

DERECHO A LA IGUALDAD Y MEDIDAS DE GARANTÍA EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD

Susana Mosquera

Doctora en Derecho. Prof^a. Ayudante de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Coruña

RESUMEN:

Estudio del contenido del derecho fundamental de igualdad en su dimensión formal y material. Análisis de la respuesta doctrinal y jurisprudencial a los problemas que plantea el concepto de igualdad ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. La cuestión de las acciones positivas o discriminación inversa como cauce para promover la igualdad real. Análisis del proyecto de ley de igualdad y de sus medidas de garantía y promoción de la igualdad real entre hombres y mujeres.

Palabras clave: Derecho a la igualdad; igualdad ante la ley; igualdad en la aplicación de la ley; igualdad material; medidas de discriminación positiva; medios de garantía; promoción de la igualdad.

ABSTRACT:

To study the legal content of the fundamental right to equal treatment in two different perspectives: formal equality and real equal treatment. To analyses the scholars opinions and the tribunal's answers to the problems related with the right to equality before and under the law. The question of the positive actions, or differential treatment, as a source to reach real equality. To analyse the Spanish project of law to promote the right to equality, its guarantee and enforcement of the equal treatment among men and women.

Key words: Equality; Equality before the law; Equality in the application of the law; material Equality; Positive Discrimination Measures; Guaranties; Equality promotion.

Derecho a la igualdad y medidas de garantía en el Proyecto de Ley Orgánica de igualdad

I. CUESTIONES INICIALES

Tras la Segunda Guerra Mundial la sociedad internacional toma conciencia de la importancia que tienen el reconocimiento y la protección de los Derechos Humanos no sólo a nivel interno o constitucional sino también a un nivel internacional o supranacional¹, y en ese contexto la idea de igualdad no sólo se plasma en los textos internacionales e internos como un derecho humano sino como un principio constitucional o idea valor que inspira al sistema democrático de derecho². Sin embargo, la de igualdad no es una idea sencilla de aprehender, su esencial naturaleza relacional complicará siempre la tarea del operador jurídico que comprende el sentido del derecho a la igualdad pero encontrará difícil determinar si ha habido una vulneración del mismo en un caso concreto. Y es que como señala Sartori: “El mundo, tal como lo conocemos, es desigual y se estructura “naturalmente” en desigualdades. La igualdad como idea-protesta combate esta marcha por inercia, “desnaturaliza” a la naturaleza”³.

Históricamente la idea de igualdad recogida en las declaraciones liberales de derechos⁴ es una respuesta a los planteamientos filosóficos y políticos del pensamiento del siglo XVIII, pero no se acota en ellas todo el contenido del derecho a la igualdad; bien porque en su versión americana se mantiene una vulneración básica al derecho a la igualdad formal, como es la esclavitud, bien porque en su versión francesa olvida el legislador revolucionario que el reconocimiento de derechos necesita de una estructura jurídica constitucional que complete a las declaraciones programáticas⁵.

Será necesaria la vertebración de un Estado de Derecho que perfeccione las declaraciones formales de derechos con un sistema de división de poderes y lo complete con unos instrumentos jurídicos adecuados para una eficaz tutela de los derechos constitucionales⁶. Así, en la historia moderna Derechos Humanos y Estado constitucional forman una unidad inseparable, que sin embargo no precisa necesariamente de un texto constitucional que lo sancione, sino de una voluntad política y jurídica que proteja el contenido y ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico⁷. No

1 HERNÁNDEZ GÓMEZ, I. *Sistemas internacionales de derechos humanos*. Dykinson. Madrid. 2002, p. 113 y ss.

2 Para comprender el proceso de construcción y la significación que en esos momentos tenía el concepto Derechos Humanos, véase OESTREICH, G. y SOMMERMANN, K-P. *Pasado y presente de los derechos humanos*. Tecnos. Madrid. 1990. (Ensayo publicado por vez primera en 1951).

3 SARTORI, G. “¿Qué es la democracia?” Taurus. Madrid. 2003, cit. p. 247.

4 Americana y francesa.

5 Cfr. KRIELE, M. *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. (Traducción Eugenio Bulygin). Ed. Depalma. Buenos Aires. 1980, pp. 222 y ss.

6 Utilizaremos la denominación “derechos humanos” para hacer referencia a ese ámbito supranacional de contenido de los derechos del ser humano, mientras que denominaciones como “derechos fundamentales” o “derechos constitucionales” estarán referidas al ámbito constitucional estatal o interno.

7 En ese sentido el ejemplo inglés es quizás el que mejor ilustra esta situación, pues aún sin contar con un texto constitucional “tradicional” han logrado desarrollar un sistema de reconocimiento y protección de

obstante, salvando ejemplos como el inglés, la tónica general ha sido la de catalogar constitucionalmente los derechos fundamentales y dotarlos de adecuados sistemas de tutela jurídica⁸.

Tutela que no siempre resulta sencilla, especialmente en un derecho como el de igualdad, pues en palabras de Bobbio: “(...) la dificultad de establecer el significado descriptivo de la “igualdad” estriba sobre todo en su indeterminación, de modo que decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa en el lenguaje jurídico si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ¿Igualdad entre quiénes?, b) ¿Igualdad en qué?”⁹.”

La historia del pensamiento occidental, con Aristóteles a la cabeza¹⁰, ha vinculado la noción de justicia a la noción de igualdad¹¹; con un tercer elemento que completa la composición de un régimen político justo, la libertad. Resultando que, un régimen igualitario sin libertad no será nunca justo al tiempo que tampoco se presenta probable imaginar un régimen libre que tratando injustificadamente de modo desigual a sus ciudadanos, sea calificado como justo. No obstante, a pesar de la sencillez teórica de esos postulados su materialización conlleva no pocas complicaciones. Y ello porque la igualdad como principio que orienta y guía de modo esencial un ordenamiento jurídico está más vinculada con una visión utópica o finalista de ese sistema, que con la realidad tangible del mismo¹².

