



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA
COMUNICACIÓN

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**EL DERECHO DEL TRABAJO FRENTE A LA LIBERTAD DE
EMPRESA: PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN
POR RAZÓN DE SEXO EN EL ACCESO AL EMPLEO**

presentado por: Esther Santander Majeda

Tutelado por: Ana Ruiz Legazpi

convocatoria de julio de 2015

RESUMEN

La Constitución Española reconoce en su artículo 38 el derecho a la libertad de empresa, el cual comporta, no solo la creación de entidades con personalidad jurídica propia, sino también, la libre disposición por parte de los empresarios de contratar al personal que estimen conveniente para la consecución de sus fines patrimoniales. Del mismo modo, los artículos 14 y 35.1 de la Norma fundamental recogen los derechos a la igualdad y a la no discriminación por varios motivos, así como el derecho a acceder al empleo en igualdad de condiciones sin que dicho acceso pueda hacerse de forma discriminatoria por razón de sexo. Razones sociológicas, antropológicas y culturales por todos conocidas permiten aventurar que la situación más repetida en la realidad se refiera a la eventual colisión entre el derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo por la mujer en relación con derecho del empresario a contratar libremente a quien estime conveniente, sin importar si es varón como, sabemos, sucede a menudo. Los tribunales deberán sopesar la prevalencia de un derecho u otro delimitando cada uno de los derechos en conflicto. No olvidemos que estamos ante un enfrentamiento entre dos derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional y cuyo ejercicio se ve limitado por la colisión con otro derecho, y ello porque la eficacia de los derechos fundamentales no se circunscribe a la acción de los poderes públicos sino también a la de los particulares.

Palabras clave: principio de igualdad en el acceso al empleo, prohibición de discriminación por razón de sexo, igualdad de género, libertad de empresa, ofertas de empleo discriminatorias por razón de sexo, conflicto entre derechos fundamentales, principio de proporcionalidad, criterio de ponderación.

ABSTRACT

In its article 38, the Spanish Constitution recognizes the right to freedom of enterprise, which entails, not only the creation of entities with legal personality, but also the free disposal by entrepreneurs hire the staff they deem appropriate to achieve its economic goals. Similarly, articles 14 and 35.1 of the fundamental rule reflected the rights to equality and non-discrimination on various grounds, as well as the right to employment under equal conditions without such access would be discriminatory manner based on sex. Sociological, anthropological and cultural reasons by all known allow venture that the most oft-repeated situation in reality refers to the eventual collision between the right not to suffer discrimination on grounds of sex by women in relation to right of the entrepreneur to freely hire whom he deems necessary, no matter if you are male, as we all know, often happens. The courts must weigh the prevalence of a right or other delimiting each one of the rights in conflict. Let us not forget that we are facing a clash between two fundamental rights enshrined in the Constitution and whose exercise is limited by collision with another right, and this because that the effectiveness of fundamental rights is not confined to the action of public authorities but also to the individual.

Keywords: principle of equality in access to employment, prohibition of discrimination on grounds of sex, gender equality, freedom of enterprise, job advertisements that discriminate on grounds of sex, conflict between fundamental rights, the principle of proportionality, weighting criteria.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
HIPÓTESIS DE PARTIDA.....	7
OBJETIVOS Y METODOLOGÍA DE TRABAJO.....	8

CAPÍTULO 1

EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y DE IGUALDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO

1.1. LIBERTAD DE EMPRESA Y PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	10
1.1.1 La libertad empresarial	10
1.1.2 El principio de igualdad.....	11
1.1.3 Igualdad en la ley.....	13
1.1.4 Igualdad en la aplicación de la ley.....	14

CAPÍTULO 2

PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL ACCESO AL EMPLEO

2.1 PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN.....	18
2.1.1 Prohibición de discriminación por razón de sexo.....	18
2.1.2. Discriminación directa.....	20
2.1.3. Discriminación indirecta.....	21
2.2 LÍMITES A LA LIBERTAD DE EMPRESA.....	22
2.2.1 Justificación de un trato desigual.....	24
2.2.2 El principio de proporcionalidad.....	25
2.2.3 La ponderación como criterio de solución de conflictos entre derechos fundamentales.....	30
2.2.4 La eficacia de los derechos fundamentales.....	31
2.2.5 Instrumentos de tutela frente a la discriminación por razón de sexo.....	33

CONCLUSIONES.....	36
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	38

ABREVIATURAS

AN:	Audiencia Nacional
AAPP:	Administraciones Públicas
Art:	Artículo
CE:	Constitución Española
CEDAW:	Convention on Elimination of all forms of Discrimination Against Women
CEE:	Consejo de Europa
CEDH:	Convenio Europeo de Derechos Humanos
DUDH:	Declaración Universal de Derechos Humanos
ET:	Estatuto de los Trabajadores
FJ:	Fundamento Jurídico
LGSS:	Ley General de Seguridad Social
LOI:	Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LRJS:	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
SPPE:	Servicio Público de Empleo Estatal
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC:	Tribuna Constitucional
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS:	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de Fin de Grado (TFG) versa sobre una de las problemáticas que surge en el ámbito de las relaciones laborales. Concretamente, del conflicto que se produce cuando, el empresario, en el ejercicio de su libertad de empresa reconocida por la CE, la cual implica, entre otras, la libre disposición por parte del mismo de contratar la mano de obra que estime conveniente para la consecución de sus fines económicos, éste se encuentra con el mandato constitucional de no incurrir en discriminación por razón de sexo. Es decir, que frente a la libertad de empresa, se encuentra el derecho de la mujer a acceder al empleo en igualdad de condiciones, sin que dicho acceso pueda verse impedido por algunos requisitos impuestos por el empresario, dentro de su libertad contractual. Nos encontramos ante una problemática de naturaleza compleja, puesto que se trata de un supuesto en el cual existe una colisión entre dos derechos fundamentales recogidos y protegidos en la Constitución, correspondiendo a los tribunales la difícil tarea de resolver la prevalencia de un derecho sobre otro prestando siempre una especial cautela en el contenido mínimo del derecho afectado en el caso concreto. Para resolver el conflicto planteado, acudiremos a la doctrina de los tribunales, en especial a la del TC, como máximo intérprete de la norma constitucional.

JUSTIFICACIÓN

El motivo por el que he elegido este tema, es debido a que la especialidad de la carrera de Relaciones Laborales y Recursos Humanos comprende, entre otras, el conocimiento de los derechos de los sujetos que se ven envueltos en la relación laboral, es decir, los derechos no solo de los trabajadores, sino también de los empleadores. Aunque el objeto del trabajo no se centra el conjunto de todos los derechos inespecíficos de los trabajadores (derechos que poseen como ciudadanos y a los que no renuncian por el hecho de iniciar una relación contractual con el empresario), lo cierto es que versa sobre uno de ellos, el de la mujer a no sufrir discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo. La razón por la que he elegido éste y no otro, como podría ser el derecho a la intimidad de los trabajadores en la empresa o el derecho a la libertad de expresión, es por la situación de inferioridad que ha venido y sigue ocupando la mujer en todos los ámbitos en contraposición con el colectivo masculino, que, aunque también son discriminados, la realidad social es que no es considerado un colectivo históricamente vulnerado cuya situación requiera de una mayor protección.

AGRADECIMIENTO

La docencia es una de las profesiones más bellas del mundo, pero no todos los que se dedican a ella tienen la capacidad de conectar con los alumnos, esa capacidad de despertar en ellos la curiosidad, el interés por aprender y ser críticos. Simplemente agradecer a Ana Ruiz Legazpi, tutora y directora del presente Trabajo de Fin de Grado, su implicación durante la realización del trabajo, un gesto más de su amor por la docencia, su entrega por transmitir sus conocimientos sobre el Derecho, y como no, sus principios y valores, que han sido para mí la principal fuente de inspiración para la propuesta del presente trabajo. Porque como bien expresa William Arthur Ward, “El maestro mediocre cuenta. El maestro corriente explica. El maestro bueno demuestra. El maestro excelente inspira”.

HIPÓTESIS DE PARTIDA.

El ejercicio de los derechos fundamentales *inter privados* puede en un determinado momento entrar en conflicto con otros derechos del que sean titulares otros particulares. Es la situación que se origina cuando el empresario, en el ejercicio de su libertad de empresa (art. 38 CE), realiza una oferta de empleo que puede colisionar con el derecho de la mujer a no sufrir discriminación (art. 14 CE). Llegados a este punto y antes de establecer las hipótesis que pueden desplegarse a raíz de la situación anteriormente expuesta, cabe reseñar, en primer lugar, que el inicio de una relación de trabajo “no supone la pérdida de los derechos inespecíficos de los trabajadores, derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores” (Palomeque López M.C, 2012, p. 121). Y en segundo lugar, y según viene recogiendo la jurisprudencia constitucional, “no existen derechos absolutos e ilimitados¹. [E]l ejercicio de los derechos fundamentales, entendido como “núcleo básico, ineludible e irrenunciable, del *status* jurídico del individuo”² está sujeto no sólo a los límites establecidos expresamente en la Constitución, sino a los que pueden establecerse legalmente para proteger o preservar otros derechos fundamentales[...]”³ (STC 11/1981, FJ 7º).

La cuestión anteriormente trazada nos lleva a plantearnos las siguientes hipótesis:

1. ¿Puede el empresario, en virtud del derecho que le otorga la Constitución, solicitar en las ofertas de empleo determinados perfiles específicos?, Por ejemplo: ser hombre, encontrarse en una determinada franja de edad (como exclusión del colectivo femenino en cuanto a la edad fértil), no estar embarazada o “tener buena presencia”. Durante el desarrollo del presente trabajo nos iremos dando cuenta (con la ayuda de los casos resueltos por los tribunales) de que no todas estas cláusulas incluidas en las ofertas de empleo tienen un carácter discriminatorio por razón de sexo.
2. Frente al poder legítimo del empresario de contratar a quien estime, está el derecho de la mujer a no sufrir discriminación por razón de su sexo. Llegados a esta situación, ¿cómo se resuelve este conflicto en el que dos derechos fundamentales se contraponen?. Corresponde a los tribunales decidir cuándo prevalece un derecho sobre otro en casos concretos.
3. Dentro de la doctrina jurisprudencial en la materia, existen pronunciamientos en diferentes y a veces divergente sentido. Como última cuestión, veremos los efectos que derivan de la declaración de una oferta de empleo como discriminatoria por razones sexuales, o en su caso, lícita y las consecuencias que tiene para las partes.

A estas cuestiones intentaremos dar respuesta en el presente trabajo, no sin antes precisar que, tanto los poderes públicos como los particulares, están sometidos a la Constitución y al conjunto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE). Si bien de modo diferente, pues, mientras que los primeros han de hacer lo que les está obligado, los segundos, pueden hacer lo que no les está prohibido⁴.

¹ Salvo excepciones, como el derecho a no ser sometido a tortura, los derechos no son absolutos. STC 151/1997, FJ 5º

² Definición proporcionada por Solozábal Echevarría, J.J (1991, p. 88).

³ Referido al conjunto de derechos recogidos en la sección 1ª y 2ª del capítulo segundo CE.

⁴ STC 101/1983 FJ 2º Establece la diferencia entre deber positivo y negativo. Los ciudadanos tienen un deber general negativo mientras que los poderes públicos tienen además, un deber general positivo.

OBJETIVOS Y METODOLOGÍA DE TRABAJO

Con el objetivo de lograr una perspectiva jurídico-constitucional, nos vamos a delimitar al estudio de los artículos de la Constitución que hacen referencia a la materia objeto de estudio. De modo que, nos centraremos en el análisis de los siguientes artículos: El artículo 38CE⁵, el cual establece la libertad de empresa como derecho del empresario a contratar a quien estime para su comercio; el 14 CE⁶, que propugna la igualdad y la prohibición de discriminación por cualquier circunstancia personal o social entre las que incluye expresamente el sexo, que es lo que nos afecta en el presente trabajo, y finalmente, el artículo 35.1 CE⁷, como refuerzo a la prohibición de discriminación por razón de sexo ya contemplado en el artículo 14 y como límite a la libertad de empresa. Hemos de señalar que no solo acudiremos a la Constitución sino también la normativa internacional vigente en materia de discriminación por razón de sexo debido a la trascendencia que tiene en el ordenamiento jurídico español, *ex art. 10.2CE*⁸

Corresponden a los órganos jurisdiccionales resolver los conflictos que se promueven cuando dos derechos protegidos entran en conflicto. Por ello, será imprescindible que acudamos a la doctrina jurisprudencial, y en especial del Tribunal Constitucional, para resolver estos supuestos en los la mujer se ve discriminada ante una oferta de empleo cuyos requisitos, impuestos por el empresario en el ejercicio de su libertad de empresa, le impiden el acceso al mismo. Hablamos, en este sentido, de los criterios de proporcionalidad y ponderación de los que se sirven para justificar las situaciones en las que un derecho se ve limitado de un modo legítimo.

Tras el análisis normativo y doctrinal, procederemos a realizar las conclusiones extraídas de la investigación realizada, que en cualquier caso, estarán enfocadas a las hipótesis que nos hemos marcado más arriba.

