trayectoria unificadora que ha

1. Parte del presente trabajo ha sido presentado como comunicación en el V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, celebrado en Valencia los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2006.

2. En SCHLAICH/KORIOTH., *Das Bundesverfassungsgericht*, Verlag C.H.Beck München 2004, pp. 1-15, con notas introductorias acerca de este órgano constitucional alemán, se sitúa el inicio de su andadura el 7 de septiembre de 1951.

repercutido claramente en la doctrina de los tribunales de los Estados miembros ³.

El estudio del conjunto de sentencias que conforman esa línea o trayectoria de la doctrina de los dos altos tribunales permiten establecer un cierto paralelismo, decíamos, en las respuestas jurisdiccionales-constitucionales a los casos concretos de desigualdad entre hombres y mujeres y de discriminación por razón de sexo, salvando, claro está, las distancias de los contextos estatales y de los momentos históricos diferenciados en que ambos desarrollan dichas líneas doctrinales.

II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN Y LA IGUALDAD DE DERECHOS ENTRE HOMBRES Y MUJERES (GLEICHBERECHTIGUNG)

El BVerfG alemán, con más de medio siglo de funcionamiento, inicia su andadura en un contexto de posguerra mundial, especial-

3. Para mayor información, puede consultarse la web del Observatorio de Género del Instituto de Derecho Público Comparado «Manuel García Pelayo» de la Universidad Carlos III de Madrid: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/observatorio/>. Citamos aquí alguna de las Directivas comunitarias y jurisprudencia del TSJUE más relevantes. Entre las primeras, las Directivas 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo; 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

Respecto de las segundas, son relevantes, entre otras, las sentencias *de 17 de octubre de 1995 (Caso «Kalanke»); de 13 de febrero de 1996 (Caso «Gillespie»); de 11 de noviembre de 1997 (Caso «Marschall»); de 4 de diciembre de 1997 (Caso «Comisión c. República Italiana»); de 30 de abril de 1998 (Caso «Thibault»); de 30 de junio de 1998 (Caso «Mary Brown»); de 16 de septiembre de 1999 (Caso «Oumar Dabo Abdoulaye»); de 11 de enero de 2000 (Caso «Kreil»); de 28 de marzo de 2000 (Caso «Badeck»); de 6 de julio de 2000 (Caso «Abrahamsson»); de 4 de octubre de 2001 (Caso «Tele Danmark»); de 19 de marzo de 2002 (Caso «Lommers»); de 18 de marzo de 2004 (Caso «Merino»); de 27 de mayo de 2004 (Caso «Elsner-Lakeberg»); de 8 de junio de 2004 (Caso «Gewerkschaftsbund»); de 1 de febrero de 2005 (Gran Sala) (Caso «Comisión c. República de Austria»); de 16 de febrero de 2006 (Caso «Sarkatzis Herrero-IMSALUD»).*

mente grave en su país, como consecuencia del genocidio perpetrado por el nacionalsocialismo. La Constitución de la República Federal Alemana de 1949 (en adelante GG) establece su *voluntad de servir a la paz del mundo* (Preámbulo), y sitúa, como eje central de su ordenamiento jurídico, la dignidad (intocable) de la persona (art. 1 (1) GG)⁴. En el mismo precepto recoge los *derechos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la libertad y de la justicia* (art.1 (2) GG). Y lo cierra estableciendo la aplicabilidad directa de los derechos que recoge a partir del artículo 2 y la vinculación a los mismos de la legislación, del poder ejecutivo y de la jurisprudencia (art. 1 (3) GG).

La igualdad se regula en su artículo 3, que recoge el derecho a la Igualdad formal y material y el principio de no discriminación por razón de género (primera de las causas expresamente prohibidas por el art. 3 GG) (art. 3 (1), (2) y (3) GG)⁵. Una primera sentencia significativa en el contexto alemán respecto al artículo 3 GG es la Sentencia de 18 de diciembre de 1953 sobre igualdad de trato de hombres y mujeres en el ámbito del Derecho Civil (matrimonio y familia), en la que el Tribunal alemán manifestó la cualidad jurídica del art. 3.2 GG y su aplicabilidad directa (*Drittwirkung der Grundrechten*); todo ello en virtud del artículo 117.1 GG, según el cual la legislación contraria al 3.2 seguiría vigente a la entrada en vigor de la

4. Sobre la preocupación por los derechos fundamentales y la constitucionalización de la garantía normativa del contenido esencial (*Wesensgehalt*) de los mismos, así como el establecimiento de la dignidad del hombre (*Würde des Menschen*) en un *locus* constitucional privilegiado, véase LORENZO, M., *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciado en el art. 53.1 de la Constitución española*, Ed. Comares, Granada 1996, pp. 122-123.

