

# LAS ACCIONES POSITIVAS EN LOS TRIBUNALES

**Begoña Díaz Cano**  
**Abogada**

## **Introducción**

El presente trabajo realiza un recorrido de la evolución de las acciones positivas en materia de igualdad a través de los Tribunales, centrándonos en Estados Unidos por ser su origen, en Europa y en España.

Gracias a las Sentencias dictadas tanto por la Corte Suprema de Estados Unidos, como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como por nuestro Tribunal Constitucional se ha configurado el concepto de medidas positivas, sus características y sus límites, logrando con dichas sentencias cambios legislativos y sociales.

## **¿Qué son las acciones positivas en materia de Igualdad?**

Las acciones positivas están recogidas en nuestra legislación en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, y en el Estatuto de los Trabajadores.

El Comité para la Igualdad entre mujeres y hombres del Consejo de Europa define las acciones positivas como *"las estrategias destinadas a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales"*.<sup>1</sup>

El Tribunal Constitucional, Sala Segunda, en Sentencia 108/2019, de 30 de septiembre recoge la doctrina constitucional sobre qué se entiende por del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo<sup>2</sup>:

*"Para hacer efectiva la cláusula de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE, este Tribunal ha establecido un canon mucho más estricto y riguroso que el de la mera razonabilidad y proporcionalidad que, desde la perspectiva genérica del principio de igualdad, se exige para la justificación de la diferencia normativa de trato, que no puede confundirse, aunque sea tan común tantas veces ver que se incurre en ello"*.

*"La expresa exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta 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, pues es ese colectivo el que ha sufrido y aún sufre la relegación social o jurídica estructural”.*

*“La prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio”.*

### **Vertientes y Características de las acciones positivas**

Las acciones positivas tienen dos vertientes, la primera favorecer que las mujeres puedan acceder a recursos en las mismas condiciones que lo hacen los hombres para lo que se diseñan acciones o medidas temporales que ayuden al acceso de las mujeres a estos recursos, planteando el inicio o punto de partida y el camino, sin que pueda garantizarse el resultado y la segunda corrigen situaciones de desigualdad de las mujeres respecto de los hombres, así en la Sentencia del Tribunal Constitucional Sala Primera 269/1994, de 3 de octubre<sup>3</sup> determina *“es claro que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo, aplicada por la Comunidad Autónoma de Canarias, no vulnera el art. 14 C.E., siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 C.E., en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 C.E.)”*

Las características de las acciones positivas son:

Motivación: Existencia de una situación real de discriminación.

Temporalidad: Cesan cuando se alcance el objetivo perseguido y desaparezca la situación de desigualdad que las ha provocado

Proporcionalidad: Deben ser suficientes y adecuadas para el objetivo que se persigue

El Tribunal Constitucional de España tiene declarado que para introducir diferencia deben existir tres requisitos: justificación de la diferencia, la medida debe ser fundada y razonable (un fin discernible y legítimo), y sus consecuencias no pueden ser desproporcional.

### **Acción positiva y acción protectora: Diferencia**

Una acción positiva no se identifica ni con una acción protectora, ni paternalista.

La acción protectora significa paternalismo, busca un beneficio de la buena fe pero sus consecuencias pueden ser contrarias a su finalidad y limitar las posibilidades de las mujeres.

El Tribunal Constitucional de España ha marcado el camino para distinguir si estamos ante una acción positiva o una acción protectora, determinando que mientras la acción positiva trata de corregir la discriminación por razón de sexo, las acciones protectoras responden a prejuicios, a opiniones preconcebidas y perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina.

**1.- Sentencia de la Sala Segunda 28/1992, de 9 de marzo<sup>4</sup>** realiza un pormenorizado análisis de qué se considera una norma protectora

**Asunto:** Ventaja económica sólo por los trabajadores de sexo femenino en la Compañía Telefónica Nacional, la prestación de servicios en turno de noche cuando se trataba de una mujer, percibía un plus por entrada o salida de turnos nocturnos, dirigido a facilitar a las empleadas el desplazamiento desde el centro de trabajo a sus domicilios.