⁵ Art. 38 CE: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

⁶ Art. 14 CE “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁷ Art. 35 CE “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

⁸ Art. 10.2 CE “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

**EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y DE IGUALDAD EN EL
ACCESO AL EMPLEO**

CAPÍTULO -1-

1.1. Libertad de empresa y principio de igualdad

Tanto el empresario como la mujer son titulares de unos derechos reconocidos por la Constitución. Por un lado, está el derecho de la mujer a no sufrir discriminación por razón de su sexo, y por otro, el derecho del empresario a contratar a quien estime pertinente para la realización de unas determinadas tareas en su empresa. Bien, estos derechos entran en conflicto cuando el empresario, en virtud de su libertad contractual, solicita en las ofertas de empleo, ya no sólo el sexo masculino de los candidatos sino, incluso, determinados requisitos que impiden el acceso a determinados colectivos (mujeres), lo que deriva en una discriminación por razón de sexo que incluyen todas las condiciones subjetivas atribuidas al sexo femenino (embarazo, maternidad...) y que están prohibidos en la Constitución (STC 182/2005, FJ 4º). Antes de entrar en el fondo del problema, veamos por partes los diferentes tratamientos tanto teóricos como jurisprudenciales sobre la libertad empresarial y el principio de igualdad.

1.1.1 La libertad empresarial.

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo sobre la libertad de empresa, consideramos necesario realizar una breve definición sobre sus notas características como paso previo para comprender de dónde se deriva la libertad contractual y los límites que se imponen a dicha libertad, que es lo aquí nos afecta.

Del texto contenido en el artículo 38.1 CE, se han hecho diversas interpretaciones, pero la que más se acerca a nuestro objeto de estudio, es la que proporciona García Pelayo (1978, p. 40), el cual lo define como “el derecho subjetivo para crear y mantener empresas y como derecho de la empresa a decidir sus objetivos y desarrollar su propia planificación”. El TC ha perfeccionado esta definición señalando que la libertad de empresa no significa el derecho incondicionado a crear cualquier establecimiento comercial sin el cumplimiento de determinados requisitos y condiciones⁹. De estos requisitos y condiciones hablaremos más adelante cuando tratemos sobre los límites que se imponen a la libertad de empresa.

Por lo tanto, y siguiendo la definición realizada por García Pelayo, podemos concluir que de la libertad de empresa, no solo se desprende el derecho de crear organizaciones, sino también el de gestionarlas como se estime conveniente. En este último se incluiría la libertad del empresario de contratar a quien considere idóneo para que dicha gestión sea posible. Siguiendo esta línea, De Juan Asenjo (1984, p. 154) establece los tres derechos en los que la libertad de empresa despliega sus efectos y son: *el derecho de inversión*¹⁰, el de *organización*¹¹, y el de *contratación*; de los cuales solo abordaremos este último.

La libertad contractual se deriva, de este modo, de la libertad de empresa otorgada en la Constitución, dentro de la esfera del principio de autonomía de la libertad privada que la misma reconoce de forma implícita en varios de sus artículos; en el artículo 38 cuando establece que “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” y en los arts. 9.2¹² y 10.1 CE¹³ al lanzar un mandato a los poderes públicos para que éstos pongan todas las

⁹ STC 227/1993 de 9 de julio, FJ 5º

¹⁰ Entendido como el derecho del propietario de bienes y capital para colocarlos en el sector industrial que estime conveniente.

¹¹ Potestad para organizar libremente el proceso de organización.

¹² Art. 9.2 CE: “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”.

medidas necesarias para el desarrollo efectivo de las personas en la vida social y económica, lo que se traduce a un reconocimiento por parte de la Constitución, de un margen de libertad para realizar actos jurídicos lícitos para la autorrealización de los individuos y la protección de sus intereses económicos y sociales.

Esta libertad contractual le confiere al empresario una serie de derechos subjetivos (Goig Martínez, J.M, 1996, p. 737): en primer lugar, el derecho a contratar o no. Este derecho, en la mayoría de los casos, se hace indispensable para la consecución de los objetivos para los que fue creada la empresa, ya que sin mano de obra, no se pueden ejecutar las tareas necesarias para el mantenimiento de la sociedad, en este caso, el empresario no tendrá más opción que contratar a trabajadores. El segundo, y más importante para el objeto del presente trabajo, es el derecho que posee el empresario para contratar a quien considere idóneo para la realización de dichas tareas imprescindibles para el logro de sus objetivos económicos. En este sentido, la Constitución reconoce un amplio margen de libertad a los empresarios a la hora de realizar la selección de su personal, ya que no le exige que sus preferencias se basen en criterios objetivos como ocurre, por ejemplo, con la Administración Pública¹⁴. La ley entiende que el empresario, como cualquier otro particular, tiene unas preferencias que dependen de juicios intrínsecos a las preferencias de cada individuo. Por ello, es posible que el empresario se vea influenciado por los sesgos culturales y sociales que han venido y siguen afectando a las mujeres, lo que puede derivar en una reticencia por su parte a contratar a este colectivo.

Pero precisamente en esto consiste el juego de la libertad de contratación, puesto que la ley no obliga al empresario a contratar a determinadas personas, es él quien decide, dentro de su autonomía privada, quién pasa o no a formar parte de su empresa. En este sentido, el empleador actúa dentro de unos derechos que le son legítimos, por lo tanto, se entiende que está actuando de forma lícita cuando establece determinados requisitos a cumplir en las ofertas de empleo.

Las preferencias por parte del empresario de contratar o no a determinadas personas no tienen ningún efecto cuando se mantienen ocultos, puesto que los pensamientos internos de las personas no son constitutivos de delitos, al ser abstracto y alejado de toda posibilidad de conocimiento por terceras personas. Los efectos se originan cuando estas preferencias se exteriorizan, bien en las ofertas de empleo publicadas por el empresario donde se incluyen cláusulas discriminatorias por razón de sexo, bien, en las entrevistas de trabajo (Cámara Botía A, 2001, p. 79). En definitiva, el empresario goza de un amplio margen de libertad contractual otorgado por la propia Constitución que en ningún caso debe entenderse como ilimitada y absoluta, como veremos más adelante.

1.1.2. El principio de igualdad

El principio de igualdad contenido en la Constitución encuentra su máxima expresión en el artículo 14 que establece que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Este principio viene recogido, aunque con menor intensidad, en otros artículos del texto constitucional¹⁵.

¹³ Art. 10.1 CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”

¹⁴ Art. 103.3 CE: “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”

¹⁵ Otras menciones sobre la igualdad contenida en la Constitución: art. 1.1 dentro de los valores superiores del ordenamiento, art. 9.2 en cuanto a las funciones positivas de los poderes públicos, 23.2 relativo a los derechos fundamentales, arts. 31 y 32 sobre derechos y deberes de los

El precepto contenido en el artículo 14 ha sido objeto de un amplio tratamiento doctrinal en el que encontramos opiniones divergentes sobre la interpretación del mismo. El objeto de discusión se centra en determinar si el mencionado artículo propugna un único precepto de igualdad o si dentro del mismo coexiste otro sobre prohibición de discriminación. El propio TC, tras la creación del mismo y a la hora de interpretar este artículo en un proceso, trató los conceptos de “igualdad” y “no discriminación” como sinónimos sin hacer distinción entre uno y otro¹⁶. Resulta razonable, por ende, que las posteriores interpretaciones llevadas a cabo por los estudiosos en la materia siguieran la por la misma línea¹⁷. El hecho es que, tras una maduración doctrinal, el TC ha profundizado sobre este precepto señalando su dualidad, así lo refleja en la sentencia 49/1982 FJ 2º, cuando dice que «[e]l principio general de que «los españoles son iguales ante la Ley» establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos, de llevar a cabo ese trato igual[...]»¹⁸. En consecuencia, del texto constitucional contenido en el artículo 14 CE, se desprenden dos disposiciones relacionados entre sí, por un lado, el derecho a la igualdad en la ley y la prohibición de discriminación, por otro.

Existen distintas interpretaciones sobre la eficacia del mandato contenido en el artículo 14 CE. Mientras que el principio de igualdad ejerce sus efectos sobre los poderes públicos y no sobre los particulares¹⁹ (con las matizaciones que analizaremos a continuación), la prohibición de discriminación, sin embargo, vincula tanto a los poderes públicos como a los particulares. Este hecho llevado al ámbito laboral, vendría a significar que el empresario no tiene el deber constitucional de garantizar la igualdad a la hora de seleccionar a los trabajadores pero sí el de no incurrir en discriminación, de modo que, en primicia, la eficacia del principio de igualdad carece de aplicación en las relaciones *inter privados*. Por este motivo nos centraremos de forma más amplia en el estudio del precepto de no discriminación pero no sin antes tratar, brevemente, sobre el principio de igualdad.

Bien, el principio de igualdad, reconocido como uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo, viene recogido en el artículo 14 CE, el cual garantiza la igualdad en la ley de todos los ciudadanos imponiendo que en situaciones análogas se proporcione un trato idéntico. Este derecho encuentra su carácter material en el artículo 9.2 CE, el cual lanza un mandato a los poderes públicos para que éstos adopten todas las medidas necesarias para lograr la efectiva igualdad protegida en el artículo 14 CE.

La concepción de la igualdad como principio o como derecho fundamental ha originado una discrepancia doctrinal. Mientras que algunos autores la conciben como un principio y no como un derecho fundamental, otros, en cambio, prefieren definirlo de las dos formas²⁰. Esta última es la que se consolida en la doctrina constitucional que establece que la igualdad contenida en el artículo 14, no solo es un valor superior del ordenamiento jurídico español, sino también, un derecho subjetivo de los ciudadanos (STC 103/ 1983 FJ 6º).

En cuanto a su eficacia, el principio de igualdad es un mandato dirigido a los poderes públicos y así lo contempla la Constitución en su artículo 53.1 al establecer que “Los derechos y libertades

ciudadanos; art. 39.2 de los principios rectores, arts. 68.1 y 69.2 sobre el sufragio universal, art. 130.1 y art. 149.1.1.

¹⁶ STC 48/1981 FJ 3º.b

¹⁷ PALOMEQUE LOPEZ, M.C y SUAREZ GONZALEZ F. identifican los términos «igualdad» y «no discriminación» como sinónimos.

¹⁸ STC 49/82 FJ 2º

¹⁹ Así viene establecido en la STC 34/1984 FJ 2º: “El problema de este asunto se plantea en un ámbito de relaciones entre particulares, lo que por sí solo no supone la exclusión de la aplicación del principio de igualdad”

²⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER en *Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva* consideran que el principio de igualdad es tanto un principio como un derecho fundamental.

reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. Esta disposición viene ratificada por el TC en varias sentencias, en concreto, en su sentencia 49/1982 que establece en su fundamento jurídico segundo que “La igualdad consagrada en el art. 14, de carácter jurídico, vincula a todos los poderes públicos porque así lo afirma taxativamente el art. 53.1”²¹. En efecto, y como veníamos adelantando, los particulares no tienen la obligación de garantizar la igualdad, pues, este deber está dirigido únicamente a los poderes públicos.

La afirmación anteriormente realizada requiere de una importante matización, puesto que, y como bien afirma el propio TC, la aplicación del principio de igualdad no se ve excluido *per se* en las relaciones entre particulares (34/1984 FJ 2º). Aunque dicha afirmación haya sido realizada en un proceso sobre materia salarial, y no sobre la discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo, que es la materia que nos ocupa, no podemos evidenciar la implicación que tiene en las relaciones laborales y la importancia que supone para el objeto del presente trabajo. Llegados a este punto, nos debemos preguntar si el empresario, como particular está sometido o no a garantizar el principio de igualdad. Díaz Revorio en “*Discriminación en las relaciones entre particulares*” realiza un estudio sobre el problema planteado, pero antes de ver las conclusiones a las que ha llegado el autor, veamos por partes los dos preceptos en los que, a su vez, se divide la igualdad en la ley.

1.1.3. Igualdad ante la ley

La igualdad ante la ley expresa “la igualdad de los sujetos a obtener de la norma jurídica (leyes, reglamentos, convenios colectivos) un trato igual” (Palomeque López M, 2006, P. 4) en el sentido de que a “supuestos de hecho iguales deben ser aplicables unas consecuencias jurídicas que sean iguales también” (STC 49/1982 FJ 2º). Este precepto va dirigido únicamente a los que tienen la potestad de legislar, impidiendo que puedan dictar normas cuyo contenido puedan suponer una desigualdad por algunas de las circunstancias expresamente prohibidas por la Constitución. Los particulares no legislan por lo que no tienen el deber positivo de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad en la ley. Como ya habíamos señalado, de esta afirmación cabe realizar cierta matización, y es que, aunque los Convenios Colectivos se formalizan en el ámbito de la autonomía privada de los particulares (empresarios y representantes de los trabajadores), lo cierto es que tienen fuerza de ley y sus efectos son *erga omnes*, así lo reconoce la Constitución y el TC²². Entendido así, se podría afirmar que los particulares, a la hora de elaborar los convenios, hacen de legisladores y por este motivo también estarían obligados a garantizar el principio de igualdad, de modo que los mismos no podrán contener preceptos que de forma directa o indirecta, supongan desigualdades basadas en el sexo. Pero este planteamiento sigue sin resolverse ya que ni la ley ni la doctrina constitucional han establecido con suficiente claridad hasta qué medida el principio de igualdad en la ley vincula a los particulares; si el contenido del Convenio Colectivo que vincula directamente al contrato de trabajo, debe respetar el principio de igualdad, o puede ajustarse únicamente a la voluntad individual de las partes. Díaz Revorio (2015, p. 72) concluye al respecto señalando que “el convenio colectivo, como fuente del Derecho, sí debe superar esos test derivados del principio de igualdad en la ley, si bien en su aplicación habría que considerar la especial naturaleza del convenio”, es decir, que los convenios, al derivarse de la voluntad de los particulares, gozan de una mayor flexibilidad, en el sentido de que, se podría permitir determinados acuerdos que en una ley serían inadmisibles.