5. El artículo 3 de la Constitución alemana se divide en tres números que regulan: el 3.1, la igualdad formal o igualdad en la ley (abarca la Igualdad en la letra de la ley, así como la Igualdad en la aplicación de la ley: Todas las personas son iguales ante la ley («*Alle menschen sind vor dem Gesetz gleich*»)) Este número encierra un mandato general de Igualdad (U. SACKSOFSKY); el 3.2 regula la Igualdad de trato, esto es: hombres y mujeres tienen los mismos derechos («*Männer und Frauen sind gleichberechtigt*») y la Igualdad material: Corresponde al Estado la consecución real de la igualdad de trato de mujeres y hombres y promueve la remoción de las desventajas persistentes («*Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männer und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin*»). El 3.3 recoge el principio de no discriminación y tasa un *numerus clausus* de causas de discriminación, señalando, en primer lugar, el género («*Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden*»).

Constitución hasta su adecuación a la misma, que en ningún caso podría superar la fecha del 31 de marzo de 1953. En virtud de esta cláusula y, como ya en el momento constituyente se constató en relación a la inconstitucionalidad que sobrevendría a parte del Código Civil alemán (BGB) ⁶, el ordenamiento jurídico debía ajustarse al dictado del artículo 3.2 GG. A partir de ahí se abre una línea jurisprudencial particular que no es objeto aquí de exposición ⁷. Sí cabe, no obstante, recoger como significativas en dicha línea tres conjuntos de resoluciones que abarcan tres fases o períodos de doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán bien definidas. Una primera fase se corresponde con los años 50-60 e inicia la jurisprudencia denominada «equiparadora». En esta fase el Tribunal alemán partía de la consideración de la existencia de una diferencia natural entre hombres y mujeres (*natürlichen Unterschieden*), que permitía establecer excepciones al precepto jurídico de Igualdad de derechos (art.3.(2) GG) sobre la base de diferencias objetivas naturales o funcionales (*objektiv biologischer und funktionaler (arbeitsteiliger) Unterschiede*). Son relevantes, entre otras, las sentencias que reconocen la «diferente manera de ser de la mujer» (*Andersartigkeit*) (BVerfGE 3, 225); sobre el derecho de decisión última del padre sobre la educación de los hijos, así como el derecho de tutela a su favor (BVerfGE 10,59); la sentencia sobre preferencia del varón en la herencia de los predios rurales (BVerfGE 15,337), entre otras ⁸.

Una segunda fase con los 70-80, que coincide con los movimientos feministas y que da el paso hacia la denominada jurisprudencia «compensadora». Se dictan sentencias en las que el BVerfG enfatiza cada vez más la Igualdad entre hombres y mujeres. La división de

6. Véase WRASE, M., «Gleichheit unter dem Grundgesetz und Antidiskriminierungsrecht», en LEMBKE, U. FOLJANTY, L (Hg.), *Feministische Rechtswissenschaft*, Nomos-Verlag, voraus. Oktober 2006, pp.1-2. El autor relata los inconvenientes que en el momento constituyente de la Constitución de la República Federal alemana tuvo la diputada Elisabeth Selbert, una de las «cuatro madres de la Constitución», para conseguir que se respetara la redacción inicial dada al artículo 3.2 sobre la igualdad de derechos de hombres y mujeres, ante las objeciones planteadas por la inconstitucionalidad que afectaría al propio Código Civil alemán.

7. SACKSOFSKY, U., «Das Grundrecht auf Gleichberechtigung: eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes», 2.erweiterte Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1996. Especialmente interesante sobre la línea jurisprudencial del Tribunal de Karlsruhe el capítulo primero «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gleichberechtigung von Männer und Frauen», pp. 23-95.