**La Sentencia** resulta interesante porque a pesar de concluir que la estamos ante una norma protectora que como norma protectora debe eliminarse ya que estas *“pueden suponer en sí mismas un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo con los varones”* deniega el amparo en base a que *“el principio de igualdad no se agota en la interdicción de determinados criterios de diferenciación, sino que exige sobre todo que no se establezcan diferenciaciones que carezcan de una justificación razonable, objetiva y congruente con la finalidad de la norma y para respetar ese principio el Juez se habría visto obligado a poner en cuestión tanto la hipótesis como la presunción y a establecer en consecuencia, ex novo, un régimen distinto para el plus de transporte, cuya aplicación al recurrente, no hubiera conducido, necesariamente, a otorgarle el derecho por su extensión a todos los trabajadores con independencia de su sexo”*.

**2.- La Sentencia Sala Primera 229/1992, de 14 de diciembre<sup>5</sup>** hace un análisis de la diferencia entre acción positiva y acción protectora

**Asunto:** Derecho de una mujer a ocupar en igualdad con los trabajadores varones una plaza de ayudante minero en la empresa nacional Hulleras del Norte, S.A. (HUNOSA), que le había sido denegada, pese a haber superado las correspondientes pruebas de admisión.

**La Sentencia** estima el amparo en base a: *“No cabe duda de que la prohibición de trabajar en el interior de las minas a la mujer, aunque responda históricamente a una finalidad protectora, no puede ser calificada como una medida de acción positiva o de apoyo o ventaja para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que no favorece a esta sino que más bien la restringe al impedir a la mujer acceder a determinados empleos.”*

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

*“En muchos casos esta legislación originariamente protectora responde a prejuicios, a opiniones preconcebidas que juegan un papel importante en la formación y mantenimiento de discriminaciones”.*

**3.- Sentencia del Pleno 3/1993 de 14 de enero** <sup>6</sup> hace un repaso histórico sobre las causas de las acciones protectoras

**Asunto:** Reconocimiento en exclusiva a hijas o hermanas, y por tanto, la no atribución a hijos o hermanos, del derecho al percibo de las llamadas prestaciones en favor de familiares por parte del art. 162.2 de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Decreto 2.065/1974, de 30 de mayo.

**La Sentencia** determina que *“esta medida, que puede calificarse como de norma protectora de la mujer no trabajadora, descansa en la secular discriminación familiar de la mujer a la que tradicionalmente se vienen confiando funciones domésticas, como si gozase de una natural vocación o predisposición hacia ellas”.*

*“El precepto legal participa de la tendencia imperante en la época en que la ley fue promulgada de mantener a la mujer apartada del taller y de la fábrica, ocupada en tareas de hogar, con la consiguiente creación de un mecanismo de derechos compensatorios de protección social de la mujer especialmente ligados al varón, a quien, en su condición de padre, hermano o hijo, se erige prácticamente en el único titular de derechos prestacionales.”*

**4.- Sentencia Sala primera 317/1994 de 28 de noviembre**<sup>7</sup> realiza un análisis de las consecuencias de las acciones protectoras

**Asunto:** Derecho a percibir una determinada cantidad de dinero, como contrapartida a la rescisión de su contrato de trabajo subsiguiente a su matrimonio, tal y como se le reconocía a la mujer en el art. 56 de la Ordenanza de Seguros

**La Sentencia** desestima el recurso entendiendo que hay que prestar atención a si *"el deseo de protección que las inspiró en un principio no tenga ya razón de ser"*

Así mismo y en idéntico sentido, este Tribunal consideró discriminatorias las normas protectoras que *"perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina, partiendo de presupuestos como la inferioridad física o, por lo que ahora interesa, "de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares" de parte de la mujer (STC 128/1987, fundamento jurídico 6º). Una forma de tutela, pues, que se impone con carácter general frente a toda manifestación del fenómeno"*.