²¹ Art. 53.1 CE “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).”

²² Artículo 37.1 CE, ratificado en la STC 58/1985 FJ 3º

1.1.4. Igualdad en la aplicación de la ley

La igualdad en la aplicación de la ley impone que “un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el contenido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales” (STC 49/1982 FJ 2º). Este precepto va dirigido, única y exclusivamente a los órganos judiciales y administrativos, puesto que son los legitimados para ejecutar las leyes. A los particulares, por lo tanto, se les exime del cumplimiento de dicho mandato, ya que no tienen la potestad ejecutiva de las leyes.

Dentro del análisis sobre la aplicación de los principio de igualdad ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley es pertinente, por la analogía de la materia en cuestión, mencionar la célebre STC 141/1991 cuyos hechos versan sobre unas trabajadoras que, realizando las mismas funciones que sus compañeros varones, ellas sin embargo, percibían una remuneración inferior. El motivo de la diferencia salarial es que el Convenio Colectivo de aplicación establecía una distinción entre “peones” y “limpiadoras” fijando salarios diferentes al encuadrarlos en distintas categorías profesionales, que sin embargo tenían asignadas homólogas tareas. Ante esta situación, las empleadas llegaron al TC, mediante el preceptivo recurso de amparo, suplicando la reparación de la cláusula del Convenio Colectivo que establecía la distinción por no responder a los principios de objetividad y razonabilidad a la hora de establecer los salarios, lo que, a su juicio, entrañaba una desigualdad basada en el sexo y por lo tanto, un quebrantamiento del mandato constitucional contenido en el artículo 14.

En esta sentencia, cuyo laudo fue, en efecto, favorable a las trabajadoras, observamos que el Convenio Colectivo cumple con el principio de igualdad en la ley pero no con el principio de igualdad en la aplicación de la ley. La fijación de salarios diferentes, en un principio, responde a criterios de objetividad y razonabilidad, ya que son dos categorías profesionales diferentes y por lo tanto, han de tener salarios diferentes. En este caso, se cumplía con la igualdad en la ley. La igualdad en la aplicación de la ley, sin embargo, no se cumplía porque en la práctica, tanto “limpiadoras” como “peones”, realizan las mismas funciones, por lo que debían, como reconoció en última instancia el TC, ser remunerados de forma igual. Desaparece así, el cumplimiento del criterio de objetividad y razonabilidad.

Volviendo al principio de igualdad en la aplicación de la ley, es importante precisar que aunque la Constitución garantiza el derecho a la igualdad, no significa que éste adquiera un carácter absoluto e ilimitado, ya que como viene reiterando la doctrina constitucional, ningún derecho es absoluto, tampoco la igualdad. En este sentido, el planteamiento del principio de igualdad se basa en “tratar lo que es igual por igual y lo que es diferente de manera diferente”, de modo que la igualdad no adquiere un valor absoluto, sino que al contrario, se concibe, al entender que existen elementos diferenciadores que tienen relevancia jurídica²³; dicho en otras palabras, la doctrina constitucional permite la diferencia de trato siempre que cumpla con el criterio de “objetividad” y “razonabilidad”. Esta afirmación viene reflejada de manera muy clara en la STC119/2002 FJ 3º cuando establece que

[...]El principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello[...]

La aplicación del juicio de razonabilidad es característica en las actuaciones de los poderes públicos que engendran un límite hacia el derecho a la igualdad²⁴, enjuiciándose así bajo tal

²³ STC 22/1981. FJ 3º

²⁴ Conferencia trilateral Italia/Portugal/España, 2013: La aplicación del juicio de razonabilidad es característica, hoy por hoy, en dos ámbitos: el de la decisión de los casos de “igualdad” y el del examen de las denuncias de vulneración de la “tutela judicial efectiva”

criterio si estas actuaciones son justificables²⁵ y por lo tanto, constitucionales²⁶ o de lo contrario, caprichosas y arbitrarias y por ello, inconstitucionales. Observamos que no todo trato desigual entraña una discriminación, siempre que éste sea justificable; sin embargo, y según la doctrina del TC, no es suficiente justificar un trato desigual para que este sea considerado ajustado a Derecho, es necesario, además, que concurra el principio de proporcionalidad. Con la aplicación de este principio, el TC valora la justificación de las medidas, ya no solo de los poderes públicos sino también de los particulares, que supongan una vulneración del mandato general de no discriminación. Ambos principios pueden, en un determinado momento, parecer similares, sin embargo, uno y otro presentan una diferencia sustancial (Díez-Picazo L.M, 2008, p. 205). Así, mientras que el principio de objetividad y la razonabilidad se aplica al juicio de igualdad, el de proporcionalidad, en cambio, se aplica también al de discriminación. Así lo recoge el propio TC al indicar que:

A diferencia del 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, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad, [l]o 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 (3/2007 FJ 2º)

Dado que los particulares no tienen la facultad de aprobar ni ejecutar las leyes, se entiende por ello que la eficacia de sus actos no pueden ser susceptibles de valoración objetiva y razonable. Por este motivo, en las siguientes páginas, obviaremos el análisis de este principio, centrándonos únicamente en el estudio del principio de proporcionalidad como medida para valorar las actuaciones del empresario que supongan un límite al derecho de la mujer a no sufrir discriminación por su sexo en el acceso al empleo.

²⁵ El test de igualdad implica el cumplimiento de tres requisitos: existencia de una diferencia de trato ante dos o más situaciones comparables, las situaciones han de ser homogéneas y por último, la justificación tiene que ser objetiva y razonable en sentido estricto

²⁶ El TC entiende con “justificable” que los tratos desiguales no tengan carácter arbitrario y caprichoso, sino que sean justificables "según criterios o juicios de valor generalmente aceptables" STC 27/2004, FJ 3º

**PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN
EL ACCESO AL EMPLEO**

CAPÍTULO -2-

2.1. prohibición de discriminación

Como ya habíamos apuntado con anterioridad, la libertad contractual implica la libre disposición por parte del empresario de contratar a quien estime conveniente para la realización de unas determinadas funciones en su empresa con el fin de alcanzar unos objetivos económicos. También apuntamos que dicha libertad no había de entenderse de modo alguno como un derecho absoluto, ya que frente al mismo se encuentra, en lo que aquí nos interesa, el derecho de la mujer a no ser discriminada en el ámbito laboral, el cual no solo implica la formalización de la relación contractual, sino también, el momento previo a la misma, como veremos enseguida. En las siguientes páginas trataremos, ya no sobre la libertad contractual sino, sobre la prohibición de discriminación como límite a dicha libertad.

2.1.1. Prohibición de discriminación por razón de sexo

Sin ánimo de ser reiterativos, recordamos que el texto contenido en el artículo 14 CE establece un doble mandato. Por un lado, la igualdad en la ley, y la prohibición de discriminación, por otro. La eficacia de uno y otro presentan diferencias, ya que, mientras que el primero sólo ejerce sus efectos sobre los poderes públicos, excluyendo de su cumplimiento a los particulares (con la excepción de los convenios colectivos) el segundo, sin embargo, implica también a estos últimos. Con ello se da por supuesto que el empresario, como cualquier particular, también está sometido al mandato constitucional. Así pues, la prohibición de discriminación por razón de sexo contenido en el artículo 14 CE supone un mandato de obligado cumplimiento al empresario, el cual, en cumplimiento del mismo, no podrá basarse en criterios discriminatorios por razones sexuales a la hora de seleccionar a sus empleados. En efecto, la prohibición de discriminación actúa como límite a la libertad contractual del empresario, sin embargo, no resulta sencillo determinar qué se considera una actuación discriminatoria, puesto que no toda desigualdad de trato implica discriminación.

Ya de entrada, la propia etimología de la palabra “discriminación” denota exclusión, rechazo hacia algo o hacia un determinado colectivo por cualquier motivo (DRAE). La discriminación por razón de sexo, sería siguiendo en esta línea, el rechazo hacia el sexo opuesto, interesándonos en el presente trabajo, únicamente el rechazo hacia el sexo femenino a la hora de acceder al empleo, y ello debido a que, histórica y coyunturalmente, la mujer ha tenido mayores dificultades de acceso al empleo en comparación con los hombres. Esta diferencia denota la necesidad de equilibrar la participación de ambos sexos en todos los ámbitos con el fin de lograr la igualdad real preceptuada en el art. 9.2 CE (STC 12/2008 FJ 7º).

La influencia del Derecho Internacional en la interpretación de la noción de discriminación por el TC, ha sido muy significativa. De un lado, porque según lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, los derechos fundamentales, dentro de los que se encuentra el artículo 14, deben ser interpretados conforme a las normas internacionales ratificadas por España. A estas razones se suman, en el caso del Derecho Comunitario, que por el efecto del art. 9.3 CE y del principio de primacía del Derecho comunitario, sus normas son de aplicación inmediata en España. Así, dentro del elenco normativo, tanto internacional como comunitario en materia de igualdad y no discriminación por razón de sexo²⁷, destacamos, por su especial relación con el objeto de nuestro trabajo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el cual recoge en su art. 14 la prohibición de discriminación por razón de sexo. También destacamos la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus

²⁷ Por citar algunas: La DUDH (arts. 1, 2, 7 y 23); Convenio nº 100 de la OIT, de 29 de junio de 1951 sobre igualdad de remuneración, la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, etc.

sigas en inglés) de 18 de diciembre de 1979, el Convenio 111 de la OIT, de 25 de junio de 1958 sobre discriminación en el empleo y la ocupación.

En la misma línea, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) propugna en sus arts. 21 y 23 la prohibición de todo tipo de discriminación así como la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos.

La Directiva 2002/73/C.E.E del Consejo de 23 de septiembre de 2002 relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y ocupación profesional y las condiciones de trabajo.

La CEDAW, que ha sido incorporada en la normativa española mediante la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (en adelante, LOI), define la discriminación como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer[...]” en todas las esferas. Por su parte, el Convenio 111 de la OIT, define la discriminación como toda exclusión, por motivos entre los cuales incluye el sexo, “que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”, y finalmente, en el decisivo Derecho la Directiva 2002/73 condena todo tipo de discriminación basada en el sexo, ya sea directa o indirecta.

En definitiva, observamos que existe abundante normativa internacional adoptada para hacer frente a las constantes barreras a las que se enfrentan las mujeres a las hora de acceder al empleo. En lo que respecta a la normativa española sobre prohibición de discriminación por razón de sexo, a parte de los preceptos de la Constitución ya señalados, destacamos el ET, que prohíbe en su artículo 17.1 tanto la discriminación directa como la indirecta por razón de sexo y la LOI la cual recoge en su artículo 6 la prohibición de todo tipo de discriminación por razón de sexo.

En cuanto al tratamiento jurisprudencial sobre discriminación por razón de sexo, hemos de señalar que éste tiene ya un amplio recorrido en la jurisprudencia del Alto Tribunal. Si bien es cierto que al principio el TC no distinguía, como dijimos, entre igualdad y no discriminación, más cierto es que, tras un largo periodo de maduración, este órgano ha profundizado en el análisis del termino en cuestión. En consecuencia, y según la doctrina del TC, la discriminación comprende “aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancia que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca”²⁸, de modo que la noción de discriminación no solo hace referencia al sexo en sí, si no también a cualquier condición subjetiva ligada al mismo. Para una mejor comprensión, pongámonos en el caso de una oferta de empleo que incluye como requisito el no estar embarazada. Pues bien, este requisito supondría una discriminación por razón de sexo porque, aunque no excluya expresamente a las mujeres, sí lo hace de forma implícita, ya que hasta nuestros tiempos, la condición de quedarse embarazada, biológica y científicamente hablando, sólo afecta al género femenino. Por lo consiguientes, y hasta que los hombres no puedan asumir la condición de quedarse “embarazados”, dicho requisito seguirá siendo constitutivo de discriminación por razón de sexo²⁹.

La prohibición de discriminación no solo se impone al empresario en el momento de la formalización del contrato a efectos de salario o promoción en el trabajo, sino también, en el

²⁸ STC 74/2008, de 23 de junio, FJ 2º. Para mayor consulta: SSTC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4º; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3º; 17/2007, de 12 de febrero, FJ 3º

²⁹ Esta idea viene reflejada de manera explicativa en la STC 173/1994 FJ 2º al establecer que “Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres”

momento previo, es decir, en las ofertas y entrevistas de trabajo. Cabe preguntarnos ahora cuándo se considera que el empresario incurre en discriminación por razón de sexo. Bien, según el TJUE asunto C-177/88, el empresario viola el principio de igualdad de trato

si se niega a celebrar un contrato de trabajo con una candidata que consideraba apta para ejercer la actividad de que se trate cuando esta negativa de contratación se basa en las eventuales consecuencias perjudiciales para el empresario, que se seguirían de la contratación de una mujer embarazada[...]

