

José Fernando Lousada Arochena

**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE MUJERES Y
HOMBRES**

En especial, en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Departamento de Derecho Público Especial

Director: Ricardo Pedro Ron Latas

Universidad de Coruña

2013

ÍNDICE

PARTE PRIMERA: APROXIMACIÓN GENERAL AL TRATAMIENTO LEGAL DEL DERECHO A LA IGUALDAD

CAPÍTULO PRIMERO

PRINCIPIO DE IGUALDAD, PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA EXCLUSIÓN DE LAS MUJERES: a) El principio de igualdad en el constitucionalismo decimonónico. b) La aparición histórica del movimiento feminista. c) La normativa laboral paternalista. d) Avances en educación y sufragio versus resistencias en estatus familiar y laboral. II. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES: a) De la igualdad ante la ley a la igualdad en la ley como peldaño previo a la construcción del derecho a la no discriminación. b) La construcción del derecho a la no discriminación: la normativa internacional, el convenio europeo y el derecho estadounidense. c) Instrumentos internacionales específicos del derecho a la no discriminación sexista. d) La primera generación de normas comunitarias sobre igualdad de los sexos. e) Las luces y las sombras de la prohibición de discriminación sexual. III. EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD DE LA DIMENSIÓN DE GÉNERO: a) El movimiento de liberación de la mujer. b) La Teoría Feminista del Derecho. c) Discriminación sistémica y transversalidad de género. d) La discriminación en las relaciones laborales como paradigma de discriminación sistémica. IV. EL ESTADO DE LA EVOLUCIÓN EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL, COMUNITARIA Y EUROPEA: a) La Declaración de Beijing y la Plataforma para la Acción. b) La segunda generación de normas comunitarias sobre igualdad de los sexos. c) Igualdad de los sexos en el marco del Consejo de Europa. V. PROBLEMAS ACTUALES. VI. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS. VII. LAS LEYES DE IGUALDAD CLÁSICAS Y LAS LEYES DE IGUALDAD MODERNAS: a) El principio de igualdad y el derecho a la no discriminación. b) Peculiaridades generales de las leyes transversales de igualdad. VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL CONCEPTO JURÍDICO MODERNO DE DISCRIMINACIÓN POR SEXO / GÉNERO: a) Características definitorias de la discriminación por sexo / género. b) Conceptos de discriminación en la normativa comunitaria. c) Una definición omnicompreensiva de discriminación por sexo / género.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL SISTEMA ESPAÑOL DE LEYES DE IGUALDAD

SUMARIO: I. LAS MUJERES ANTE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: a) Situación normativa anterior. b) El cambio constitucional. c) De la igualdad formal a la igualdad material en la jurisprudencia constitucional. d) La asunción de la igualdad material en la legislación estatal. e) La asunción de la perspectiva de género en la legislación estatal. e) La normativa autonómica sobre igualdad de género. II. LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES: a) Una aproximación a su contenido. b) Las últimas elaboraciones de la jurisprudencia constitucional. c) Fundamento constitucional de la dimensión de género como añadido legal a la igualdad de los sexos. III. IGUALDAD DE LOS SEXOS, REFORMAS DE LAS LEYES SOCIALES Y CRISIS ECONÓMICA: a) Igualdad y reforma del mercado de trabajo. b) Igualdad y reforma de la Seguridad Social. c) Igualdad y reforma del procedimiento laboral. IV. LA APLICACIÓN EN ESPAÑA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES Y COMUNITARIAS SOBRE IGUALDAD DE SEXOS. V. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

PARTE SEGUNDA: EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

CAPÍTULO TERCERO

LA CONFIGURACIÓN GENERAL DEL DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

SUMARIO: LAS DIMENSIONES DE LA IGUALDAD COMO VALOR, COMO PRINCIPIO Y COMO DERECHO: a) Perspectiva constitucional. b) El reconocimiento del derecho a la igualdad de los sexos en la legalidad infraconstitucional. II. CONTENIDOS ESENCIAL, PROMOCIONAL Y ESPECÍFICO DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES. III. TITULARIDAD: a) Igualdad y extranjería. b) Personas jurídicas y grupos sociales. c) Unilateralidad / Bilateralidad. d) El efecto oveja negra. IV. UNIVERSALIDAD OBJETIVA. V. UNIVERSALIDAD SUBJETIVA: a) La eficacia frente a todos de la tutela de la igualdad de los sexos. b) La aplicación territorial de la tutela de la igualdad de los sexos. VI. VOCACIÓN DE EFICACIA. VII. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES: a) La fuerza expansiva de la igualdad de los sexos. b) La interpretación a favor de la igualdad de los sexos. c) Su aplicación en el derecho social. d) La función integradora del principio de igualdad de los sexos. Su aplicación en el derecho social.

CAPÍTULO CUARTO

LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN SEXISTA DIRECTA E INDIRECTA

SUMARIO: I. LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES. II. LA DISCRIMINACIÓN SEXISTA DIRECTA: a) Concepto legal, y crítica de su lectura tradicional. b) Una lectura en clave de género del concepto legal y sus

consecuencias teóricas y prácticas. c) Elementos del trato discriminatorio. d) Discriminaciones directas abiertas y ocultas. e) Otras clasificaciones de la discriminación: malévola / no malévola; normativa / social; originaria / derivada. III. LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DIRECTA ABIERTA EN EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO: a) Las edades de jubilación. b) Discriminaciones retributivas. c) Condiciones de empleo. d) Seguridad Social Pública. IV. LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DIRECTA ABIERTA EN EL DERECHO ESPAÑOL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL: a) Jurisprudencia constitucional sobre Derecho del Trabajo. b) Normativa interna, negociación colectiva y aplicación judicial. c) Discriminación abierta en la Seguridad Social. V. LAS CLÁUSULAS DE BUENA FE: a) Concepto legal y sus antecedentes. b) La aplicación de las cláusulas de buena fe en el Derecho español del Trabajo. VI. LA DISCRIMINACIÓN SEXISTA INDIRECTA: a) Orígenes del concepto en el derecho estadounidense. b) Recepción del concepto en el derecho comunitario. c) Jurisprudencia constitucional y plasmación legal en el derecho español. d) Diferencias con la discriminación directa y explicación de la discriminación indirecta. VII. LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN SEXISTA INDIRECTA EN EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO: a) Trabajo a tiempo parcial. b) Discriminaciones retributivas. c) Condiciones de empleo. d) Seguridad Social Pública. VIII. LA APLICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN SEXISTA INDIRECTA EN EL DERECHO ESPAÑOL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL: a) Discriminaciones retributivas. b) La discriminación retributiva en la negociación colectiva. c) Modalidades contractuales. d) En especial, la aplicación de las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial. e) Acceso al empleo. f) Promoción profesional. g) Derechos de conciliación. h) Extinción contractual. i) Seguridad Social. IX. MANIFESTACIONES COMPLEJAS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO: a) Aproximación dogmática a la discriminación múltiple. b) Reconocimiento normativo. c) La discriminación por asociación. d) Conexiones entre discriminación sexista e igualdad de trato en el trabajo atípico. X. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE ASPECTOS SOCIALES DE LA IGUALDAD DE LOS SEXOS.

