

Interpretación y aplicación del principio de no discriminación entre mujeres y hombres. Incidencia de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo

Por INMACULADA MONTALBÁN HUERTAS

Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Experta del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial

Diario La Ley, N.º 6781, 18 Sep. 2007, Año XXVIII, Ref. D-196, Editorial LA LEY

LA LEY 5143/2007

Este trabajo es una reflexión sobre la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo en la jurisdicción contencioso administrativa. En este ámbito jurídico, en comparación con lo que ocurre en la jurisdicción social, resulta más difícil detectar los mecanismos discriminatorios por razón de sexo, dada la presunción de validez y eficacia que la ley atribuye a los actos administrativos (art. 57 LRJAP) y la presunción de objetividad en la actuación administrativa. Se expondrá un caso judicial demostrativo de cómo una interpretación formalmente neutra de las normas puede provocar un efecto contrario al art. 14 CE (STC 3 de julio de 2006) y se realiza un avance sobre la posible incidencia de la Ley de Igualdad 3/2007 en la interpretación y aplicación de las normas.

Disposiciones comentadas

Jurisprudencia comentada

I. INTRODUCCIÓN

Desde que España aprobara la Constitución democrática de 1978 y proclamara como derecho fundamental de las personas el de la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE (LA LEY 2500/1978)), existe pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley. Nuestros textos legales han evolucionado y mejorado la situación jurídica de la mujer al impulso de la normativa internacional y comunitaria sobre derechos humanos. Aquélla ha consagrado la igualdad entre mujeres y hombres como un principio jurídico universal; y ésta la ha declarado como un objetivo que ha de integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión Europea y sus miembros desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999.

En el ordenamiento jurídico español la evolución normativa ha conseguido su máxima expresión en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LA LEY 2543/2007) (en adelante LOI), que entró en vigor el día siguiente de su publicación en el *BOE* núm. 71, de 23 de marzo de 2007 ⁽¹⁾. En su Exposición de Motivos (apartado I, párrafo segundo) (LA LEY 2543/2007) destaca como antecedentes y referencias internacionales la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979, ratificada por España en el año 1983, y los avances introducidos por conferencias mundiales monográficas como la de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995. Asimismo, declara que *en buena medida* la ley se dirige a

una adecuada transposición de la normativa comunitaria; y de manera particular, «incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro» (Exposición de Motivos I, párrafo 4 (LA LEY 2543/2007)).

La LOI responde al mandato promocional del art. 9.2 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) que obliga a los poderes públicos a hacer realidad los derechos fundamentales y a «*promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas*». Por esto la ley utiliza en su título el adjetivo de «*efectiva*»; remarcando y enfatizando así que su objetivo es la igualdad efectiva y no meramente formal.

Es una ley necesaria porque aún existen obstáculos que impiden la aplicación práctica del derecho de igualdad. Obstáculos que no se han eliminado en tres décadas de democracia y siguen funcionando como indicadores de desigualdad. Como tales, el propio legislador señala los siguientes: «*la violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar*» (Exposición de Motivos II, párrafo 1 (LA LEY 2543/2007)).

En lo que a este trabajo se refiere, ha de destacarse que es una ley consciente de que la efectividad de los derechos no está resuelta con la aprobación de las leyes. Por ello incorpora disposiciones dirigidas a garantizar su correcta aplicación por los Tribunales de Justicia, entre las que destacamos dos normas clave —el art. 4 (LA LEY 2543/2007) y el art. 13 (LA LEY 2543/2007)— dirigidas a regular el proceso judicial, mecanismo a través del cual se depuran los hechos y se interpreta la norma que ha de ser aplicada.

Este trabajo es una reflexión sobre el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el espacio de actuación de las Administraciones, cuya actividad es revisada por los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo, por imperativo del art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa núm. 29/1998, de 13 de julio (LA LEY 2689/1998) (LJCA). En este ámbito jurídico existe menos experiencia judicial en la aplicación del principio de no discriminación —en comparación con lo que ocurre en la jurisdicción social— y resulta más difícil detectar los mecanismos discriminatorios, dada la presunción de validez y eficacia que la ley atribuye a los actos administrativos (art. 57 LRJAP (LA LEY 3279/1992)). Por ello resulta de interés realizar un avance sobre la posible incidencia de la Ley de Igualdad 3/2007, en la interpretación y aplicación de las normas, con exposición de un caso judicial demostrativo de cómo una interpretación formalmente neutra de las normas puede provocar un efecto contrario al art. 14 CE (LA LEY 2500/1978).

