**5. GAIA**

**BERDINTASUNA KONSTITUZIOAN**

*I. Berdintasun printzipioaren garrantzia konstituzionalismoaren historian. Berdintasun formala eta materiala*

Iraultza burgesaren ekarpena soilik berdintasun formala izan zen, gizonezkoentzat. Hala agertzen da 1789ko Gizonaren eta Hiritarraren Eskubideei Buruzko Adierazpenean. Bertan agertzen da legearen aurrean gizon guztien egoera berdina zela, eta Antzinako Erregimenarekin konparatuz, pribilegioa nagusi izanik, badirudi urrats handia izan zela berdintasun formal hori lortzea. Beraz, berdintasun-printzipioa legezkotasun-printzipioan barneratu zen, legeak berdintzat hartzen zituenak ziren berdinak, alegia, legeak ondorio juridiko berdinak ematea.

Nahiz eta berdintasun formala gizonezko zurientzat baino ez izan, unibertsal moduan erabiltzen zen, beraz, esan dezakegu berdintasun liberal baten aurrean gaudela: lege unibertsala, orokorra, abstraktua eta iraunkorra.

Honek bere aldetik aldaketa eta bilakaera izan du historian zehar, izaera formala gainditzeko (adib. zerga-sistema, gehiago duena gehiago ordaindu).

XX. mendean gizartearen desberdintasunak gero eta argiago ikusten ziren, eta konstituzioaren balioa legearen baliotik gailentzen zen heinean nabarmentzen hasi zen berdintasunerako eskubidea legegilearen aurrean eska behar zela.

Beraz, berdintasunaren bilakaerak bi bide jarraitu ditu, alde batetik jadanik aipatutako berdintasun formala, legearen aurrean, eta bestetik berdintasun materiala, alegia: legeak ez dira unibertsalak, orokorrak, abstraktuak eta iraunkorrak izan behar, lege singularrak eman behar dira, gizaki edo talde jakin batzuentzat balio dutenak eta bereizleak direnak. Honen bilakaera errealitatetik dator, izan ere gaur egungo gizartean gizabanako bakoitzaren egoera eta gizataldeen egoerak ez dira berdinak, beraz, gure gaur egungo berdintasunak adierazten du, tratu bera egoera berean daudenentzat, edo, tratu ezberdina egoera ezberdinean daudenentzat.

Hala ere bilakaera horretan ez da lortu gizonezko eta emakumezkoen berdintasuna hitzez hitz konstituzioetan adieraztea, benetako berdintasuna lortzeko, eta gizakien berdintasuna adieraztean gizonezkoentzat pentsatua izaten da, eta tratu berdintzat hartzen diren zenbait kasu ez dira horrelakoak, zeren tratu bera izatea, askotan tratu ezberdina izatera eramaten gaitu.

Gaurko berdintasunak ere bestelako esanahi bat badu, herri-aginteen jarduerarako muga izatea, horien arbitrariotasunean, bidegabekeriaren kontra erabiltzeko.

*II. Berdintasun printzipioa Konstituzioan*

Konstituzioan berdintasun printzipioa topatzen dugu 1.1, 9.2 eta 14. artikuluetan.

* 1. **ART.** Berdintasuna zuzenbideak duen balio handienetariko bat dela, konstituzio-egituraketa osoaren funtsezko osagaia.

**9.2. ART.** Herri aginteak behartzen dira gizabanakoaren eta gizabanakoek osatzen dituzten taldeen berdintasuna benetakoa eta eraginkorra izateko baldintzak sustatzera.

**14. ART.** Berdintasunak legean eta legearen aurrean berdin izatea adierazten du.

Horrela, beraz, berdintasunak ez du beti beratasuna adierazten, baina herri-aginteek berdintasuna gauzatzerakoan muga bat izango dute, eta ezingo dute bidegabekeriaz jokatu (9.3 art.).

Konstituzioan ere beste zenbait tokitan agertzen da berdintasuna, alegia, 23.2 artikuluan, 31.1 artikuluan, 39.2 artikuluan.