Pero tomando en consideración que el punto de partida no es el de la identidad entre todos los sujetos que conforman el entramado social en un ordenamiento jurídico, la desigualdad aparece constantemente en nuestras sociedades, ella es la regla contra la que luchar para lograr que se imponga un principio de justicia basado en la igualdad, esto es, en tratar por igual lo que es igual y de modo desigual lo que sea desigual. Principio de sencilla formulación y de muy compleja realización, dado que la desigualdad es una constante entre los seres humanos, -a fin de cuentas todos somos distintos y tenemos rasgos y características que nos singularizan-, será necesario precisar de modo claro e indubitado cuando esa diferencia entre personas o situaciones amerita o justifica un trato diferente y cuando no¹³.

los derechos fundamentales, altamente eficaz. Vid. PEREIRA MENAUT, C. “Res publica europea: propuestas constitucionais para a Unión Europea medrar en constitucionalismo sen medrar en estatismo” (pp. 11-48) en AAVV. *A Unión Europea do Século XXI. Reflexións dende Galicia*. Tórulo. Fundación Galicia-Europa, Universidad de Vigo. 2002.

8 FIZ-ZAMUDIO, H. *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Civitas. Madrid. 1982, pp. 34 y ss.

9 BOBBIO, N. *Igualdad y libertad*. Paidós ICE. UAB. Pensamiento contemporáneo 24. Barcelona. 1993, pp. 33 y ss.

10 “Puesto que el carácter de la injusticia es la desigualdad y que lo injusto es lo desigualdad, se sigue de aquí claramente que debe haber un medio para lo desigual. Este medio es la igualdad, porque en toda acción, sea la que quiera, en que puede darse el más o el menos, la igualdad se encuentra también precisamente. Luego si lo injusto es lo desigual, lo justo es lo igual (...)”. ARISTÓTELES. *Moral a Nicómaco*. Prólogo de Luis Castro Nogueira. Selecciones Austral. Madrid. 1987, cit. p. 175.

11 Aunque sin caer en el error de pensar que un régimen igualitario pueda no ser injusto, ya que justicia e igualdad no son sinónimas. Véase el apartado dedicado al estudio de la justicia como valor en, MAS-SINI, C. *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1987, pp. 175 y ss.

12 La igualdad nos dice que todos debemos ser tratados por igual, no que todos seamos iguales, por eso en tanto que principio la igualdad nos dice qué debemos hacer, cómo deben ser nuestras leyes para ser justas.

13 ARA PINILLA, I. “Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad”, (pp. 201-223) en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Coord.) *El principio de igualdad*. Dykinson. Madrid. 2000.

Esa necesaria formulación relacional de la igualdad lleva a que en su aplicación práctica este derecho/principio necesite de una modulación muy cuidada por parte del poder legislativo y judicial.

II. SIGNIFICADO JURÍDICO DE LA IGUALDAD

La esencial igualdad de toda persona ante la ley es hoy en día el punto de partida indispensable en todo sistema democrático de derecho. No olvidemos que si los destinatarios de ese sistema jurídico-político no son todos los ciudadanos, sino solo un grupo “privilegiado” de ellos, el derecho estará tan lejos del ideal de justicia, que desde su mismo origen la norma será incapaz de ofrecer un trato justo¹⁴.

Pero la igualdad no solo es un ideal del sistema democrático sino que también es un derecho fundamental de la persona humana, aunque alcanzar esa condición no ha sido tarea sencilla. La introducción del concepto de igualdad en el contexto jurídico occidental se produce en el siglo XVIII de la mano de los movimientos revolucionarios, siendo el modelo francés el que de modo más gráfico lo expresó en su proclama de “Libertad, igualdad y fraternidad”¹⁵. No obstante aunque los postulados revolucionarios del siglo XVIII son los que terminan por dar vida a la igualdad formal, -la igualdad de todos ante la ley-, no podemos sin embargo olvidar que muchos siglos antes, pensadores griegos habían ajustado de modo certero la dimensión y el contenido de ese derecho a la igualdad, siendo Aristóteles quien de modo más preciso vinculó en sus escritos la idea de justicia a la de igualdad¹⁶.

Cabe recordar que esas proclamaciones revolucionarias de igualdad se efectúan en un contexto, fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, en el que el Estado constitucional está en construcción¹⁷. De ahí que aún cuando podamos encontrar un texto constitucional que recoge y sanciona el principio de igualdad ante la ley y lo dota de un desarrollo reglamentario, lo cierto es que se siguen permitiendo situaciones de desigualdad manifiesta en la formulación jurídica del concepto de igualdad¹⁸.

14 NAGEL, Th. *Igualdad y parcialidad: bases éticas de la teoría política*. (Trad. J.F. Álvarez). Paidós. Barcelona. 1996, pp. 67 y ss.

15 Roma, inagotable fuente de cultura jurídica desconoció la existencia de un principio-derecho como el de igualdad, el derecho sólo se aplicaba a aquellos que tenían la condición jurídica de ciudadanos romanos de modo que esa idea de igualdad de todos ante la ley no podía nacer en un régimen que hizo de la diferencia el criterio de vinculación a su sistema legal. Por su parte, el largo período medieval ha quedado marcado como la etapa de los privilegios personales situación que determinó la formación de estamentos sociales cerrados, que clasificaban al ser humano desde su nacimiento y le dotaban de unos derechos y obligaciones en atención a su condición. AZUELA GUITRÓN, M. *Derecho, Sociedad y Estado*. Universidad Iberoamericana. Departamento de Derecho. México. 1995, pp. 98 y ss.

16 Recuperado durante el Renacimiento de la mano del humanismo cristiano, el pensamiento aristotélico influirá en el liberalismo del siglo XVIII que guía, inspira y alienta los procesos revolucionarios liberales de ese siglo y del siguiente y que plasmará esa idea de igualdad en sus declaraciones de derechos. Para mayor detalle sobre el proceso de formación histórico de los derechos humanos véase, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y otros (Dir.) *Historia de los derechos fundamentales. II. Siglo XVIII*. Dykinson. Madrid. 2001.

