



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 26, enero-junio 2012

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL: LAS SENTENCIAS 24/2011 Y 26/2011 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Roberto NIEMBRO ORTEGA*
José María SOBERANES DÍEZ**

I. PLANTEAMIENTO

En este comentario jurisprudencial abordaremos dos casos recientes resueltos por la Salas Primera y Segunda del Tribunal Constitucional español (TCE) sobre la conciliación de la vida familiar y laboral, en particular, sobre el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo. En nuestra opinión, éste es una de las preocupaciones más importantes para los y las trabajadoras de las sociedades contemporáneas, particularmente, para las mujeres. En efecto, la incorporación de las mujeres al mercado laboral ha exigido un reacomodo en las relaciones de pareja, con el fin de permitir un reparto equilibrado entre ambos sexos de las responsabilidades profesionales y privadas.

El reto de conciliar la vida laboral y familiar es de larga data y un problema hartamente complejo del que resulta imposible dar cuenta en este espacio. En ese sentido, los objetivos de este trabajo son modestos: a) poner de manifiesto la diferencia de abordaje y los resultados contrapuestos a los que arribaron la Sala Primera y Segunda del TCE, y b) reflexionar sobre el entresijo en que se ve inmerso el TCE —en atención a la forma

* Investigador honorario de la Escuela Libre de Derecho, actualmente es investigador visitante del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Alemania.

** Doctor en derecho por la Universidad Panamericana.

en que concibe la discriminación por razón de sexo— al afrontar este tipo de casos cuando son presentados por varones.

Las resoluciones que comentamos dejan en claro una divergencia de criterios entre las dos Salas del Tribunal. Por un lado, la Sala Primera otorgó el amparo a un trabajador que solicitó la asignación de horario fijo nocturno a fin de atender al cuidado de sus dos hijos, al considerar que había sido discriminado por sus circunstancias personales o familiares. Por el otro, la Sala Segunda denegó el amparo a una trabajadora (madre de una hija recién nacida) que solicitó la adscripción permanente a un turno de mañana, al estimar que no había sido discriminada por razón de sexo. Determinar si ambas, alguna o ninguna de las resoluciones fueron correctamente decididas no ha sido una cuestión pacífica entre los autores de este trabajo. Por ese motivo es que los autores de este comentario hemos decidido presentar nuestras posturas por separado, con el fin de que se conozcan y discutan.

II. EL CASO DE DOÑA MARGARITA CORTÉS FERNÁNDEZ Y LA SEGUNDA SALA DEL TCE

1. *Antecedentes*

Doña Margarita Cortés Fernández trabajaba en la empresa Telefónica de España, S.A.U desde el 1o. de agosto de 1992, con categoría de operadora de primera adscrita al centro de atención al cliente. En dicho centro existían tres turnos: uno de mañana (de 8:00 a 15:30 horas) y dos de jornada partida (de 9:00 a 14:00 y de 16:30 a 19 horas, y de 9:30 a 13 y de 15:30 a 19 horas), turnos que eran cubiertos por once trabajadores que rotaban cada cuatro semanas, de suerte que cada trabajador realizaba cuatro semanas en turno de mañana, otras cuatro en turno partido, otro turno en el siguiente partido y así sucesivamente.

Doña Margarita dio a luz a una hija el 17 de noviembre de 2006, formando una unidad monoparental. El 19 de abril de 2007 solicitó a la empresa la adscripción permanente a un turno de mañana por considerarlo más idóneo para el cuidado de su hija, petición que le fue denegada el 10 de mayo de 2007. Ante dicha negativa, demandó a la citada empresa con el objeto de que se le reconociera el derecho a adscribirse a cualquiera de los turnos de mañana. De dicho juicio conoció el Juzgado de lo Social

núm. 3 de Albacete. La demanda fue desestimada por sentencia del 29 de noviembre de 2007, al apreciarse que la actora no tenía derecho al cambio pretendido dado que no había solicitado una reducción de jornada.

Disconforme con la anterior decisión, la parte actora formuló recurso de suplicación en el que denunció tanto la incorrecta interpretación del artículo 34.8 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET),¹ como la violación a la prohibición de discriminación. El recurso fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha del 3 de diciembre de 2008.

En dicha sentencia, la Sala consideró necesario distinguir entre dos regulaciones jurídicas: a) de un lado, la prevista para las personas que pretenden una reducción de jornada por razón de guarda legal, al tener a su cuidado un menor, persona con discapacidad, o familiar directo que no pueda valerse por sí mismo, para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; b) por otra parte, la que permite adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, situaciones más amplias en cuanto que incluyen también la vida personal, y que queda sujeta a “la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando en su caso lo previsto en aquélla”.

En la sentencia se estimó que no existe un derecho efectivo, tangible y exigible, en cuanto que la remisión bien a la negociación colectiva o al acuerdo individual para su efectiva implantación, comporta que, hasta que la misma no se produzca, un derecho carente de todo contenido eficaz, y por otra, un llamamiento, una invocación a los interlocutores sociales, empresarios y trabajadores, para que hagan negocien esa posibilidad de conciliación.

En contra de esa determinación doña Margarita promovió amparo, imputándoles, tanto a la sala como al juzgado, vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo y del derecho a la tutela judicial efectiva.

¹ Artículo 34.8. El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla.

2. STC 24/2011, del 14 de marzo, de la Sala Segunda

Del asunto correspondió conocer a la Sala Segunda del TCE. Dicho órgano analizó, en primer término, la alegación respecto al derecho a la tutela judicial efectiva. Al respecto adujo la actora que debía aplicarse la doctrina sustentada en la STC 3/2007, en la que se concedió el amparo a una trabajadora que había solicitado la reducción de jornada para la guarda legal de su hijo menor de seis años, con el fin de lograr la conciliación entre su situación personal y laboral. Sobre este punto la Sala recordó que en el caso de la STC 3/2007, la parte actora había solicitado a la empresa para la que trabajaba una reducción de su jornada de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 37.5 de la LET, norma que reconoce, a quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años, el derecho a reducir la jornada de trabajo con la disminución proporcional del salario. La Sala Segunda estima que el caso que le ocupa es distinto y, por tanto, no pueden trasladarse los razonamientos a este caso.

En efecto, la trabajadora no solicitó a la empresa una reducción de su jornada de trabajo para el cuidado de su hija al amparo del artículo 37.5 de la LET,² tal y como ocurrió en el supuesto enjuiciado por la STC

² Artículo 37.5. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

La reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres.

No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

Este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria.

El trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria.

Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral.

3/2007, sino que, estando sujeta a un régimen de turnos rotativos, su solicitud se dirigió exclusivamente a obtener su adscripción permanente al turno de mañana para poder cuidar mejor a su hija recién nacida, aduciendo como fundamento de su petición el artículo 34.8 de la LET.