Beraz, Konstituzioaren berdintasunaren esanahia konplexua da oso, eta kasuz kasu aztertzea beharrezkoa da.

*III. Berdintasuna legearen aurrean: 14. artikuluaren bereizkeria motak*

Konstituzioko 14. artikulua Lehenengo Tituluko Bigarren Kapituluko atarian dago, gure oinarrizko eskubide eta askatasunen adierazpena izanik. Artikulu horren edukian berdintasun-printzipioa eta bereizkeriaren debekua dago.

Berdintasuna benetako eskubide subjektiboa da Konstituzioan, eta horregatik babes daiteke auzitegietan eta Konstituzio Auzitegiaren aurrean, hau da, pribilegio eta ezberdintasun bidegabeak alde batera utzi beharra, alegia, berdintasunak ez du guztiok berdinak garela adierazten, baizik eta guztiok tratu berdina jasotzeko eskubidea.

Oso zaila da eskubide autonomoa izatea eta hori urratzearekin beste eskubide bat ez urratzea. Berdintasunerako eskubideak izaera generikoa du, zuzenbidezko harremanen gain proiektatzen dena, herri-aginteen eta hiritarren artean, norberak gainerakoek duten tratu bera izateko eskubidea baita.

Eskubide subjektiboa da eta beraz herri-aginteek bete behar dute, egoera berdinean daudenei tratu bera emanez, egoera hauxe haien jarduerarako muga bat izanik, legegilearentzat, betearazlearentzat eta epaitzekoarentzat.

14. artikuluan legearen aurrean berdinak: tratu berdina jasotzeko eskubide subjektiboa, herri-aginteak tratu berdin hori emateko behartuak eta aginte legegile eta betearazlearen jarduna mugatua egotea horren bitartez.

Artikulu berean ere bereizkeria egiteko erabiltzen diren arrazoiak ere aipatzen dira: jaiotza, arraza, sexua, erlijio eta adierazpena. Baina epaitegien aurrean hori salatzen duenak bere salaketaren arrazoia frogatu beharko du, salatuari dagokion froga, zuritu beharko du bere ekintza, bereizkeria ez eta bereizkuntza dela frogatzeko. Hori bai, frogaren zama salatuaren gainean jartzeko, ez da nahiko bereizkeriaren salaketa, beharrezkoak dira salaketa hori egiazkoa delako aztarnak.

*IV. Generoaren eragina berdintasuna eta duintasuna eratu zirenean*

Emakumeak subjektutzat hartzen hasi zirenean ez zen aurreko sistema gainbegiratu, uste baitzen hori zela berdintasuna, baina hori ez da horrela, izan ere, horrek ez ditu ukitzen gizartean dauden genero rolak, eta beraz emakumeen bizitza pribatuko mendekotasuna bere horretan mantentzen dela. Horregatik, emakumeek zuzenbidearen partetik gizonezkoen tratu bera jasotzen dutenean mendekotasun pribatua mantentzen da. Eta mendekotasunean bizi direnak ez dute duintasunik. Eta mendekotasunean bizi direnak ez dute benetako duintasunik, eta gainera gure heziketan hori ikusezin bilakatzen da.

Horrez gainera, ikusten dugun lehenengo ezberdintasuna gizakiak ar eta eme moduan sailkatzetik dator, zuzenbideak ez baititu gizakiak bere osotasunean hartzen, Erregistroen bidez ar edo eme moduan adierazi behar dira jaioberriak. Hori ezin da horrela izan, izan ere generoa gizatiarra da eta beraz nahiz eta sexu batekin jaio kasua eman daiteke horrek sexu hori harremandutako generoa izan nahi ez izatea.