17 PÉREZ LUÑO, A.E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9ª Ed. Tecnos. Madrid. 2005, p. 37.

18 Discriminaciones que alcanzan a personas de raza distinta, sexo distinto, nacionalidad distinta, o de menores recursos económicos. Conseguir que la igualdad alcance en su aplicación al conjunto de la sociedad es un objetivo que sólo comenzará a lograrse en el siglo XX cuando la Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919 recojan un listado de derechos fundamentales y lo completen con la estructura constitucional de un Estado social. Y ya de modo claro e indubitado, será después de la II Guerra

En síntesis, la igualdad revolucionaria que quiso liquidar las diferencias que por razón de nacimiento separaban y discriminaban a los seres humanos, es la igualdad formal o igualdad ante la ley. Que la ley es una y única para todos y que nos trate a todos por igual fue la demanda principal en los procesos revolucionarios que de la mano del pensamiento ilustrado se extendieron por occidente a lo largo del siglo XVIII y XIX. Pero desde que los pensadores ilustrados hablaron de igualdad muchos cambios de carácter político, social y jurídico ha experimentado ese concepto.

1. La igualdad formal o igualdad ante la ley

Vinculada de modo directo a los postulados revolucionarios, la igualdad formal tuvo y tiene un objetivo muy claro, acabar con los privilegios de clases ante el sistema jurídico, y el medio para lograrlo no puede ser otro que establecer la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Su formulación parte de la idea liberal de soberanía popular, todo el pueblo es igual y debe acceder en condiciones de igualdad a la justicia¹⁹. En ese sentido, su limitación principal la encontramos en el concepto de ciudadanía que hasta fechas recientes no se aplicó a todos los grupos sociales. Mujeres, personas discapacitadas, personas de bajos recursos o de poca formación no tenían la consideración de ciudadanos, no podían votar y sus derechos eran limitados. Superar ese nivel de desigualdad en el acceso a la ciudadanía ha sido uno de los primeros objetivos del planteamiento igualitario, objetivo que sigue manteniendo toda su operatividad en la medida en que las desigualdades formales siguen existiendo²⁰.

Por otro lado, una concepción puramente formal de la igualdad puede provocar nuevas desigualdades pues cuando la ley establece el puro igualitarismo desatiende la existencia de situaciones o circunstancias que justifican un trato diferente²¹. De ahí que la complicada naturaleza del derecho a la igualdad ha llevado al operador jurídico a distinguir entre la igualdad ante la ley, la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley²².

Mundial cuando la comunidad internacional en pleno tome conciencia de lo ineludible que resulta la protección real y eficaz de los derechos humanos con la igualdad como valor constitucional que inspira esa nueva idea de Estado social y democrático de Derecho.

19 FERNÁNDEZ, E. "La teoría clásica del contrato social (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales", (pp. 89-131) en *Anuario de Derechos Humanos*. 1983.

20 Los estudios sobre discriminación acaparan gran parte del sector editorial jurídico en los últimos años.

21 Vid. GARCÍA MORILLO, J. "La cláusula general de igualdad", (pp. 174-197) en AAVV. *Derecho Constitucional. Vol. I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002.

22 En ese sentido pueden resultar de utilidad las palabras del TC español que en una temprana sentencia, establecía su teoría sobre las diferentes dimensiones del derecho a la igualdad según ha sido formulado en el texto constitucional: "La regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley, y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la ley cuando ésta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la ley tiene necesariamente que coherarse con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales". (F.j. 2.) STC 49/1982, de 14 de julio.

La igualdad ante la ley como derecho fundamental que establece la equiparación entre todos los hombres sin que quepa discriminación alguna por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole es el derecho fundamental tal y como lo sanciona el legislador español en el Art. 14 de la Constitución. En ese planteamiento formal la igualdad se presenta como un límite a la actuación de los poderes públicos que impide la arbitrariedad, es decir, que impide tratar de modo desigual sin justificación o fundamento a personas que se encuentran en iguales circunstancias.

No obstante, la aplicación de este principio y el hecho de que sea reconocido como derecho fundamental en el texto constitucional no es óbice para impedir que el legislador regule de modo desigual siempre que lo haga en atención a una causa justificada y razonable. Como señala Pérez Luño: “El principio de igualdad ante la ley se identifica, en este plano, con los requisitos de generalidad y abstracción de la norma jurídica; esto es, con la exigencia de una tipificación en términos impersonales y universales de los supuestos que han de servir de base para la atribución de determinadas consecuencias jurídicas. Ello excluye, como regla, la aceptación de inmunidades, privilegios o la predeterminación en la disciplina de las situaciones jurídicas”²³. Pero la nota de generalidad es solo una de las exigencias de la igualdad ante la ley, equiparación, diferenciación y regularidad son las otras notas que a juicio del autor citado completan las manifestaciones de la igualdad ante la ley.

1.1. Igualdad en la ley

En su concepción formal la igualdad se convierte en un límite a la actuación del poder legislativo que le impide la arbitrariedad, esto es, legislar en forma injustificadamente discriminatoria. Así, se introduce una desigualdad en la ley cuando la norma distingue de manera irrazonable y arbitraria un supuesto específico vinculado a consecuencias jurídicas diferentes. Por tanto, para que las diferenciaciones normativas se tengan por bien puestas será necesario que el legislador demuestre la existencia de un fin válido y legítimo para esa diferenciación, planteando la distinción en términos razonables y adecuados al fin perseguido y sin incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir derechos u obligaciones a las situaciones que derivan de la aplicación de la norma.

A la hora de plasmar el contenido del derecho a la igualdad, el legislador está especialmente obligado a justificar de modo adecuado y suficiente las diferencias de trato que introduce en la norma. Como apunta el TC español, para llevar a cabo esa labor fiscalizadora de la ley desde la indicada perspectiva del derecho de igualdad, “ha recurrido en ocasiones a cánones complementarios de enjuiciamiento, como lo es el de exigir que exista una justificación objetiva y razonable de la diferencia”²⁴, a pautas de general aplicación al legislador de los derechos fundamentales, como las que se derivan del principio de proporcionalidad y, más «in extenso», de la necesaria adecuación entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos”²⁵.