II. DEFINICIÓN LEGAL DEL CONCEPTO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES

La Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, traspone la Directiva 2004/113/CE del Consejo de 13 de diciembre de 2004 (LA LEY 10552/2004) e intenta subsanar lagunas legales hasta entonces existentes. En este sentido, y entre otras disposiciones, ofrece una definición del concepto «*igualdad de trato*» en su art. 3 (LA LEY 2543/2007); si bien utiliza un enunciado negativo, equiparando la igualdad de trato a «*la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta por razón de sexo, y especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil*»⁽²⁾.

El principio de igualdad entre hombres y mujeres ha sido definido por el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones. La Sentencia de su Sala 2.^a de fecha 3 de julio de 2006 (LA LEY 70567/2006) —que posteriormente analizaremos— recuerda que el art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, «habiendo sido configurado este principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de suerte que, para introducir diferencias entre ellos, tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas... En resumen, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida [por todas, recogiendo la doctrina precedente, SSTC 119/2002, de 20 de mayo (LA LEY JURIS), FJ 3; y 27/2004, de 4 de marzo (LA LEY JURIS. 968/2004), FJ 2]».

Sigue diciendo la sentencia que *«La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que, a continuación, el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación [STC 75/1983, de 3 de agosto (LA LEY JURIS. 8077-JF/0000), FJ 6], pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias 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 contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE [SSTC 128/1987, de 16 de julio (LA LEY JURIS. 855-TC/1987), FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre (LA LEY JURIS. 3617-JF/0000), FJ 2; 145/1991, de 1 de julio (LA LEY JURIS. 1743-TC/1991), FJ 2; 17/2003, de 30 de enero]» (LA LEY JURIS. 793/2003), FJ 3].*

Por lo que se refiere específicamente a la prohibición de discriminación por razón de sexo, añade la mencionada sentencia «que 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» [por todas, STC 17/2003, de 30 de enero (LA LEY 793/2003) (LA LEY JURIS. 793/2003), FJ 3]. Hemos dicho que *la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE (LA LEY 2500/1978))*. En consecuencia, 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. Tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres [SSTC 173/1994, de 7 de junio (LA LEY 2566-TC/1994) (LA LEY JURIS. 2566-TC/1994), FJ 2; 136/1996, de 23 de julio (LA LEY 8580/1996) (LA LEY JURIS. 8580/1996), FJ 5; 20/2001, de 29 de enero (LA LEY 55782-JF/0000) (LA LEY JURIS. 3123/2001), FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; (LA LEY 3025/2002) o 17/2003, de 30 de enero (LA LEY 793/2003) (LA LEY JURIS.

793/2003), FJ 3]. En este sentido, hemos afirmado también que «la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo» [STC 182/2005, de 4 de julio (LA LEY 1577/2005) (LA LEY JURIS. 1577/2005), FJ 4].

III. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS: INCIDENCIA DE LA LEY DE IGUALDAD

Además de la definición legal del concepto de «igualdad de trato», la LOI incorpora varias normas dirigidas a garantizar la tutela judicial del principio de igualdad y no discriminación en los diferentes órdenes jurisdiccionales —concretamente en el Título I rubricado «El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación»— y en ellas señala las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias [esto es, la nulidad del acto administrativo o de las cláusulas que sean discriminatorias; la reparación real del perjuicio causado; además de la sanción si estuviere prevista, ex art. 10 LOI (LA LEY 2543/2007)]. También reconoce una amplia legitimación activa, al declarar que «cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el art. 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación» (art. 12 LOI (LA LEY 2543/2007)), reconociendo legitimación activa a personas físicas y jurídicas con «interés legítimo» en la línea que opera en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este momento merecen destacarse los preceptos directamente relacionadas con la interpretación y aplicación de las normas, que son el art. 4 (LA LEY 2543/2007) y el art. 13 (LA LEY 2543/2007):

a) El primero de ellos se titula «Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación las de las normas», y dice así: «*La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*» (art. 4 LOI).

b) El segundo de ellos se titula «Prueba de la discriminación» y literalmente dispone: «*1. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.*

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales»⁽³⁾.