*V. Berdintasuna eta bereizkeria: bereizkeria zuzena eta zeharkakoa*

KAren jurisprudentzian bi eratako bereizkeriak aipatzen dira, eta biak Konstituzioaren kontra doaz:

1) **Bereizkeria zuzena**: antzeko egoerei arau ezberdina aplikatzen zaienean, edota egoera ezberdinei arau bera aplikatzen zaienean; eta

2) **Zeharkako bereizkeria**: neutraltasun-itxurako arau, irizpide edo usadio batek gizaki batzuentzat eragozpenak sortzen dituenean, besteen aldean; betiere, esandako arau, irizpide edo usadio hori justifikaturik ez dagoenean proportziozkoa eta bidezkoa den helburu bat lortzeko, eta horretarako erabiltzen diren baliabideak egokiak eta beharrezkoak ez direnean.

Eta orain dela gutxi gure zuzenbidean beste mota bateko bereizkeria ere hasi da onartzen:

3) **Bereizkeria anizkoitza**: egoera horretan, bereizkeria-faktore bat edo batzuk gehitzen zaizkio sexuari, kasu zehatz batean, eta hesi edo zailtasun bat sortzen dute, lehendik dagoenaz gain; edo, bestela, hainbat bereizkeria-faktorek, besteak beste, sexuak, elkarreragina dute aldi berean, eta berariazko bereizkeria-modu bat sortzen dute.

14. artikuluan ateak zabalik uzten dira beste kasu batzuk bereizkeriatzat hartzeko, beste edozein baldintza edo inguruabar pertsonal edo sozialen arrazoiengatik esaten denean. Hori bai, kasu horietan, salatzen duenak frogatu beharko du bereizkeria izan dela.

Amaitzeko, ezin dugu ahaztu 9.2 artikuluan herri-aginteei eskatzen zaiena, berdintasunaren sustatzaile moduan hain zuzen. Agindu horrek adierazten digu egoera gutxitu batean aurkitzen diren gizabanako eta gizataldeei laguntzeko hartzen diren neurriak legepean egongo liratekeela. Hori horrela, gure Konstituzioan gutxituen aldeko bereizkuntza — bereizkuntza eragilea— egokitzat hartzen da. Bereizkuntza egitea, gutxituen aldekoa denean, zilegi barik, bete beharreko zerbait bilaka daiteke, haiek euren egoeratik irteteko laguntza denean.

Amaitzeko, esan behar dugu aldeko egintzak, gehienbat, gizonezko eta emakumezkoen artean dagoen ezberdintasuna gutxitzeko erabili ohi direla, eta, hori dela eta, printzipio bat erabakita dagoela jurisprudentzian: onartzen dira gizalaben aldeko egintzak, egintza horiek babesleak ez direnean. Orain arte ikusitako adigaiak gizonen eta emakumeen berdintasunerako egin den 3/2007 lege organikoan oinarritzen dira, bereziki, berdintasun hori lortzeko. Lege horren Zioen Adierazpenean, zehazki II.ean, esaten denez, berdintasun formalaren erabateko onarpena, nahiz eta garrantzizko aurrerapauso izan, ez da nahiko izan. Generoindarkeriak, soldata-bereizkeriak, alargun pentsioen bereizkeriak, emakume langabetuen kopuruak, politika-, gizarte- kultura- eta ekonomia-erantzuleen artean emakume gutxi egoteak edota norberaren, familiaren eta lanaren eskaerei aurre egiteko dauden zailtasunek erakusten dute emakumeen eta gizonen erabateko berdintasuna ez dela oraindik lortu.

Sexu-berdintasunaren beste ondorio bat izan da transexualen zuzenbide-egoera berdina ziurtatzea —identitate transexualak gaixotasun mental edo organikotzat hartzen jarraitzeak pertsonen giza eskubideen urraketa dakarrela argi dago—.

*VI Berdintasunaren eragina herri-aginteetan*

Konstituzioaren 9.2 artikuluan onartzen da gizartean ez dagoela berdintasunik gizabanako eta taldeen artean, eta herri-aginteei betebehar bat jartzen zaie, honako hau: berdintasun benetakoa eta eraginkorra sustatzea euren egintzen bitartez, hori bai, agintarien jarduera ezin da inoiz apetatsu izan (9.3 art.).