Y es que, como señala Encarnación Fernández, el principio de igualdad no es ajeno a las diferencias de trato introducidas en la propia ley, lo contrario equivaldría a un igualitarismo que provocaría nuevas desigualdades y crearía normas disparatadas o absurdas, pero cuando el legislador introduce esa diferencia de trato ha de justificarla.

23 PÉREZ LUÑO, A.E. *Dimensiones de la igualdad*. Dykinson. Madrid. 2005, cit. p. 22.

24 STC 75/1983, de 3 de agosto, STC 150/1991, de 4 de julio y STC 222/1992 de 11 de diciembre.

25 STC 181/2000 de 29 de junio. F.j.10.

Esto es, ha de realizar un razonamiento que le permita descartar la opción de una desigualdad de trato arbitraria, injustificada o irrazonable²⁶.

Por tanto, la igualdad en la ley prohíbe la discriminación pero no excluye la diferenciación. El legislador podrá introducir diferencias de trato dentro de la norma siempre que las justifique adecuadamente. En ese contexto la precisión lingüística resulta de gran utilidad puesto que, dos términos como “diferenciar” y “discriminar” que a priori se presentan como potenciales sinónimos tienen en el fondo un sentido muy distinto, dada la carga negativa que acompaña al término discriminar²⁷. Aunque la distinción gramatical es fácil de establecer, lo cierto es que la aplicación práctica de esos dos conceptos no siempre resulta sencilla, y por ese motivo no siempre es fácil señalar cuando se está diferenciando –y por tanto aplicando un trato distinto pero justificado-, o cuando se está discriminando –aplicando entonces un trato distinto de modo injusto-. Por ese motivo para verificar la aplicación práctica de un derecho como el de igualdad es necesario establecer criterios que ayuden al juez a determinar la potencial vulneración de ese derecho en alguna de sus dimensiones. Dentro de esos criterios el más utilizado es el que centra la cuestión en la determinación de la razonabilidad de la medida diferenciadora y siguiendo criterios de proporcionalidad la considera ajustada o no al derecho fundamental de igualdad.

Ese principio de razonabilidad, vigente tanto en el derecho continental como en el anglosajón, “viene a dar respuesta en todos los casos a una preocupación común: la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa”²⁸. Como apunta en reiterada jurisprudencia el TC español²⁹, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Esto así, el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio, la paridad pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato.

El juicio de igualdad por lo demás, es de carácter relacional. Requiere, como presupuesto obligado o punto de partida, el constatar que como consecuencia de la medida normativa cuestionada se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas, comprobando a continuación que las situaciones subjetivas que quieren traerse a la comparación son homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Verificados ambos presupuestos resultará procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma³⁰.

1.2. Igualdad en la aplicación de la ley

Como ya hemos señalado, se produce una quiebra en la noción jurídica de igualdad cuando, en el proceso de formulación, interpretación o aplicación de la ley, se llega

26 FERNÁNDEZ, E. *Igualdad y derechos humanos*. Tecnos. Madrid. 2003, p. 72.

27 Según el diccionario de la RAE, “diferenciar” es en sus variadas acepciones, hacer distinción, conocer la diversidad de las cosas, hacer a alguien o a algo diferente, diverso de otro, variar, mudar el uso que se hace de las cosas; mientras que “discriminar” significa seleccionar excluyendo, y en su segunda acepción, dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc. Consulta del diccionario de la RAE en internet, <http://www.rae.es>.

28 CIANCIARDO, J. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Ed. Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires. 2004, p. 31.

29 STC 148/1986 de 25 de noviembre, STC 29/1987 de 6 de marzo, STC 181/2000 de 29 de junio, STC 1/2001 de 15 de enero, y también en STC 119/2002 de 20 de mayo.

30 STC 119/2002 de 20 de mayo. F.j. 4.

a consecuencias jurídicas desiguales para dos personas sin que exista justificación suficiente y adecuada para ello. En el proceso de formulación de la ley es el legislador el sujeto obligado a ofrecer una justificación adecuada a la diferencia de trato introducida en la norma, aspecto éste ya tratado al analizar la igualdad en la ley y que reviste una complejidad menor una vez establecidos los criterios constitucionales que vinculan el principio de legalidad y el de igualdad ya desde los orígenes del constitucionalismo moderno. Mayores complicaciones presenta la igualdad para el agente encargado de su interpretación y aplicación. Es en este terreno en donde las concreciones del principio/derecho a la igualdad comprometen de modo principal a los órganos judiciales y administrativos encargados de su delimitación práctica en la casuística legal³¹.

Llegamos así al descargo que permite al operador jurídico valorar si las razones ofrecidas para dispensar un tratamiento diferente se ajustan o no a lo que es exigencia y contenido esencial del derecho a la igualdad. En ese orden de cosas, la justificación ha dejado de estar en el terreno de lo puramente formal y ha alcanzado el campo de la motivación, la razonabilidad o irrazonabilidad de una decisión administrativa, legislativa o judicial y de ese modo ha ingresado en el ámbito siempre difuso, de los conceptos jurídicos indeterminados³².

En este contexto es importante entender la evolución que los planteamientos jurídicos sobre la igualdad han experimentado desde las iniciales declaraciones liberales de derechos hasta el momento actual, con especial relevancia para los instrumentos de protección y garantía constitucional introducidos en los textos constitucionales en el período posterior a la II Guerra Mundial, que permiten garantizar que el postulado formal de la igualdad en la ley adquiera carta de naturaleza y verdadera protección en su aplicación casuística³³.

La igualdad en la aplicación de la ley parte de un postulado de fácil comprensión, la prohibición de la arbitrariedad³⁴. Pero para determinar si ha habido o no arbitrariedad en la aplicación de la norma será necesario que el órgano judicial encargado de analizar ese caso examine con criterios objetivos la oportunidad de la medida o decisión adoptada³⁵. Los criterios que ese órgano deberá tomar en consideración para emitir su opinión lo llevarán a examinar sus propias decisiones, en lo que no es otra cosa que una formulación inversa del sistema de precedentes del derecho anglosajón³⁶, ahora utilizado por los órganos jurisdiccionales continentales para valorar la existencia o inexistencia de vulneración de un derecho como el de igualdad³⁷.