**5.- Sentencia Sala Primera 16/1995, de 24 de enero<sup>8</sup>** repasa los efectos de las acciones protectoras

**Asunto:** De acuerdo con el art. 66 de dicha Reglamentación de Trabajo (O. de 29 de junio de 1946), pueden solicitar su jubilación voluntaria los empleados que hayan cumplido sesenta años de edad (cincuenta y cinco en el caso del personal femenino) y veinticinco años de servicio. Se solicita que se repare la desigualdad de trato haciendo extensiva al personal masculino el beneficio o mejor condición, pero no suprimiendo el mismo.

**La Sentencia** desestima el recurso: *"Sin embargo, es también obligado recordar que en las medidas normativas protectoras del trabajo femenino puede haber barreras que dificulten, como efecto no deseado, el acceso al mundo del trabajo en condiciones de igualdad (STC 3/1993, fundamento jurídico 3º) y operen de hecho en perjuicio de la mujer (STC 229/1992, fundamento jurídico 2º), como puede haber también disposiciones que tiendan a reproducir determinados patrones socioculturales y en la práctica perpetúen la propia posición de inferioridad social de la población femenina (STC 317/1994, fundamento jurídico 2º)."*

### **Acciones positivas y discriminación directa**

Una acción positiva no se identifica con la discriminación positiva, pudiendo la discriminación positiva definirse como una acción positiva, pero especialmente incisiva.

El Instituto de las Mujeres diferencia lo que es una discriminación directa y una acción positiva<sup>9</sup>, entendiendo "que la discriminación directa es una medida diferenciadora

encaminada a apoyar a quien integra un grupo o colectivo desfavorecido (en situación de “discriminación adversa”). Al beneficiar a quienes forman parte de ese grupo, se perjudica visiblemente a otras personas (a diferencia de otras medidas de acción positiva). Mientras que las medidas de acción positiva actúan habitualmente sobre “el punto de partida” o en el proceso (eliminando los obstáculos para el igual ejercicio de los derechos), la discriminación positiva afecta al “punto de llegada”, ya que persigue y garantiza un resultado concreto”.

En la presentación del libro “Cine y género en España”, la directora Inés París hacía la siguiente descripción: “pongamos por ejemplo el golf, sería válido que de salida las mujeres tuvieran 5 metros de ventaja, partiendo del hecho de que tienen menos fuerza, pero no que cuando se llega al hoyo se adelante la bola de las mujeres”. El primer caso sería una acción positiva y el segundo sería discriminación positiva.<sup>10</sup>

### **La acción positiva y la discriminación directa en el Tribunal Constitucional:**

Es el Tribunal Constitucional en la referida Sentencia 229/92 determina que *“La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un “derecho desigual igualatorio”, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer”*.

La discriminación positiva se ha estudiado principalmente en los asuntos relacionados con composición equilibrada de las listas electorales determinando el Tribunal Constitucional que deben existir condiciones de razonabilidad y proporcionalidad exigidas, conseguir el fin de igualdad efectiva de las mujeres y que no comporte el sacrificio innecesario de un derecho fundamental sustantivo:

#### **1.- Sentencia del Pleno 12/2008, de 29 de enero<sup>11</sup>**

**Asunto:** Constitucionalidad del art. 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo y sus arts. 187.2 y 201.3 y la disposición adicional primera, añadiéndole una nueva disposición transitoria, la séptima.

**La Sentencia:** *“Dicho de otro modo, el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de*

*que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material”.*

*“No se trata, pues, de una medida basada en los criterios de mayoría/minoría (como sucedería si se tomase en cuenta como elementos de diferenciación, por ejemplo, la raza o la edad), sino atendiendo a un criterio (el sexo) que de manera universal divide a toda sociedad en dos grupos porcentualmente equilibrados”.*

*“En efecto las modificaciones de la Ley Orgánica del régimen electoral general objeto de nuestro estudio no incorporan fórmulas compensatorias a favor de las mujeres, en su calidad de grupo históricamente desfavorecido.....sino que plasman un criterio que se refiere indistintamente a los candidatos de uno y otro sexo, como pone de relieve el hecho de que el citado art. 44 bis LOREG establezca que las listas que se presenten a las elecciones allí mencionadas “deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento”.*

## **2.- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 13/2009, de 19 de enero<sup>12</sup>**

**Asunto:** La paridad en la composición de los órganos administrativos pluripersonales, Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero.