CAPÍTULO QUINTO

MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA, PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

SUMARIO: I. LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES. II. APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE ACCIÓN POSITIVA: a) Orígenes del concepto en el derecho estadounidense. b) Reconocimiento inicial en la normativa comunitaria. c) Normativa internacional. d) Jurisprudencia constitucional española. e) Jurisprudencia comunitaria. f) La recepción de la acción positiva en el derecho comunitario originario. g) Las acciones positivas en el Consejo de Europa. III. LAS ACCIONES POSITIVAS EN EL DERECHO ESPAÑOL: a) Marco legal general. b) Clasificaciones doctrinales de las medidas de acción positiva. Crítica terminológica. c) Posibles medidas de acción positiva en el ámbito social. d) Aplicación en el ámbito de la relación laboral. IV. LAS MEDIDAS DE PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA: a) Recepción normativa. b) Aproximación conceptual. c) Jurisprudencia constitucional. d) Aplicación en el ámbito social. V. LAS MEDIDAS DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES: a) Aproximación conceptual. b) Igualdad de oportunidades y empoderamiento de las mujeres. c) Igualdad de oportunidades y discriminación por indiferenciación. d) Igualdad de oportunidades y prevención de la discriminación. e) Igualdad de oportunidades y medidas de igualdad. f) Igualdad de oportunidades e individualización de derechos. g) Igualdad de oportunidades y violencia de género. VI. ALGUNOS EJEMPLOS DE APLICACIÓN DE MEDIDAS DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL ÁMBITO SOCIAL: a) Medidas

dirigidas al empoderamiento del tiempo: el fomento del trabajo a tiempo parcial; el trabajo a distancia; el papel de la negociación colectiva; las políticas públicas de tiempo de la ciudad. b) Medidas de reconocimiento de derechos de las mujeres: la valoración del trabajo informal de las mujeres. c) Medidas de acomodación a la diversidad sexual: la salud laboral en perspectiva de género. d) Medidas de prevención de la discriminación sexista: la protocolización de decisiones empresariales discrecionales. e) Medidas de parificación real o acción positiva indirecta: la situación de las familias monoparentales. f) Medidas de individualización de los derechos: la problemática acerca de la pensión de viudedad. g) Medidas de erradicación de la violencia de género: los derechos laborales de las víctimas de la violencia en la pareja.

CAPÍTULO SEXTO

EL DERECHO DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS A UN ÁMBIENTE LABORAL SIN ACOSO SEXUAL O SEXISTA

SUMARIO: I. VIOLENCIA Y GÉNERO EN LA NORMATIVA LABORAL: a) De la invisibilidad de la conducta de acoso sexual a la tutela contra la violencia de género en el trabajo. b) Autonomía de la tutela contra la violencia de género en el trabajo. **II. EL ACOSO SEXUAL:** a) Los comportamientos verbales o físicos. b) El carácter sexual. c) Lo objetivo y lo subjetivo como elementos constitutivos de la antijuridicidad. d) La postura existente antes de la ley de igualdad. e) La postura acogida en el derecho comunitario. f) La postura acogida en la ley de igualdad. g) Comportamientos ofensivos constitutivos de acoso sexual. h) Tratamiento conceptual en la aplicación judicial. **III. EL ACOSO SEXISTA:** a) Delimitación con el acoso sexual y con la discriminación sexista. b) Delimitación con el acoso moral. c) Manifestaciones del acoso sexista. d) Tratamiento conceptual en la aplicación judicial. **IV. ACTOS DE CHANTAJE Y ACOSO AMBIENTAL.** **V. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS.** **VI. EL DERECHO A NO SUFRIR ACOSO SEXUAL O SEXISTA EN LAS RELACIONES LABORALES.** **VII. EL CORRELATIVO DEBER EMPRESARIAL DE PROTECCIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL Y SEXISTA:** a) Las medidas de prevención en el empleo privado. b) Tratamiento del acoso en la negociación colectiva. c) Las medidas de prevención en el empleo público estatal. d) La sanción del acoso a través de la potestad disciplinaria empresarial. e) Aproximación a las consecuencias del incumplimiento del deber empresarial de protección frente al acoso sexual y sexista. Autodefensa. **VIII. ACOSO DE GÉNERO Y ACCIDENTE DE TRABAJO.**

CAPÍTULO SÉPTIMO

LOS DERECHOS DE MATERNIDAD DE LAS MUJERES TRABAJADORAS

SUMARIO: I. LA TUTELA DE LA MATERNIDAD DESDE LA ÓPTICA DE LA SALUD: a) La normativa sobre maternidad dentro del contexto paternalista. b) La normativa sobre maternidad y el arrumbamiento del paternalismo. c) La Directiva Maternidad. d) Su aplicación judicial. e) La trasposición a la legislación española interna. f) El tratamiento de la maternidad desde la óptica de la salud en la negociación colectiva. **II. LA TUTELA DE LA MATERNIDAD DESDE LA ÓPTICA DE LA IGUALDAD:** a) La jurisprudencia comunitaria sobre discriminación por maternidad. b) Plasmación de la discriminación por maternidad en la normativa comunitaria. c) La jurisprudencia constitucional sobre discriminación por

maternidad. d) La política de coste cero de la maternidad. III. LOS DERECHOS DE MATERNIDAD EN PERSPECTIVA DE GÉNERO: a) Caracterización general. b) Plasmación de los derechos de maternidad en la ley de igualdad. Avances y carencias.

CAPÍTULO OCTAVO

LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

SUMARIO: I. FAMILIA Y GÉNERO EN EL DERECHO LABORAL ESPAÑOL: a) Evolución normativa con el trasfondo comunitario e internacional. b) Los derechos vigentes de conciliación relacionados con la jornada laboral. II. UN APUNTE COMPARADO. III. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES: a) Fundamentación teórica y reconocimiento positivo. b) Contenido esencial y contenido adicional. c) Aproximación crítica a la jurisprudencia constitucional. IV. LA PRIMACÍA DE LA IGUALDAD. V. LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN: a) El principio de individualización. b) El principio de continuidad de la carrera profesional. c) El fomento de la autoorganización. d) Garantías de indemnidad. e) La contemplación de la diversidad de familias. f) El principio de aplicación general a todos los trabajadores/as. VI. DERECHOS DE CONCILIACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA. VII. LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN: a) Ámbito. b) Partes. c) Plazo. d) Procedimiento. e) Juicio. f) Sentencia. VIII. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN PROGRESIVA EXPANSIÓN: a) Expansión subjetiva. b) Expansión causal. c) Expansión objetiva.

PARTE TERCERA: LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA ACTIVIDAD JURÍDICA

CAPÍTULO NOVENO

TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO, POLÍTICAS PÚBLICAS Y RELACIONES LABORALES

SUMARIO: I. LOS CRITERIOS GENERALES DE ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS. II. LENGUAJE NO SEXISTA. III. LAS ESTRATEGIAS DE TRANSVERSALIDAD: a) Las estadísticas desagregadas. b) Planes de igualdad. c) Nombramientos equilibrados. d) El informe de evaluación del impacto de género. e) El seguimiento de las políticas de igualdad. f) La colaboración entre las Administraciones Públicas. IV. LA ORGANIZACIÓN DE LA IGUALDAD. V. LOS INSTRUMENTOS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FOMENTO APLICADOS A LA IGUALDAD, EN ESPECIAL EN EL ÁMBITO LABORAL: a) Cláusulas de igualdad en la contratación administrativa. b) Subvenciones públicas. c) Publicidad institucional. d) Distintivo empresarial en materia de igualdad. VI. LOS INSTRUMENTOS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE POLICÍA APLICADOS A LA IGUALDAD, EN ESPECIAL EN EL ÁMBITO LABORAL: a)

La discriminación sexista como infracción administrativa del orden social. b) Las sanciones accesorias y su posibilidad de conmutación. c) La introducción de un proceso laboral de oficio relativo a la actuación inspectora de la igualdad. VII. LA FORMACIÓN DE LAS PERSONAS PRESTADORAS DEL SERVICIO PÚBLICO.