31 OLLERO TASSARA, A. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1989.

32 MARTÍNEZ TAPIA, R. *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*. Universidad de Almería Servicio de Publicaciones. Almería. 2000, pp. 92 y ss.

33 "La igualdad en la aplicación judicial de la ley es, por el contrario, un derecho definitivo; derecho a una igualdad definitiva cuya vulneración, una vez firme la decisión judicial que la originó, sólo puede buscarse a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional". RUBIO LLORENTE, F. "La igualdad en la aplicación de la ley", (pp. 47-58) en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Coord.) *El principio de igualdad*, o.c, p. 54.

34 Como señala el TC español: "(...) hay arbitrariedad cuando existe una desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados, que implique un sacrificio excesivo o innecesario de derechos fundamentales". F. j. 1º. STC 66/1985 de 23 de mayo.

35 Arbitrariedad significa muchas veces ausencia de motivación, es decir, falta de justificación adecuada para aceptar esa diferencia de trato.

36 XIOL RÍOS, J.A. "El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional", (pp. 25-40) en *Poder Judicial*. Nº 3. septiembre 1986.

37 "En tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a los órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el

Así, “(...) una decisión es razonable cuando aparece debidamente justificada porque se sustenta en razones, en las razones del Derecho, cuanto está precedida de la argumentación que la fundamenta, de forma que se puede comprobar intersubjetivamente que la solución dada es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento, y no el fruto de la arbitrariedad”³⁸. En ese test de constitucionalidad, el órgano jurisdiccional deberá someter los actos del legislador a un juicio de oportunidad, juicio no exento de un alto grado de subjetividad pues la apreciación a realizar se fundamenta en valores, principios, criterios económicos, sociales e influencia de agentes externos. Por esa razón, dada la alta dosis de discrecionalidad que puede influenciar al órgano jurisdiccional, lo adecuado es que al menos los criterios empleados en la aplicación de ese test sean lo más precisos y seguros posibles³⁹.

Los elementos esenciales para llevar a cabo ese juicio de razonabilidad son: que se trate de situaciones iguales⁴⁰, que exista un término de comparación⁴¹, y que la decisión supere el juicio de razonabilidad en estricto. Ese juicio de razonabilidad en sentido estricto aparece una vez se ha constatado que ante circunstancias iguales y con un término de comparación válido, se ha llegado a un resultado diferente, consecuencia que será necesario justificar adecuadamente para no violentar el contenido del derecho a la igualdad⁴². Es en esa fase donde el juicio de razonabilidad despliega toda su eficacia y los criterios que entran en juego para su aplicación son los siguientes: criterio o control de finalidad⁴³, control de congruencia o adecuación teleológica⁴⁴, y el control de proporcionalidad en sentido estricto.

principio de igualdad en la aplicación de la ley tiene necesariamente que coexistir con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales”. STC 49/1982 de 14 de julio.

38 MARTÍNEZ TAPIA, R. *Igualdad y razonabilidad...*, o.c., p. 110.

39 GONZÁLEZ SALINAS, P. “La protección jurisdiccional del principio de igualdad”, (pp. 75-99) en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 36. Enero-Marzo 1983, p.78.

40 Sólo se puede hablar de trato discriminatorio cuando se ofrece una injustificada diferencia de trato en situaciones iguales, es decir, que la discriminación ha de producirse entre iguales, y por ese motivo el primer elemento que ha de ser probado en la realización de ese juicio o test de razonabilidad es que se trata de supuestos de hecho iguales. Así, quien alega la vulneración de su derecho a la igualdad tiene sobre sí la carga de la prueba para mostrar que en efecto no existió desigualdad alguna en los supuestos de hecho. Vid. GARCÍA MORILLO, J. “La cláusula general de igualdad”,..., o.c. p. 187.

41 Un aspecto fundamental del juicio de igualdad es la existencia de un término de comparación que permita comparar si en efecto dos medidas adoptadas por distintos o por el mismo órgano, han provocado injustificadamente situaciones desiguales y por tanto han vulnerado el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Pero ese término de comparación ha de cumplir una serie de requisitos, no se aceptan los términos de comparación arbitrarios o caprichosos, porque el juicio de igualdad ha de constatar siempre mediante un criterio de carácter relacional que, cuando se proyecta sobre el legislador, requiere la comprobación de que la norma de que se trate atribuye consecuencias jurídicas diversificadoras a grupos o categorías de personas creadas o determinadas por él mismo, y de que las situaciones subjetivas que quieren compararse sean efectivamente homogéneas o equiparables. STC 273/2005 de 27 de octubre.

42 Para mayor detalle sobre el concepto de razonabilidad aplicado al derecho véase, ATIENZA, M. “Para una razonable definición de <razonable>”, (pp. 189-200) en *Doxa. Cuadernos del Filosofía del Derecho*, nº 4. 1987.

43 Es necesario constatar la existencia de un objetivo, propósito o finalidad constitucionalmente legítimo que justifique la diferencia de trato dispensada por la norma; criterio que se valora en base al texto constitucional y al criterio de interpretación de las normas en relación a su contexto, antecedentes, espíritu y finalidad de aquellas.

44 “La congruencia consiste en la adecuación del medio a los fines perseguidos, es decir, en la existencia de una conexión lógica, directa y efectiva entre los distintos elementos que venimos analizando, es decir, el trato desigual que se impone, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue”. MARTÍNEZ TAPIA, R. *Igualdad y razonabilidad...*, o.c., p. 123.

Es aplicando el último de los criterios, el de proporcionalidad, como se puede determinar de modo más preciso si la medida en cuestión ha excedido los límites del derecho a la igualdad. En su configuración el juicio de proporcionalidad se divide a su vez en tres principios: el de idoneidad que hace necesaria la presencia de un fin constitucionalmente válido, el principio de necesidad, esto es, que de entre las varias opciones o medidas existentes, se haya tomado la menos gravosa, y finalmente el principio o juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que vincula el índice costo/beneficio al supuesto de hecho planteado, de modo tal que será ajustado al principio de proporcionalidad una medida cuyo coste no supere los beneficios que aporta. Si se cumplen todos los requisitos apuntados en el test de razonabilidad y en el más específico de proporcionalidad, será posible admitir la existencia de una diferencia de trato sin que con ello se vulnere el principio/derecho de igualdad⁴⁵.