**La Sentencia** determina que *“tratándose de una medida de discriminación positiva en beneficio de la mujer se ajusta a las condiciones de razonabilidad y proporcionalidad exigidas por nuestra doctrina. La medida examinada es, además de adecuada para la consecución del fin de promoción de la igualdad efectiva de la mujer, proporcional en sentido estricto, pues no comporta el sacrificio innecesario de un derecho fundamental sustantivo”.*

## **3.- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 40/2011, de 31 de marzo<sup>13</sup>**

**Asunto:** Se recurre el del precepto autonómico andaluz (art. 2 de la Ley del Parlamento de Andalucía 5/2005, de 8 de abril) relativo a las candidaturas electorales equilibradas por sexos.

**La Sentencia** desestima el recurso *“Se trata, en definitiva, de una medida legislativa formalmente neutra que se orienta a corregir el carácter minoritario de la presencia femenina en el ámbito de la representación política y a lograr en su seno la igualdad material entre*

*hombres y mujeres. En tal sentido, aun sin la intensidad de las medidas de discriminación inversa propias del llamado “derecho desigual igualatorio”, a paridad impuesta en la norma objeto de este recurso de inconstitucionalidad se dirige al cumplimiento del mandato de efectividad en la igualdad contenido en el art. 9.2 CE.”*

### **Origen de las acciones positivas**

Las acciones positivas tienen su origen en la discriminación racial en Estados Unidos de América, existiendo tres sentencias históricas de la Corte Suprema por lo que significaron al conseguir modificaciones en la legislación en Estados Unidos y a la propia sociedad americana.

#### **1.- Sentencia Corte Suprema EEUU de 16 de mayo de 1896 Plessy vs. Ferguson<sup>14</sup>**

**Asunto:** La ley de Louisiana obligaba a las compañías ferroviarias a disponer de vagones para blancos y para negros, el Sr. Homer Plessy viajó en un tren que discurría dentro de los límites estatales y se negó a ir en el vagón para negros, siendo por ello arrestado.

**La Sentencia** instauró la doctrina de *“iguales pero separados”* y determinó que la Ley de Louisiana no era contraria de la enmienda 13<sup>a</sup> y 14<sup>a</sup> ya que *“que una ley que autorice o incluso imponga la separación racial en los transportes públicos no puede ser calificada de irrazonable”*; el Juez Harlan emitió un voto particular en el que lamentaba la validación de regular del ejercicio de los derechos civiles con el único fundamento del color de la piel.

#### **2.- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1954 Brown vs. Board of Education of Topeka<sup>15</sup>**

**Asunto:** Oliver Brown y otros cuatro casos más vieron rechazada su solicitud de ingreso en escuelas para alumnos de raza blanca, en aplicación de normas que permiten la segregación.

**La Sentencia** determina que las escuelas segregadas son *“inherentemente desiguales”* y que *“segregar a los niños en las escuelas con el único criterio de la raza priva a los niños pertenecientes al grupo minoritario de la igualdad de oportunidades en materia educativa”*.

De esta sentencia nació la doctrina *“en el campo de la educación pública, separados pero iguales no tiene lugar”*.

Esta Sentencia supuso cambios en la sociedad americana y legislativamente llevaron a la firma el 6 de marzo de 1961 del presidente John F. Kennedy de la orden ejecutiva N.º 10925, dirigida



a "compensar los efectos de la discriminación histórica contra la población negra estadounidense" y la Ley de Derechos Civiles de 1964.

**3.- La Sentencia del Tribunal Supremo de EE. UU. De fecha 25 de marzo de 1987 en el caso de Johnson contra la Agencia de Transporte, 480 US 616 (1987)<sup>16</sup>** aborda un caso de acción positiva y determina cuáles son sus notas características (discriminación real, la temporalidad y la proporcionalidad).

**Asunto:** En 1978, la Agencia de Transporte del Condado de Santa Clara adoptó voluntariamente un Plan de Acción Afirmativa para contratar y promover a las minorías y las mujeres. Se autorizaba a considerar como un factor el sexo de un solicitante calificado al realizar promociones dentro de una clasificación de trabajo tradicionalmente segregada en la que las mujeres han estado significativamente subrepresentadas, el ascenso fue para una mujer, Diane Joyce y no a un aspirante masculino.