La STC, Sala 2.^a, de 25 de febrero de 2002, núm. 41/2002, rec. 1203/1997 (LA LEY 3025/2002) (BOE 80/2002, de 3 de abril de 2002), recuerda su doctrina —contenida en Sentencia 38/1981, de 23 de noviembre (LA LEY 34-TC/1982)— respecto del desplazamiento de la carga de la prueba (*onus probandi*) al empresario, siempre que el trabajador acredite la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante afirmación; que aporte una *prueba verosímil* (STC 207/2001, de 22 de octubre (LA LEY 8779/2001)) o principio de prueba revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general. A partir de ahí, entiende el TC que corresponde al empresario probar lo contrario, es decir, que la relación extintiva se adopta de acuerdo a unos hechos que constituyen causa legítima de despido y se presentan razonablemente como ajenos a todo móvil atentatorio de los derechos fundamentales. No se trata de situar al demandado ante la prueba diabólica de un

hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales, sino de que a éste corresponde probar, sin que le baste intentarlo (STC 114/1989, de 22 junio (LA LEY 1281-TC/1989)) que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales y que las mismas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (SSTC 74/1998, de 31 marzo (LA LEY 4935/1998) y 29/2000, de 31 enero (LA LEY 4029/2000)). Esas consideraciones sobre el desplazamiento de la carga de la prueba son plenamente aplicables al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el que la Administración ocupa un papel equiparable a la del empresario en la jurisdicción laboral.

La previsión legal sobre la carga de la prueba de la discriminación en los procesos en los que se alega, nos conduce al ámbito del «proceso judicial», camino previo a la actividad de interpretación y aplicación del art. 14 CE (LA LEY 2500/1978) que realizan los jueces y Tribunales. El «proceso judicial» es el mecanismo por el cual el Estado —a través del Poder Judicial— hace efectivo y materializa el ordenamiento jurídico para recomponer el conflicto social. Todas las leyes se materializan y engarzan en la realidad fáctica a través de los principios y controles que rigen los procesos.

En el Derecho administrativo como las otras ramas del Derecho —civil, penal o social— los hechos alegados y controvertidos por las partes se someten al proceso y a sus controles de prueba; y tras la libre valoración que realizan los Tribunales del conjunto de la prueba, tales hechos controvertidos se convierten en «hechos acreditados» (en realidad hechos formales) que reclaman la aplicación de la norma.

La fase de aplicación de las normas a los hechos acreditados es más cuestionada en la labor de los jueces. Con frecuencia se ha afirmado que el principal problema actual es cómo se aplican e interpretan las normas por parte de los Tribunales de justicia y si la respuesta de éstos es la perseguida por el legislador y es la demandada por la sociedad.

Una parte de los jueces suele definirse como aplicadores objetivos de la ley, que se limitan a utilizar las herramientas técnicas e intelectuales proporcionadas por la Ciencia del Derecho, jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. Merece nuestra atención este argumento porque, en definitiva, la aplicación mecánica de la ley derivaría y responsabilizaría exclusivamente a ésta de las deficiencias detectadas en la respuesta judicial y de la disminución de confianza que la sociedad deposita en el sistema judicial. Sin embargo, este argumento tiene la gran debilidad de olvidar que la aplicación de las leyes necesita una actividad previa, cual es la interpretación, y en ella el intérprete atribuye o adscribe un significado concreto a un texto, y el significado obtenido lo aplicará a la controversia.

Desde GUASTINI se distinguen tres teorías acerca de la interpretación de la ley. Según la *teoría cognoscitiva*, interpretar es una actividad de conocimiento que se realiza atendiendo al significado objetivo de las palabras utilizadas por los textos y a la intención subjetiva de los legisladores, mostrada en las Exposiciones de Motivos o en los trabajos preparatorios de la ley. Según la *teoría escéptica*, la interpretación es una actividad de evaluación y decisión discrecional del intérprete, porque las palabras tienen múltiples significados. Y según la *teoría intermedia*, los jueces no ejercen discrecionalidad alguna cuando aplican una norma clara e inequívoca en su redacción a un supuesto de hecho inequívoco; y necesariamente han de ejercer la discrecionalidad cuando las normas son vagas o imprecisas, porque entonces deben decidir entre al menos dos soluciones alternativas.