Kontuan izanda 9.2 artikuluan eta 14. artikuluan zer xedatzen den, esan daiteke ezberdintasunerako eskubidearen babesa dagoela, hau da, Konstituzioak ez duela segurtatzen guztiok berdinak garenik, guztiok ezberdinak izateko eskubidea dugula baizik. Berdintasuna ezberdintasuna kudeatzeko teknika bat baino ez dela, edo, labur esanda, bereizkuntza babesten dela Konstituzioan eta ez berdintasuna. Bereizkeria dagoela Estatuek, justifikazio objektibo eta zentzudunik gabe, egoera berean dauden pertsonak era ezberdinean tratatzen dituztenean, baina baita ere, justifikazio objektibo eta zentzudunik gabe, ez dutenean tratu ezberdina jasotzen egoera ezberdinean dauden pertsonak.

Interpretazio hori, ikusi dugunez, ez da oraindik gure zuzenbide-antolamenduan sartu, eta horregatik espainiarrok daukagun eskubide subjektiboa berdintasunerakoa da, eta ez bereizkuntzarakoa. Gure sisteman, oraindik, ez da bereizkeriatzat hartzen behar den bereizkuntza ez egitea —ez bereizteagatiko bereizkeria, hain zuzen—.

Orduan bereizkeria debekatuta dago eta bereizkuntza onartuta. 14. artikuluan bereizkeria (egoera berdinei tratu ezberdina ematea) debekatzen da, baina ez bereizkuntza (egoera ezberdinei tratu ezberdina ematea). Ikuspuntu horretatik, erabakitzear dago, ea noiz den egintza bat bidegabea, bereizkeria eta bereizkuntzaren arteko muga delako bidegabekeria.

Bereizkuntzaren osagai objektiboak:

1. ***Erkaketa***

Tratu ezberdina onartzeko bete behar den lehenengo baldintza hau da: gertakarien arteko ezberdintasuna; dakigunez, ez dago berdintasun-printzipioa urratzerik egoera ezberdinetan bizi direnen artean egiten denean erkaketa, edo, alderantziz esanda, egoera berdinean daudenak tratu ezberdina jasotzea debekatzen da. Kontuan izan behar dugu berdintasuna urratu dela adierazten duenak frogatu behar duela. Eta, hori frogatzeko, bere egoeran daudenekin erkatu behar du bere burua, argi utzi behar du konparazio horretan tratu ezberdina jaso duela eta tratu ezberdin horren ondorioa bereizkeria izan dela.

1. ***Arrazoizko helburua***

Bigarren baldintza helburua da. Litekeena da bereizkuntza bat egitea helburu zehatz eta adierazitakoa lortzeko. Eta helburu horrek, konstituzio-ikuspuntu batetik begiratuta, arrazoizkoa izan behar du. Tratu ezberdinak, bereizkuntza izateko eta ez bereizkeria, konstituzioan bidezkoa den helburu bat bilatu behar du, hots, bere arrazoizko justifikazioa behar du; eta horrelakoa da Konstituzioan defendatzen den balio nagusi batekin bat datorrena.

1. ***Zentzuzkotasuna eta heinekotasuna***

Arrazoizko helburuaren gain, zentzuzkotasuna eskatzen da. Beraz, ematen den tratu ezberdina ez da bereizkeria izango arrazoizko helburu bat zentzuzko eran lortu nahi denean eta bi osagai horien artean heina gordetzen denean. Hots, proportzioa gorde behar da ematen den tratu ezberdinaren eta lortu nahi den helburuaren artean. Heinekotasunak ez du egokitasuna adierazi nahi, ezta hartutako neurriak aukerarik onena direnik ere. Bi horiek –egokitasuna eta aukera onena– irizpide politikoak dira, eta, horregatik, konstituzio-zuzenbidetik kanpo geratzen dira.