2. La igualdad material

Llegados a este punto, analizado el concepto de igualdad en su dimensión formal, vistos los criterios delimitadores de esa formulación del principio/derecho de igualdad en su planteamiento legalista, surge una cuestión que llevará el debate sobre el concepto de igualdad a una nueva esfera. Ya no es suficiente que el legislador, el intérprete o el juez hagan leyes y sentencias ajustadas al contenido formal del derecho a la igualdad, porque existe una diferenciación que las normas y las sentencias no pueden obviar, no pueden eliminar. La diferencia en las condiciones de partida, -condiciones sociales, económicas, personales, raciales o de género- determina que, aún cuando la norma ha respetado pulcramente el concepto de igualdad ante la ley el resultado logrado es discriminatorio⁴⁶.

Como hemos señalado al comienzo de este escrito, un concepto con tantas aristas como el de igualdad no puede aprehenderse desde un único enfoque o dimensión, por ese motivo la noción de igualdad está sujeta a un cambio casi constante motivado no sólo por la formulación o reformulación jurídica del término, sino también y muy especialmente, por los cambios que la sociedad experimenta y que condicionan el avance de la igualdad hacia nuevas cotas impensables en otros momentos históricos. La igualdad formal del liberalismo recibe su más dura crítica de manos de las concepciones socialistas que vinculan desigualdad y factor económico-social de desarrollo y que dan origen a la concepción material del derecho a la igualdad. Su origen socialista vincula esta concepción con la lucha de clases, las injustas diferencias que por su origen social condicionaba las aspiraciones de los ciudadanos⁴⁷.

El legislador constitucional desde mediados del siglo XX ha tomado conciencia de la distinción entre esos dos conceptos, de modo que son pocas las constituciones promulgadas después de la II Guerra Mundial que no han hecho mención a las dos variantes, formal y material, del derecho a la igualdad.

45 GASCÓN, M. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Tecnos. Madrid. 1993, pp. 66 y ss.

46 ALARCÓN CABRERA, C. "Reflexiones sobre la igualdad material", (pp. 31-42) en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 4. 1987, p. 37.

47 Llegados a este punto miramos a Orwell para recordar lo que escribía en 1945, que el puro igualitarismo sin libertad está tan alejado del criterio de justicia como la regla inversa, libertad sin igualdad. De ahí que, como señala Sartori, una de las sorpresas mayores del siglo XX ha sido la manera fulminante como han caído los regímenes comunistas. Y de ahí que la unión vencedora en esas luchas de sistemas no es sino la conjunción de libertad e igualdad, concepto que con diferentes formulaciones es puesto en práctica por los regímenes de la actual democracia liberal. SARTORI, G. *¿Qué es la democracia?...*, o.c., p. 286

La igualdad, para servir eficazmente a sus objetivos como ese importante derecho/principio/valor tiene que ir más allá de su dimensión formal o legalista y alcanzar una vertiente real o sustancial que es la que se busca con la igualdad material. Como señala Pérez Luño: “(...) la distinción entre igualdad formal e igualdad material más que una alternativa implica un proceso de ampliación del principio de igualdad en las sociedades pluralistas y democráticas. En dicha concepción material-formal de la igualdad (...) su dimensión jurídica no puede desconectarse de las condiciones políticas, económica y sociales que gravitan sobre su realización; al tiempo que su dimensión material no puede abordar su programa de equilibrio en la distribución de las oportunidades y los bienes sin contar con los cauces formales que, en el Estado de derecho, garantizan a los ciudadanos de los abusos de quienes desempeñan el poder”⁴⁸.

Es ahí donde las acciones positivas de discriminación toman cuerpo de naturaleza, su objetivo no es otro que dar cumplimiento a la concepción material de la igualdad, pero utilizan la dimensión formal, la plasmación legislativa para imponerse en el sistema jurídico.

Entonces, si la igualdad ante la ley establece la interdicción de la arbitrariedad y en su aplicación trata de evitar las discriminaciones injustificadas, ¿cómo puede justificarse desde el principio de igualdad, la existencia de supuestos de expresa discriminación, o privilegio, recogidos expresamente en una norma? Es decir, ¿cómo funcionan las discriminaciones adversas? La respuesta llega de la mano de esa concepción dual de la igualdad, formal y sustancial a la vez; dualidad que permitirá al legislador acercarse a través de fórmulas legales a un concepto sustancial o real de la igualdad introduciendo específicos tratamientos desiguales en aras a un objetivo final constitucionalmente legítimo.

Sin embargo, a pesar de la razonabilidad que podemos encontrar en estas medidas, no es pacífica su aceptación jurídica ni social. Especialmente, cuando más allá de las reglas de la igualdad proporcional, en ejemplos como la distribución de la carga impositiva en atención a la renta, o la distribución de las becas en función de méritos e ingresos, tratan de solucionar las desigualdades de origen que ciertos colectivos, — mujeres, grupos raciales, colectivos desfavorecidos, etc.—, han experimentado históricamente⁴⁹.

Esas situaciones en que por razones ajenas a la norma encontramos desigualdades claras y manifiestas, son justificación de la técnica de discriminación positiva. Es decir, el trato discriminatorio consciente del grupo que se encuentra en una clara desventaja de tipo social, económico, cultural, etc. Pero su resultado final no es otro que el de provocar nuevas desigualdades, puesto que para dejar de discriminar a un grupo establecemos pautas legislativas que discriminan a los hasta entonces discriminadores. Como dice Sartori, “hemos destapado una caja de Pandora; y sin gran fruto, porque para sanar una desigualdad creamos otras, y así infinitamente en un crecimiento perverso”⁵⁰.