En segundo lugar, el Tribunal analizó el tema de la posible violación al derecho a la no discriminación. Al respecto, la Sala no advirtió vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo. Al respecto afirmó que si bien en la Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, de igualdad efectiva de hombres y mujeres otorga un derecho de adaptación de la jornada de trabajo a las necesidades de conciliación familiar y laboral, ese derecho tiene límites, pues la propia norma precisa que el mismo será “en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquélla”. Por consiguiente, y, en contra de lo mantenido en la demanda de amparo, la Sala afirmó que el legislador ha considerado conveniente condicionar el ejercicio del derecho de adaptación de la jornada que examinamos, a lo que se disponga por medio de la negociación colectiva o acuerdo entre los propios interesados. De esta forma, desestimó la demanda de amparo.

III. EL CASO DE DON GERMÁN HIGELMO PÉREZ Y LA SALA PRIMERA DEL TCE

1. *Antecedentes*

Don Germán Higuelmo Pérez prestaba sus servicios laborales para la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, con la categoría de ayudante técnico educativo. En el calendario laboral del curso escolar 2007-2008, para dicha categoría se establecieron ocho puestos con el denominado horario ordinario o escolar (siete de lunes a viernes de 9:30 a 17:00 horas, y uno a tiempo parcial, de lunes a viernes de 11:00 a 16:00 horas) y otros ocho puestos en régimen de turnos rotativos de mañana, tarde y noche (tres puestos de lunes a viernes de 7:30 a 15:00 horas; tres puestos de lunes a viernes de 14:30 a 22:00 horas, y dos puestos de lunes a jueves de 22:00 a 7:30 horas).

En un inicio el señor Higuelmo eligió prestar sus servicios en régimen de turnos rotativos. Sin embargo, posteriormente solicitó a la Consejería

poder realizar todas las jornadas del curso 2007-2008 en horario de noche con el fin de conciliar la vida laboral y familiar, en particular, para poder atender a sus dos hijos de corta edad. A dicha solicitud no se le dio respuesta. Por ello, formuló demanda para el reconocimiento de derecho a realizar su jornada en horario nocturno durante el curso 2007-2008. Entre otros argumentos, alegó que su pretensión de desempeñar su jornada laboral en horario nocturno durante el curso 2007-2008 no era caprichosa sino que obedecía a la necesidad de atender a sus dos hijos de corta edad.

De dicha demanda conoció el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia, misma que fue desestimada el 15 de febrero de 2008. En la sentencia se afirma que si bien la Ley 39/1999, del 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, introdujo una serie de medidas en distintos textos legales, que se concretan en permisos, reducciones de jornada, excedencias, etcétera, de ello no puede reconocerse un derecho directo del trabajador a elegir cambio de turno de trabajo por motivos familiares.

Frente a la anterior sentencia, el demandante interpuso recurso de suplicación sosteniendo, entre otras cosas, que la denegación de su pretensión constituye una decisión discriminatoria por razón de su paternidad, solicitando que se revocase la sentencia de primera instancia y se declarase su derecho a realizar su jornada durante el curso 2007-2008 en horario nocturno.

El recurso de suplicación fue desestimado por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León del 9 de julio de 2008. En relación con el tema de discriminación por paternidad, la Sala señaló que “no consta en la sentencia, ni se intenta introducir en los hechos probados, que el recurrente haya sido padre en 2002; además, no se desarrolla una argumentación que lleve a la Sala a advertir siquiera la presencia de un indicio discriminatorio por esta causa, más aún cuando al menos desde el curso 2003-2004 algunos de los trabajadores con la categoría de [ayudantes técnicos educativos] ya vienen trabajando a turnos”.

Contra la anterior sentencia el recurrente formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que, entre otros extremos, señalaba que no pretendía una adscripción indefinida al turno de noche, sino durante el curso 2007-2008, e insistía en que la negativa a asignarle al turno de noche durante dicho curso escolar impedía la conciliación de su vida laboral y familiar y suponía un trato discriminatorio. El recurso fue inad-

mitido por auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, del 21 de julio de 2009, por falta de contenido casacional.

En contra del desechamiento, el señor Germán Higuelmo Pérez interpuso recurso de amparo. En la demanda adujo que las resoluciones judiciales impugnadas vulneraron su derecho a la igualdad, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, alegando la existencia de discriminación por razón de sexo. Esencialmente afirmó que las resoluciones jurisdiccionales anteriores no habían ponderado adecuadamente la dimensión constitucional del asunto con base en el artículo 14 de la Constitución española, en relación al mandato de protección de la familia y la infancia. En su opinión, los órganos judiciales se limitaron a denegarle el turno solicitado con fundamento en consideraciones de estricta legalidad. Así, argumentó que los órganos judiciales debieron analizar en qué medida resultaba necesaria la adscripción del demandante al turno de noche durante el curso 2007-2008 para hacer compatible la vida profesional del trabajador con su vida familiar, y cuáles fueran, en su caso, las dificultades organizativas que esa adscripción pudiera originar en el centro de trabajo en el que presta servicios como ayudante técnico educativo.

2. STC 26/2011, del 14 de marzo, de la Sala Primera

De dicho asunto correspondió conocer a la Sala Primera del TCE, la que después de considerar que la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva carecía de sustantividad propia, se planteó el problema como una violación de la prohibición de discriminación. Al respecto, recordó que la prohibición de discriminación por razón de sexo (artículo 14 de la CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales. Desde esta perspectiva afirmó que resultaría difícil apreciar la existencia de discriminación por razón de sexo que alega el recurrente pues, como advierte el Fiscal en sus alegaciones, el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones.

No obstante lo anterior, para el Tribunal la cuestión puede analizarse desde otro *tertium comparationis*³ a los que se refiere la cláusula anti-

³ En este comentario con *tertium comparationis* nos referiremos al punto de vista desde el que se lleva a cabo el juicio de igualdad, mientras que por términos de com-

discriminatoria, en específico, el referido a las circunstancias personales o sociales. Sobre el particular, apuntó que no corresponde al Tribunal determinar si la concreta pretensión del recurrente de realizar su jornada laboral en horario nocturno durante el curso 2007-2008 se encuentra o no amparada por lo dispuesto en la ley invocada por el quejoso o por el convenio colectivo, por ser un tema de legalidad que compete exclusivamente a los jueces y tribunales. Sin embargo, consideró que el hecho de que los órganos judiciales se hayan limitado a decir que la normativa aplicable no reconoce un derecho directo del trabajador a elegir cambio de turno, y no se hayan planteado si la cuestión constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias personales, supuso no valorar adecuadamente la dimensión constitucional del asunto planteado.

En efecto, la Sala afirmó que la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar. Ello obligaba a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional.