**La Sentencia** entiende que se tomó en cuenta adecuadamente el sexo de Joyce como un factor para determinar que debería ser promovida y que el Plan representa un enfoque moderado, flexible y caso por caso para lograr una mejora gradual en la representación de las minorías y las mujeres, habiéndose justificado la existencia de un "*desequilibrio manifiesto*" que reflejaba la subrepresentación de las mujeres en "*categorías de trabajo tradicionalmente segregadas*", sin que se trastocase innecesariamente los derechos de los empleados varones ni crease un obstáculo absoluto para su avance y sin que se buscase "*mantener*" un equilibrio racial y sexual permanente.

### **Recorrido de la evolución de las acciones positivas en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y sus consecuencias**

Antes del Tratado de Ámsterdam existen dos sentencias fundamentales en el desarrollo de la legislación europea y en la concepción actual de que entendemos por acciones positivas:

**1.- En octubre de 1995 Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó la sentencia Kalanke,<sup>17</sup>** que fue la primera vez que el Tribunal interpretaba la Directiva 76/207 en especial sobre la igualdad de trato en el acceso al empleo y las condiciones laborales.

La sentencia creó una gran controversia, siendo determinante para que la Comisión Europea tuviera que reaccionar y proponer modificaciones.

**Asunto:** Se dilucidaba si las acciones positivas de la Ley del Land de Brema (Alemania) eran contrarias al artículo 2.4 de la directiva sobre la igualdad de trato 76/207/CEE, al determinaba qué a igual calificación para el nombramiento o promoción, las mujeres tienen prioridad si tienen menos representantes en el sector en cuestión.

**La Sentencia** determinó que *“una legislación nacional que garantiza la prioridad absoluta e incondicional a las mujeres en el momento de un nombramiento o ascenso va más allá de la promoción de la igualdad de oportunidades, y sobrepasa los límites de la excepción prevista en el apartado 4 del artículo 2 de la directiva”*.

Tal y como hemos indicado las consecuencias de esta Sentencia fueron que la Comisión Europea se vio obligada a hacer un Comunicado en cuyas conclusiones interpreta la Sentencia y realizar una propuesta de modificación del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE y de modificación del tratado encaminada a introducir, cuestión de igualdad de oportunidades, una referencia a las acciones positivas, declarándolas posibles.

## **2.- En noviembre de 1997 el Tribunal de Justicia Europeo dicta la Sentencia Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen. - Asunto C-409/95.<sup>18</sup>**

**Asunto:** Un profesor alemán, el Sr. Marschall, presentó su candidatura para ser ascendido a otro puesto, siendo descartado en base a una disposición del estatuto de los funcionarios del Land que prevé conceder prioridad a las mujeres en caso de que estén menos representadas. Esta prioridad a favor de la mujer - a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales - se aplica salvo *“que concurren en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor*

**La Sentencia** concluye que si existe igual capacitación (aptitud, competencia y prestaciones profesionales) la norma puede dar preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en sectores de la Administración que en el nivel del puesto tengan un menor número de mujeres que de hombres y ello *“porque existe la tendencia a promover preferiblemente a los candidatos masculinos, en perjuicio de las candidatas femeninas, debido, particularmente, a determinados prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de la mujer en la vida activa, de modo que el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades”*.