CAPÍTULO DÉCIMO

LOS INSTRUMENTOS DE INTEGRACIÓN DE LA IGUALDAD EN LAS EMPRESAS

SUMARIO: I. LA INTEGRACIÓN DE LA IGUALDAD EN LAS EMPRESAS A TRAVÉS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. II. LOS DEBERES DE NEGOCIAR Y DE ADOPTAR MEDIDAS DE IGUALDAD: a) Caracterización del deber de negociar medidas de igualdad. b) Caracterización del deber de adoptar medidas de igualdad. III. LOS DEBERES DE NEGOCIAR Y DE ADOPTAR PLANES DE IGUALDAD: a) Obligatoriedad en empresas de más de 250 trabajadores/as. b) Obligatoriedad impuesta en convenio colectivo. c) Conmutación de una sanción administrativa accesoria. d) Obligatoriedad en el empleo público estatal. e) Planes de igualdad voluntarios. IV. LOS RASGOS DEFINITORIOS DE UN PLAN DE IGUALDAD: a) Elementos estáticos de los planes de igualdad. b) Elementos dinámicos de los planes de igualdad. c) Las comisiones de igualdad. d) Ámbito empresarial y transparencia. V. ACCIONES POSITIVAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. VI. CONTROL DE LEGALIDAD DE CONVENIOS COLECTIVOS. VII. LA INTEGRACIÓN DE LA IGUALDAD EN LAS EMPRESAS A TRAVÉS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL: a) Voluntariedad versus regulación en la responsabilidad social en el ámbito de la igualdad de género. b) La participación equilibrada de las mujeres en consejos de administración de sociedades mercantiles. VIII. LAS MEDIDAS DE FOMENTO DE LA IGUALDAD EN LAS EMPRESAS.

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO

LAS CLÁUSULAS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EFECTIVA DE LA IGUALDAD DE LOS SEXOS

SUMARIO: I. LAS CLÁUSULAS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EFECTIVA DE LA IGUALDAD DE LOS SEXOS. II. EL DERECHO COMUNITARIO: a) El derecho a la tutela judicial efectiva de la igualdad. b) Legitimación activa y asistencia a las víctimas. c) Los plazos de recurso. d) Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias. e) La protección frente a represalias. III. LA REGULACIÓN GENERAL DE LA LEY DE IGUALDAD: a) El derecho a la tutela judicial efectiva de la igualdad. b) Legitimación activa. c) Asistencia a las víctimas. d) El caso especial de los acosos sexual y sexista. e) Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias. IV. LAS CLÁUSULAS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EFECTIVA DE LA IGUALDAD DE LOS SEXOS EN LA LEY DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL: a) Delimitación competencial en juicios sobre igualdad y acoso. b) Prejudicialidad penal en juicios sobre igualdad y acoso. c) Legitimación basada en derechos subjetivos: ¿exclusiva legitimación de la víctima de la violación? d) Intervención de los sindicatos de trabajadores/as en litigios sobre igualdad de género. e) Intervención de los organismos públicos de igualdad y asociaciones de defensa de la igualdad. f) Asistencia pública a las víctimas por parte del Ministerio Fiscal. g) El estatuto procesal de la víctima de la discriminación. h)

Problemas de legitimación pasiva y litisconsorcio pasivo necesario en casos de acoso. h) Medidas cautelares en casos de acoso. i) La sentencia. j) Ejecución de la sentencia del despido de la víctima del acoso. V. LA GARANTÍA FRENTE A REPRESALIAS.

CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO

LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

SUMARIO: I. LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA. II. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA. III. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: a) La carga de la prueba de la parte demandante. b) La prueba de la discriminación sexista indirecta. c) La prueba del conocimiento empresarial del embarazo. d) La carga de la prueba de la parte demandada. IV. LA LEGISLACIÓN INTERNA: a) La regulación general de la ley de igualdad. b) La regulación específica en el proceso social. V. EL DICTAMEN DE ORGANISMOS PÚBLICOS COMPETENTES. VI. LA PRUEBA ESTADÍSTICA. VII. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL JUICIO DE ACOSO SEXUAL.

BIBLIOGRAFÍA

CONCLUSIONES

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial del CGPJ
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
ET	Estatuto de los Trabajadores
JS	Juzgado de lo Social
LCON	Ley de Conciliación
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LIM	Ley de creación del Instituto de la Mujer
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
LJS	Ley reguladora de la Jurisdicción Social
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LOIEMH ...	Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres
LOPIVG ...	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LSA	Ley de Sociedad Anónimas
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
OIT	Organización Internacional de Trabajo
OM	Orden Ministerial
Pto	Procedimiento

RC	Recurso de Casación
RCA	Recurso Contencioso Administrativo
RCO	Recurso de Casación Ordinaria
RCUD	Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina
RD	Real Decreto
RS	Recurso de Suplicación
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social
SOVI	Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia de Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TFUE	Tratado de funcionamiento de la Unión Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

PARTE PRIMERA

APROXIMACIÓN GENERAL AL TRATAMIENTO LEGAL DEL DERECHO A LA IGUALDAD

CAPÍTULO PRIMERO

PRINCIPIO DE IGUALDAD, PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA EXCLUSIÓN DE LAS MUJERES: a) El principio de igualdad en el constitucionalismo decimonónico. b) La aparición histórica del movimiento feminista. c) La normativa laboral paternalista. d) Avances en educación y sufragio versus resistencias en estatus familiar y laboral. II. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES: a) De la igualdad ante la ley a la igualdad en la ley como peldaño previo a la construcción del derecho a la no discriminación. b) La construcción del derecho a la no discriminación: la normativa internacional, el convenio europeo y el derecho estadounidense. c) Instrumentos internacionales específicos del derecho a la no discriminación sexista. d) La primera generación de normas comunitarias sobre igualdad de los sexos. e) Las luces y las sombras de la prohibición de discriminación sexual. III. EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD DE LA DIMENSIÓN DE GÉNERO: a) El movimiento de liberación de la mujer. b) La Teoría Feminista del Derecho. c) Discriminación sistémica y transversalidad de género. d) La discriminación en las relaciones laborales como paradigma de discriminación sistémica. IV. EL ESTADO DE LA EVOLUCIÓN EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL, COMUNITARIA Y EUROPEA: a) La Declaración de Beijing y la Plataforma para la Acción. b) La segunda generación de normas comunitarias sobre igualdad de los sexos. c) Igualdad de los sexos en el marco del Consejo de Europa. V. PROBLEMAS ACTUALES. VI. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS. VII. LAS LEYES DE IGUALDAD CLÁSICAS Y LAS LEYES DE IGUALDAD MODERNAS: a) El principio de igualdad y el derecho a la no discriminación. b) Peculiaridades generales de las leyes transversales de igualdad. VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL CONCEPTO JURÍDICO MODERNO DE DISCRIMINACIÓN POR SEXO / GÉNERO: a) Características definitorias de la discriminación por sexo / género. b) Conceptos de discriminación en la normativa comunitaria. c) Una definición omnicompreensiva de discriminación por sexo / género.

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA EXCLUSIÓN DE LAS MUJERES.

a) El principio de igualdad en el constitucionalismo decimonónico.