8. WRASE, M., o. c., p. 3 y ss, donde se hace una relación de sentencias más amplia.

roles entre hombres y mujeres «no se justifica ya con diferencias naturales o por la otra forma de ser de hombres y mujeres. Hasta mediados de los 80 el tribunal va corrigiendo la discriminación directa persistente en el ordenamiento jurídico, en relación al derecho de nacionalidad y apellido familiar (BVerfGE 37, 217 y 48,327). Frente a estas sentencias, aún de corte equiparadota, se suman las que abren la corrección de las denominadas medidas paternalistas o falsamente protectoras. Son relevantes aquí, entre otras, la sentencia sobre pensiones de viudedad (BVerfGE 39,169) y la sentencia sobre el día laboral libre que se concedía sólo a mujeres para realizar el trabajo del hogar (BVerfGE 52, 370).

Una tercera fase que abarca los años 90 en la que se introduce la posibilidad de la adopción de las denominadas medidas de «acción positiva» para remover la desigualdad real; es significativa aquí la sentencia sobre trabajo nocturno (BVerfGE 85, 191), en la que el BVerfG establece la necesidad de interpretar el artículo 3.2 (Igualdad de derechos entre hombres y mujeres-*Gleichberechtigung*) no sólo en el sentido de eliminar la desigualdad formal, sino la real, y en consecuencia la necesidad de interpretarlo acomodándolo a la realidad social del momento⁹. Finalmente, se habla ya en la doctrina alemana de una cuarta fase, que abarca desde finales de los años 90 y 2000 en adelante¹⁰.

III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EL DERECHO A LA IGUALDAD Y PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

3.1. *Criterios de interpretación*

El objetivo principal de la doctrina en una primera fase de funcionamiento del TC, año 79, a finales de los 80, es garantizar no sólo ya

9. WRASE, M., o.c, p. 6.

10. LORENZO, M., «Komparativen Analyse zwischen den richterlichen Beschlüssen des Bundesverfassungsgerichts Deutschlands und des spanischen in Bereich der Rechtssprechung zum Gleichberechtigung von Frauen und Männer» (Análisis comparativo de las resoluciones de los tribunales constitucionales federal alemán y español en el ámbito de la doctrina sobre Igualdad de trato entre mujeres y hombres), trabajo en preparación donde se analizan las últimas sentencias del BVerfG en esta materia, entre otras (WRASE, pág. 10), la sentencia sobre el doble apellido familiar (BVerfGE 104, 373); la sentencia sobre constitucionalidad de la ley de protección de los maternidad (BVerfGE 109, 64) y sentencia sobre el permiso para el cuidado de los hijos del seguro de abogados en activo de abril de 2005.

como intérprete supremo *ex art.* 1 LOTC de la Constitución, sino, además, como garante último, en el nuevo Estado Constitucional surgido el 29 de diciembre de 1978, los valores superiores y los principios fundadores *del orden político y de la paz social* (Título Preliminar y I CE). Esto trasladado al ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 14 más sección 1.ª del Cap.II del Título I) se traduce en la puesta en práctica de la eficacia de los derechos frente a los particulares (*Drittwirkung der Grundrechten*) y la afirmación de su carácter vinculante y consiguiente aplicabilidad directa ante los tribunales de justicia, independientemente de la existencia previa de la *interpositio legislatoris*.

Es precisamente con una sentencia sobre Derecho a la Igualdad y principio de no discriminación por razón de sexo, la STC 38/81, de 23 de noviembre, que se afirma por el Tribunal Constitucional la igualdad como derecho directamente aplicable por los tribunales de justicia en orden al cumplimiento del dictado de los artículos 14, 9.2 y 1.1 CE ¹¹.

El TC inicia una tarea interpretativa de la aplicación judicial realizada respecto de dicho precepto que ha ido siguiendo una línea argumentativa –decíamos– similar a la jurisprudencia constitucional alemana. La gran mayoría de sentencias dictadas por el TC en esta materia se circunscriben a la resolución de conflictos en el ámbito laboral, y la puerta de entrada a la jurisdicción constitucional ha sido el Recurso de Amparo por vulneración del derecho a la Igualdad y principio de no discriminación por razón de sexo ¹².

La jurisprudencia del TC ha ido desarrollando una línea interpretativa denominada «equiparadora» respecto de muchos casos, «compensadora» respecto de otros tantos ¹³. Antes de introducir una clasificación de la jurisprudencia del TC en esta materia, no por períodos como realizamos respecto a la doctrina del Tribunal Constitucional

11. AGUIAR DE LUQUE, L., y PÉREZ TREMP, P. (Drs), *Veinte años de jurisdicción constitucional en España*, Ed. Tirant lo Blanch, «Derecho comparado», Valencia 2002, pp. 19-21.