Esta última tesis parece más ajustada al proceso intelectual que la magistratura realiza en el proceso de aplicación de las normas. Un proceso que consiste en un «ir y venir de la mirada» entre la norma y el hecho concreto, a la que el intérprete se acerca con todo un bagaje de

conocimientos jurídicos, culturales, y también con sus experiencias y conocimientos sociales. Ciertamente es que la naturaleza discrecional de la actividad interpretativa está sujeta a vínculos y límites muy objetivos como son los *usos lingüísticos* habituales que limitan los posibles significados de cada expresión; las *interpretaciones ya consolidadas de los textos* por los propios Tribunales; la propia formulación de las leyes o *el control de la argumentación convincente*.

Como afirma GUASTINI, lo que se aplica no es la ley sino el resultado de la interpretación de la ley y «*Ningún texto normativo puede ser aplicado sin haber sido previamente interpretado... La interpretación no es una actividad simplemente cognoscitiva ni de aplicación mecánica sino que, antes bien, es una actividad altamente discrecional*». Esta discrecionalidad depende, entre otros factores, de la cultura del estamento judicial, donde se ha asimilado el principio de «fidelidad a la ley». Siguiendo literalmente al mencionado autor: «*Más aún: la discrecionalidad judicial dependerá de la cultura (de las orientaciones ideológicas preponderantes) del estamento judicial. Es precisamente ahí donde los jueces han asimilado el principio de fidelidad a la ley y ahí donde más proclives se muestran a seguir orientaciones políticas personales, con independencia de la política del derecho perseguido por el legislador*»⁽⁴⁾.

En el caso del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en principio no sería necesaria una previsión legal expresa que lo declarara principio informador de nuestro ordenamiento jurídico, ya que nuestro Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente —desde sentencias dictadas en la década de los ochenta, como las de fecha 31 de marzo (LA LEY 6278-JF/0000) y 23 de julio de 1981 (LA LEY 221/1981), 4 de mayo de 1982 (LA LEY 9155-JF/0000)— que la Constitución es una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de construir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico...; la naturaleza de ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución (STC 31 de marzo de 1981). Basta aplicar el principio de interpretación de las leyes de conformidad con la Constitución en su calidad de norma superior, en virtud del cual todo el ordenamiento ha de ser interpretado de forma que se evite el resultado prohibido por la Constitución (STC de 4 de mayo de 1982).

No obstante, habida cuenta esta cultura de «fidelidad a la ley» o cultura *positivista de la judicatura*, resulta acertado que el art. 4 de la LOI (LA LEY 2543/2007) incorpore *la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres* como criterio de interpretación de las normas; aunque, a mi entender, hubiera resultado más eficaz que se hubiera integrado en el art. 3 del Código Civil (LA LEY 1/1889) —norma de manual de la judicatura— como un elemento más de interpretación, junto con el gramatical, lógico, histórico, teleológico y sociológico.

Si bien tenemos una jurisprudencia consolidada en torno al significado constitucional del principio de igualdad y a su papel como elemento de criterio interpretativo en la aplicación de las normas, lo cierto es que la realidad ofrece supuestos de hecho muy variados que demandan una especial atención para poder detectar los mecanismos discriminatorios que se producen en la realidad. El caso judicial que se expone a continuación es demostrativo de cómo una interpretación formalmente neutra de las normas jurídicas dirigidas a proteger el estatuto jurídico de la mujer trabajadora, produce un efecto peyorativo contrario al art. 14 CE (LA LEY 2500/1978) cuando se aplica a las mujeres demandantes de empleo.