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) comienza afirmando “*consideramos verdades evidentes en sí mismas que*

todos los hombres han sido creados iguales". Y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) afirma, en su artículo 1, que "*los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos*". Tanto la Revolución americana como la Revolución francesa –cuyo significativo lema era "*égalité, liberté, fraternité*"– situaron, por primera vez en la Historia de la Humanidad, a la igualdad como principio fundamental del ordenamiento jurídico, en contraposición al Antiguo Régimen donde cada sujeto pertenecía a un estamento con estatutos propios y fueros especiales.

Pero la igualdad revolucionaria era una igualdad de los hombres, no una igualdad de las mujeres –y ello a pesar de la activa participación de las mujeres en la Revolución francesa-. Incluso la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) se puede considerar redactada en masculino propio –esto es, dirigido solo a los hombres- no en masculino genérico –esto es, comprensivo de las mujeres-. Como lo demuestra el radical rechazo de los poderes públicos revolucionarios a las reclamaciones de extensión de derechos a las mujeres –en las cuales participaron algunos hombres-. Olympe de Gouges, que fue la autora de una Declaración de Derechos de la Mujer y de la Ciudadana (1791), acabó así en la guillotina¹.

Tal marginación de las mujeres en las revoluciones liberales encuentra su explicación –que no justificación- en los antecedentes normativos históricos² reforzados con las opiniones de los ideólogos de la

¹ Olympe de Gouges, cuyo nombre real era Marie Gouze, fue muy denostada durante el Siglo XIX, y revalorizada como gran humanista en el Siglo XX, considerada actualmente inspiradora del movimiento abolicionista de la esclavitud, protectora de los desfavorecidos y, sobre todo, defensora de los derechos de la mujer al voto, a la educación, al trabajo y a la propiedad, contraria al matrimonio. Fue detenida por los jacobinos al pertenecer al partido girondino. Su ajusticiamiento es un símbolo de la lucha feminista como recuerda Teresa Pérez del Río en "El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo", IELSS, Madrid, 1984, páginas 9 y 10. La Declaración de Derechos de la Mujer y de la Ciudadana era simplemente la transposición al femenino de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. El texto íntegro se puede consultar en Fernando Rey Martínez, "El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo", Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1995, páginas 119 a 121.

² La marginación de las mujeres se encuentra en los mismos orígenes de la Civilización Occidental, siendo ejemplificativo que ya se hubiera establecido, en el Siglo V a. de C., en la Ley 5ª de las XII Tablas de Roma, la tutela mulieris, una decisión de los antiguos que, en las Instituciones de Gayo (I, 144), se justificaba en la ligereza del juicio femenino ("*propter animi levitatem*"), y que, en las Reglas de Ulpiano

Ilustración, fuertemente patriarcales³, las más llamativas las de John Locke en sus “Dos Tratados sobre el Gobierno Civil” (1689)⁴, y las de Jean Jacques Rousseau en su “Emilio, o de la educación” (1762)⁵. En el “Manifiesto de los Iguales de Babeuf” (1796) se proclama “*que no haya entre los hombres otra diferencia que la edad y el sexo*”⁶. Una ideología

(XI, 1), se justificaba en la debilidad del sexo y la ignorancia de las cosas del foro (“*propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantia*”), en suma, en la fragilidad del sexo (“*fragilitas sexus*”). Véase María del Carmen Cazorla González-Serrano, “La situación de la mujer en Roma: tutela mulieris”, en la obra colectiva, coordinada por Laura López de la Cruz / Marta Otero Crespo, y dirigida por María Paz García Rubio / María del Rosario Valpuest Fernández, “El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, páginas 407 a 422.

³ Carole Pateman, en “El contrato sexual” (1988), ha desenmascarado la ideología patriarcal subyacente al pensamiento ilustrado y a las tesis contractualistas. Si en la sociedad civil no participan las mujeres es porque no han participado en el contrato social como sujetos libres e iguales a los hombres. Por ello, entiende que, previamente al contrato social, ha existido un contrato sexual en el cual las mujeres entregaban su libertad a cambio de su seguridad. De este modo, la exclusión de las mujeres no procede del estado de naturaleza, sino que es consecuencia del contrato sexual previo al contrato social. Los pensadores ilustrados callan sobre la existencia del contrato sexual y sitúan la sumisión de las mujeres a los hombres en el estado de naturaleza. Con la legitimidad que les ofrece situar la sumisión de las mujeres a los hombres en el estado de naturaleza, se crea un derecho civil patriarcal que garantiza la diferencia con un supuesto fundamento natural. Hay edición española en la Editorial Anthropos, Barcelona, 1995.

⁴ John Locke, en su “Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil” (1689), afirma que “*el marido y la mujer, aunque tienen la preocupación común de la cría y la enseñanza de sus hijos, poseen sin embargo entendimientos diferentes; y habrá casos en los que, inevitablemente, sus voluntades respectivas habrán de diferir; será, por tanto, necesario que la última decisión, es decir, el derecho de gobierno, se le conceda a uno de los dos, y habrá de caer naturalmente del lado del varón, por ser este el más capaz y el más fuerte*”. Esta dominación del hombre sobre la mujer en el ámbito familiar se compadece con su exclusión en el ámbito público. Para John Locke, los representantes elegidos por el pueblo son quienes dictan las leyes y, según explica María Ángeles Martín Vida, el pueblo, para John Locke, era “*el pueblo varón propietario, pues solo los varones propietarios son verdaderos sujetos políticos*”, “Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión”, Universidad de Granada, 2004, página 83.

⁵ Jean Jacques Rousseau afirmaba, en relación con Sofía, la compañera de Emilio: “*En la unión de los sexos, concurre cada uno por igual al fin común, pero no de la misma forma; de esta diversidad nace la primera diferencia notable entre las relaciones morales de uno y otro. El uno debe ser activo y fuerte, y el otro pasivo y débil. Es indispensable que el uno quiera y pueda, y es suficiente que el otro apenas oponga resistencia ... La mujer está hecha especialmente para agradar al hombre ... Si la mujer está hecha para agradar y ser subyugada, se debe hacer agradable al hombre ... Bien dirigida, hasta la sujeción en que se la tiene, lejos de debilitar su cariño, no hará otra cosa que aumentarlo, porque siendo la dependencia el estado natural de las mujeres, propenden a la obediencia ... Por la misma razón que deben tener poca libertad, se extralimitan en el uso de la que les dejan*”. Véase Rosa Cobo Bedia, “Fundamentos del patriarcado moderno: Jean Jacques Rousseau”, Ediciones Madrid, Valencia, 1995.

⁶ Sylvain Maréchal, demócrata radical, revolucionario y anticlerical, considerado precursor del socialismo utópico, y que es el autor del “Manifiesto de los Iguales de Babeuf” (1796), publicó –demostrando las limitaciones de su igualitarismo- un opúsculo –no es un auténtico proyecto de ley- llamado “Proyecto de una ley que prohíba a aprender a leer a las mujeres” (1801), con la finalidad de excluir a las mujeres de la educación y de la vida pública, afirmando, entre otras cosas, que “*la Razón quiere que cada sexo esté en su lugar y allí permanezca*”, o que “*la Razón quiere que las mujeres que se obstinen en escribir libros no se les permita tener hijos*”. Juana María Gil Ruiz destaca la importancia ideológica de este opúsculo tanto por demostrar la total exclusión de las mujeres de la vida pública como por su influencia posterior, al ser

imperante en el pensamiento político de finales del Siglo XVIII y hasta mediados del Siglo XIX, como lo demuestran las obras de Kant o Hegel⁷.