Cuanto ha quedado expuesto condujo al otorgamiento del amparo, mismo que se tradujo en el reconocimiento del derecho a la no discriminación por circunstancias personales y familiares y en la obligación de reponer las actuaciones a fin de que el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia dictara, con plenitud de jurisdicción, una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

A esta sentencia el magistrado Pérez Tremps formuló un voto particular en el que manifestó su discrepancia, pues en su opinión: a) tener dos

paración entenderemos los elementos comparados. Es importante tener presente que el Tribunal suele designar como *tertium comparationis* lo que es, realmente, el término de comparación respecto del que se denuncia la igualdad. Véase Rubio Llorente, Francisco, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año. 11, núm. 31, enero-abril de 1991, pp. 12 y 13.

hijos de corta edad no parece ser un supuesto histórico de diferenciación que haya colocado a un sector de la población, los hombres, en una situación contraria a la dignidad de la persona que permita identificarlo como una categoría discriminatoria; b) tanto en vía administrativa como judicial aparece una justificación suficiente, concretada en que se ha hecho aplicación del contenido de una medida adoptada en ejecución del convenio, y en la que la perspectiva de las cargas familiares y la efectiva posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral fue valorada, aunque no de la manera pretendida por el recurrente; c) el razonamiento de la administración es razonable y respetuoso de las obligaciones familiares, pues intenta conciliar de la mejor forma posible para todos esas obligaciones y la organización del trabajo, y d) la resolución mayoritaria requiere de los órganos judiciales un excesivo intervencionismo, ya que no sólo se les obliga a ponderar si no a intervenir con su voluntad en las previsiones normativas, convencionales o contractuales existentes, tomando decisiones organizativas que nos les corresponden.

IV. UNA MIRADA A LA JURISPRUDENCIA DEL TCE SOBRE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

La jurisprudencia del TCE sobre la conciliación de la vida familiar y laboral puede clasificarse según se trate de problemas relativos al despido de mujeres, permisos de lactancia, excedencias, reducción de jornada laboral, adscripción permanente a turnos y prestación por maternidad. A continuación hacemos un breve relato de su doctrina.

1. *Despido de mujeres*

El análisis sobre la constitucionalidad del despido de mujeres que tienen como causa sus condiciones familiares, se ha planteado al Tribunal, por lo general, por medio de la invocación de la vulneración de la prohibición de discriminación por razón de sexo. El Tribunal parte de que la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 de la CE representa una explícita interdicción frente al mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas, que han situado a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona (STC 17/2003).

En este sentido, el TCE ha reconocido la legitimidad constitucional de normativas o actos de los Poderes Públicos, que contemplando condicionamientos diferenciales, como puede ser el sexo o el embarazo, regulen o reconozcan, efectos o consecuencias jurídicas diversas o específicas favorecedoras (SSTC 166/1988, 17/2003).

Para el TCE la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También comprende estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca, tal como sucede con el embarazo (STC 173/1994). Así, ha exigido que cuando el despido pueda involucrar una transgresión a un derecho fundamental, como sucede con los despidos por embarazo, corresponde al empresario justificar la razonabilidad de su conducta (SSTC 166/1988, 136/1996, 41/2002). Esto, siempre y cuando se haya acreditado la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción de semejante afirmación (SSTC 136/1996, 41/2002).

De esta forma, los órganos de la jurisdicción social han de alcanzar y expresar la convicción, no tanto de que el despido no fue absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino más bien de que el despido fue enteramente extraño a una conducta discriminatoria por razón de sexo, de modo que pueda estimarse que el despido en todo caso habría tenido lugar verosímelmente por existir causas suficientes, razonables y serias para entender como razonable la decisión empresarial desde la mera perspectiva disciplinaria (STC 136/1996).

2. *Permisos de lactancia*

En el estudio sobre los permisos de lactancia el TCE ha tomado también como punto de partida la prohibición de discriminación prevista en el artículo 14 de la CE, considerando que esta representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona (STC 128/1987).

De esta manera, ha considerado que no puede afirmarse genéricamente que cualquier ventaja legal otorgada a la mujer sea siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle partícipe de la misma. En efecto, la justificación de tal diferencia puede hallarse en una situación de desventaja de la mujer que se trata de compensar, y sin perjuicio de que el legislador pueda extender el beneficio al varón o incluso suprimirlo sin que ello se oponga tampoco a los preceptos constitucionales invocados (SSTC 128/1987, 109/1993).

Asimismo, para el TCE la discriminación implica también la adopción de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre, como sucede con los permisos de lactancia. En estos casos existe un fundamento objetivo y razonable para la diferenciación, pues se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer (SSTC 128/1987, 109/1993).

3. *Excedencia por cuidados familiares*

Tratándose del derecho de excedencia, el TCE ha dicho que la razón última por la que se reconoce el derecho a la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos menores responde a la necesidad de cooperar al efectivo ejercicio del deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante la minoría de edad (artículo 39.3 de la CE) y de contribuir a la efectiva realización del principio rector de la política social que establece que los poderes públicos aseguran la protección social de la familia (SSTC 240/1999 y 203/2000).

De igual forma, el TCE ha afirmado que en la CE no se proclama ningún derecho a gozar de la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos, ni que pueda negarse, desde la perspectiva constitucional, la posibilidad de que el legislador reconozca el disfrute de este derecho al personal vinculado a la Administración de forma estable y en cambio lo niegue a aquellas personas que por motivos de urgencia y de necesidad del servicio lo desempeñan de forma provisional (STC 240/1999).

Aunque también ha precisado que si bien no puede exigirse ex artículo 14 de la CE un absoluto tratamiento igualitario entre los diversos cuerpos y categorías funcionariales al servicio de las administraciones públicas, el trato diferenciado pierde fundamento cuando se aplica a una persona

como la recurrente cuya vinculación de servicio con la administración supera los cinco años (SSTC 240/1999, 203/2000).

Finalmente, el Tribunal ha explicado que el mandato antidiscriminatorio comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (SSTC 240/1999, 203/2000). De ahí que, si una abrumadora mayoría de los funcionarios y laborales que solicitan la excedencia para el cuidado de los hijos son mujeres, la denegación de las solicitudes de excedencia supone un grave obstáculo a la conservación de un bien tan preciado como es la permanencia en el mercado laboral de las mujeres (SSTC 240/1999, 203/2000).

4. Reducción de la jornada laboral por motivos familiares

A este respecto el TCE parte de la diferencia entre la prohibición de la discriminación y el principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato. Por el contrario, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya en la propia Constitución, que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (STC 3/2007).

El TCE ha reiterado que la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer. De igual forma, insiste en que no resulta necesario aportar en todo caso un *tertium comparationis* para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos supuestos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta (STC 3/2007).

Pues bien, tratándose de la reducción de jornada para el cuidado de los hijos, el Tribunal ha establecido la obligación de los órganos judiciales de

no ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada. De ahí que, no pueden limitarse a valorar, para excluir la violación del artículo 14 de la CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde (STC 3/2007).