IV. MECANISMOS DISCRIMINATORIOS EN LAS ADMINISTRACIONES: UN CASO JUDICIAL

Se trata de un caso de discriminación por razón de sexo en procedimiento de selección de demandantes de empleo realizado por el Instituto Nacional de Empleo (INEM), como consecuencia de la práctica burocrática habitual de equipar «maternidad» con «incapacidad» y

no distinguir entre mujer demandante de empleo y mujer trabajadora. En este caso, la aplicación de la normativa de protección de los derechos de las mujeres trabajadoras por parte de la Administración produjo un efecto perjudicial en la mujer demandante de empleo.

Brevemente los hechos son los siguientes: en el año 1998 la Delegación Provincial de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía en Granada presenta una oferta de empleo para la contratación de quince monitores de Educación Especial, solicitando que el INEM le remitiese una lista con un total de treinta posibles candidatos para cubrir dicha oferta de empleo. El perfil profesional era posesión del Título de FOII en la especialidad de Educación de Disminuidos Psíquicos y experiencia profesional acreditada de seis meses. El INEM le remite la lista solicitada, pero sin incluir en ella a la actora, trabajadora desempleada que poseía la titulación requerida y más de setenta meses de experiencia profesional. La actora solicita expresamente al INEM su inclusión entre los candidatos propuestos, pero aquél deniega la solicitud alegando que la situación de baja por maternidad en que se encontraba le incapacitaba temporalmente para este trabajo. La actora impugna esta resolución administrativa al entender que le discrimina por razón de sexo, al excluirla de un proceso de selección para un puesto de trabajo por razón de su maternidad.

El camino procesal consumió la primera instancia, la apelación y el recurso de amparo, con los siguientes datos dignos de mención:

- a) El Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Granada dará la razón a la demandante desempleada —en sentencia de fecha 25 de abril de 2001, dictada en procedimiento ordinario núm. 292/1999— declarando que el INEM incurrió en trato discriminatorio por razón de sexo, y sienta las bases para la cuantificación económica del perjuicio causado a la recurrente. La cuestión principal radicaba en determinar si la negativa del INEM a incluir a la actora en la lista de candidatos preseleccionados para cubrir un puesto de trabajo para el que se encuentra perfectamente capacitada —negativa fundada exclusivamente en la situación de baja por maternidad de ésta— resultaba discriminatoria. La sentencia sigue en este punto la doctrinal del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, según la cual la situación de baja por maternidad no es equiparable a la situación de «Incapacidad temporal». En otro caso se llegaría al efecto de que la protección que el ordenamiento jurídico otorga al embarazo y a la maternidad no sería tal, puesto que tales circunstancias constituirían un obstáculo para el acceso al empleo de la mujer generando situaciones discriminatorias que solo afectarían a las mujeres.

El Abogado del Estado interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, con el argumento de que la práctica seguida por el INEM de suspender la demanda de empleo de la trabajadora en situación de descanso por maternidad no aparece vinculada propiamente a la existencia de un factor directamente relacionado con el sexo —cual sería la citada situación de maternidad en sí misma considerada—, sino con la imposibilidad legal de la trabajadora en dicha situación de incorporarse a un puesto de trabajo, que concurre, según se dice, al menos en el período de descanso considerado como obligatorio correspondiente a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto. Para ello, el INEM parte de la necesidad de aplicar a la relación existente entre el organismo de colocación y la demandante de empleo la causa de suspensión del contrato de trabajo prevista en el art. 48.4 del Estatuto de los trabajadores (LA LEY 1270/1995) (LET), y afirma que la suspensión de la demanda de empleo, consecuente con la situación de incapacidad de la trabajadora para acceder a un empleo mientras dure dicha situación, constituye un derecho irrenunciable de la misma, que se vería conculcado si el INEM procediera a remitirle ofertas de trabajo durante dicha situación.