12. ELVIRA PERALES, A., «El principio de Igualdad», en AGUIAR DE LUQUE, L., y PÉREZ TREMP, P. (Drs.), «Veinte años de Jurisdicción constitucional», o.c., pp 104 y ss., donde destaca la autora que el artículo 14 es después del 24, «el más invocado en los recursos de amparo promovidos ante el Tribunal».

13. REY MARTÍNEZ, F., «La discriminación por razón de sexo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *La Mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Colección Estudios, Universidad Castilla-La Mancha 1997, pp. 75-93.

Federal alemán, sino por línea argumentativa (equiparadora/compensadora), exponemos a continuación cuáles son los criterios de interpretación del TC.

Para apreciar si una diferenciación resulta admisible ¹⁴, el TC en su tarea interpretativa aplica el denominado *Test de Igualdad*: si en el trato diferenciado existe una justificación objetiva y razonable, se ha aplicado el principio de proporcionalidad y existe la necesaria adecuación entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos, considerando las circunstancias de tiempo y lugar, el trato diferenciado otorgado (sea por el legislador, sea por el juez ordinario) será considerado acorde con el dictado del artículo 14 CE.

En segundo lugar, respecto al principio de no discriminación por razón de sexo, el TC desde un principio ha marcado la diferencia entre éste y el derecho fundamental de igualdad. Hay que partir de la consideración de que la Constitución no cifra como categoría de discriminación concreta el sexo «femenino», sino el sexo. Según ha señalado López Guerra ¹⁵, «si partimos de la consideración del sexo como categoría sospechosa, ésta no aparece como criterio de diferenciación absolutamente prohibido. La Constitución no prohíbe expresamente toda diferenciación por razón de sexo. Lo que exige son unos niveles muy altos de justificación del trato diferenciador». «Una consecuencia importante desde la perspectiva procesal que se deriva de lo anterior es que el *carácter sospechoso* de ilegitimidad de toda diferenciación de trato basada en el sexo conduce a la jurisprudencia constitucional a la *inversión de la carga de la prueba*. Esta consecuencia se hace derivar, de una parte, del carácter particularmente odioso de la discriminación sexual, y de otra, de la dificultad de probar que es el sexo específicamente la causa de la diferencia de trato. Así, el causante de la diferencia deberá probar la legitimidad de esa diferenciación, esto es, que obedece a intereses relevantes y que es proporcional al fin que persigue.» ¹⁶

14. ELVIRA PERALES, A., o.c., p. 105.

15. LÓPEZ GUERRA, L., «Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución española de 1978», en *Mujer y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 19-41.

16. Un comentario más amplio sobre el particular se encuentra en ALONSO CAMPOS, M.^ª P., y LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., «Mujer profesional y madre en el tercer milenio», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXXIV (2001) 221- 233.

El TC diferencia tres conjuntos de medidas y expone cuál es el tratamiento que deberán recibir las mismas ¹⁷. En primer lugar, el TC describe la denominada acción protectora, que es aquella que concede ventajas al sexo femenino partiendo de una concepción de éste como inherentemente inferior o más débil, y por ello necesitado de especial favorecimiento. El TC ha ido considerando ilícitas por inconstitucionales este tipo de medidas (con la excepción de aquellas adoptadas en consideración a la maternidad). Representativas de esta línea de argumentación son las SSTC 103/1983, Caso Pensiones de Viudedad y la 229/1992 Caso Mujeres Minerías, citada más adelante.

En segundo lugar, describe la discriminación directa y la discriminación indirecta. Es directa la discriminación en la que la diferencia de trato se vincula expresamente al sexo, mientras que es indirecta la discriminación en la que la diferencia de trato se hace derivar no expresamente del sexo, pero sí de un carácter directamente vinculado con el sexo, como la fuerza muscular o la altura. El TC ha considerado discriminación directa el trato desfavorable dado a la mujer como consecuencia de una condición únicamente femenina, como, por ejemplo, tratar de forma desfavorable el embarazo (SSTC 166/1988, 26 septiembre, *c. Embarazo I* y 216/1991, 14 noviembre, *c. Mujeres Aviadoras*). También ha puesto el acento en la discriminación indirecta, esto es, se trata desfavorablemente a la mujer en virtud de una característica que no aparece inmediatamente vinculada al sexo, pero que en la práctica supone poner a la mujer en una posición desfavorable. El efecto más característico de estos comportamientos consiste en una minusvaloración del trabajo femenino y una consecuente peor remuneración del mismo. Ante esto el TC ha establecido el principio *a igualdad de valor en el trabajo, igualdad de remuneración* (STC 147/1995, 6 octubre, caso Mezclas, Moldeadores y Bombos).