5. *Adscripción permanente a turnos*

La doctrina del Tribunal sobre este tema la trataremos al analizar las sentencias que son motivo de este comentario jurisprudencial.

6. *Permiso por maternidad*

En este tema, el Tribunal ha señalado que la atribución del derecho al descanso por maternidad en su integridad a la mujer trabajadora en el supuesto de parto no es discriminatoria para el varón, toda vez que, “la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del artículo 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre” (STC 109/1993, 75/2011).

Para el Tribunal, el fundamento de la baja de maternidad no está en la protección a la familia, sino en la de las madres. Como dice el considerando decimocuarto de la Directiva 92/85/CEE, la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, hace necesario un derecho a un permiso de maternidad” (SSTC 324/2006, 75/2011).

De ahí que reitere el Tribunal que no puede afirmarse que cualquier ventaja legal otorgada a la mujer sea siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle participe de la misma (como podría al contrario serlo para la mujer la que le impusiera una privación solamente por razón del sexo). Al contrario, la justificación de tal diferencia podría hallarse en una situación de desventaja de la mujer que se trata de compensar; en este caso, porque ello tiene lugar frente a la relación de trabajo, y sin perjuicio de que el legislador pueda extender el

beneficio al varón o incluso suprimirlo, sin que ello se oponga tampoco a los preceptos constitucionales invocados (SSTC 109/1993, 75/2011).

Sin embargo, eso no impide que el legislador, en el legítimo ejercicio de su amplia libertad de configuración del sistema de Seguridad Social, pueda incorporar al ordenamiento jurídico, si lo estima oportuno —como efectivamente lo ha hecho, con la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo—, el derecho de los padres trabajadores por cuenta ajena a suspender su contrato de trabajo (con derecho, en su caso, al percibo del subsidio por maternidad) cuando la madre no desempeñase actividad laboral o realizase una actividad profesional que no dé lugar a su inclusión en el sistema de la Seguridad Social (STC 75/2011).

Asimismo, en la reciente STC 152/2011 afirmó que el parto y la adopción no tienen que ser supuestos equiparables a efectos de los derechos profesionales de los progenitores y adoptantes. Específicamente, tratándose del permiso para el período de descanso, porque en el supuesto de maternidad biológica la finalidad del permiso es preservar la salud de la madre, mientras que en el supuesto de adopción la finalidad es facilitar la integración del menor en la familia, y de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares.

V. IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y ACCIONES POSITIVAS EN ESPAÑA

Como hemos visto, los problemas sobre la conciliación de la vida laboral y familiar se han presentado al Tribunal, en su mayoría, como cuestiones de discriminación por razón de sexo. En este sentido, consideramos pertinente hacer un estudio introductorio de categorías como la igualdad, no discriminación y acciones positivas en el derecho constitucional español. En la CE la igualdad es un valor (artículo 1.1),⁴ un principio (artículos 9.2⁵ y 14⁶) y un derecho fundamental protegible vía

⁴ Artículo 1.1. España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

⁵ Artículo 9.2. Corresponde a los 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; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

⁶ Artículo 14. Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra

de amparo (artículos 14 y 53.2⁷).⁸ Tradicionalmente se ha entendido que el artículo 9.2 promueve la igualdad material, y el artículo 14 la igualdad formal.⁹ La complementación entre uno y otro la exige el carácter social del Estado español (artículo 1o. de la CE).

A su vez, el artículo 14 prevé tanto una cláusula general de igualdad, como una prohibición específica de discriminar por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social. En un principio, sin embargo, el TCE consideró que la prohibición de discriminar era una mera manifestación del derecho a la igualdad, sin hacer mayor distinguos entre una y otro.¹⁰ Afortunadamente esta situación cambiaría con el tiempo, siendo la STC 128/1987 el punto de quiebre. Para algunos, la distinción entre ambas cláusulas radica en que la prohibición de discriminación hace referencia a criterios específicos especialmente odiosos, estableciendo una presunción inicial de ilegitimidad y elevando el nivel de justificación del trato desigual.¹¹ Para otras, en cambio, la diferencia entre dichas cláusulas radica en que la prohibición de discriminación además de imponer un escrutinio estricto, es una protección específica para sectores socialmente marginados de la población.¹² De esta forma, por ejemplo, tratándose de la discriminación por razón de sexo, la primera postura sostiene que ha de entenderse referida a mujeres y hombres, en tanto las víctimas pueden variar dependiendo de las circunstancias del momento.¹³ Por su parte, la

condición o circunstancia personal o social.

⁷ 53.2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

⁸ Pérez Luño, Antonio Enrique, “La igualdad en la Constitución Española”, *Dimensiones de la igualdad*, Madrid, Dykinson Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, 2005, pp. 84-97.

⁹ López Guerra, Luis, “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978”, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 22.

¹⁰ Aparisi Miralles, Ángela, “Notas sobre el concepto de discriminación”, *Derechos y libertades Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 2, núm. 5, 1995, p. 189.

¹¹ López Guerra, Luis, *op. cit.*, p. 24.

¹² Aparisi Miralles, Ángela, *op. cit.*, pp. 190 y 191.

¹³ López Guerra, Luis, *op. cit.*, p. 34.

segunda posición adelanta que la discriminación tiene un carácter unilateral, pensada solamente para proteger a determinados colectivos que se encuentran en situación de inferioridad frente a otros, en el caso, las mujeres.¹⁴

Asimismo, como explica López Guerra, la discriminación por razón de sexo puede ser directa o indirecta. La discriminación directa es “expresa” cuando la diferencia de trato se hace derivar inequívocamente del sexo, y es “oculta” cuando la diferencia de trato se hace derivar no expresamente del sexo, pero sí de un carácter directamente vinculado con el sexo, como la fuerza muscular o la altura. Por otro lado, la discriminación indirecta se refiere a los tratos desfavorables derivados de características que no aparecen inmediatamente vinculadas al sexo, pero que, en la práctica, supone poner a la mujer (pues tal es invariablemente el caso) en una posición desfavorable.¹⁵

En cualquier caso, la tutela antidiscriminatoria pretende erradicar tales situaciones a través de medidas políticas y legislativas,¹⁶ llamadas acciones positivas o de discriminación inversa. A estas medidas se les conoce como “derecho antidiscriminatorio”,¹⁷ que tiene por objeto establecer la igualdad entre hombres y mujeres mediante la eliminación de las desigualdades de hecho.¹⁸ Las acciones positivas consisten en medidas favorables para un grupo sin que se perjudique a los demás, mientras que la discriminación inversa supone una desventaja para los incluidos en el otro grupo.¹⁹ A este respecto, uno de los retos ante los que el Tribunal se ha enfrentado, es distinguir estas acciones de las acciones protectoras, que parten de una concepción del sexo femenino como inherentemente inferior o más débil, y por ello necesitado de especial favorecimiento.²⁰

¹⁴ Aparisi Miralles, Ángela, *op. cit.*, p. 191.