b) La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, sede en Granada, de fecha 21 de julio de 2003 (LA LEY 128011/2003) (Rollo de Apelación núm. 352/01), declaró ajustada a Derecho la actuación del INEM, revocando la declaración en contrario contenida en la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Granada, analiza diversas hipótesis interpretativas acerca del contenido de la relación jurídica existente entre el INEM y la trabajadora demandante de empleo y acerca de la existencia o no de un período de disfrute obligatorio dentro de la duración total del descanso por maternidad previsto en el art. 48.4 LET (LA LEY 1270/1995). La Sentencia concluye que la obligación que incumbe al INEM de promover el empleo de la demandante debe estimarse suspendida mientras se mantenga su situación de baja por maternidad, bien por entender que durante las seis primeras semanas posteriores al parto el descanso debe considerarse obligatorio, no sólo para el empresario sino también para la trabajadora afectada, en cuyo caso la trabajadora no se encontraría en disposición de trabajar, bien por considerar que en caso de entenderse como no obligatorio la trabajadora debería haber hecho una expresa manifestación de voluntad de seguir recibiendo ofertas de trabajo o bien porque habría de tener preeminencia la voluntad manifestada por la presentación del parte de baja en el INEM. En cualquiera de dichas hipótesis, continúa la Sentencia recurrida, debe entenderse suspendida la obligación del INEM de comunicar a la trabajadora las ofertas de empleo adecuadas y el derecho de ésta a recibirlas, así como su obligación de pasar revista para renovar su solicitud, la de aceptar una oferta de empleo adecuada —cuyo incumplimiento constituiría una infracción sancionada en el orden social— o la de asistir a los cursos o programas de empleo que se le faciliten o participar en los trabajos de colaboración social que se le asignen.

c) Interpuesto Recurso de amparo por la demandante contra dicha sentencia, el TC le otorgó el amparo solicitado en Sentencia de fecha 3 de julio de 2006 (LA LEY 70567/2006). Declaró que había sido vulnerado su derecho a no ser discriminada por su condición de mujer (art. 14 CE (LA LEY 2500/1978)) y la restableció en la integridad de su derecho anulando la sentencia de 21 de julio de 2003 del TSJ Andalucía (LA LEY 128011/2003).

El TC consideró que la decisión del INEM de suspender la demanda de empleo durante el período obligatorio de descanso por maternidad careció de cualquier justificación razonable, resultando discriminatoria. Para ello se basó en que nada permitía apreciar que, por las concretas características del puesto de trabajo ofertado, existiera algún tipo de incompatibilidad temporal que impidiera tanto un leve retraso en la fecha de incorporación de la trabajadora como una suspensión inicial de su relación laboral hasta la fecha de finalización del período de descanso por maternidad. No es posible apreciar tampoco ninguna incompatibilidad legal entre la percepción por la demandante de las prestaciones económicas por maternidad y el mantenimiento de la plena vigencia y efectividad de su demanda de empleo. En tercer lugar, no se aprecia tampoco ningún obstáculo fáctico que impidiera, bien con carácter general o en el caso concreto, el mantenimiento de la situación como demandante de empleo de la trabajadora durante el período de descanso por maternidad. Es cierto que algunas de las obligaciones legales de los demandantes de empleo pueden resultar incompatibles con el descanso por maternidad, pero una interpretación de las disposiciones legales al efecto respetuosa con el art. 14 CE habría únicamente llevado a configurar la situación de maternidad como causa a oponer por la trabajadora para justificar su no participación en una u otra de dichas acciones e, incluso, para el rechazo de una oferta de empleo adecuado, sin necesidad de hacerla extensiva a la propia actividad del INEM en relación con la gestión de la demanda de empleo de la trabajadora, para la que ningún obstáculo supone su situación de maternidad ⁽⁵⁾.

V. REFLEXIONES FINALES

Este caso judicial pone de manifiesto cómo una interpretación formalmente neutra de las normas puede arrojar un resultado peyorativo contrario a los arts. 14 y 10.2 CE (LA LEY 2500/1978) . La realidad es muy variada y, a veces, los mecanismos discriminatorios son difíciles de detectar cuando están revestidos de apariencia de objetividad; por ello resulta clave para la efectividad de los derechos la interpretación constitucional de los mismos. Siguiendo a GIMENEZ GARCÍA, *la magistratura es independiente... y está sometida únicamente al imperio de la Ley...* (art. 117.1 CE (LA LEY 2500/1978)), pero sin olvidar que la independencia judicial *debe ser puesta al servicio de los valores que la norma encarna; de suerte que el juez debe ser independiente de sus propias convicciones (religiosas, morales, políticas) y más que «comprender» determinadas situaciones, debe «comprometerse» con la efectividad de los valores amenazados*⁽⁶⁾ refiriéndose a los valores constitucionales.