*Beraz, 14. artikuluko berdintasunaren klausula orokorrak ez du eragozten gizatalde eta gizabanako ezberdinei tratu ezberdina ematea, esandako baldintzak betetzen direnean:*

*1. gizatalde eta gizabanakoak benetako egoera ezberdinean egotea;*

*2. ematen zaizkien tratu ezberdinek helburu bat izatea;*

*3. helburu hori arrazoizkoa izatea, hau da, konstituzioaren agindu, printzipio eta zuzenbide-helburuen aldetik onargarria izatea;*

*4. bilatzen den helburu eta ematen den tratu ezberdinaren artean barne-koherentzia bat egotea, zentzuzkotasuna;*

*5. zentzuzkoa izate hori heinekoa izatea.*

Gizonezko eta emakumezkoen artean lan-esparruan dagoen ezberdintasuna gutxitzeko, zilegiak dira emakumezkoen aldeko egintzak; baina egintza horiek muga bat dute, hau da, ezin dute gizonezkoen kontra eraginik izan. Hori dela eta, lanpostu jakin bat eskuratzeko, emakumezkoen alde egiten bada emakumea izateagatik, orduan, bereizkeriatzat hartuko litzateke, bi sexuetakoek aukera berdinak izan behar dituztelako. Zuzenbidean onartzen dena da gizonezko eta emakumezkoek antzeko gaitasuna dutenean lanposturako emakumezkoaren –edo gizonezkoaren– alde egitea, zuzenbidean aurreikusten den lan-parekotasuna lortzeko.

*VII Berdintasuna eta bereizkeriarik eza Europar Batasunean*

14. artikuluko berdintasuna espainiarrentzat baino ez dago onartuta, espainiarrak direlako estatuko hiritarrak, haiek sortu eta osatzen dutelako Espainiako estatua, haiek dutelako Estatua sortzeko ahalmena. Horregatik, berdintasuna espainiarrentzat baino ez dago onartuta, gainerako estatuen antzera.

Horren ondorioa da atzerritarrak tratu ezberdina jaso dezaketela. Eta horrela izan ohi da, Europar Batasuneko hiritarren kasuan izan ezik. Europar Batasunaren zuzenbidean beste irakurketa bat ematen zaio 14. artikuluari.

Esan dugunez, EBFIko 18. artikuluan, itunaren aplikazio-eremuan, bereziki debekatzen da nazionalitatean oinarritutako edozein bereizkeria.

Hori horrela izanik, kontuan izan behar dugu berdintasunak zer eragin duen Espainian bizi diren Batasuneko hiritarren gain. Eta aipatuko dugu, amaitzeko, pertsona horiek, euren berdintasuna defendatzeko, Europar Batasuneko Justizia Auzitegira joateko aukera dutela.

Hori bai, era berean, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak argi utzi du estatu kide bakoitzeko hiritarren arteko ezberdintasunak salatzeko ezin dela Batasuneko zuzenbidea erabili, zuzenbide horretan xedaturiko berdintasun kasuetan izan ezik.

Eta horrelako baten aurrean egongo ginateke sexuen arteko ezberdintasun-kasuetan, zeren eta Maastrichteko Itunetik honantz Itunen hainbat artikulutan arautzen baita gai hori:

EBIren 2. artikuluan: Batasunaren balio nagusitzat hartzen da berdintasuna eta aurrerago, zuzenbide-indarrik gabe baina aipatu egiten da, estatu kide guztien gizartearen baitan “emakume eta gizonen arteko berdintasuna ezaugarri ” bat dela.

3.3 artikuluak, barne-merkatua ezarriko duela adierazten duenak, honako hau adierazten du: “Batasunak gizarteko bazterkeriaren eta bereizkeriaren aurka egingo du eta gizarte justizia eta -babesa, emakumeen eta gizonen arteko berdintasuna, belaunaldien arteko elkartasuna eta haurren eskubideen babesa sustatuko ditu ”.

EBFI-ren 8. artikuluak dio: “Ekintza guztietan, emakumezkoen eta gizonezkoen arteko desberdintasunak kendu eta berdintasuna sustatzea izango du helburu Batasunak”.