¹⁵ López Guerra, Luis, *op. cit.*, p. 27.

¹⁶ Fernández-Miranda Campoamor, Carmen, “La discriminación por razón de sexo. Algunos problemas derivados de una línea jurisprudencial vacilante”, *Revista de Derecho Político*, núm. 26, 1988, p. 120.

¹⁷ Esta denominación es una traducción de la expresión inglesa “Anti-discrimination Law”; Barrère Unzueta, Ma. Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de la mujer*, Madrid, Civitas, 1997, p. 28.

¹⁸ Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995., p. 85.

¹⁹ López Guerra, Luis, *op. cit.*, p. 37.

²⁰ Lorenzo Rodríguez Armas, Magdalena, “La igualdad real y efectiva desde la perspectiva de género en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y

Las acciones afirmativas aparecen en la década de los sesentas en Estados Unidos, para eliminar la segregación racial. Poco a poco se extendieron a las diferencias motivadas por el sexo. En 1968, por ejemplo, se reforma la Executive order 10.925 del presidente J. F. Kennedy de 1961 para que la Office of Federal Contract Compliance comprobara que la administración únicamente contrataba con empresas que tenían planes de acción positiva en favor de la mujer.²¹

En el ámbito europeo las acciones afirmativas en favor de la mujer comenzaron con el Tratado de Roma, en donde se estableció que deben gozar la misma retribución la mujer y el varón que desempeñen el mismo trabajo.²² Sin embargo, la norma europea clave para las acciones afirmativas es la Directiva 76/207/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, en cuyo artículo 2.4 se permite establecer medidas “para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres”.

Esta última directiva fue modificada por la diversa 2002/73/CE, en donde se dispuso que los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa la igualdad entre hombres y mujeres,²³ y que alentarán a los empresarios para adoptar medidas para prevenir la discriminación por razón de sexo.²⁴ Un par de años después, el Consejo de Europa expidió la Di-

el Tribunal Constitucional”, en Pablo Pérez Tremps (coord.) *La Reforma del Tribunal Constitucional Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, tirant lo Blanch, 2007, p. 716. Bustos Bottai, Rodrigo, “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: Reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad efectiva”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 6, julio 2007, pp. 127-147.

²¹ Barrère Unzueta, Ma. Ángeles, *op. cit.*, p. 45

²² Esto se reguló en el artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Para reglamentar esta disposición sobre igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos se aprobó por el Consejo de las Comunidades Europeas la Directiva 75/117/CEE, el 10 de febrero de 1975.

²³ Establece el artículo 1 bis. “Los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en el apartado 1.”

²⁴ Textualmente establece: “Artículo 5. Los Estados miembros, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, alentarán a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación a adoptar medidas para prevenir

rectiva 2004/113/CE, en donde se dijo expresamente que se permiten las medidas para compensar las desigualdades sufridas por razón de sexo.²⁵

Con base en estas dos últimas normas, los estados miembros de la Unión Europea legislaron para hacer efectivo esos derechos. En el caso español, se expidió la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.²⁶ En la misma se prevé, por ejemplo, un derecho de los padres a un permiso y una prestación por paternidad, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento (artículo 44.3). Este derecho se adecua a lo dispuesto por la Directiva 96/34/CE, que concede un derecho individual de permiso paternal a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años. Asimismo, ya en materia del presente comentario, con dicha Ley se introduce un apartado 8 en el artículo 34 de la LET, en el que se prevé el derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

VI. DEBATIENDO SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. COMENTARIO A LAS SENTENCIAS 24/2011 Y 26/2011 DEL TCE

El objeto de este último apartado es analizar las Sentencias objeto de este comentario de una manera un tanto heterodoxa. En efecto, a raíz de la discusión y análisis de dichas Sentencias los que suscribimos este

todas las formas de discriminación por razón de sexo y, en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo”.

²⁵ Artículo 6. Con objeto de garantizar la plena igualdad en la práctica entre hombres y mujeres, el principio de igualdad de trato no impedirá a los Estados miembros mantener o adoptar medidas específicas destinadas a evitar o compensar las desventajas sufridas por razón de sexo.”

²⁶ Sobre esa ley, véase Castro Argüelles, María Antonia, *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo*, Madrid, Civitas, 2007; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, “La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Madrid, núm. 1, 2007, p. 97; así como el comentario legislativo de Soberanes Díez, José María, “Ley española para la igualdad de mujeres y hombres”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, núm. 17, julio-diciembre de 2007, p. 299.

artículo decidimos presentar al lector de manera separada nuestras opiniones y perspectivas sobre la discriminación por razón de sexo. La primera, es la propuesta por Soberanes Díez y a la que denominamos como una “visión ampliada” de la discriminación. La segunda, sustentada por Niembro Ortega y que podemos calificar como una “visión estructural” de la discriminación.

1. Análisis desde una visión ampliada de la discriminación por razón de sexo

Las resoluciones anteriores dejan en claro una contradicción. Mientras que la Sala Primera consideró que se trataba de un problema de discriminación por circunstancias personales, la Sala Segunda estimó que era un problema de discriminación por razón de sexo. Esta diferencia es la razón que explica el distinto resultado al que arribaron.

Así pues, en mi perspectiva, la cuestión que debe dilucidarse es por qué motivo debe analizarse el tema de discriminación, lo que es una cuestión fundamental. En efecto, mientras el juicio de igualdad implica comparar dos razones para determinar si son iguales desde un punto de vista, la cláusula antidiscriminatoria, una de sus manifestaciones concretas, impide que el punto de vista desde el que se hace la comparación sea alguno de los que establece la Constitución.

Con lo anterior no quiero identificar el juicio de la igualdad genérica con el juicio de discriminación. Aunque los dos están íntimamente vinculados a través del valor de la igualdad y ambas implican la comparación entre dos razones por un motivo, se trata de cuestiones distintas, porque en la discriminación el motivo de comparación está constitucionalmente vedado. La ratio de esa prohibición, tradicionalmente ha sido la protección a un sector menos favorecido como apunta mi amigo Roberto Niembro. Sin embargo, me parece que si atendemos a que el principio de no discriminación está al servicio del valor de la igualdad real, la ratio también es la eliminación de estereotipos históricos contra los sectores desfavorecidos.

Lo anterior tiene como presupuesto que el acto discriminatorio consiste esencialmente en el menosprecio del otro, en la infravaloración que una persona hace de otra por motivo de alguna condición o característica personal. Emitir un juicio de valor total con base en una determinada ca-

racterística respecto de una persona siempre constituye un reduccionismo que acaba por desfigurar el valor intrínseco de la persona.