El dictamen del TJUE en este caso concreto es bastante claro aunque se trate del caso de una mujer embarazada que, aun siendo apta para el puesto, fue rechazada por su condición. Se entiende, por consiguiente y según el razonamiento del Tribunal, que no sería discriminatorio si el empresario hubiera alegado otro motivo distinto a su condición de embarazo desvinculado a su intrínseca condición de mujer. Es decir, si la mujer, aún estando embarazada, no fuese apta para el puesto de trabajo, y así lo hubiera justificado el empresario, no se entendería pues, que hubiera existiendo un trato desigual; por lo que no se trata de proteger a la mujer embarazada sino de justificar la existencia o no de un trato discriminatorio por razón de sexo. Si nos ponemos en el supuesto de una mujer que no estuviera embarazada, tal es el caso de la STC 229/92, nos damos cuenta de que el planteamiento es el mismo. En este proceso, que versa sobre la denegación de contratación de una mujer para el puesto de ayudante minero, el TC ha dictaminado que el empresario vulnera el derecho de la mujer a no sufrir discriminación por razón de su sexo, porque no ha probado que la no contratación de la mujer obedeciera a otras circunstancias que no fueran precisamente su sexo.

Observamos que del mismo modo que a los poderes públicos se les exige una justificación objetiva y razonable ante las medidas adoptadas por los mismos que puedan generar una diferencia de trato, a los particulares también se les exige la justificación de sus actuaciones con el firme propósito de evitar decisiones arbitrarias y caprichosas que limiten los derechos de las personas. Profundizaremos más sobre esta cuestión.

La prohibición de discriminación por razón de sexo no solo implica aquellos tratos peyorativos hacia las mujeres cuyos resultados son formalmente perceptibles, sino también “aquellos tratamientos que se ocultan bajo una apariencia que en absoluto resulta evidente” (Pérez del Río, T, p. 4). Se prohíbe de esta manera, tanto la discriminación directa como la indirecta.

2.1.2. Discriminación directa

La discriminación directa viene muy bien definida en el artículo 2 de la Directiva 2002/73/CEE al definirla como “la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo”. Esta definición ha sido transpuesta en la normativa española a través de la LOIMH³⁰ en los mismos términos. El trato discriminatorio directo contempla, por tanto, una situación presente, pasada o futura. Con ello se pretende desterrar todas aquellas actuaciones discriminatorias que han venido afectando a los colectivos históricamente discriminados³¹, entre los que se encuentra el colectivo femenino.

El Alto Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este concepto³². En un de ellas, en la reciente STC 66/2014, establece en su FJ 2º que 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

³⁰ Art. 6 LOIEMH: “Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable”

³¹ FERNANDEZ REY MARTÍNEZ Y DAVID GIMÉNEZ GLÜCK los clasifican en rasgos de género, etnia/raza, religión/convicciones, edad, discapacidad, orientación sexual.

³² Para mayor consulta: SSTC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4º; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3º; 17/2007, de 12 de febrero, FJ 3º; 233/2007, de 5 de noviembre,.

de una minusvaloración o de un perjuicio laboral”[...]. Por ello, constituye una discriminación directa por razón de sexo el establecimiento de una cláusula en la oferta de empleo que demande únicamente al colectivo masculino o que prohíba la concurrencia de mujeres embarazadas, puesto que la discriminación directa por razón de sexo no solo admite la exclusión de género sino también cualquier circunstancia ligada a éste, como puede ser el embarazo o la maternidad (STC 182/2005, FJ 4º). La decisión del empresario de rechazar la contratación de una mujer carece de legitimidad cuando éste haya sido el principal motivo, ya que como bien fundamenta el TC, atenta contra la dignidad humana del artículo 10 CE³³, “no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio” STC 66/2014 FJ 2º. De modo que si el empresario justificara la no contratación de una mujer basándose en los futuros costes que supondrían para la empresa (durante periodo de baja por maternidad, como ocurre en la sentencia del TJUE asunto C-177/88), esta justificación carecería de legitimidad porque, aparte de suponer una razón prohibida, vulnera la dignidad de la mujer que se ve rechazada precisamente por su condición de mujer. En cambio, si la justificación de la no contratación se basara en que la mujer no está cualificada para el puesto (hecho que tendrá que probar el empresario con la inversión de la carga de la prueba sobre la que incidiremos más adelante), estaríamos ante una decisión legítima, en tanto que está justificada.

Sin embargo, la mera concurrencia de factores diferenciadores por razón de sexo no constituye *per se* una discriminación, ya que como bien expresa el TC, solo se entenderá que se ha producido una lesión del mandato constitucional recogido el artículo 14 CE cuando “se acredite que el factor prohibido representó el fundamento discriminatorio”. Con ello, el TC establece la obligatoriedad de justificar los motivos en los que se basan la eventual vulneración del derecho infringido. Así pues, ante una oferta de empleo o un método de selección discriminatorios por razón de sexo, la mujer que considere vulnerado su derecho a no sufrir discriminación, tendrá que motivar que su no contratación se ha debido a su condición de mujer.

Para concluir con esta parte, cabe advertir que la legitimación activa para proceder a la defensa del derecho a la no discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo no solo puede ser ejercitado por parte de la víctima. El TS ha reconocido esta legitimación también a los sindicatos como entes cuya función es la de proteger los intereses de los trabajadores. Así, en la STS de 18 de febrero de 1994, el TS ha reconocido que la tutela del derecho a no ser discriminado en el ámbito laboral es un derecho cuya tutela se puede ejercer tanto de forma individual como colectiva. En este último caso, cuando afecta a un colectivo de trabajadores.

2.1.3. Discriminación indirecta

Si la discriminación directa por razón de sexo consiste en aquellos tratamientos peyorativos intencionados y abiertos por motivos sexuales, la discriminación indirecta, en cambio, se esconde bajo una aparente legalidad cuyo trato discriminatorio resulta difícil destapar. La definición aportada por la Directiva 2002/73/CEE al respecto es bastante completa al definirla como

la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

Un ejemplo de ello es el que se examina en el caso de las “limpiadoras” al que ya hemos hecho referencia³⁴, en el cual, una disposición del convenio colectivo que aparentemente era legal, sin

³³ Art. 10.1 CE “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”

³⁴ Vid. STC 229/1992

embargo, producía efectos discriminatorios hacia el colectivo femenino en su aplicación. En esta sentencia el TC amplía la noción de discriminación directa para incluir también la de discriminación indirecta, porque entiende que la situación de inferioridad en la que se ha venido colocando históricamente a las mujeres requiere de un enriquecimiento y ampliación de la noción. De modo que el TC define la discriminación indirecta por razón de sexo como toda discriminación que “incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado[...]”. (STC 145/1991 FJ 2º). Al hilo de la fundamentación realizada por el TC en el caso de las “limpiadoras”, en la STC 3/2007 FJ 3º, amplía la aplicación de la noción de discriminación indirecta por razón de sexo estableciendo que no es imprescindible en todo caso, aportar un *tertium comparationis* para justificar la diferencia de trato discriminatorio entre ambos sexos, puesto lo que se compara “no son los individuos”, [s]ino grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 CE, en nuestro caso las mujeres”.

Esta es una de las circunstancias que se produce a raíz del artículo 161.1b) de la LGSS³⁵, sobre el que ya se ha pronunciado el TJUE declarando la discriminación indirecta que se produce hacia las mujeres por el ser el colectivo al que más afectan los contratos a tiempo parcial en España. Según sentenció el TJUE (asunto C-385/11) en el párrafo 29 “existe discriminación indirecta en el sentido del artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE³⁶ cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres”. Por su parte, el TEDH (*asunto García Mateos c. España*) reconoce el derecho de una mujer a ser indemnizada por no haber podido disfrutar de una reducción de la jornada por el cuidado de su hijo, lo cual constituye una vulneración del principio de no discriminación indirecta por razón de sexo.

2.2. Límites a la libertad de empresa

Como veníamos adelantando, tanto los poderes públicos como los particulares están sometidos a la Constitución y al conjunto del ordenamiento jurídico. Los primeros deben hacer lo que les está obligado mientras que los segundos pueden hacer lo que no les está prohibido. Este último matiz implica que el empresario pueda contratar a quien aprecie para la consecución de sus propios intereses patrimoniales, ya que la ley no le impone la contratación de determinadas personas. Dicho así parece entenderse que el empresario goza de una completa libertad a la hora de contratar, cosa que no es del todo cierto como comprobaremos a continuación. En realidad, más bien, puede contratar a quien estime siempre que, como sucede en materia discriminatoria, no esté prohibido por la ley o, más aún, por la Constitución.

Para evitar decisiones arbitrarias que puedan suponer una barrera al acceso al empleo por parte de las mujeres, la ley establece unos límites a la libertad de empresa, que como bien expresa Rodríguez-Piñero (2005, p. 420) no constituye un límite en sí, sino un uso legítimo de la misma. El primer límite viene recogido en el propio texto constitucional, en concreto, en sus artículos 14 y 35.1. El artículo 14, que como ya expusimos previamente, vincula al empresario, que como cualquier particular, deberá abstenerse de incurrir en discriminación por los motivos establecidos en este artículo entre los que se recoge expresamente el sexo. El artículo 14 CE contiene un mandato general que cobra fuerza en el artículo 9.2 CE que es el que impone a los

³⁵ El cual establece un cálculo para la pensión de jubilación que resulta discriminatorio para trabajadores a tiempo parcial en comparación con los trabajadores a tiempo completo.

³⁶ La Directiva establece en su art. 4 la prohibición de discriminación por razón de sexo por varios motivos entre los que incluye el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

poderes públicos la tarea de llevar a cabo la igualdad enunciada en el art. 14 CE, es decir, de proponer medidas que favorezcan la integración social, política y económica de todas las personas en condiciones de igualdad. Este mandato supone el primer límite que establece la Constitución a la libertad de empresa, puesto que dentro de su libertad de autonomía privada, que incluye la libertad de contratación, no podrá llevar ésta a cabo en condiciones de discriminación por razón de sexo.

El artículo 35.1, por su parte, establece el deber y el derecho a trabajar sin que pueda hacerse de forma discriminatoria por razón de sexo. En este precepto se precisa con mayor claridad la imposición del límite a la libertad de empresa, ya que se reconoce el derecho al trabajo sin que el empresario pueda impedir el acceso al mismo mediante la imposición de determinadas condiciones discriminatorias por razón de sexo. Nos damos cuenta de que, mientras que el artículo 14 CE establece una fórmula general sobre igualdad y prohibición de discriminación por varios motivos, el artículo 35.1 CE, sin embargo, recoge únicamente la prohibición de discriminación por razón de sexo, lo que viene a suponer una protección reforzada a los motivos fundados en el sexo dentro del ámbito laboral.

Se reconoce así el acceso al empleo de todos los ciudadanos sin que dicho acceso pueda hacerse de forma discriminatoria por motivos de sexo, lo que significa que al empleador se le prohíbe expresamente el establecimiento de determinadas cláusulas en las ofertas de empleo que supongan un impedimento para que las mujeres puedan optar a ello en igualdad de condiciones que los hombres. Se considera como cláusula discriminatoria, y además, directa y palmaria, por ejemplo, la oferta de empleo que imponga como requisito el pertenecer al sexo masculino o el no estar embarazada; en este caso, se solicita a un perfil específico obstruyendo cualquier posibilidad de las mujeres a optar por el puesto que se oferta. Vemos que, por un lado, el art. 38 reconoce la libertad de crear entes sociales con personalidad jurídica propia, lo cual implica que para su constitución, sea su creador el que elija, según sus preferencias, la mano de obra que vaya a hacer efectivo el proyecto empresarial. Pero por otro lado, la misma Constitución limita este derecho cuando dice que *“sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”* lanzando así, un mandato imperativo de prohibición de discriminación por razón de sexo que el TC ha avalado al establecer que *“La conducta empresarial, fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo, no puede ser valorada como un mero acto de libertad indiferente para el Derecho”* (STC 173/1994 FJ 3º).

La Constitución no es el único texto legal que impone unos límites a la libertad de empresa, pero como advertimos al principio, no entraremos a examinar los preceptos contenidos fuera de la Constitución, simplemente apuntar, por la importancia que merece, el resto de normas que recogen la prohibición de discriminación por razón de sexo en desarrollo de lo prescrito en la norma fundamental. Así, y en contestación con el máximo valor de los derechos fundamentales, el artículo 17 ET anula y deja sin efecto todas las circunstancias que se produzcan en el ámbito de las relaciones laborales, ya sea una vez iniciada la relación o con carácter previo al inicio de la misma, que den lugar a situaciones discriminatorias por diferentes motivos entre los que incluye formalmente el sexo. En la misma línea, la LOI establece en su art. 10 las consecuencias jurídicas de las conductas de los empresarios que sean discriminatorias por razón de sexo, anulando las mismas con las correspondientes indemnizaciones por los daños originados por el trato discriminatorio. La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, por otro lado, tipifica como faltas muy graves en materia de empleo, el establecimiento de condiciones que constituyan discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo. Finalmente, aunque con una eficacia jurídica más discutible, la Estrategia Española de Activación para el Empleo también se ha pronunciado al respecto prohibiendo la discriminación por razón de sexo en el acceso empleo por parte de los servicios públicos de empleo, así como a sus colaboradores y las agencias de colocación.