El tercer conjunto de medidas lo conforman la denominada acción positiva y la discriminación inversa que puede ocasionar. Partiendo de la cláusula de la interdicción de la discriminación, el TC ha admitido la diferencia de trato a favor de la mujer. Para hacer efectiva esa interdicción, permite conceder ventajas al sexo femenino a través de la denominada acción positiva, si bien con las siguientes precisiones:

17. Véase LÓPEZ GUERRA, L., «Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978», en *Mujer y Constitución en España*, 2000, pp. 19-41.

- 1.º La *acción positiva* se separa claramente de la *acción protectora* por cuanto no parte como ésta de una concepción previa de la «debilidad» o «inferioridad» de la mujer, sino de la constatación de que la posición social debilitada de la mujer es un hecho contrastable, derivado de prácticas y mentalidades que aún no se han eliminado. La *acción positiva* trata de contrarrestar estas prácticas y mentalidades.
- 2.º La discriminación por el sexo que prohíbe la Constitución ha de entenderse referida a los dos sexos, tiene carácter universal, y según el propio TC no conviene «provocar una congelación de los grupos o colectivos considerados como discriminados en la Constitución».
- 3.º La *acción positiva* se legitima no en función de las características individuales de la persona beneficiaria, sino en función de su pertenencia a un colectivo discriminado, en este caso las mujeres.

Estas consideraciones pueden llevar a la polémica sobre la quiebra del principio de Igualdad. Consciente de este problema, la doctrina española propone, a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, unas posibles soluciones que tienen en cuenta, implícita o explícitamente, el principio de proporcionalidad. Para comprender estas soluciones hay que saber diferenciar en la *acción positiva* dos modalidades posibles:

- a) La *acción positiva* que comporta medidas favorables para un grupo (sexo femenino) sin perjudicar a los pertenecientes al sexo masculino. Por ejemplo, cursos de formación, becas, etc. Aquí estamos ante un tipo de acción positiva que puede encajarse dentro del marco de la proporcionalidad admisible en un tratamiento diferenciado. Ésta es la línea seguida por nuestro TC.
- b) La *acción positiva* que supone, al conceder ventajas a un colectivo (sexo femenino) y desventajas para el otro. Por ejemplo, el establecimiento de cuotas a favor del sexo femenino ¹⁸, o de una preferencia a lo femenino en supuestos de igualdad de méritos. Estamos aquí ante la denominada discriminación inversa, y es

18. Para un estudio sobre las denominadas «cuotas» en el ámbito político, véase ARANDA ÁLVAREZ, E., «Cuota de Mujeres y Régimen Electoral», en *Cuadernos Bartolomé de Las Casas*, n.º 19, Ed. Universidad Carlos III de Madrid-/Dykinson, Madrid 2001.

aquí donde se plantean los mayores problemas a la luz del mandato de igualdad y la Interdicción de discriminación por razón de sexo (López Guerra).

Hasta aquí los dos elementos y principios del TC en esta materia. A continuación agrupamos las resoluciones según la línea argumentativa ¹⁹:

3.2. *Línea argumentativa*

3.2.1. Jurisprudencia «equiparadora»

Se entiende por jurisprudencia «equiparadora» aquella que responde a discriminaciones directas e indirectas ocasionadas «por el mero hecho de que el acto o la norma discutidos se adoptan teniendo en cuenta el sexo como criterio de clasificación o diferenciación, en ámbitos de la vida social, donde esta clasificación ha de excluirse por considerar como expresión de un profundo prejuicio y, en consecuencia, como «sospechosa» de discriminación» (Rey Martínez). Los ámbitos en donde se producen las discriminaciones (directas y/o indirectas) son generalmente, decíamos páginas atrás, en el ámbito del derecho laboral; también se pronuncia el TC respecto de casos circunscritos en el ámbito del derecho de familia y del derecho de las fuerzas armadas (Rey Martínez).