La discriminación se basa, pues, en prejuicios. Es distinta a la igualdad genérica porque en este caso no únicamente se juzga un trato desigual sino que también se juzga el prejuicio por el que se utiliza un motivo de comparación. El prejuicio generalmente existe contra mujeres, por eso es que el TCE ha entendido que la discriminación por razón de sexo sólo puede darse en contra de ellas y no en contra de los hombres. En este punto es en donde me aparto de Niembro Ortega, puesto que considero que el sujeto pasivo de una discriminación también puede ser un hombre, si con ello se le asigna un rol social producto de un estereotipo cultural, ya que con ello se afecta al sector tradicionalmente desfavorecido que son las mujeres.

Con esto no quiero afirmar que la protección de grupos marginados no sea el fin de la prohibición de discriminación. Todo lo contrario. Quiero decir que esta protección no se limita a no tratarlos de forma desigual, sino que debe entenderse en una dimensión cultural, como una eliminación de estereotipos. Si se eliminan estos prejuicios, estos grupos estarán protegidos porque se les tratará de forma igual. En otras palabras, debe combatirse la desigualdad, pero no solo los actos discriminatorios como tales, sino también su raíz, que es la idea de una determinada característica irracional que los hace desiguales.

Ciertamente las cláusulas antidiscriminatorias surgieron para proteger a ciertos grupos que históricamente han sido tratados de forma desventajosa, pero estimo que eso abarca el trato desigual, pero en el contexto cultural en el que es usado, esto es, eliminando los paradigmas tradicionales que corresponden a cada una de las categorías que se crean a partir del motivo de comparación. Este es un juicio más amplio: en la medida en que se eliminen los estereotipos se protege al sector desfavorecido.

En este entendimiento es en el que se anclan las acciones afirmativas. En la medida en la que los poderes públicos hacen un trato desigual para lograr la igualdad real mediante la eliminación de estigmas históricos hacia ciertos grupos, no pueden considerarse medidas discriminatorias pese a utilizar un motivo de comparación constitucionalmente proscrito.

Con base en lo anterior es que puede analizarse planteamientos de discriminación respecto a sectores favorecidos (blancos, hombres, españoles, como apunta Roberto Niembro), puesto que alguno de los tratos

desiguales hacia alguno de estos sectores presuponen un estigma hacia el otro grupo. En efecto, el juicio de discriminación analiza la comparación realizada entre dos sectores con base en una causa constitucionalmente prescrito. La ratio por la que se utiliza una causa de comparación es importante puesto que la misma tiene repercusión en ambos sectores por ser su conector.

Así pues, al considerar que un padre no tiene la función de cuidar a los hijos, se considerando implícitamente que esa es una tarea femenina, lo que supone también un trato discriminatorio a la mujer. De esta forma, al determinar que es discriminatorio que no se le permita a un padre cuidar de su hijo, se está combatiendo la consideración estereotípica de que la madre es la encargada de cuidar a los hijos, con lo que se protege a las mujeres.

Esta postura no implica que cualquier colectivo que sea objeto de un prejuicio sea discriminado. Ello puede analizarse en un juicio genérico de igualdad como bien apunta Roberto Niembro. Lo que supone es que debe valorarse la razón que subyace tras el uso del motivo de comparación proscrito constitucionalmente. En este sentido, debe de hacerse un test de razonabilidad estricto en estos casos, a diferencia de lo que sucede en la igualdad, con todos los elementos que la distinguen, ya señalados.

De esta forma, estimo que la prohibición de discriminación por motivo del sexo debe ser entendida en el contexto de la evolución de las ideas sobre la igualdad entre el hombre y la mujer. En este sentido, conviene mencionar que, tras una etapa que justificaba los tratos desiguales atendiendo a las diferencias físicas, se pasó a una visión igualitarista, con la que las mujeres no alcanzaron su identidad, sino que se asimilaron a un modelo masculino que era inicialmente su banco de críticas. Por ello, en una tercera etapa, iniciada en los años ochenta, se pretendió la interdependencia y la corresponsabilidad entre hombre y mujer.²⁷

Con base en lo expuesto, el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral es una especificación de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Si lo que pretende el modelo más reciente de igualdad entre sexos es terminar con los estigmas his-

²⁷ Elósegui Itaxo, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 28.

tóricos que corresponden a cada sexo y lograr la interdependencia y la corresponsabilidad entre hombre y mujer, ello implica que el cuidado de los hijos sea una tarea de ambos y no de la mujer.

Desde esta perspectiva se diría que la sentencia de la Sala Primera del TCE debió de hacer el análisis como se lo planteó el promovente y no modificar el motivo de comparación con el que se valoraría el tema de constitucionalidad. Al mencionar que dicho motivo “tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina”, no está tomando en cuenta que tienen que terminarse con paradigmas históricos, como que el cuidado de los hijos es una cuestión que incumbe únicamente a las madres.

Un padre que quiere conciliar su vida laboral con el cuidado de los hijos, es decir, que pretende realizar una actividad que tradicionalmente se considera exclusiva de la madre, está planteando un tema de corresponsabilidad entre varón y mujer. Ello afecta a la concepción de roles sociales de cada sexo y, por tanto, conforme a una visión amplia de la discriminación como la aquí explicada se trata de una cuestión de discriminación por sexo, tanto para mujeres como para hombres. En ese sentido es que desde esta perspectiva se concluiría que debió realizarse el análisis de discriminación por motivo de sexo y no variar el motivo de comparación.

2. Análisis desde una perspectiva estructural de la discriminación por razón de sexo

A diferencia de lo que opina José María Soberanes, considero que la discrepancia sustancial entre la Sala Primera y la Sala Segunda del TCE está en la deferencia que tienen hacia la ponderación de las circunstancias personales del recurrente que hicieron los órganos jurisdiccionales: mientras que la Sala Primera otorgó el amparo al considerar que los órganos judiciales no habían llevado a cabo dicha ponderación, la Sala Segunda denegó la protección al estimar, por un lado, que se trataba de un problema de legalidad y, por el otro, que el Tribunal Superior de Justicia sí había ponderado los distintos intereses en juego. Esta diferencia, en mi opinión, es la causa que determinó la diferencia en los fallos.

Ahora bien, antes de realizar este análisis, quiero manifestar mi opinión sobre la propuesta que Soberanes Díez nos hace sobre la forma de

entender la discriminación. Para nuestro autor, la discriminación (por razón de sexo) se basa en prejuicios más que en el sexo mismo, de ahí que nos sugiere adoptar una visión ampliada de la discriminación por razón de sexo, en la que tanto hombres como mujeres pueden ser protegidos por medio de esa categoría jurídica. Es decir, nos invita a que dejemos de considerar, como lo hace el Tribunal, a la discriminación por razón de sexo como un fenómeno jurídico que sólo puede darse en contra de las mujeres para involucrar también a los hombres, en tanto éstos también pueden ser objetos de prejuicios.