En consecuencia, y como ya habíamos adelantado, dentro del margen de libertad de autonomía que la propia Constitución concede al empresario, está el límite de no incurrir en discriminación por razón de sexo, lo que significa que éste podrá incluir en las ofertas de empleo cuantos requisitos desee siempre que éstos no estén prohibidos. Es menester recordar en este punto que,

la prohibición de discriminación, al igual que el resto de derechos fundamentales, no es un derecho absoluto, lo que significa que se permiten los tratos desiguales siempre que estén justificados. Toca en este punto analizar los supuestos en los que el empresario puede ofrecer un trato desigual sin que éste suponga una discriminación por razón de sexo.

2.2.1. Justificación de un trato desigual

Las preferencias del empresario de contratar o no a un determinado colectivo, se enmarca dentro de su libertad contractual. Esta preferencia, que puede significar la exclusión del colectivo femenino en los procesos selectivos, está avalada por normas internacionales. Así, el artículo 1.2 del Convenio núm. 111 OIT declara que “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”. Esta justificación resulta razonable, puesto que el empresario, entre un conjunto de candidatos, elegirá al que esté más cualificado, entendiendo con ello que, no comportaría una discriminación por razón de sexo cuando de este conjunto, elija a los varones por estar éstos más cualificados para el puesto en cuestión. La justificación de un trato desigual que ofrece el art. 4.1 de la Directiva 2002/73/CE.E, en cambio, resulta bastante cuestionable desde el punto de vista de la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo dada su redacción, la cual establece que:

no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.

Este artículo conforma una de las medidas protectoras a favor de la mujer que prohíbe a los Estados la contratación de mujeres para determinados trabajos³⁷. El TC se ha pronunciado al respecto³⁸ al señalar que las normas protectoras no deben ser utilizadas para limitar el acceso de las mujeres a determinados puestos, ya que supone una desigualdad con respecto al sexo opuesto y les confiere a las mujeres la atribución del “sexo débil”. Según fundamentos del TC, estas normas protectoras tienen un carácter histórico³⁹ que carece de razón de ser en la actualidad⁴⁰. En palabras del propio TC, la prohibición de determinados trabajos para las mujeres, “no puede ser calificada como una medida de acción positiva[...]para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que no favorece a ésta sino que más bien la restringe al impedir a la mujer acceder a determinados empleos” (STC 229/1992 FJ 2º), lo que responde más, continúa fundamentando el TC, “a un estereotipo que a diferencias reales naturales o biológicas, y produce en todo caso en el mercado de trabajo unos efectos claramente discriminatorios al suponer para la mujer un especial límite o desventaja” (ibid., FJ 3º). Pero aun cuando el propio TC se haya mostrado en contra de estas medidas, lo cierto es que algunas siguen vigentes y se siguen aplicando.

A nuestro parecer, estas normas eternizan los estereotipos de *fragilitas sexus* reduciendo las posibilidades de las mujeres a realizar ciertas tareas que por las condiciones de las mismas, podría suponer un peligro para su salud. De modo que el empresario podrá justificar la no contratación de una mujer basándose en su falta de cualificación, o cuando ésta no sea la causa, apoyarse en que “la propia naturaleza del trabajo” no permite su contratación. Precisamente

³⁷ Convenio 45 OIT de 1935, art. 8.4 b) de la Carta Social Europea o el Decreto de 26 de julio de 1957, son unos de los instrumentos adoptados para la protección de la mujer frente a determinados trabajos.

³⁸ Vid. STC 229/1992

³⁹ Con la sobre-explotación de las mujeres se vio la necesidad de aprobar normas protectoras frente a los abusos sufridos por las mujeres en el ámbito laboral.

⁴⁰ El TC declara inconstitucional el art. 1 del Decreto de 26 de julio de 1957 que prohibía el trabajo de la mujer en el interior de las minas.

para evitar que sus preferencias se sustenten sobre criterios caprichosos y arbitrarios, que pueden suponer una discriminación para la mujer en el momento de acceder a un determinado puesto, no solo se le exige la justificación de sus actuaciones sino que, además, éstas han de estar proporcionadas. La aplicación del principio de proporcionalidad sirve a los tribunales para sopesar la primacía o preponderancia de un derecho sobre otro (Bernal Pulido C. 2005, p. 566), pero resulta difícil ofrecer una definición concreta del principio de proporcionalidad. Veamos detenidamente en qué consiste.

2.2.2 El principio de proporcionalidad

La interpretación del principio de proporcionalidad ha originado un importante debate doctrinal, por ello, y sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo sobre la materia, debido a la profundidad que requiere, sólo nos centraremos en aquellos aspectos que consideramos abordables para nuestro trabajo. El objeto de discusión, al que intentaremos dar respuesta en las siguientes líneas, se centra en determinar cuál es el criterio mediante el cual los tribunales resuelven los conflictos en los que dos derechos fundamentales *inter privatos* entran en conflicto. No olvidemos que en nuestro caso particular, estamos tratando sobre el derecho del empresario a contratar a la persona que estime, en confrontación con el derecho de la mujer a acceder al empleo sin ser discriminada por razón de su sexo.

La ambigüedad que entraña el concepto de proporcionalidad explica que tanto los estudiosos en la materia como el propio TC no hayan podido proporcionar una definición plausible sobre este principio y su aplicabilidad, de allí que exista esta controversia doctrinal. Antes de examinar las diferentes opiniones aportadas, vamos a realizar una breve pausa para explicar, en qué consiste el principio de proporcionalidad.

Bien, que algo sea proporcional, se entiende con ello que ha de ser equilibrado (DRAE), de modo que la afectación de un derecho, originado por la actuación de un tercero, tiene que estar no solo justificada, sino ser lo más equilibrada posible.

Para medir dicha proporcionalidad se exige la concurrencia de tres elementos⁴¹ que son los que conforman el principio de proporcionalidad⁴². A saber: que la medida sea adecuada o idónea, es decir, que los medios adoptados, cuyos efectos limitan el derecho, sean efectivos para la consecución del fin pretendido; que la medida sea necesaria, entendiendo por necesidad, que entre un conjunto de posibilidades, se opte por la que resulte menos gravosa para el derecho afectado; y por último, que la medida sea proporcional en sentido estricto; es decir, que una vez superado los dos anteriores, (idoneidad y necesidad), exista una correlación entre el beneficio obtenido, y el derecho afectado⁴³. (Brage Camazano J. 2004, p. 220). Tras explicar brevemente y de forma general el principio de proporcionalidad, vamos a proceder a conocer las diversas opiniones de los estudiosos en la materia acerca de su aplicabilidad y eficacia.

Dentro de las diversas opiniones aportadas, nos encontramos que existe un sector doctrinal que sostiene que el principio de proporcionalidad es un criterio aplicable únicamente a las actuaciones de los poderes públicos. Existe otro sector que mantiene que es aplicable tanto a las actuaciones de estos últimos como a las de los particulares; un tercer grupo propone como medida de solución de este tipo de conflictos, la proporcionalidad en sentido estricto, o ponderación, y por último existe una parte que considera que el TC no tiene legitimidad para aplicar el principio de proporcionalidad puesto que no viene reflejado en la Constitución. Entre los primeros se encuentra Brage Camazano (ibíd. p. 216) que afirma que el principio vincula tanto a la legislación como a la administración, aunque reconoce la existencia de determinados

⁴¹ Aunque PRIETO SANCHIS L. considera que se trata más bien de cuatro elementos (legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)

⁴² STC 66/1995: en esta sentencia el TC plasma la fórmula acuñada por el Tribunal Constitucional alemán al mencionar por vez primera, los tres requisitos germanos.

⁴³ El tercer elemento del principio de proporcionalidad es la ponderación. Así lo sostienen autores como BERNAL PULUDO o ROBERT ALEXY, entre otros.

supuestos en los que se debe aplicar en las actuaciones de los particulares. Otra de las aportaciones al respecto, la realizan Encarnación Roca Trías y M. Ángeles Ahumada Ruiz en la Conferencia Trilateral Italia/Portugal/España sobre *los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española* (Roma, 2013), durante la cual reconocen la aplicabilidad del principio de proporcionalidad por parte del TC en todo tipo de proceso, pero atribuyen su idoneidad a casos concretos⁴⁴ entre los cuales no se encuentra el conflicto entre dos derechos fundamentales.

En resumidas cuentas, para esta parte de la doctrina, la aplicación de la proporcionalidad se enmarcaría en el ámbito de las relaciones Estado-ciudadano, siendo la proporcionalidad el criterio utilizado para controlar la constitucionalidad de las normas o actuaciones judiciales y administrativas que por su injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos, suponga una limitación a los mismos.

Con respecto al segundo sector, destacamos, por su especial dedicación al estudio de dicho principio, a Carlos Bernal Pulido. Para este autor, el principio de proporcionalidad cumple una función específica, y es la de

Estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes”. Atendiendo a esta definición, la proporcionalidad consistiría en realizar un control sobre la constitucionalidad de las leyes o de las decisiones judiciales y administrativas que incidan sobre el conjunto de derechos fundamentales (ibíd. p. 77).

Según Bernal Pulido, la proporcionalidad entendida como tal, vendría a ser un criterio mediante el cual se realiza un control de constitucionalidad de las leyes cuando éstas tienen incidencia en los derechos fundamentales garantizados y protegidos en la Constitución. De este primer análisis sobre la noción de proporcionalidad, deducimos que no sería un criterio aplicable a las actuaciones de los particulares, puesto que no tienen la facultad de aprobar ni de ejecutar leyes. Así pues, sólo sería aplicable a los que sí gozan de esta facultad (legisladores, jueces y órganos administrativos). Este mismo autor sostiene que, donde opera el principio de proporcionalidad, también opera el de ponderación, “pues son dos figuras que en su ámbito de aplicación resulta coincidentes” (ibíd. P. 567).

Brague Camazano, por su parte, considera que aunque la ponderación es el criterio a utilizarse para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, existen determinados supuestos en los que el principio de proporcionalidad en sentido amplio debe ser el utilizado. Uno de estos supuestos, explica el autor, es el que se da en el ámbito de las relaciones laborales cuando el derecho del empresario colisiona con el derecho del trabajador, “pues la situación de supraordenación del primero y de subordinación del segundo implican una situación excepcional que justifica la aplicación de los criterios que rigen para las actuaciones de los poderes públicos” (ibíd. p. 416).

Observamos así que para esta otra parte, la aplicación del principio de proporcionalidad en su sentido amplio sería aplicable tanto a las medidas de los poderes públicos como a las de los particulares que suponen una incidencia en los derechos fundamentales.

En último lugar está el sector que sostiene que el principio de proporcionalidad no sería susceptible de aplicación en las relaciones entre particulares como medida para justificar la prevalencia de un derecho sobre otro, puesto que se trata de una relación entre iguales y en la que el criterio idóneo para la resolución del conflicto, sería la ponderación. Dentro de los que sostienen esta idea, destacamos a José María Rodríguez de Santiago, que mantiene que el principio de proporcionalidad en sentido amplio “solo se lleva a la práctica cuando los derechos fundamentales son objeto de intervención por

⁴⁴ Los supuestos que son idóneos para la aplicación del principio de proporcionalidad serían: el art. 17CE (referente a l goce de la libertad), el art.16.1CE (libertad religiosa), art.28.2 CE (en cuanto al Derecho a la libre sindicación) y art.21CE (Derecho de reunión).

parte de las medidas estatales, y que, en cambio, la ponderación se aplica cuando la intervención en el derecho proviene de un acto particular” (2000, p. 109). Para Rodríguez de Santiago, los otros dos subprincipios (idoneidad y necesidad) no serían aplicables a los supuestos de conflictos entre derechos fundamentales. Solozábal Echavarría (1991 p. 99) Por su parte, afirma que “La resolución de los conflictos entre derechos constitucionales ha de establecerse en cada caso como consecuencia de una ponderación”

No habiendo hallado en la doctrina una respuesta contundente acerca del criterio a aplicar cuando dos derechos fundamentales colisionan entre sí, toca ahora acudir a la doctrina del TC, como máximo intérprete de la norma constitucional. El criterio manejado por el TC para resolver los conflictos que se producen cuando dos derechos fundamentales colisionan en el ámbito laboral, produce cierta confusión, puesto que en unos casos parece entenderse que es la proporcionalidad, como ocurre en el caso de la STC 219/1992 FJ 2^o⁴⁵ al sostener que el criterio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad, que “exige que toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada en el contenido y finalidad de cada uno de ellos”. Y en otros casos, parece entenderse que el criterio a utilizar es la ponderación como es el caso de la STC 104/1986, en la cual expresa en su FJ 5^o que

nos encontraremos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación[...]haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras.

Aunque el párrafo extraído de la sentencia citada versa sobre el derecho al honor y no sobre el que nos ocupa, la cuestión es que nos encontramos ante el mismo supuesto, en el que existe un conflicto entre dos derechos fundamentales que requiere, como bien ha fundamentado el TC, de una ponderación. En otro supuesto de conflictos entre el derecho del empresario y el trabajador, el TC alude al mismo criterio para resolver el conflicto aunque en ninguno de los casos llega a determinar con suficiente claridad el significado de la ponderación.

No obstante, la frecuencia con la que el TC ha utilizado el criterio de ponderación para resolver los conflictos entre derechos fundamentales nos lleva a la conclusión de que ha de ser éste el criterio a aplicar y no la proporcionalidad en sentido amplio, de modo que ante los supuestos en los que la mujer se ve discriminada por razón de su sexo por una actuación del empresario que impide su acceso al empleo, la solución será la ponderación entre los dos derechos en conflicto para decidir la prevalencia de uno sobre otro en el caso concreto de que se trate.