Justificar la paradoja de proclamar la igualdad y excluir a las mujeres, obligaba a concebir la igualdad como igualdad ante la ley: la ley se debe aplicar a todas las personas –vocación de generalidad sin admitirse privilegios: nadie puede estar por encima de la ley- y a todas por un igual – prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos-. Pero no se concebía como igualdad en la ley, de donde la ley –expresión máxima de la soberanía nacional- podía establecer diferencias si lo hacía con generalidad. Que era, precisamente, lo que hacía con el sexo. De este modo, la Revolución francesa no supuso ninguna mejora igualitarista, sino un reforzamiento de la desigualdad de la mujer en lo público y en lo privado.

Así, la tradicional exclusión de la vida pública se ratifica, en 1793, con la disolución de las asociaciones femeninas nacidas al calor del movimiento revolucionario y con la prohibición de asistir las mujeres a las sesiones del Gobierno de París. También se les prohibió, en 1795, asistir a asambleas políticas y reunirse más de cinco en la calle. Prohibiciones semejantes y la privación del sufragio –o el falso reconocimiento del sufragio atribuyendo su ejercicio a un hombre- las encontramos durante el Siglo XIX en Europa⁸ y los Estados Unidos⁹. En España, ni la Constitución

después reeditado en Francia a lo largo del Siglo XIX, “Las políticas de igualdad en España: avances y retrocesos”, Universidad de Granada, 1996, páginas 35 a 37, especialmente véanse las notas 2 y 4.

⁷ Immanuel Kant, en sus “Principios metafísicos de la doctrina del Derecho” (1797), considera un principio natural incuestionable “*la superioridad natural del hombre sobre la mujer*”, de donde el hombre ostenta sobre la mujer, como sobre los siervos y los niños, un derecho personal de naturaleza real consistente “*en poseer un objeto exterior como una cosa y en usar de él como persona*”. Y Friederich Hegel, en sus “Fundamentos de Filosofía del Derecho” (1821), contrapone la naturaleza infantil de las mujeres frente a la racionalidad objetiva de los hombres, destinados estos a las tres actividades hegemónicas, la Ciencia, el Estado y la Economía, de donde concluye que “*el Estado en que gobiernan mujeres y jóvenes, Estado echado a perder*”. También nos explica que “*el secreto de la mujer es el poder sobre nuestros corazones de hombre ... cuando en aquel día en que inquiera todas las faltas Dios examine los corazones de las mujeres, o encuentra a todas castigables o igualmente inocentes: tan enmarañado está su corazón*”.

⁸ La privación del sufragio era expresa en la Reform Act inglesa de 1832, que, basada en el sistema de sufragio censitario, se lo concedía solo a los varones –excluyendo a las mujeres aunque tuviesen el nivel de rentas exigido-, mientras la Ley Municipal austriaca de 1849, si bien reconocía formalmente el voto

de Cádiz (1812), ni ninguna otra en el Siglo XIX, reconocieron el voto a las mujeres, e incluso se prohibió su presencia en las galerías de las Cortes¹⁰.

Y, en el ámbito privado, la capacidad disminuida de la mujer alcanzó un momento de apogeo con el Código Civil de Napoleón (1804), que trataba a la mujer como al menor de edad y la sometía a la potestad marital, según la cual “*el marido debe protección a su mujer; la mujer obediencia a su marido*” –artículo 213, un artículo cuyo contenido se debía de leer públicamente en el momento de la celebración del matrimonio-, con todas sus consecuencias: la mujer necesitaba licencia marital para negocios jurídicos, para ejercer el comercio, para formalizar un contrato de trabajo, para litigar ante los tribunales, o para pasar una temporada en un centro de reposo; el marido podía leer su correo y acceder a sus cuentas bancarias.

Disposiciones semejantes encontramos en el Siglo XIX en toda Europa, donde era general (1) la sumisión de las casadas a la potestad

femenino, atribuía su ejercicio al esposo, o a otro varón a quien la mujer apoderase, quienes, al ejercitar el voto, no estaban obligados a respetar la voluntad de la mujer. En cuanto a los demás derechos políticos, las leyes alemanas fueron muy restrictivas tras los sucesos revolucionarios de 1848. Prusia, Baviera y Sajonia prohibieron a las mujeres, en 1850, participar en asociaciones políticas, lo cual se mantuvo vigente, tras la reunificación, hasta 1908. Austria lo prohibió desde 1867 hasta 1918. Sajonia prohibió a las mujeres, en 1851, participar en la redacción y edición de periódicos y revistas. Datos históricos que hemos tomado de María Ángeles Martín Vida, “Evolución ...”, obra citada, páginas 117 a 124, *passim*.

⁹ En *Bradwell vs Illinois*, 83 US 130 (1872), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América resolvió una demanda de Mira Bradwell contra el Estado de Illinois, por prohibirle a las mujeres la práctica del Derecho, siendo rechazada porque el derecho a ejercer una profesión no se garantiza en la Constitución, siendo competencia de los distintos Estados, aunque, en un voto concurrente, el Juez Bradley entró en el tema de fondo justificando la prohibición en que “*el más alto destino y misión de la mujer es cumplir las funciones benéficas de esposa y madre – esta es la Ley del Creador*”. Y en *Minor vs Happersett*, 88 US 162 (1875), resolviendo la demanda de Francis Minor –como esposo de Victoria Minor una líder sufragista de Missouri que, por la legislación estatal, no podía demandar directamente-, se justificó la privación del sufragio femenino en que “*la Constitución de los Estados Unidos no confiere el derecho de sufragio a cualquiera ... (el derecho al sufragio es una) importante responsabilidad*”.

¹⁰ La Constitución de Cádiz (1812), a pesar de no excluirlas expresamente, se sobreentendía excluía a las mujeres. Y las demás del Siglo XIX (1834, 1837, 1845, 1856, 1869 y 1876) fueron fieles al principio nunca explicitado de que el espacio público es exclusivo de los varones. Respecto a la prohibición de acceder las mujeres a las galerías de las Cortes, establecida en los reglamentos de las cámaras de 1810 a 1834, las fuentes históricas detallan la existencia de una pacífica protesta femenina, afirmándose en unas que “*muchas (mujeres) iban vistiendo el traje de hombre, usando no pocas el talar eclesiástico para tapar sus formas*”, y en otras que “*las mujeres se sintieron ofendidas ... dirigieron una petición al Congreso ... al ser rehusada la demanda, entraron a las sesiones parlamentarias ataviadas con ropas de hombre, mientras los centinelas soportaban la situación con una sonrisa*”. Véase Asunción Ventura Franch, “Las mujeres y la Constitución de 1978”, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, páginas 73 a 78.

marital –incluso en países donde las solteras tenían capacidad de obrar semejante al hombre, como Austria, Inglaterra o Prusia-, (2) la atribución al padre de la patria potestad –en Inglaterra, el padre podía arrebatarse los hijos a la madre para que los cuidase otra persona-, o (3) la diferencia de trato de la infidelidad –en Francia, la del esposo exigía amancebamiento y se castigaba con multa, la de la esposa con ingreso en correccional de 3 meses a 2 años, y en Inglaterra, el adulterio del esposo solo era causa de divorcio si mediaba abandono, crueldad, incesto, violación, sodomía o zoofilia-¹¹.

No extraña dentro de este contexto que el derecho de las mujeres a la educación no se contemplase o se limitase a la educación primaria, y no en las condiciones de los hombres, sino impartíendoles una educación útil –o principio de educación utilitarista- al cumplimiento de las funciones asignadas a las mujeres –la función reproductiva y la función de cuidado-, o sea, una educación “*en el ejercicio de las virtudes y labores propias de su sexo*”¹². El acceso a la educación superior les estuvo directamente negado a las mujeres y, cuando se les reconoció, estaba sometido a ciertas limitaciones –como la necesaria licencia del marido, según ocurría en Francia, o el permiso de la autoridad educativa, según ocurría en España-.