La propuesta de Soberanes Díez es en efecto una forma distinta —a como lo hace el Tribunal— de entender la discriminación por razón de sexo. Para captar esta distinción es necesario repasar, aunque sea brevemente, las dos etapas de la línea jurisprudencial del Tribunal sobre este particular. En la primera, a la que María Luisa Balaguer llama “etapa de indiferenciación de género”²⁸ y que termina con la STC 128/1987,²⁹ la igualdad y la prohibición de discriminación son tratados de la misma manera, además de que el sexo como categoría sospechosa incluye a los hombres. Un caso ilustrativo de este proceder es la STC 103/1983, en la cual se declaró la inconstitucionalidad —por violar el principio de igualdad— del régimen jurídico de los apartados 1 y 2 del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social. Esta disposición preveía un régimen jurídico distinto para mujeres y hombres en la determinación de las pensiones por viudedad, ya que para las viudas se exigía sólo la previa relación conyugal y la convivencia habitual con el consorte, en tanto que para los viudos se demandaba también la incapacidad para el trabajo y la dependencia económica respecto del otro cónyuge. Para el Tribunal estábamos ante un caso de discriminación toda vez que se daba un trato diferente ante situaciones iguales (la cotización era igual para ambos sexos y el vacío económico que producía la mujer trabajadora era idéntico al que en iguales casos causaba el marido).

²⁸ Balaguer, María Luisa, *Mujer y Constitución La construcción jurídica del género*, Madrid, Cátedra, 2005, p. 228.

²⁹ Esta sentencia es criticada por Balaguer porque “el esquema de razonamiento ignora que esas medidas si no se extienden a los hombres producen el efecto perverso de inhibir la contratación a mujeres, porque exigen un incremento en los costes laborales que el empresario procura evitar. *Ibidem*, p. 220, pie de página 407.

Esta Sentencia es importante, además, por el voto particular del entonces magistrado Rubio Llorente, en cual se avizora un cambio de concepción sobre la prohibición de discriminación. En esa ocasión, el antiguo presidente del TCE afirmó que el legislador puede configurar los derechos de prestación atendiendo a la “condición o circunstancia personal o social de los posibles beneficiarios”, por lo que la configuración legal de un derecho de prestación no es discriminatoria por el simple hecho de establecer diferencias, sino sólo cuando la diferencia de tratamiento dada a distintos grupos sociales carezca de justificación razonable. De esta forma, la diferencia social existente entre hombres y mujeres impedía considerar irrazonable la diferencia establecida por el artículo 160 de la Ley de Seguridad Social entre viudos y viudas.

Por su parte, la segunda etapa de “diferenciación de género” comienza con el leading case STC 128/1987. En este caso un Técnico Sanitario de un Hospital de la Seguridad Social planteó la inconstitucionalidad del trato diferenciado que se daba a hombres y mujeres respecto a la obtención de un complemento retributivo de 4.000 pesetas mensuales en concepto de guardería. Este se reconocía a todas las mujeres que estuvieren trabajando al servicio del centro hospitalario y tuvieran hijos menores de seis años, mientras que a los hombres con hijos menores de seis años sólo les era otorgado si se encontraban en estado civil de viudedad. Cambiando su línea jurisprudencial, el Tribunal desestimó el amparo argumentando que la expresa exclusión de la discriminación por razón del sexo hallaba su razón concreta en 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.³⁰ En otras palabras, el Tribunal transitaba a la diferenciación de la igualdad y la discriminación, haciendo una lectura estructural de esta última.

Pues bien, lo que nos propone Soberanes Díez es conservar la idea del “prejuicio” de esta segunda etapa, pero sin referirla a un grupo particular. De esta forma, cualquier colectivo sobre el que haya un “prejuicio” es discriminado. Mi escepticismo respecto a esta postura se funda en

³⁰ Esta visión sobre la (des) igualdad suele llamarse estructural. De acuerdo con esta perspectiva, resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales que den cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad. Saba, Roberto, “(Des) igualdad Estructural”, en Amaya, Jorge (ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004*, UCES, 2004, p. 4.

sus consecuencias, pues no sólo se trata de un cambio en el *nomen iuris*. Esto es así, pues el canon desde el cual se estudia un acto o una ley por violar el principio de igualdad, no es el mismo que si se analiza desde la prohibición de discriminación. En efecto, el uso de categorías distintas —igualdad/discriminación— no es una cuestión baladí, pues tratándose de tratos discriminatorios se eleva el grado de justificación que se requiere para considerar que el trato desigual es constitucionalmente legítimo,³¹ aplicando el test de proporcionalidad, además de que se alivia al recurrente de aportar un término de comparación en los casos de discriminación indirecta. Por el contrario, el test de igualdad sólo requiere la razonabilidad de la medida.³²

En este sentido, si aceptamos que el hombre puede ser discriminado por razón de sexo y se establece un mejor trato para la mujer (*v. gr.* menor pena por maltratos de la mujer al hombre que del hombre a la mujer STC 59/2008) o una ventaja en su favor (*v. gr.* prestación de guardería con independencia de su estado civil frente a los hombres necesariamente viudos STC 128/1987), elevamos el grado de justificación que debe proporcionarse y, por tanto, la probabilidad de que sea declarada inconstitucional. La pregunta es si esto es deseable, o si bastaría con requerir la razonabilidad de las medidas que favorezcan a la mujer.

Entendemos que la respuesta debe buscarse en la razón por la cual se exigen niveles de justificación más elevados cuando se discrimina por razón de sexo, raza, nacionalidad, etcétera. En otras palabras, es necesario entender a quién se buscó proteger cuando se establecieron como sospechosas esas categorías. En nuestra opinión, estas fueron establecidas para resguardar a grupos tradicionalmente maltratados o que son objeto de una desigualdad estructural. Así, cuando se estableció la prohibición de discriminar por razón de sexo, raza o nacionalidad, no se estaba pensando en cuidar al hombre, blanco, español de un trato desigual, sino por ejemplo a la mujer, negra, somalí que vive en España. En otras palabras, la exigencia de un mayor grado de justificación de un trato desigual sólo se entiende y cumple su finalidad si es para sal-

³¹ Lorenzo Rodríguez Armas, Magdalena, “La igualdad real y efectiva desde la perspectiva...”, *op. cit.*, p. 715.

³² Rey Martínez, Fernando, “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 25, diciembre de 2010, p. 24.

vaguardar a los grupos tradicionalmente excluidos y maltratados. En efecto, de esta manera se justifican las acciones positivas o de discriminación inversa, pues estas se otorgan en razón de la pertenencia a un colectivo sometido, excluido o sojuzgado.³³ En este sentido, considero que la opinión de Soberanes Díez desvincula la razón por la que fueron establecidas esas características —sexo, raza, nacionalidad, etcétera— como sospechosas y amplía su ámbito de protección a los grupos que no son discriminados sino que suelen discriminar.