Las técnicas legislativas de discriminación positiva tienen su origen histórico en la India, como medida de lucha contra la división en castas, y en los Estados Unidos en relación con las mujeres y las minorías raciales⁵¹; la expresión *affirmative action* es la que designa este tipo de acciones positivas en derecho americano, y con la misma se hace referencia a “todo trato formalmente desigual cuya finalidad es avanzar hacia la

48 PÉREZ LUÑO, A.E. *Dimensiones de la igualdad...*, o.c., p. 38.

49 Sobre discriminaciones inversas véase, BALLESTERO, M^a. V. “Acciones positivas. Punto y aparte”, (pp. 91-111) en *Doxa*, n^o 19. 1996.

50 SARTORI, G. *¿Qué es la democracia?...*, o.c., p. 261.

51 MARTÍNEZ TAPIA, R. *Igualdad y razonabilidad...*, o.c., p. 72.

igualdad sustancia, en especial a favor de personas pertenecientes a grupos tradicionalmente preteridos”⁵². En el entorno europeo, la aparición de este tipo de medidas es relativamente reciente y podemos ubicarlo en la segunda mitad del siglo XX, vinculado a las demandas sociales del movimiento feminista que dieron origen a una importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de discriminación por razón de sexo, con el resultado final de la aprobación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo de 1976, relativa al acceso al empleo, formación, promoción y condiciones de trabajo⁵³; reformada en 2002 por la Directiva 2002/73/CE y completada recientemente con la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

Cuando se ponen en marcha acciones positivas se está intentando modificar a través de una específica imposición jurídica “discriminatoria” una situación previa que sancionaba una desigualdad de trato asentada en el tiempo. Este planteamiento, a priori sencillo y justo, puede no obstante dar lugar a no pocas injusticias en su aplicación, especialmente cuando alguno de sus criterios de determinación no han sido suficientemente valorados. La existencia de obstáculos que impiden o dificultan la igualdad de oportunidades, el contexto de aplicación, su duración temporal y especialmente la regla de proporcionalidad de las medidas en atención a la finalidad buscada, son alguno de los elementos que deben ser tomados en consideración para valorar la conveniencia o no de una medida de discriminación positiva⁵⁴.

Con esta técnica el legislador trata de ajustar el concepto de igualdad, garantizando la igualdad en el punto de partida –para esos grupos que estaban injustamente discriminados-, pero no hay modo alguno de garantizar la igualdad en el punto de llegada, porque la igualdad de resultados está sujeta no sólo a disposiciones legislativas sino a numerosas circunstancias de índole personal o social.

III. UN PROYECTO DE LEY QUE BUSCA IMPULSAR LA IGUALDAD REAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En el marco de esas medidas promotoras de la igualdad el legislador español se ha propuesto un loable aunque complejo objetivo, impulsar la igualdad real entre hombres y mujeres en el ordenamiento español y el instrumento para lograrlo no es otro que un proyecto de ley de garantía de la igualdad entre hombres y mujeres.

El objeto de este proyecto de ley orgánica no es otro que el hacer efectivo el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al tiempo que se elimina todo resquicio de discriminación contra la mujer. Para lograrlo se recogen una serie de medidas transversales que afectan a todos los órdenes de la vida política, jurídica y social: se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral y el fomento de una mayor corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de las obligaciones familiares, se establece la representación equilibrada entre mujeres y hombres en todos los ámbitos de las Administraciones Públicas, se propone una composición equilibrada

52 DÍEZ-PICAZO, L.Mª. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Thomson-Civitas. (2ªed.). Madrid. 2005, p.207.

53 Extiende el principio de igualdad a las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección a los empleos y puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional.

54 AÑÓN, Mª. J. *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. México. 2001, p. 50.

de hombres y mujeres en las listas electorales, y establece la integración de igualdad en todos los objetivos y actuaciones de las políticas educativa, de salud, de acceso a las nuevas tecnologías y de bienes y servicios⁵⁵.

Para que esos objetivos lleguen a buen puerto, el artículo 11 del proyecto establece claramente que: “Con el fin de hacer efectivo el principio constitucional de igualdad, los poderes públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”⁵⁶.

Estas medidas de discriminación o acción positiva no son desconocidas para el operador jurídico español, se han utilizado ya como técnica legislativa⁵⁷ y el TC ha tenido oportunidad de pronunciarse en más de una ocasión sobre ellas⁵⁸. Su fundamento y admisibilidad lo encontramos en el Art. 9,2 de la Constitución, que copiando a su vez al artículo 3,2 de la Constitución italiana, incorpora esa visión dinámica y expansiva del derecho a la igualdad en su formulación material, incorporando para ello un principio de acción para los Poderes Públicos que tienen entonces la obligación de promover esa igualdad y remover los obstáculos que impidan que dicha igualdad sea real y efectiva. De este modo se está dando cobertura para que el Estado analice los ámbitos en que puedan producirse situaciones discriminatorias, busque sus causas y actúe en consecuencia imponiendo soluciones.

Soluciones que pasan por la admisibilidad constitucional de medidas específicas a favor de un grupo siempre que cumplan los siguientes requisitos: han de ser medidas excepcionales, pues deben responder a la necesidad real de corregir situaciones objetivas de desigualdad; coyunturales o temporales, pues sólo se aplicarán mientras persista la situación de desigualdad que se trata de corregir; proporcionales, pues en tanto en cuanto se trata de medidas discriminatorias en sí mismas han de guardar escrupuloso cuidado en respetar el principio de proporcionalidad en relación a la finalidad para la cual han sido creadas. Dadas estas características es justo considerar que las medidas de discriminación positiva deben ser utilizadas de modo restrictivo y transitorio, recurriendo a ellas cuando se constate que no existe otra posibilidad eficaz para equiparar situaciones preexistentes de desigualdad suficientemente acreditadas.

Junto a las medidas de discriminación positiva encontramos en el Proyecto otro instrumento altamente eficaz en la consecución de ese objetivo de la Ley por garantizar la igualdad. Aparece recogido en el artículo 13 del proyecto y no es otro que el instrumento procesal de inversión de carga de la prueba⁵⁹. Instrumento que ha demostrado ser de suma utilidad en los procesos judiciales en que ha sido preciso señalar que la intención última de un despido o de una acción sancionadora tenía como razón última un supuesto de injustificada discriminación. Inversión probatoria que viene impuesta por

55 Art. 21 a 36 del Anteproyecto de Ley de Igualdad entre hombres y mujeres.

56 El inciso segundo de ese artículo 10 establece que también los sujetos privados podrán adoptar este tipo de medidas de acción positiva en los términos previstos en la ley.