La Sentencia también concluye que si concurren en la persona de un candidato masculino motivos *“que inclinen la balanza a su favor, debe obviarse la preferencia concedida a las*

*candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino y que tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas”.*

El tratado de Ámsterdam supuso un avance en materia de acciones y en la discriminación positiva, y así queda demostrado en las Sentencias dictadas después de dicho tratado:

**1.- En la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 28 de marzo de 2000 en el asunto C-158/97 El caso Badeck (2000)**<sup>19</sup> en relación con la Ley del Land de Hesse sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres 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, a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la Administración

La Sentencia determina *“una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en los que se encuentran infrarrepresentadas debe considerarse compatible con el Derecho comunitario...”* *“Este tipo de acciones figuran, por consiguiente, entre las medidas admitidas por el artículo 2, apartado 4, de la Directiva, destinadas a mejorar la capacidad de la mujer de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres”.*

**2.- La Sentencia del caso El caso Abrahamsson La STJCE de 6 de julio de 2000 (C-407/98)**<sup>20</sup>, resulta novedosa al considerar que no se opone al artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva y el artículo 141 CE, apartado 4 la norma nacional que otorga preferencia a un empleo en la función pública a la persona del sexo infrarrepresentado aunque no tenga los mismos méritos *“cuando esta medida fuere necesaria para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos”.*

### **Tribunal Constitucional Español y las acciones positivas:**

Al igual que ocurrió en Europa, el Tribunal Constitucional ha ido avanzando y perfilando las características que deben reunir las acciones positivas, y en ese recorrido cabe destacar, además de todas las sentencias citadas anteriormente, las siguientes sentencias:

### **1.- La Sentencia del Pleno 103/1983 de 22 de noviembre del Tribunal Constitucional<sup>21</sup>**

resulta de suma importancia por el voto particular del Magistrado don Francisco Rubio Llorente que determina *“que hay buenas razones para entender que la compensación legislativa ayuda a perpetuar la discriminación social y que, en consecuencia, debe ser suprimida para eliminarla”*.

**Asunto:** Posible inconstitucionalidad del art. 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social. Según el cual el viudo de sexo masculino tiene derecho a la pensión si, además de concurrir los requisitos señalados para las viudas, al tiempo de fallecer la esposa causante de la pensión se encontraba incapacitado para el trabajo y estaba a cargo de ella.

Mientras la Sentencia declara la inconstitucionalidad de la norma: *“Son estas exigencias adicionales del derecho de pensión de los viudos del sexo masculino, las que, según se supone al proponer la cuestión, constituyen una discriminación por razón del sexo, que es contraria al mandato de igualdad ante la Ley establecido por el art. 14 de la Constitución”*, uno de los dos votos particulares, el del Magistrado don Francisco Rubio Llorente supone el inicio de una nueva doctrina en relación con la discriminación social:

*“No tiene, ni, por mandato constitucional, puede tener, la misma rigidez cuando el legislador no contempla al ciudadano en su abstracta cualidad de tal, sino en su situación social concreta, como generalmente ocurre al configurar los derechos de prestación, cuya regulación necesariamente ha de tener presente la diferente «condición o circunstancia personal o social» de los posibles beneficiarios de la prestación, para dar cumplimiento al mandato constitucional que ordena al legislador, como a los demás poderes públicos, «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas». La configuración legal de un derecho de prestación sólo puede ser considerada discriminatoria por tanto, no por el simple hecho de establecer diferencias, sino sólo cuando la diferencia de tratamiento dada a distintos grupos sociales carezca de justificación razonable”*.

**2.- La Sentencia Sala Segunda 128/1987 de 16 de julio<sup>22</sup>** consagra la doctrina de no vulneración del principio de igualdad a tratamientos diferentes a sujetos en situaciones que resultan distintas.

**Asunto:** examinar si es justificable la asunción por parte el INP (INSALUD) de los costes de guardería sólo a las trabajadoras con hijos menores y no a los trabajadores varones en la misma situación.

**La Sentencia** determina *“las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadoras que estén sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él (en comparación con las correspondientes categorías de trabajadores masculinos, o con la población trabajadora en general) no podrían considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes. Es claro que tal diferencia de trato o actividad protectora... sólo vendrá justificada si efectivamente se dan circunstancias sociales discriminatorias, y sólo en cuanto se den, lo que supone una necesidad de revisión periódica al respecto: pero, si el supuesto de hecho, esto es, la práctica social discriminatoria, es patente, la consecuencia correctora (esto es, la diferencia de trato) vendrá constitucionalmente justificada”*.