¹¹ Datos históricos tomados de María Ángeles Martín Vida, “Evolución ...”, obra citada, páginas 124 a 129, *passim*. También destaca esta autora que “*en algunos países estaba legalizada la posibilidad de golpear moderadamente a las esposas para reeducarlas*”, página 128. En España, un civilista tan significado como Florencio García Goyena, al comentar el artículo 38 del Proyecto de Código Civil de 1851 –que era una copia casi literal del artículo 213 del Código Civil de Napoleón-, afirmaba que “*competía al marido el derecho modice castigandi uxorem*”, trayendo a colación en su apoyo la autoridad de Dionisio Gotofredo, y añadiendo “*y yo entiendo que debe competirle en cuanto sea necesario para mantener el buen orden de la familia, del que es responsable; al que se le impone una obligación, se le conceden los medios necesario para desempeñarla*” en sus “Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español”, tomo I, Madrid, 1852, página 73, disponible en Google Books.

¹² Utilizando una expresión tan arraigada en España –y que ha persistido hasta no hace mucho- que se remonta a la Ley X del Título I del Libro VIII de la Novísima Recopilación (1806), añadiendo al efecto lo siguiente –donde se explicita la conexión religiosa-: “*dirigiendo a las niñas desde su infancia y en los primeros pasos de su inteligencia ... en el manejo de sus casas y en las labores que las corresponden, que es la raíz fundamental de la conservación y aumento de la Religión*”. Igualmente, el ilustrado Gaspar Melchor de Jovellanos dirige la educación de la mujer a “*formar buenas y virtuosas madres de familia*”, “Bases para la formación de un plan general de instrucción pública” (1809). Coincidiendo en este extremo el designio oficial con las propuestas de reforma, no extrañará, en consecuencia, que, en todos los planes educativos vigentes a lo largo del Siglo XIX se repita el estribillo de “*las labores propias de su sexo*”. Más ampliamente, véase Juana María Gil Ruíz, “Las políticas ...”, obra citada, páginas 57 a 91.

b) La aparición histórica del movimiento feminista.

La respuesta de las mujeres a la desigualdad fue inicialmente ocasional, como ocasional fue, antes y durante el Siglo XVIII, la participación de la mujer en la vida política¹³, siendo durante la Revolución francesa cuando aparecen las pioneras del movimiento feminista: Théroigne de Méricourt, Etta Palm D’Aelders, Claire Lacombe o Olympe de Gouges¹⁴. Mary Wollstonecraft, una ideóloga inglesa admiradora de las ideas revolucionarias francesas, escribía “Vindicación de los derechos de la mujer” (1791), que es considerada la primera obra política feminista en cuanto sustituye el planteamiento de lista de agravios por el planteamiento de vindicación de derechos basada en una crítica del sistema establecido¹⁵.

¹³ Con anterioridad a la Revolución francesa existieron algunas mujeres destacadas en la lucha por sus derechos, como Cristhine de Pizán (1363-1430), autora de “La ciudad de las mujeres” (1405), quien, en palabras de Simone de Beauvoir, fue la primera mujer que tomó la pluma para defender a las mujeres. También algunos hombres, como François Poulain de la Barre (1647-1723), quien, desde una perspectiva racionalista, defendía la igualdad moral de hombres y mujeres. Pero eran unas respuestas ocasionales porque, al sustentarse en la lista de agravios, no explican racionalmente la causa de los agravios, de modo que no crean escuela de pensamiento. A estas respuestas ocasionales anteriores a la Revolución francesa Ana de Miguel Álvarez las llama feminismo premoderno, distinguiéndolo del feminismo moderno y del feminismo contemporáneo, “Los feminismos”, en “Diez palabras clave sobre la mujer”, dirigida por Celia Amorós Puente, Editorial Verbo Divino, Pamplona, 2000. También se las ha llamado profeminismo.

¹⁴ Théroigne de Méricourt participó, empuñando una espada al frente de un grupo de mujeres, en la toma de la Bastilla, y creó después un club revolucionario, el Club de los Amigos de la Constitución. Fue objeto de burla pública por los jacobinos, lo cual la llevó a la demencia. Etta Palm D’Aelders, de origen holandés, fundó el primer club solo de mujeres para reivindicar la igualdad, la Sociedad Patriótica y de Beneficencia de las Amigas de la Verdad, y en 1791 pronunció, ante la Asamblea Nacional, el “Discurso sobre la injusticia de las leyes a favor de los hombres, a expensas de las mujeres”. Fue detenida por los jacobinos. Claire Lecombe, actriz apodada Rosa Roja, era una activista radical que fundó, con Pauline Léon, la Sociedad de las Mujeres Republicanas Revolucionarias. Durante el Reinado del Terror, estuvo varios meses en prisión. Sobre estas y sobre otras mujeres revolucionarias, véase Paule-Marie Duhet, “Las mujeres y la Revolución (1789-1794)”, Editorial Península, Ediciones de Bolsillo, Barcelona, 1974.

¹⁵ Hay edición española en Ediciones Cátedra, Madrid, 1994. Mary Wollstonecraft, que como los racionalistas e ilustrados de la época distinguía entre el estado de naturaleza y el estado de sociedad, rechaza la supuesta inferioridad natural de la mujer situando la desigualdad con el hombre en el estado de sociedad, o, dicho de otro modo, si hombres y mujeres comparten por su naturaleza el don de la razón, la sumisión de la mujer al hombre solo se explica por los prejuicios transmitidos a través de la educación. Por ello, centra sus reivindicaciones en el acceso de la mujer a la educación y a una educación igual a la de los hombres. Critica severamente a Jean Jacques Rousseau, acusando al ginebrino “*de describir sus fantasías eróticas cuando se refiere a la educación de Sofía, haciéndonos creer que razona cuando en realidad está soñando*”. Su obra se ha considerado “*uno de los tratados de teoría social y política más notables*”, usando las palabras de Asunción Ventura Franch, “Las mujeres ...”, obra citada, página 62.

El feminismo nació así como –y básicamente sigue siendo- un movimiento ilustrado basado en la razón universal, la emancipación de los prejuicios, los derechos humanos y las ideas de progreso. Y ello a pesar de que la Ilustración consolidó la desigualdad histórica entre los sexos¹⁶. También el feminismo –como la Ilustración- atribuye gran importancia a la educación. Mary Wollstonecraft propone instaurar un sistema nacional de educación mixto y critica la tradicional educación femenina, condensándose esa crítica en su conocida y poética frase “*enseñadas desde su infancia que la belleza es el cetro de las mujeres, la mente se amolda al cuerpo y, errantes en su dorada jaula, solo buscan adornar su prisión*”.

A lo largo del Siglo XIX es cuando el feminismo se consolida definitivamente como movimiento ideológico. La Declaración de Seneca Falls (1848) se suele considerar su carta de bautismo, y, en particular, del sufragismo en los Estados Unidos¹⁷. El feminismo liberal, sustento ideológico del sufragismo, encontró su más importante desarrollo ideológico en las obras de John Stuart Mill y su esposa Harriet Taylor,

¹⁶ Como muy bien afirma Amelia Valcárcel Bernardo de Quirós “*el feminismo es un hijo no querido de la Ilustración*”, Prólogo al libro de Juan Sinisio Pérez Garzón, “Historia del feminismo”, Los libros de la Catarata, Madrid, 2011, página 11. Desarrolla la autora esta idea en “Feminismo en el mundo global”, Ediciones Cátedra, Madrid, 2009, páginas 55 a 76. De manera semejante, Ana de Miguel Álvarez afirma que, “*aún cuando las mujeres quedan inicialmente fuera del proyecto igualitario, la demanda de universalidad que caracteriza a la razón ilustrada puede ser utilizada para irracionalizar sus usos interesados o ilegítimos, en este caso patriarcales ... el feminismo supone la efectiva radicalización del proyecto igualitario ilustrado*”, “Los feminismos”, obra citada, página 6. Samara de las Heras Aguilera llama a las primeras feministas la Ilustración consecuente, “Una aproximación a las teorías feministas”, Universitas Revista de Filosofía, Derecho y Política, número 9, 2009, <http://universitas.idhbc.es>.