Son representativas de la denominada jurisprudencia equiparadora, en la vertiente de reparación de la discriminación directa, las sentencias que resuelven los denominados Caso Telefónica I (también denominado Caso Celibato) (STC 7/83), Caso Telefónica II (STC 8/83), Caso Embarazo I (STC 166/88), Caso Embarazo II (STC 174/94), Caso Cabeza de Familia (STC 241/88), Caso Mujeres Aviaadoras (STC 216/92) y Caso Mujeres Mineras (STC 229/92) ²⁰. Sentencias equiparadoras significativas en relación a la reparación de la discriminación indirecta son, entre otras, la STC 145/91, que intro-

19. Análisis de las Sentencias del Tribunal Constitucional español desde el año 2000 hasta el 2006, véase LORENZO, M., «Aproximación al estudio del Derecho a la Igualdad y Principio de no discriminación por razón de sexo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en *Revista IURÍDICA*, Universidad Arturo Michelena-Venezuela (prensa próximo número).

20. REY MARTÍNEZ, F., o.c., pp. 76-79.

duce el concepto de discriminación indirecta en relación al carácter sospechoso del elemento «esfuerzo físico» como determinante exclusivo de una diferencia salarial en el trabajo de hombres y mujeres; la STC 58/94, que introdujo las reglas de la inversión de la carga de la prueba y profundiza en el principio de «a igual valor del trabajo, igual remuneración», y la STC 147/95, conocida como Caso Mezclas, Moldeado y Bombas, en la línea de la anterior ²¹.

Como ha señalado Rey Martínez, esta línea jurisprudencial así denominada ha dado, también, algunos pasos atrás. Significativas son las SSTC 286/94, Caso Envasado, Empaquetado y Envasado, y la 198/96, Caso Basculera. En ambas el TC niega la existencia de discriminación indirecta ²², aunque sí apreció la discriminación directa que sufrieron las mujeres demandantes.

3.2.2. *Jurisprudencia «compensadora»*

En la jurisprudencia «compensadora» se aprecia un segundo nivel en la tarea interpretativa del TC, por cuanto se añade al «test de Igualdad» fórmula empleada por la jurisprudencia equiparadora para determinar el encaje constitucional de interpretaciones del 14 CE en la línea del 9.3 CE que deshiciesen discriminaciones directas e indirectas, el denominado «test de las medidas paternalistas/compensadoras» (Rey Martínez). Dicho test, que se introduce en la jurisprudencia española a raíz de la Sentencia 128/1987, conocida como Caso Guarderías, introduce los criterios para distinguir las medidas paternalistas o falsamente protectoras de aquellas otras medidas de acción positiva adoptadas para fomentar la igualdad de oportunidades del colectivo femenino (Rey Martínez). El resultado de aplicar el «test de las medidas paternalistas/compensadoras» permite hacer una doble clasificación de la jurisprudencia del TC: por un lado, sentencias que son exponente de las denominadas medidas paternalistas, como, entre otras, la STC 103/83, Caso Pensiones de Viudedad, la STC 38/86, Caso Descanso Nocturno, o la STC 207/87, Caso Azafatas; y por el otro, sentencias que introducen la adopción de medidas de acción positiva consideradas legítimas. Rey Martínez cita, entre otras, la STC 128/87, denominada Caso Guarderías.

21. *Ibíd.*, p. 80.

22. *Ibíd.*, pp. 81-82.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES

Sin ánimo de agotar el objeto de este trabajo, que en absoluto puede mostrarse en un escrito de estas características, sí nos parece relevante señalar que es posible que se abra una nueva línea de interpretación del TC con ocasión de los primeros recursos que se resuelvan, ya sean amparos, ya sean sobre constitucionalidad de leyes respecto de aquellas disposiciones normativas que introducen o introduzcan en un futuro inmediato en la letra de la ley las denominadas medidas de discriminación inversa. Los fallos sobre la constitucionalidad de leyes, como la reciente Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (resolviendo cuestiones de inconstitucionalidad) o sobre la futura Ley Orgánica para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (hoy en fase de tramitación parlamentaria) serán sin duda interesantes y son, por esto, esperados con expectación por quien firma estas líneas.