En efecto, conforme a la posición “neutral” por la que propugna Soberanes, podría llegar a estimarse que grupos tradicionalmente poderosos sobre los que ahora hay un “prejuicio”, han sido discriminados. A mi entender, de esta forma se vacía de contenido y se deja sin sentido el reclamo que conlleva utilizar la categoría de discriminación. En otras palabras, olvida que hay “situaciones en las que la desigualdad de trato no se funda en la arbitrariedad o el prejuicio, sino que es consecuencia de situaciones de desigualdad estructural a la que se encuentran sometidos algunos grupos de nuestra sociedad”.³⁴ Esto no significa que los grupos protegidos por las categorías sospechosas se petrifiquen, y que el día de mañana el hombre, blanco, español, no pueda ser objeto de discriminación. Ahora bien, mientras eso sucede y las circunstancias actuales permanezcan iguales, es decir, el trato peyorativo sea en contra de la mujer, negra, somalí, no es conveniente abstraernos de la realidad.

Soberanes Díez también nos dice que la lectura estructural de la prohibición de discriminación no toma en cuenta que tienen que terminarse con paradigmas históricos, como que el cuidado de los hijos es una cuestión que incumbe únicamente a las madres. En mi opinión, esta apreciación no es acertada porque la lectura estructural de la discriminación tiene precisamente como objetivo terminar con esos “paradigmas históricos”, como que el cuidado de los hijos sea una tarea de la mujer. De esta manera la diferencia entre ambas posturas no está en si quieren o no terminar con paradigmas históricos, sino en la forma de erradicarlos. En el caso concreto, para nuestro autor, la forma más adecuada de hacerlo es

³³ Saba, Roberto, “(Des) igualdad Estructural”, *op. cit.*, p. 20. En el mismo sentido, Rodríguez Armas, Magdalena, “La igualdad real y efectiva desde la perspectiva de género en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y el Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 717.

³⁴ Saba, Roberto, *ibidem*, p. 28.

incluir al hombre como sujeto protegido por la prohibición de discriminación por razón de sexo, ya que de esta forma supuestamente se hubiera otorgado el amparo, sin necesidad de acudir a la categoría de “circunstancias personales o familiares”. Por las razones que ya expliqué, no estoy de acuerdo con esta propuesta.

El problema, se me dirá, es que entonces para hacer corresponsable al hombre del cuidado de los hijos, hay que aceptar que se trata de una discriminación por circunstancias personales, tal y como lo hace el Tribunal. Y eso, como dice el magistrado Pérez Tremps, tampoco parece muy plausible, pues “la circunstancia de tener dos hijos de corta edad no parece que históricamente haya supuesto una diferenciación que haya colocado a un sector de la población, los hombres, en una situación contraria a la dignidad de la persona que permita identificarla como una categoría discriminatoria”.

En mi opinión, la conclusión del magistrado Pérez Tremps es correcta —no estamos ante una discriminación por circunstancias personales o familiares— y vale también para el supuesto de que el Tribunal hubiera proseguido su estudio desde la discriminación por razón de sexo. Es decir, aun suponiendo que el Tribunal hubiera decidido analizar la demanda de don Higuelmo Pérez como un supuesto de discriminación por razón de sexo, me parece que en el caso no existía ningún tratado diferenciado contrario a la dignidad del recurrente. Y me parece, además, que así se desprende de la ratio decidendi de la Sentencia. En efecto, el fallo se basó en que los jueces ordinarios no ponderaron si la negativa empresarial de la pretensión del recurrente de trabajar en horario nocturno, constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional, y no en si el recurrente era parte de un grupo que haya sido históricamente desventajado. De hecho, la razón para el otorgamiento del amparo al ser “discriminado” por razón de sus circunstancias personales o familiares fue que: los órganos judiciales no analizaron hasta qué punto dicha pretensión resultaba necesaria para lograr la efectiva participación del recurrente en el cuidado de sus hijos, ni cuáles eran las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera haber ocasionado.³⁵

³⁵ En pro de la claridad la argumentación, este último aspecto debió haberse analizado desde el prisma del derecho a la tutela judicial efectiva, como se hace en la STC 24/2011, y no declarar que no tenía sustantividad propia, como se dice en la STC 26/2011.

De esta forma, como anticipé, la diferencia en los fallos de las sentencias 26/2011 y 24/2011 se debe más al grado de deferencia que tienen cada una de las Salas del TCE hacia la ponderación que hicieron los órganos jurisdiccionales, que al *tertium comparationis* que utilizaron. Así, por un lado, la Sala Primera (STC 26/2011) basó su resolución estimatoria en el hecho de que la decisión denegatoria de la Consejería de Educación y de los jueces ordinarios se hizo con fundamento en consideraciones de estricta legalidad,³⁶ en las que se prescindió de toda ponderación de los aspectos constitucionales.³⁷ Por el otro, la Sala Segunda (STC 24/2011) desestimó el amparo al considerar que sí se había realizado la ponderación constitucionalmente exigible, pero sobre todo al estimar que no existía acuerdo sobre el particular, como lo requiere el artículo 38.4 de la LET.

Esta diferencia se debe a que la Sala Primera enfocó el problema desde el derecho a la no discriminación (artículo 14 derecho fundamental sustantivo), lo que según jurisprudencia del propio Tribunal hace que el control no pueda limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de las resoluciones judiciales impugnadas (como sucede cuando se trata de la vulneración a la tutela judicial efectiva artículo 24.1), sino que debe constatar la corrección constitucional de la ponderación efectuada entre el ejercicio del derecho y sus límites (SSTC 94/1995, 3/2007). Por su parte, la Sala Segunda si bien hace referencia al artículo 14 CE y al hecho de que los órganos judiciales realizaron la ponderación constitucionalmente exigible, el canon que aplicó fue el del artículo 24.1 de la CE (razonabilidad de la resolución), es decir, el de la tutela judicial efectiva.

En conclusión, considero que el fallo de la Sala Primera (STC 26/2011) atiende al canon que intencionadamente aplicó con el fin de entrar a valorar la ponderación que hicieron los órganos judiciales. Esto es, con tal de evitar la distribución sexista de los roles que la planteaba el caso, la Sala Primera enmarcó el problema como una cuestión de discriminación

³⁶ Derivadas de la interpretación de lo dispuesto en los artículos 36.3 y 34.8 de la LET y en diversos preceptos del convenio colectivo.

³⁷ Para el magistrado Pérez Tremps (voto particular a la STC 26/2011), no es verdad que en el caso de don Higelmo Pérez la administración y los órganos judiciales no haya dado una justificación suficiente, en la que la perspectiva de las cargas familiares y la efectiva posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral fuera valorada, sino que esa valoración no fue la pretendida por el recurrente.

para poder realizar un examen más estricto de la ponderación judicial. En nuestra opinión, sin embargo, el asunto planteado debió ser resuelto desde la tutela judicial efectiva (con un canon menos rígido), tal y como lo hizo la Segunda Sala (STC 24/2011).