57 Art. 8 y 9 de la Ley 51/03 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; Art. 35 de la Ley 62/03 de medidas fiscales, administrativas y de orden social; Art. 4 de la Ley gallega 7/04 para la igualdad de mujeres y hombres; y Art. 3,5 de la Ley vasca 4/05 de igualdad de mujeres y hombres.

58 STC 3/1993 de 14 de enero, STC, 269/1994 de 3 de octubre, STC 128/1987 de 16 de julio.

59 Art. 13 del Proyecto: “De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que de las elecciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

el ordenamiento comunitario, que ya estaba recogida en distintas normas estatales y que además funciona como regla general en el ordenamiento laboral.

Importancia sustancial tiene también la incorporación de un principio esencial de transversalidad establecido en el Art. 15 del proyecto, según el cual: “El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición de las políticas públicas y en el desarrollo del conjunto de sus actividades”. Al tiempo que informará y servirá como criterio interpretador y aplicador de las normas jurídicas, reiteración del Art. 1,1 de la Constitución . Como instrumentos de control de la proyección y aplicación de estos criterios por parte de los Poderes Públicos, el proyecto establece la necesidad de incorporar un informe sobre el impacto de género en relación a los “proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica y social que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros” (Art. 19 del Anteproyecto); y la realización de estadísticas públicas que “ofrecerán sus datos desagregados por sexo, considerando, si ello resultare conveniente, otras variables relacionadas con el sexo para facilitar la evaluación del impacto de género y la mejora en la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres” (Art. 20 del Anteproyecto).

Pero qué duda cabe que uno de los puntos principales de este anteproyecto es el relativo a los programas de mejora de la empleabilidad de las mujeres, y a tal fin el art. 38 del anteproyecto señala que: “Las políticas de empleo tendrán como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres”. Para ello será posible que a través de la negociación colectiva se establezcan medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo.

Medidas que en el sector público pasan por establecer una representación equilibrada entre mujeres y hombres en el nombramiento de los titulares de órganos colectivos cuya designación corresponda al Consejo de Ministros; la tendencia a ese mismo equilibrio en los tribunales y comisiones de selección para el acceso al empleo público y para la designación de representantes de órganos colegiados, comités de expertos y comités consultivos; convocatorias de acceso que no contengan requisitos perjudiciales para las mujeres o para un colectivo predominantemente femenino; el cómputo de permisos, excedencias, reducciones de jornada y demás beneficios a efectos de valoración del tiempo de servicios y otros méritos en la provisión de puestos de trabajo; la reserva del 40 por 100 de plazas para mujeres en cursos de formación y preferencia en cursos de formación a quienes se incorporen al servicio activo después de ejercicio de derechos derivados de la conciliación de la vida personal/familiar/profesional; incorporación de la igualdad en las pruebas de acceso al empleo público y en todas las acciones formativas de la Administración General del Estado entre otras medidas.

Las medidas mencionadas constituyen uno de los aspectos más relevantes del Anteproyecto, su operatividad en el sector público hará necesario respetar lo dispuesto en los artículos 23 y 103,3 de la Constitución⁶⁰ haciendo que las medidas de discriminación

60 Art. 23 CE: “1. Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

Art. 103,3 CE: “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

positiva en materia de empleo público cumplan de modo escrupuloso con el test de proporcionalidad anteriormente mencionado, de lo contrario el intento por evitar una discriminación terminará provocando mayores injusticias. No obstante, parece que no habrá excesivos problemas en acomodar los criterios de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, ya de por sí objetivos y objetivables, con la incorporación de medidas que persigan la igualdad real de candidatos que pertenecen a colectivos tradicionalmente discriminados, puesto que tales instrumentos no son novedosos y en ellos será oportuno modular su función y duración para evitar que se generen nuevas discriminaciones.

Mayor problema plantea la implantación de estas políticas de igualdad en el empleo en el sector privado dónde el grado de discrecionalidad es mayor. En ese sentido el Anteproyecto establece que: “1. Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral. 2. En el caso de las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidos en este capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral. 3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las empresas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo. 4. Las empresas también elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con los representantes legales de los trabajadores, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo. 5. La elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta a los representantes legales de los trabajadores” (Art. 41 del proyecto).

Aunque es el artículo 71 del proyecto el que acapara toda la atención en lo que afecta al acceso en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres al sector privado. En él se establece que: “1. Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una composición equilibrada entre mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley, 2. Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio”.

Se trata de una medida de fomento de la discriminación positiva que complementa lo dispuesto en el Art. 11 del proyecto pero que precisa de una gran cautela en el momento de su desarrollo y aplicación, pues de lo contrario puede provocar un nefasto resultado: el de beneficiar al candidato que está peor cualificado. Como ha señalado el Consejo General del Poder Judicial en el informe que ha elaborado sobre este proyecto de ley: “La cuestión es que esa composición equilibrada se instrumentalice para lograr la adjudicación de un contrato público, lo que podría perjudicar al interés público, al principio de concurrencia en régimen de igualdad y, en último extremo, a la dignidad de las mujeres. Por esta razón la remisión a los criterios de la Disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

(aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), es válido pero insuficiente. En efecto dicho texto prevé que “los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación”.⁶¹

Es posible observar ya un alto grado de dificultad técnica a la hora de precisar y delimitar el funcionamiento de las cuotas de representación en el sector privado de la contratación, mucho más difícil será su aplicación real. Será preciso que el operador jurídico ajuste de modo certero el contenido de ese derecho a la igualdad real para asegurar que su aplicación no conlleva un perjuicio injustificado y por ello ajeno a la intención final de ese concepto jurídico de igualdad. Problema que aparece casi siempre que se ponen en funcionamiento medidas de discriminación positiva.

61 Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de Ley orgánica de igualdad entre mujeres y hombres de 19 de mayo de 2006.