En el Derecho español, el art. 9.2 CE (LA LEY 2500/1978) «impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; y la obligación de remover lo obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y remover los obstáculos que impiden o dificulten su plenitud...». Añade el art. 53.1 CE (LA LEY 2500/1978) que los derechos y libertades constitucionales vinculan a todos los poderes públicos. Y la reciente Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres pretende hacer efectivo el principio de igualdad de género en los diversos ámbitos de la realidad social, económica y cultural de nuestro país.

En el ámbito del Poder Judicial la llave para la implantación de los valores constitucionales —en este caso, el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo— se encuentra en la práctica judicial, a través de la interpretación y aplicación de las reglas de juego o normas conforme a los principios y criterios aprobados democráticamente por la sociedad española. Resulta acertado que el art. 4 de la LOI (LA LEY 2543/2007) *recuerde* que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y ha de observarse en la interpretación y aplicación de las normas. Digo *recuerde*, porque ya lo era desde la Constitución de 1978.

Aún así, resulta necesaria una formación y preparación de la magistratura en esta materia, tanto en el temario de oposiciones a la Carrera Judicial y Fiscal como en la Escuela Judicial. Los aspirantes a jueces y fiscales deberían ser ejercitados para detectar los casos de discriminación, mediante el análisis de sentencias judiciales dictadas por los tribunales, estudio de la normativa internacional y significado constitucional del derecho de igualdad entre mujeres y hombres; pues sólo comprendiendo su significado y finalidad podrán detectarse los mecanismos discriminatorios que aún subsisten en sociedades formalmente igualitarias, incluyendo a aquellos mecanismos subliminales y no evidentes ⁽⁷⁾.

(1) A excepción de lo previsto en el art. 71.2, que lo hará el 31 de diciembre de 2008. Esta norma establece que «los costes relacionados con el embarazo y parto no justificarán diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, sin que puedan autorizarse diferencias al respecto».Ver texto

(2) LOUSADA AROCHENA, José Fernando, *Diario LA LEY*, Año XXVII, núm. 6462, de 13 de abril de 2006, «La Directiva 2004/13/CE, de 13 de diciembre, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro».Ver texto

(3) Esta previsión legal sobre la carga de la prueba de la discriminación en los procesos en los que se alega, ha sido trasladada al ámbito civil —concretamente al art. 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero (disp. adic. 5.ª) y al ámbito del proceso contencioso-administrativo, con el apartado 7 al art. 60 de la LJCA núm. 29/1998 (disp. adic. 6.ª).Ver texto

(4) GUASTINI, Ricardo, «Legitimación y Jurisdicción en la Teoría del Derecho», *La crisis del Derecho y sus alternativas*, CGPJ, Madrid, 1995, pág. 315. Ver texto

(5) El diario *El País* de fecha 3 de noviembre de 2006 informaba que, a partir de la comentada sentencia del Tribunal Constitucional, el Gobierno cambia el criterio seguido hasta entonces y «las madres en paro recibirán ofertas de empleo mientras dure la baja maternal».Ver texto

(6) GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, «La habitualidad en el maltrato físico y psicológico. Evolución legislativa y jurisprudencia», *Cuadernos de Derecho Judicial*, «La Violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos», Consejo General del Poder Judicial, 2001, pág. 113.Ver texto

(7) Con este objetivo la pág. 315, 3.^a y 4.^a de la LOI introduce modificaciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Estatuto del Ministerio Fiscal, respectivamente, a fin de que las pruebas selectivas contemplen el estudio del principio de igualdad entre hombres y mujeres (art. 310 LOPJ). Para la Carrera Judicial se establece que los Planes de Formación Continuada han de contemplar la formación en dicho principio y en la «perspectiva de género», con la previsión de que la Escuela Judicial impartirá anualmente cursos de formación sobre la tutela jurisdiccional del principio de igualdad entre mujeres y hombres y la violencia de género (art. 433 bis.5 LOPJ). Formación continuada que también debería garantizarse para el Ministerio Fiscal, a través de la Comisión de Igualdad creada por la LOI en el seno del Consejo Fiscal.Ver texto

LA LEY Digital