**3.- Por último y por su trascendencia son las Sentencias 59/2008, de 14 de mayo<sup>23</sup>, y 83/2008 de 17 de julio<sup>24</sup>** relativas al artículo 153.1 del Código Penal, dada por el art. 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, pudiendo ser contrario a los arts. 10.1, 14 y 24.2 CE, y su posible discriminación por razón de sexo que dimanaría de la definición de los sujetos activo (varón) y pasivo (mujer) y de la diferencia de trato punitivo en relación con la misma conducta cuando el sujeto activo es una mujer y el pasivo un hombre con la misma relación entre ellos que la descrita en el tipo penal.

Estas sentencias fueron muy polémicas contando con cuatro votos particulares, que entendían que no era posible la adopción de medidas de acción positiva en ámbitos, como el penal o el orgánico judicial, en los que no exista un desequilibrio previo y no exista escasez de los bienes a los que accede la mujer.

**La Sentencia** declara que reúne los requisitos constitucionales: *“La diferencia remanente no infringe el art. 14 CE, como ha quedado explicado con anterioridad, porque se trata de una diferenciación razonable, fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal, que, por la limitación y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no conduce a consecuencias desproporcionadas. Se trata de una diferenciación razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidos, y porque persigue esta legítima finalidad de un modo adecuado a partir de la, a su vez, razonable constatación de una mayor gravedad de las*

*conductas diferenciadas, que toma en cuenta su significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres. Como esta gravedad no se presume, como la punición se produce precisamente por la consciente realización del más grave comportamiento tipificado”*

## **CONCLUSIONES**

La Constitución, no sólo con su artículo 14 otorgó tutela subjetiva y fundamento para concienciación para conseguir la igualdad sustancial entre los seres humanos sino que abrió la posibilidad de aplicar acciones positivas, instaurando con su artículo 9 la obligación para los poderes públicos de garantizar la igualdad real y efectiva.

Pero si la Constitución fue un punto de partida, es gracias a la doctrina del Tribunal Europeo y de nuestro Tribunal Constitucional quien ha marcado el camino a seguir, definiendo la implantación de medidas positivas, y marcando los requisitos que deben tener las acciones positivas.

Tanto las acciones positivas como la discriminación directa son instrumentos que han servido para situar a las mujeres en el lugar que la historia les ha robado en el ámbito laboral, de la educación, de la política, del deportivo, de la cultural y social, sin que en la actualidad se haya llegado a la igualdad real.

La necesidad de la existencia de acciones positivas en materia de igualdad entre mujeres y hombres no puede ser discutida ya que han sido y son un instrumento imprescindible para combatir las desigualdades sociales y fomentar la visualización de las mujeres, habiendo servido para la transformación de la sociedad, haciéndola más igualitaria, más justa.

Las medidas positivas deben tender a transformar y construir el pensamiento de la sociedad y así deben apoyarse en campañas que estimulen el interés tanto de las mujeres como de los hombres en las mismas.

Es imprescindible la evaluación de sus resultados a través de la implantación generalizada de los informes de impacto de género y conocer si las acciones han sido capaces de producir un cambio en la estructura que produce esas desigualdades, por eso la importancia de la temporalidad, no siendo posible perpetuar medidas positivas porque ello nos impediría conocer

si las misma han sido capaces de eliminar las desigualdades, y de no ser así poder realizar otras medidas que si incidan en la desaparición de esas desigualdades.

1 <https://www.culturaydeporte.gob.es/dam/jcr:48bb5e20-c008-4b9e-a894-329cb4debe5a/2-isabel-castetellv--2-comp.pdf>

2 <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26036>

3 <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2786>

4 <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1915>

5 <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2116>

6 <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2132>

7 <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2834>

8 <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2870>

9 <https://www.escuelavirtualigualdad.es/index.php?action=campus>

10 <https://brizas.wordpress.com/2010/05/10/definiendo-conceptos-discriminacion-positiva/>

11 <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6244>

12 <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6432>

13 <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/22807>

14 <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>

15 <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>

16 <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/480/616/>

17 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0450>

18 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:61995CJ0409>

19 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0158&from=RO>

20 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61998CJ0407&from=NL>

21 <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/231>

22 <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/860>

23 <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6291>

24 <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6315>