¹⁷ Seneca Falls es una población en el Estado de Nueva York donde el 19 y el 20 de julio de 1848 se celebró una reunión de más de 300 personas –principalmente mujeres, aunque también hombres- organizada por Elizabeth Candy Stanton con ocasión de la visita de Lucrecia Mott, una cuáquera, famosa por su oratoria, de Boston. La Declaración de Seneca Falls, denominada por sus autoras Declaración de Sentimientos, se reproduce en Fernando Rey Martínez, “El derecho ...”, obra citada, páginas 121 a 125. El florecimiento del pensamiento feminista en los Estados Unidos antes que en Europa se ha explicado en su fuerte vinculación, mantenida hasta la actualidad, con la lucha por la emancipación de las personas de raza negra, lo cual, utilizando las palabras de María Luisa Balguer Callejón, “*confiere al movimiento feminista americano ciertas características propias y mayores posibilidades de éxito que el europeo*”, “Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género”, Ediciones Cátedra, Madrid, 2005, página 29.

particularmente en “La servidumbre de la mujer” (1869)¹⁸. Se da preeminencia a la libertad individual, de donde, si la ley les concede a las mujeres iguales derechos a los hombres, aquellas, por su propia capacidad y a través de actos voluntarios, alcanzarán la igualdad real en la sociedad¹⁹.

Por esas mismas épocas nace el feminismo socialista. Su primera ideóloga fue la socialista utópica Flora Tristán, quien introduce el discurso feminista en la cuestión obrera en “La emancipación de la mujer” (1845)²⁰. El socialismo científico, que propugna el cambio revolucionario, supeditó la liberación de la mujer al éxito de ese cambio, según las obras de August Bebel “La mujer y el socialismo” (1879) y de Friederich Engels “El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado” (1884)²¹. La mayoría

¹⁸ Recientemente publicada bajo el título “La esclavitud femenina” en la traducción y con prólogo de Emilia Pardo Bazán, Artemisa Ediciones, Barcelona, 2008. Su discurso en defensa del voto femenino ante la Cámara de los Comunes, de 20 de mayo de 1867, fue el pistoletazo de salida del sufragismo en Europa. La importancia de John Stuart Mill en la evolución del movimiento feminista es muy relevante, sirviendo sus teorías, como afirma María Luis Balaguer Callejón, de “cobertura ideológica a los clubes feministas franceses y a los movimientos sufragistas ingleses y americanos”, “Mujer ...”, obra citada, página 31. Por su importancia, ha tenido un reconocimiento explícito –especialmente destacado porque es la única persona nominalmente citada- en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, donde se reproduce una famosa cita según la cual la igualdad perfecta es aquella “que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros”.

¹⁹ Pero –y aquí se encuentra la gran paradoja del pensamiento milliano que se ha calificado como el Caso Mill contra Mill- considera la existencia de una inclinación natural de las mujeres que las lleva a decidir libremente casarse y tener familia, de modo que, aún defendiendo la necesidad de que sean educadas para no depender ni de su padre ni de su marido, concluye que “no se desprende de ahí que la mujer deba de hecho mantenerse a sí misma porque esté capacitada para hacerlo: normalmente no lo hará”, o que “el acuerdo común mediante el cual el hombre gana la renta y la mujer administra el gasto doméstico me parece en general la división de trabajo más apropiada entre las dos personas”. Sobre estas contradicciones, véase Juana María Gil Ruíz, “La actualidad de Mill en la reciente apuesta legislativa para la erradicación de la violencia de género en la consecución de la igualdad efectiva”, en “John Stuart Mill y la democracia del Siglo XXI”, edición de Josefa Dolores Ruíz Resa, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.

²⁰ Como buena socialista utópica y con claras influencias ilustradas, Flora Tristán defendía la emancipación de las mujeres a través de la educación, y en particular de las obreras, que llevaría a la mejora intelectual, moral y material de la clase trabajadora. Hace un llamamiento –en una muy clara influencia ilustrada- a la razón universal, y en particular a los hombres y de entre ellos a los obreros. Resulta ilustrativa su afirmación de que “la ley que esclaviza a la mujer y la priva de instrucción os oprime también a vosotros, hombres proletarios ... en nombre de vuestro propio interés, hombres; en nombres de vuestra propia mejora, la vuestra, hombres; en fin, en nombre del bienestar de todos y de todas os comprometo a reclamar los derechos para la mujer”, “Feminismo y socialismo. Antología”, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2003, páginas 65 y 66. Véase Ana de Miguel Álvarez, “La articulación clásica del feminismo y del socialismo: el conflicto clase-género”, disponible en <http://es.scribd.com/>.

²¹ August Bebel fue el primero en analizar, desde un punto de vista marxista, la desigualdad de las mujeres, encontrando su causa en la propiedad privada, lo cual alejaba la causa de la desigualdad del estado de naturaleza y le daba una explicación materialista. Friederich Engels, utilizando algunas ideas de

de marxistas inmediatamente posteriores admitieron dicha supeditación²², y muy pocas, como Alexandra Kollontai²³, la cuestionaron. Hoy día la crítica a dicha supeditación dentro de la izquierda se encuentra muy extendida²⁴.

Sin menospreciar los logros conseguidos gracias a la primera ola del movimiento feminista –a los cuales se aludirá en las siguientes páginas- bien por el feminismo liberal –derechos civiles y políticos- bien por el feminismo socialista –derechos sociales-, sí se pretende destacar como, ni el feminismo liberal ni el feminismo socialista, a lo menos en estos momentos, comprendieron la causa de la desigualdad. El individualismo le

la antropología de la época, consideró la existencia de una sociedad primitiva de tintes comunistas basada en el matriarcado que desapareció porque, al aparecer la propiedad privada, los varones sintieron la necesidad de perpetuarla a través de la herencia, lo que obligaba a controlar la sexualidad de las mujeres con el matrimonio monógamo y la familia patriarcal, separándolas de la producción y confinándolas en lo doméstico. De este modo, la explicación de la desigualdad sexual se encuentra en la propiedad privada, que, al ser también –en la teoría marxista- la causa de la desigualdad social, les llevaba a concluir que, si aquella desaparece, desaparecerán a la vez las causas de la desigualdad de las clases sociales y los sexos.

²² Son dos ejemplos claros Rosa Luxemburgo y Clara Zetkin –quien, por cierto, propuso el 8 de marzo como día de la mujer trabajadora en homenaje a más de un centenar de obreras muertas en un incendio fabril en Nueva York en 1909-. De ahí su rechazo al sufragismo plasmado en las siguientes palabras de Rosa Luxemburgo: “Casi todas esas mujeres burguesas que se comportan como leonas en la lucha contra las prerrogativas del hombre serían dóciles corderitos en el campo de la reacción conservadora y clerical si pudieran votar ... sin duda serían mucho más reaccionarias que la parte masculina de su clase. Aparte de esas pocas que tienen un empleo o una profesión, las burguesas no participan en la producción social. No son más que consumidoras del exceso de producción que sus hombres arrancan al proletariado. Son los parásitos de los parásitos”. La cita, que es de 1912, la hemos tomado de Catharine Alice Mackinnon, “Hacia una teoría feminista del Estado”, Ediciones Cátedra, Madrid, 1995, página 32.