A nuestro parecer, la eficacia del principio de proporcionalidad en sentido amplio como criterio para medir las actuaciones del empresario que suponen una limitación al derecho de la mujer a no ser discriminada por su sexo, no sería un criterio eficaz debido a las importantes lagunas que presenta. Nuestra posición se inclina más al sector doctrinal que sostiene como criterio de medida la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación y no la proporcionalidad en sentido amplio. Consideramos que ante este tipo de conflictos, donde existe una confrontación entre dos derechos, sería necesario valorar *prima facie* y de forma justificada, la supremacía de uno sobre otro sin que ello signifique que en un determinado caso concreto, el derecho primado, vaya a obtener un carácter absoluto en todos los procesos. A nuestro juicio, la proporcionalidad en sentido amplio no sería eficaz para la resolución de estos conflictos y ahora explicaremos porqué.

⁴⁵ SSTC 66/1995, 55/1996 y 207/1996. El TC da a entender en las sentencias citadas que el ámbito propio del principio de proporcionalidad se ciñe a las relaciones entre Estado y ciudadano.

⁴⁵ Sobre la misma materia: SSTC 20/1990, 171/1990, 240/1992 y 106/1996

En primer lugar, porque estamos ante un supuesto de conflicto entre dos derechos fundamentales (libertad de empresa frente al derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo). Y pese a la diferencia de la posición que ocupa uno y otro en el texto constitucional, siendo el derecho de igualdad y no discriminación uno de los derechos considerados fundamentalísimos, cuya tutela se puede ejercer mediante el recurso de amparo ante el TC, la libertad de empresa sin embargo, no adquiere esta condición de derecho fundamentalísimo y su ejercicio no puede ser tutelado en amparo, la realidad es que tanto el empresario como la mujer, son dos sujetos que están ejercitando un derecho que les está reconocido. Es cierto, como afirma Brague Camazano, que existe una diferencia de posición social entre empresarios y trabajadores, en la cual, el segundo se encuentra en una posición de subordinación frente al primero, y que como expresa Revorio, el efecto de la expansión económica ha derivado en una necesidad de defender a los trabajadores no solo frente al Estado sino también frente a los empresarios (2015, p. 19), pero, a nuestro juicio, no sería favorable para la mujer que para la resolución de un conflicto entre su derecho y el del empresario, se aplicara el mismo criterio para con las actuaciones de los poderes públicos que originan el mismo daño. Si empleáramos el principio de proporcionalidad en sentido amplio a las actuaciones del empresario que limitan el derecho de la mujer, estaríamos colocando al mismo en la misma posición que un legislador, un juez o un órgano administrativo, puesto que sus actuaciones estarían sujetas al mismo criterio de valoración. De modo que, siendo el empresario, una persona física que, bajo la manta jurídica, se entiende, se halla en la misma posición que la mujer, el criterio que cobraría eficacia, sería pues, una ponderación entre los dos derechos en cuestión. Para reforzar nuestra posición, no podemos dejar de lado que, como bien expresa la CE en su artículo 53.1

Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

De modo que el empresario no es un poder público cuyas actuaciones puedan derivar en una limitación de los derechos fundamentales protegidos en la norma constitucional de otros particulares, sino que, como otro particular, es sujeto de un derecho cuyo ejercicio, se ve contrapuesto con otro, en este caso, el de la mujer no ser discriminada por su sexo a la hora de acceder al empleo. No podemos, en este sentido, otorgar al empresario la condición de un ente público midiendo si sus actos han sido idóneos o necesarios, sino llevar a cabo una ponderación entre su derecho y el de la mujer⁴⁶. Cabe en este punto recordar el matiz apuntado en cuanto a la vinculación del principio de igualdad en los particulares. En este supuesto, en el que los particulares (empresario y representante de los trabajadores) actúan como legisladores, mediante la creación de un Convenio Colectivo, que como recordaremos, tiene un carácter *erga omnes*, la proporcionalidad en sentido amplio sí sería susceptible de utilización como medida de valoración, en tanto que, se trata de una norma con rango de ley, que aunque se enmarque dentro de la autonomía privada de las partes que lo aprueban, sí debería, a nuestro parecer, superar los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El segundo motivo en el que se basa nuestra inclinación por la ponderación como medida para la resolución de los supuestos en los que dos derechos se contraponen, es la poca eficacia que supone para el control de las decisiones unilaterales del empresario que puedan vulnerar el derecho de las mujeres a acceder al empleo en igualdad de condiciones que los hombres. Y esto es debido a que sería sumamente complicado destapar las verdaderas intenciones del empresario bajo las ofertas de empleo que pueden tener una apariencia legal y bajo las cuales se esconde la verídica intención de discriminar a las mujeres. Pongamos con ejemplos, la evidencia de esta falta de eficacia:

⁴⁶ A esta idea se opone GUTIERREZ GUTIERREZ al sostener que hay situaciones en las que “algunos particulares pueden ejercer un poder semejante al de los poderes públicos”.

En cuanto al criterio de idoneidad, ¿cómo se mide la adecuación de una oferta de empleo que exija como requisito, por poner un ejemplo, el ser hombre?. En primer lugar, es evidente que una oferta de empleo cuyos requisitos excluyen directamente a las mujeres, supone una discriminación directa por razón de sexo. Pero si bien es cierto que hay empresas que siguen incluyendo este tipo de cláusulas⁴⁷, más cierto es que muchas están advertidas y son conscientes de que ello podría entrañar una sanción (sobre este punto incidiremos más adelante). Pero al margen de la sanción, las empresas evitan incluir este tipo de cláusulas por las repercusiones sociales que pueden proporcionar una mala imagen de la entidad económica. Por tanto, el empresario aunque en la oferta de empleo no diga expresamente que solicita mano de obra masculina, porque sabe que está prohibido, a la hora de seleccionar, elegirá de entre todos los candidatos, a los que prefiera, y si sus preferencias se inclinan hacia el colectivo masculino, entonces seleccionará a este colectivo. En segundo lugar, si intentamos dar respuesta a la pregunta de si ¿es necesaria la medida del empresario de solicitar mano de obra masculina y no femenina?, la respuesta sería afirmativa. Y lo sería porque con la contratación de un hombre se puede perfectamente cubrir el puesto que se oferta, de hecho, la pretensión del empresario en este caso concreto es que lo ocupe un hombre y no una mujer. Por ello, la medida sería eficaz para el fin pretendido. El requisito de necesidad pierde toda eficacia porque no es suficiente para controlar las verdaderas intenciones del empresario que puedan suponer una discriminación en las mujeres a la hora de acceder al empleo.

En lo que respecta al criterio de necesidad, tampoco sería eficaz para controlar las decisiones del empresario que suponen discriminación hacia las mujeres a la hora de acceder al empleo puesto que, con este requisito lo que se valora es si de todas las medidas posibles, existe una que sea menos perjudicial para el derecho afectado. Siguiendo con el mismo ejemplo de antes, si el empresario, en lugar de demandar en la oferta de empleo mano de obra masculina, demandara cualquier mano de obra, independientemente de la pertenencia a uno u otro sexo, ésta sería una medida menos gravosa para la afectación del derecho de la mujer a no ser discriminada, puesto que la oferta no recoge expresamente una exclusión del colectivo femenino, sino que abre la posibilidad de todos a optar al puesto aunque la verdadera intención del empresario sea contratar únicamente a los hombres. En efecto, la decisión del empresario estaría camuflada ya que sus preferencias son otras, de modo que la necesidad también carece de aplicabilidad en este supuesto.

En efecto, la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio resulta de difícil concreción respecto de las decisiones del empresario para contratar. Esta dificultad se explica por el hecho de que, tanto trabajadores como empresarios, son particulares titulares de derechos que pueden contraponerse. Es precisamente lo que sucede en este supuesto en el que el empresario, dentro de su libertad contractual, se ve limitado ante el derecho de la mujer a no sufrir discriminación en el acceso al empleo. Tras el análisis acerca de los motivos por los que consideramos que la idoneidad y la necesidad no serían aplicables al supuesto que nos concierne en el objeto de estudio, nos quedaría por valorar si la ponderación, como creemos, sí puede ser un criterio eficaz para dar respuestas a los supuestos de conflictos entre los derechos que en nuestro caso se contraponen.

2.2.3. La ponderación como criterio de solución de conflictos entre derechos fundamentales

La etimología de la palabra ponderación deriva del latín *pondus* que significa peso (DRAE). De forma que cuando existe una colisión entre dos derechos fundamentales, los tribunales pesan los diferentes derechos y en virtud del caso concreto y de las circunstancias, decide cuál de los dos pesa más (Bernal Pulido C, p. 19). De modo que cuando dos derechos entran en conflicto, se

⁴⁷ El Servicio Público de Empleo Estatal publicó en el año 2014 unas ofertas de empleo de carácter discriminatorio por razón de sexo, nacionalidad, edad y circunstancias personales que fueron denunciadas por el sindicato de Comisiones Obreras.

debe valorar cuál de los dos pesa más⁴⁸. Aplicándolo a nuestro caso concreto, vendría a significar que ante la libertad contractual del empresario en contraposición con el derecho de la mujer a no sufrir discriminación en el acceso al empleo, los Tribunales deberán sopesar, en cada caso concreto, cuál de los dos derechos pesa más. De modo que el derecho que pese más será el que triunfe frente al que pese menos sin que ello signifique que en casos futuros, se llegue al mismo resultado, siempre se deberá atender a las especialidades del caso concreto. La técnica de la ponderación consiste así en “una exigencia de justificación racional de la decisión que sólo vale o resulta aceptable para el caso concreto” (Rodríguez de Santiago, J. M., 2000. P. 145).

Aunque la ponderación sea el criterio más idóneo para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, existen autores, tal es el caso de Santiago Sánchez González que consideran que tanto la proporcionalidad como la ponderación son criterios manejados por el TC para hacer valer su decisión, una decisión basada en preferencias subjetivas mediante la utilización de criterios que tienen muy poco de Derecho. (ibíd. p. 27). pero al margen de las consideraciones que se puedan realizar acerca de la aplicabilidad de la ponderación, lo cierto es que es un criterio al que ha recurrido el TC en muchas ocasiones para dar respuesta a los conflictos entre los derechos fundamentales y por ello, es al que debemos acudir para dar respuesta al problema que se plantea en nuestro trabajo.

En consecuencia, la aplicación de un criterio mediante el cual se decide la prevalencia de un derecho sobre otro, requiere de una rigurosa justificación, siempre salvaguardando el contenido mínimo, puesto que se trata de un supuesto en el que un derecho fundamental se ve limitado⁴⁹. Debe abordarse en este punto, las consecuencias que supone para el empresario o, en su caso, para la mujer, la decisión de los tribunales sobre la prevalencia de uno de los derechos en conflicto.

2.2.4. La eficacia de los derechos fundamentales

Podría pensarse que la prevalencia de un derecho sobre otro cuestiona la eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares, pues, el que no prevalece parece decaer sin eficacia alguna. Pero esta idea no ha de entenderse de esta manera puesto que conecta directamente con la doctrina constitucional de que no existen derechos absolutos, de modo que ante un caso concreto, si el derecho a la igualdad y a la no discriminación prevalece sobre la libertad de empresa, no significa con ello que el segundo haya perdido su eficacia, sino simplemente, que se haya visto limitado. La justificación de este planteamiento, explica Santiago Sánchez González (Ibid. p. 15) , se debe a que:

- los derechos no son absolutos
- todos se sitúan en un mismo nivel y, por lo tanto, no existe una jerarquía entre los mismos
- y que en el caso de conflicto entre uno o varios derechos y otro u otros derechos es menester ponderar para resolverlo.

Nos hallamos así en el supuesto en el que se contextualiza la doctrina alemana de la *Drittwirkung*⁵⁰, según la cual se pone en entredicho la eficacia de los derechos fundamentales,

⁴⁸ RONALD DWORKIN afirma al respecto que “los principios tienen una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Los principios tienen un peso en cada caso concreto y ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión”.(Cit. Bernal Pulido, C. 2005 p. 19).

⁴⁹ Art. 53.1 CE “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

⁵⁰ La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* fue consolidado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el caso *Lüth* de 1958 convirtiéndose desde entonces en un referente para la Europa Continental.

puesto que ya no solo se proyecta frente a los a los poderes públicos sino también frente a los particulares (Gutiérrez Gutiérrez I. p. 202). En consecuencia, el resultado de la ponderación es la preferencia de uno de los derechos en conflicto sobre el otro en un determinado caso concreto⁵¹. De este resultado se derivan una serie de consecuencias que analizaremos en las siguientes líneas.

El proceso judicial da comienzo con una demanda interpuesta por parte de la mujer que considera que su derecho a no sufrir discriminación en el acceso al empleo por su sexo, ha sido vulnerado debido a una oferta de empleo o a un proceso de selección que considera discriminatorios. Tras la interposición de la demanda, los jueces valoran la existencia o no de vulneración del derechos alegado, y a raíz de ello deciden la prevalencia de un derecho sobre otro. Cuando del análisis de ponderación resulta victorioso el derecho del empresario a contratar a quien estime, el resultado es, por tanto, la prevalencia de la libertad de empresa frente a la de prohibición de discriminación por razón de sexo. En este caso concreto, la mujer no llega a acceder al puesto al que pretendía optar porque el juez ha considerado que para el caso concreto, el peso del derecho del empresario ha sido mayor que el de la mujer.

Tal es el caso de la polémica sentencia 31/1999, de 24 de marzo dictada por la sala de lo social de la AN la cual versa sobre una demanda interpuesta por la Comisión de Trabajadores de la empresa Iberia, S.A sobre tutela de derechos fundamentales⁵². La Comisión considera que la empresa ha vulnerado el precepto de igualdad y no discriminación recogido en el artículo 14 CE al solicitar para la convocatoria de plazas de auxiliar de vuelos, determinados requisitos que suponían discriminación por razones de edad, sexo y condiciones subjetivas. La convocatoria publicada exigía para participar en el concurso y, posteriormente acceder a los puestos de trabajo, la concurrencia de los requisitos siguientes:

- Edad: entre 18 a 25 años.
- Estatura: mujeres entre 1,64 y 1,82 cm/hombres, entre 1,74 y 1,90 cm.
- En caso de necesitar lentes correctoras (no más de dos dioptrías), usar microlentillas.
- Poseer una “buena imagen”, en caso de superar el acceso.

Las cuestiones planteadas y sobre las que se tenía que pronunciar el juez eran si la convocatoria era discriminatoria por razones basadas en la edad, el sexo y las condiciones subjetivas y la colisión entre el derecho no sufrir discriminación en el momento previo a la contratación y el derecho a la libertad de empresa.

En lo que respecta a la edad, la AN justificó el requisito de la edad comprendida entre 18 y 25 años porque responde a una “circunstancia objetiva” que satisface las necesidades de la empresa. En conclusión, que el establecimiento de una franja de edad a cumplir por los candidatos no debía entenderse discriminatorio. (ibíd. FJ 5º b). En cuanto al planteamiento sobre si la convocatoria es discriminatoria por razón de sexo, la AN reconoce que existe tal discriminación, sin embargo, justifica el requisito de la altura alegando que funciona como garantía de igualdad, dada la diferencia entre mujeres y hombres respecto de la misma. Así pues, si se hubiera exigido que todos midieran entre 1,70 y 1.90 metros, se estaría discriminando a las mujeres dado que su estatura es inferior a la de los hombres, por contra, si se hubiera exigido una altura comprendida entre 1,64 y 1,82 metros, el perjuicio sería para los hombres (ibíd. FJ 5º b).

En lo que respecta a las condiciones subjetivas (el uso de microlentillas y tener buena presencia), el órgano judicial fundamenta que la justificación es razonable “dado que responde al perfil físico que se suele establecer para este tipo de trabajo en las compañías aéreas para lo

⁵¹ RODRIGUEZ DE SANTIAGO J.M. OP. Cit. Pag. 30

⁵²Conforme al art. 175.1 LRJS la Comisión de trabajadores tiene legitimación activa para ejercer la tutela de los derechos de los trabajadores aun cuando se haya producido fuera de la relación laboral, esto es, en la fase previa a la contratación.

Al respecto, la STS de 18 de febrero de 1994 reconoce la dimensión individual y colectiva de la tutela de los derechos fundamentales.

que se necesita un certificado de aptitud psicofísico[...]” (FJ 5º c). Por su parte, la exigencia de tener una buena presencia resulta para la AN aceptable porque según argumenta, “no se puede aspirar a este trabajo con un conjunto de rasgos físicos que caracterizan lo que en el sentir común y general se entiende por una mala imagen física⁵³[...]” (FJ 5º d). Por último, la AN se apoya en el artículo 38 CE para justificar el derecho de las empresas privadas a exigir determinados requisitos de edad, imagen, etc. sobre todo si son trabajos de cara al público, ya que está en juego la imagen de la empresa.

Los fundamentos en los que se apoya la AN para justificar la legitimidad de algunos de los requisitos de la oferta son, desde nuestro punto de vista, discutibles. El requisito de la edad, aunque no esté recogido expresamente en el artículo 14 como una de las causas de discriminación, el TC ya se ha pronunciado al respecto incluyendo la edad como circunstancia personal⁵⁴. Así mismo, en una reciente sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía considera discriminatorio el despido de trabajadores de más edad por su falta de adaptación a las nuevas tecnologías⁵⁵. La justificación de la fijación del requisito de una altura media y el uso de microlentillas, sin embargo, parecen a nuestro juicio, justificables dadas las circunstancias del trabajo pero el cumplimiento de una buena presencia no parece, desde el punto de vista legal, un requisito razonable, puesto que supone una discriminación hacia las personas cuya apariencia física no se asemejan al canon social de belleza.

En definitiva, y sin ánimo de extendernos mucho más, añadiremos simplemente que la colisión entre el derecho del empresario con el de los trabajadores, para nuestro caso concreto, el de la mujer a no ser discriminada por razón de sexo, no siempre resulta de una ponderación favorable, todo depende de las peculiaridades de cada caso, y en este caso concreto, la AN ha considerado que de la ponderación entre los dos derechos en conflicto, el del empresario ha obtenido mayor peso.

Debido a la condición de subordinación de la mujer trabajadora frente al empresario, consideramos que es preciso realizar más a fondo las consecuencias que tiene para el derecho de la mujer a no sufrir discriminación por razón de su sexo y los instrumentos de tutela que tiene a su disposición para hacer valer su derecho.

2.2.5. Instrumentos de tutela frente a la discriminación por razón de sexo

Las garantías de protección frente a la lesión del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo, son mayores. La razón, fundamenta el TC, es la “necesidad de tutela de algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional”⁵⁶ por este motivo, y como primera garantía de protección ante los tratos discriminatorios por razón de sexo, la LRJS establece en su artículo 95.3 que “cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo el[...]Juez o Tribunal podrá recabar el dictamen de los Organismos públicos competentes⁵⁷”.

Asimismo, la LRJS regulariza en su artículo 96 que “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia indicios fundados de discriminación por

⁵³ La “buena presencia” depende de la cultura de cada país y “encierra una dosis de subjetividad” constituye un concepto de aproximación a una realidad bastante delineada y formada como es la de buena, o mala, imagen física (FJ 5º d)

⁵⁴ STC 31/1984 FJ 9º: “la edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el art. 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquier otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal que debe predicarse de la edad”.

⁵⁵ TSJ 531/2015, de 23 de febrero, FJ 6º.

⁵⁶ STC 173/1994 FJ 3º

⁵⁷ Entendiendo con ello, el informe de la Inspección De Trabajo o de peritos con competencia para ello.

razón de sexo[...]corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable[...]”. El TC por su parte, ha precisado que, con la inversión de la carga de la prueba no se pretende perjudicar al demandado (empresario), sino “constatar la razonabilidad de sus actuaciones y su carácter ajeno a toda intención contraria al artículo 14 CE”⁵⁸. De modo que al empresario le corresponde probar que la no contratación de una mujer no se debe a motivos relacionados con su sexo aunque corresponde a la mujer aportar indicios de la supuesta vulneración. En palabras del TC, debe tratarse de

un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, poniendo de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que dicho indicio no puede ser “la mera alegación de la violación constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse (STC 17/2003 FJ 4º).

De modo que la mera alegación de una eventual vulneración del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo, no constituye un motivo de fuerza para la valoración por parte de los tribunales. Dichas alegaciones han de venir motivadas mediante la aportación de indicios que justifiquen la pretensión de la parte actora. Así, ante un supuesto en el que la mujer considera que no ha sido contratada por motivos basados en su sexo, ésta deberá motivar las causas aunque corresponda al empresario probarlo. Así, observamos que en la sentencias 229/1992⁵⁹, el TC entiende que la decisión del empresario de no contratar a una mujer como ayudante minero, a pesar de haber superado las pruebas, no responde a una justificación razonable, pues la pertenencia al sexo femenino no es motivo para su no contratación.

En consecuencia, ante este tipo de supuestos⁶⁰, las garantías son mayores⁶¹, todo ello se debe al firme propósito de erradicar las situaciones de discriminación más arraigadas en la sociedad⁶². En cuanto a los efectos de la sentencia, cuando ésta otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes (art. 55 LOTC):

- Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos.
- Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.
- Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

Así pues, cuando del análisis de ponderación, sale victorioso el derecho de la mujer a no ser discriminada, se declara la nulidad de la decisión empresarial que ha originado la interposición del recurso de amparo, y se procede al reconocimiento de la mujer a acceder al puesto que le ha sido impedido en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna por razón de su sexo. Estas no son las únicas consecuencias que se derivan de la declaración de una actuación discriminatoria. El art. 183 LRJS establece que el juez deberá pronunciarse sobre la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios originados por un trato

⁵⁸ STC 98/2003 FJ 2º

⁵⁹ Op. Cit. pag. 24

⁶⁰ Los otros supuestos donde se invierte la carga de la prueba según establece el art. 95 LRJS son: orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad o acoso. Existen otros supuestos: las imputaciones del empresario en la carta sanción (art. 115.1.b LRJS), o en la carta de despido (art. 108.1 LRJS)

⁶¹ La regla general establece que la parte actora debe ser la que justifique los motivos en los que se basa la eventual vulneración de los derechos que considera vulnerados.

⁶² STC 128/1987 FJ 5º: “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.

discriminatorio que no solo ha atentado contra su derecho a igualdad sino también contra su dignidad como persona.

Volviendo al fondo del asunto, el TC ha elaborado una amplia doctrina con el propósito de erradicar las situaciones discriminatorias que han venido impidiendo el acceso de las mujeres al empleo en igualdad de condiciones que los hombres. Entre sus célebres sentencias, destacamos, entre otras, la STC 173/1994 en la cual el TC otorga el amparo a una mujer a la que no se le renovó el contrato por su embarazo. En esta sentencia el TC reduce la discrecionalidad del empresario a la hora de contratar a su personal, ya que de lo contrario, “quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional[...] (o en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad)” (FJ 3º). Con el mismo propósito, el TC incorpora por primera vez el concepto de “discriminación positiva”⁶³ en la STC128/1987, en la cual justifica la constitucionalidad de medidas favorables al colectivo femenino en detrimento del colectivo masculino. Asimismo ha manifestado que este tipo de medidas

puede incluso venir exigida, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento[...] a cuyo efecto atribuye además a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”. En el caso específico de la desigualdades entre mujeres y hombres (STC 128/1987, FJ 7º)

Así, el TC, en línea con lo establecido en el art. 4.1 de la CEDAW⁶⁴, influido sin duda por la potencia del 9.2 CE, justifica las discriminaciones positivas cuando éstas tengan como fin revertir las causas de desigualdad que afecten a uno de los factores considerados odiosos, no debiendo confundir las normas paternas protectoras hacia el sexo femenino, con las acciones de discriminación positiva (ibíd. FJ 8º). Asimismo, en Europa, la sentencia del TJUE (Asunto C-409/95) establece que las acciones de discriminación positiva no son contrarias al principio de no discriminación. O de la STC 34/1984, donde el TC establece que una ley o una norma puede imponer a los particulares la imposición de un trato igual. En definitiva, la adopción de políticas antidiscriminatorias no solo persiguen mejorar las condiciones socio-económicas de los colectivos más afectados, sino, y como bien nos ilustra Fernando Rey Martínez (2014, p. 17), también tienen “una dimensión de lucha ideológica contra los prejuicios sociales que causan la discriminación y de reconocimiento de la riqueza democrática derivada de la diversidad, el pluralismo y la tolerancia como bien indica”.

⁶³ La discriminación positiva como medidas favorables al colectivo históricamente vulnerado con una incidencia negativa para el resto de colectivos (reserva de cuotas). Que hay que diferenciar de las acciones positivas, que son medidas favorables al colectivo históricamente vulnerado y que no originan ningún efecto negativo sobre el resto (bonificaciones fiscales).

CONCLUSIONES

1. El reconocimiento constitucional del derecho a crear empresas otorga a los titulares del mismo un amplio margen de actuación a la hora de contratar a los trabajadores que vayan a hacer posible el proyecto empresarial, puesto que, ni la propia Constitución ni el resto del ordenamiento jurídico imponen al empresario la contratación de determinados colectivos, es éste, dentro de su libertad de autonomía privada, el que decide a quién contrata y a quien no, dicho en otras palabras, puede contratar a quien estime siempre que, como sucede en materia discriminatoria, no esté prohibido por la ley o, más aún, por la Constitución.

2. Esta libertad del empresario de contratar a quien estime conveniente frente a la prohibición de que dicha contratación haya de hacerse de forma discriminatoria por razón de sexo, entraña una de las problemáticas más frecuentes en el ámbito de las relaciones entre particulares, lo que significa que dicho mandato de no incurrir en discriminación por razones basadas en el sexo, no solo implica el momento de madurez de la relación laboral, sino también, el momento previo a la misma, es decir, en el momento de selección del personal mediante las ofertas de empleo o las entrevistas de trabajo. Se origina de este modo, una colisión entre dos derechos fundamentales protegidos en la Constitución, cuyo ejercicio se ve limitado.

3. Para la resolución de estos conflictos entre derechos fundamentales se lleva a cabo una ponderación entre los derechos, consistente en la prevalencia de un derecho sobre otro, lo que no significa, que el derecho decaído pierda su eficacia, sino que en un determinado caso concreto se haya visto limitado, lo cual conecta con la consolidada doctrina constitucional sobre la idea de que no existen derechos absolutos, estos están sometidos a unos límites para preservar otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos.

4. La incorporación de las mujeres al mercado laboral ha supuesto un significativo cambio socioeconómico, político y cultural. Pese a ello, siguen existiendo barreras que impiden que las mujeres accedan al mercado de trabajo en las mismas condiciones de igualdad que los varones. Estas barreras se deben, en parte, a los sesgos que histórica y actualmente se ha venido atribuyendo al sexo femenino y que suelen influir negativamente en el empresario a la hora de seleccionar al personal laboral.

3. Las garantías de protección de los diferentes derechos en liza (la libertad de empresa y el derecho de no discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo) presenta grandes diferencias. Así pues, la protección frente a la discriminación por razón de sexo goza de un importante refuerzo de mano del legislativo, del ejecutivo y del judicial. Esta diferencia encuentra su lógica no solo en la posición de inferioridad que histórica y actualmente se ha venido colocando a la mujer, sino también, en el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos consistente en la adopción de medidas necesarias para erradicar estas situaciones de discriminación por motivos sexuales y conseguir la igualdad real preceptuada por el art. 14 CE.

5. A pesar de todas esas garantías jurídicas, el acceso de las mujeres al mercado de trabajo sigue suponiendo una dificultad costosa de superar.

6. Precisamente, el TC ha elaborado una amplia doctrina constitucional con el firme propósito de erradicar las discriminaciones reales a las que se han visto sometidas las mujeres en lo que al acceso al empleo respecta aunque dentro de la misma pueden destacarse razones aportadas por el propio TC fundamentadas en los sesgos socioculturales tendentes a eliminar. Así es el caso de la STC 128/1987 en la cual, para justificar las acciones favorables a las mujeres, razona que existen determinadas tareas asociadas al sexo femenino (en este caso concreto, el cuidado de los hijos) y por ello, es razonable que se aprueben medidas que favorezcan la realización de dichas tareas por las mujeres y no por los hombres.

No sería aventurado afirmar, en este caso, que el horizonte de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres se halla todavía lejos si para ello se sigue recurriendo a los prejuicios sociales para justificar medidas tendentes a eliminar estos prejuicios. Desde nuestro punto de vista, consideramos que si bien es necesario adoptar medidas para conseguir la igualdad entre mujeres y hombres, las mismas no pueden estar fundamentadas en la atribución del sexo femenino a determinados ámbitos de la vida familiar y social.

7. Por otro lado, aunque exista una mayor protección del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo, la aportación de pruebas que validen la vulneración de dicho derecho resulta difícil y ello se debe a que, en primer lugar, es menos frecuente que los empresarios demanden en las ofertas de empleo a un determinado colectivo, y en segundo lugar, porque las entrevistas de trabajo no se realizan en público, por lo que no existen formas de probar que durante la misma se hayan formulado preguntas discriminatorias por razón de sexo. De modo que deben existir claros indicios de discriminación que avalen las pretensiones de la mujer.

8. Finalmente, el objetivo de conseguir una perspectiva jurídico-constitucional se ha visto limitado por los pocos casos que le TC ha tenido ocasión de resolver sobre discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo, siendo esta materia tratada, sobre todo, por los tribunales ordinarios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABA CATOIRA, A. (1998). El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales. A Coruña: Universidade da Coruña
- ALEXY, R. (2010). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. En *El canon neoconstitucional* (pp. 106-116). Trotta.
- BERNAL PULIDO, C. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales :El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador* (2ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BERNAL, PULIDO C. (2005). La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. *su El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.*
- BILBAO UBILLOS, J. M. (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: Análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- BILBAO UBILLOS, J. M. (2013). Los derechos fundamentales en la Constitución. En Biglino Campos, P. (Coord.); Bilbao Ubillos, J.M. (coord.); Rey, F. (Coord.); Matía Portilla, F.J. (Coord.); Vidal, J.M. (Coord.) *Lecciones de derecho constitucional II* (1ª ed.), (pp. 399-435). Valladolid: Lex Nova
- BRAGE CAMAZANO, J. (2004). *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- CÁMARA BOTÍA, A. (2001). Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, (33), (pp. 75-98).
- CÁMARA VILLAR, G. (2008). El sistema de los derechos y las libertades fundamentales en la constitución española. En Balaguer Callejón, F.
- COMISIONES OBRERAS. (2014) CCOO denuncia que el SEPE publica ofertas de empleo fraudulentas y discriminatorias. Recuperado de -
<http://www.ccoo.es/cscceo/Areas:Accion_Sindical:Actualidad:594614>
- Último acceso: 01/06/2015
- CUENCA, E. C. (1994). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de estudios políticos*, (84), (pp. 265-286).
- DAL-RÉ, F. V.(2008). Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral. En *Igualdad de género: una visión jurídica plural: Jornadas Igualdad Efectiva: realidad o ficción: Burgos, 11, 12 y 13 de marzo de 2008* (pp. 129-154). Universidad de Burgos
- DE HIJAS, V. C. M. (1996). Libertad empresarial y principio de igualdad en el ejercicio de las facultades disciplinarias en la empresa. *Actualidad laboral*, (1), 95-144.
- DE JUAN ASENJO, O. (1984). *La constitución económica española: Iniciativa económica pública 'versus' iniciativa económica privada en la constitución española de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- DE LA PUEBLA PINILLA, A. M. (1994). Igualdad y discriminación en el ejercicio del poder disciplinario. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, (2), 236-266.
- DEL PINO, C. A. (2005). DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO: por razón de la edad y por condiciones subjetivas (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 31/99, de 24 de marzo). *Saberes*, 3.
- DEL RÍO, T. P. la prohibición de discriminación en las condiciones de trabajo.
- DÍAZ REVORIO, F.J. (2015). *Discriminación en las relaciones entre particulares*. México: Tirant lo Blanch
- DÍEZ PICASO, L.M. (2003). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: CIVITAS
- DOMÉNECH, I. P. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. *Jueces para la democracia*, (28), 69-75.
- ECHAVARRÍA, J. J. S. (1991). Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales. *Revista de estudios políticos*, (71), 87-110
- FERNÁNDEZ, M. G. (1996). Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa. *Actualidad laboral*, (1), 37-60.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. (2008). La prohibición de discriminación. En Casas Baamonde, M.E. (Dir.); Rodríguez-Piñero. (Dir.); Bravo-Ferrer. (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española*. (pp. 292-307)
- GARCÍA PELAYO, M. (1978). Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución. *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, (pp. 40-41).
- GOIG MARTÍNEZ, J.M. (1996). La libertad de empresa. En Alzaga Villaalmil, O. (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. (pp. 729-745).
- GONZÁLEZ MARTÍN, N. (2001). El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas. *Derecho y Sociedad*, (18), 71-79.
- GONZÁLEZ, S. S. (2003). De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional. *Teoría y realidad constitucional*, (12), 351-382.
- GUTIÉRREZ, I. G. (1999). Criterios y eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. *Teoría y realidad constitucional*, (3), 193-211.
- LÓPEZ, M. C. P. (2006). El derecho a la igualdad y no discriminación en el contrato de trabajo. In *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (pp. 539-551). La Ley-Actualidad.
- LOUSADA AROCHENA, J. F. (2008). Principio de igualdad y derecho a no ser discriminado en las relaciones de trabajo. *Actualidad Laboral*, (7), 800-814. Madrid: La Ley
- MIJANGOS GONZÁLEZ, J. (2007). La doctrina de la Drittwirkung Der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- MURCIA, J. G. (2007). Los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: más apuntes para un debate recurrente. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, (68), 25-50.

- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. (2006) El derecho a la igualdad y no discriminación en el contrato de trabajo. *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, (1ª ed.). Madrid: La ley
- PALOMEQUE LÓPEZ M.C & Álvarez de la Rosa, M. (2012). *El derecho del trabajo* (10ª ed.). Madrid: Ramón Areces.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., & Álvarez de la Rosa, M. (2012). *Derecho del trabajo* (20ª ed.). Madrid: Ramón Areces.
- PASTOR, M. A. B. (1993). Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, (1), 179-207.
- REY, F., & Giménez Gluck, D. (2010). Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías.
- ROCA TRÍAS, E. (2013). Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española. Conferencia “Trilateral” Italia/Portugal/España 24 a 27 de octubre. (2013, Roma)
- ROCAMORA, L. G. M. (1996). El principio de igualdad en la relación de trabajo (Un apunte sobre la eficacia inter privados del artículo 14 de la Constitución)(I). *Actualidad laboral*, (3), 613-637.
- ROCAMORA, L. G. M. (1996). El principio de igualdad en la relación de trabajo (Un apunte sobre la eficacia inter privados del artículo 14 de la Constitución)(II). *Actualidad laboral*, (3), 639-656
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2000). *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Madrid etc.: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. & BRAVO-FERRER. (2001). Nuevas dimensiones de la igualdad: No discriminación y acción positiva. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, (44), 219-242.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. & BRAVO-FERRER. (2008). La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley. En Casas Baamonde, M.E. (Dir.); Rodríguez-Piñero. (Dir.); Bravo-Ferrer. (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española*. (pp. 276-291). Madrid: WOLTERS KLUWER.
- RUBIO LLORENTE, F., & Ahumada Ruiz, M. (1995). *Derechos fundamentales y principios constitucionales : (doctrina jurisprudencial)*. Esplugues de Llobregat Barcelona: Ariel.
- RUBIO, M. P. G., & Paz, M. (2007). Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *Derecho privado y Constitución*, 15(21), 131.
- RULL, A. A. (2009). Prohibición de discriminación y libertad de contratación. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (1), 618.
- RUIZ MIGUEL, A. (1996). La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- SÁEZ LARA, C. (1994). *Mujeres y mercado de trabajo :Las discriminaciones directas e indirectas*. Madrid: Consejo Económico y Social
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. & Sagardoy de Simón, I. (1996). Derechos laborales. En

- Alzaga Villaalmil, O. (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. (pp. 571-597). Madrid: EDERSA
- SANCHÍS, L. P. (2004). El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71, 47-72.
- SORO RUSSELL, O. (2007). El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual. En Real Pérez, A. (Dir.). Madrid: UCM
- SUAREZ PERTIERRA, G. & Amérigo, F. (1997). Igualdad ante la ley. En Alzaga Villaalmil, O. (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. (pp. 251-264). Madrid: EDERSA
- UBILLOS, J. M. B. (2006). Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares. *Teoría y realidad constitucional*, (18), 147-198.
- VIVAS LARRUY, A. (2004). *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*. Madrid: Lerko Print
- VIVAS-TESON, I. (2008). La horizontalidad de los derechos fundamentales. En *Bienes de la personalidad* (pp. 205-213). Servicio de Publicaciones.
- VOGEL-POLSKY, E. (2000). Pleitear por el reconocimiento del derecho a la igualdad como derecho fundamental. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, (15/16), 107- 124.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 22/1981, de 2 de julio de 1981
STC 34/1981, de 10 de noviembre de 1981
STC 48/1981, de 19 de noviembre de 1981
STC 49/1982, de 14 de julio de 1982
STC 101/1983, de 18 de noviembre de 1983
STC 34/1984, de 9 de marzo de 1984
STC 74/1984, 27 de junio de 1984
STC 58/1985, de 30 de abril de 1985
STC 66/1985, de 23 de mayo de 1985
STC 104/1986, de 17 de julio de 1986
STC 128/1987, de 16 de julio de 1987
STC 20/1990, de 15 de febrero de 1990
STC 141/1991, de 20 de junio de 1991
STC 145/1991, de 1 de julio de 1991
STC 229/1992, de 14 de diciembre de 1992
STC 240/1992, de 21 de diciembre de 1992
STC 227/1993, de 9 de julio de 1993
STC 173/1994, de 7 de junio de 1994
STC 106/1996, de 12 de junio de 1996
STC 207/1996, de 16 de diciembre de 1996
STC 151/1997, de 29 de septiembre de 1997
STC 31/1999, de 8 de marzo de 1999
STC 119/2002, de 20 de mayo de 2002
STC 17/2003, de 30 de enero de 2003
STC 98/2003, de 2 de junio de 2003
STC 27/2004, de 4 de marzo de 2004
STC 182/2005, de 4 de julio de 2005
STC 214/2006, de 3 de julio de 2006
STC 3/2007, de 15 de enero de 2007
STC 17/2007, de 12 de febrero de 2007
STC 12/2008, de 29 de enero de 2008
STC 74/2008, de 23 de junio 2008
STC 66/2014, de 5 de mayo de 2014

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE de 8 de noviembre de 1990 Asunto C-177/88 *Dekker*

STJUE de 7 de febrero de 1991, Asunto C-184/89 *Ninmz*

STJUE de 4 de junio de 1992, Asunto C-360/90 *Boetel*

STJUE de 5 de mayo de 1994, Asunto C-421/92 *Habermann-Beltermann*

STJUE de 14 de septiembre de 1994, Asunto C-32/93 *Webb*

STJUE de 2 de octubre de 1997, Asunto C-1/90 *Gester*

STJUE de 11 de noviembre de 1997, Asunto C-409/95 *Marshall*

STJUE de 30 de abril de 1998, Asunto C-136/95 *Thibault*

STJUE de 30 de junio de 1998, Asunto C-207/98 *Mahlburg*

STJUE de 28 de marzo de 2000, Asunto C-158/97 *Badeck*

STJUE de 15 de septiembre de 2011, Asunto C-236/09 *Gueye y Salmerón Sánchez*

STJUE de 22 de noviembre de 2012, Asunto C-385/11 *Elbal Moreno*