²³ Alexandra Kollontai teorizó sobre la necesidad de que la revolución socialista, en la cual se debían integrar las mujeres, adoptase determinadas finalidades dirigidas a romper con su servidumbre material y espiritual a los hombres, de modo que no bastaba –como sostenía la ortodoxia marxista tradicional- con la abolición de la propiedad privada y con la incorporación de las mujeres a la producción para acabar con su sumisión a los hombres. Elegida Comisaria del Pueblo tras la Revolución de 1917, reconoció el divorcio, el aborto, la igualdad familiar, la coeducación, el voto femenino, y despenalizó la homosexualidad. Posteriormente fue destinada en el servicio diplomático con la finalidad de apartarla de la política interior soviética, lo que la libró de las purgas de Stalin, aunque supuso derogar todos sus logros, pues se dificultaron los divorcios, se reintrodujo la educación separada y se penalizó el aborto y la homosexualidad. Ver Ana de Miguel Álvarez, “Alejandra Kollontai”, Ediciones del Orto, Madrid, 2001.

²⁴ Un análisis decisivo ha sido de Heidi Hartmann, para quien “*el matrimonio entre marxismo y feminismo ha sido como el matrimonio según el derecho consuetudinario inglés: marxismo y feminismo son una sola cosa, y esta cosa es el marxismo. Los recientes intentos de integrar marxismo y feminismo son insatisfactorios para nosotras como feministas porque en ellos la lucha feminista queda subsumida en la lucha más amplia contra el capital. Prosiguiendo con nuestro símil, es preciso un matrimonio más saludable o el divorcio*”. La propuesta de la autora es que “*hay que recurrir tanto al análisis marxista, y en particular a su método histórico y materialista, como al análisis feminista, y en especial a la identificación del patriarcado como estructura social e histórica*” para entender el capitalismo occidental y la situación de las mujeres, “Un matrimonio mal avenido: hacia una unión más progresiva entre marxismo y feminismo”, un texto disponible en <http://oldweb.fcampalans.cat/archivos/papers/88.pdf>.

impidió al feminismo liberal entender el determinismo social de las mujeres a través de la imposición de roles socioculturales. La sumisión de la cuestión femenina a la cuestión de clase le impidió al feminismo socialista entender una configuración global de la sociedad desde el sexo.

c) La normativa laboral paternalista.

Paralelamente a la aparición histórica del movimiento feminista, el sistema patriarcal, rompiendo con la doctrina liberal imperante, introdujo condiciones especiales del trabajo de mujeres y niños/as como reacción pietista²⁵ a la sobreexplotación fabril del capitalismo decimonónico –las mujeres y los niños/as eran considerados medias fuerzas, de ahí sus inferiores salarios y sus peores condiciones laborales²⁶-. Múltiples fueron las fórmulas de las normas proteccionistas: la prohibición de determinados trabajos –en especial, en el interior de las minas, el trabajo nocturno y en determinadas industrias-; las limitaciones de jornada; los descansos por parto –inicialmente sin reserva del trabajo y sin una cobertura económica-.

²⁵ El pietismo justificaba la protección de niños/as, pero no de las mujeres, cuya protección paternalista encubría otras intenciones más espurias. Como ha destacado Teresa Pérez del Río, se pretendía –y así lo admitían muchos sindicatos de la época- *“la eliminación de la competencia de las mujeres en el mercado de trabajo”*, “El principio ...”, obra citada, página 82. María Ángeles Martín Vida concluye que *“la puesta en marcha de la legislación protectora no fue ... ni tan beneficiosa para la posición laboral de las mujeres como pudiera pensarse a priori, ni vino motivada exclusivamente por un ánimo altruista y asistencial ... lo más llamativo de estas normas protectoras del trabajo femenino es que dejaron sospechosamente fuera de su ámbito de aplicación a aquellos sectores de empleo donde la proporción de trabajadoras era más elevada, pero donde su presencia no se consideraba peligrosa, y se concentraron exclusivamente en actividades de predominio masculino”*, “Evolución ...”, obra citada, páginas 138-139.

²⁶ Las declaraciones de la niña Sarah Gooder, de 8 años de edad, recogidas por la Comisión Parlamentaria Ashley para el estudio de la situación en las minas en Inglaterra (1842), son suficientemente ilustrativas de la sobreexplotación de los niños –y, en particular, de las niñas- existente en la época: *“Trabajo en el pozo de Gawber. No es muy cansado, pero trabajo sin luz y paso miedo. Voy a las cuatro y a veces a las tres y media de la mañana, y salgo a las cinco y media de la tarde. No me duermo nunca. A veces canto cuando hay luz, pero no en la oscuridad, entonces no me atrevo a cantar. No me gusta estar en el pozo. Estoy medio dormida a veces cuando voy por la mañana. Voy a la escuela los domingos y aprendo a leer ... Me enseñan a rezar ... He oído hablar de Jesucristo muchas veces. No sé por qué vino a la tierra y no sé por qué murió, pero sé que descansaba su cabeza sobre piedras. Prefiero, de lejos, ir a la escuela que estar en la mina”*. Se puede leer el original inglés en <http://www.victorianweb.org/history/ashley.html> .

Las Factory Acts inglesas fueron las primeras en establecer prohibiciones de trabajo femenino –la de 1842 el trabajo en el interior de las minas y la de 1850 el trabajo nocturno- y limitaciones de jornada –la de 1844 y la de 1847 limitaron la jornada de trabajo de mujeres y menores-. Poco a poco se extendieron a los demás países europeos industrializados. Así, la prohibición de trabajo nocturno se implantó en 1891 en Alemania y en 1892 en Francia. En Alemania existían, a finales del Siglo XX, numerosas prohibiciones en trabajos industriales varios²⁷. Y los descansos por parto se comenzaron a implantar, desde 1864, en Suiza y, desde 1878, en Alemania, mejorándose progresivamente su duración y condiciones²⁸.

En España, la Ley de 24.7.1883 prohibió el trabajo de niñas menores de 7 años y el nocturno hasta los 17 años. Se prohibió, en el Reglamento de Policía Minera, 1887, el trabajo de las mujeres en el interior de las minas. La Ley de 13.3.1900 reguló el trabajo de mujeres y niños, estableciendo el descanso maternal, el permiso de lactancia y diversas prohibiciones. Ampliándose las prohibiciones en el Decreto de 25.1.1908. Una norma curiosa fue la Ley de 27.2.1912, llamada de la silla en cuanto obligaba a facilitar un asiento a las trabajadoras en establecimientos no fabriles²⁹. Y el

²⁷ Aunque nunca existió una prohibición general de trabajo en la industria, en Alemania se prohibió el trabajo de las mujeres en las fraguas, en los talleres de laminado y fabricación de vidrio (1879), en la fabricación de alambre, manipulación de plomo y manufactura de cigarros (1886), en la fabricación de preservativos (1888), en las refinerías de azúcar (1892), en la fabricación de tejas y ladrillos (1893), o en la minería (1908), María Ángeles Martín Vida, “Evolución ...”, obra citada, páginas 136-137, nota 86.

²⁸ Por ejemplo, en Francia, en 1909, se estableció la conservación del contrato de trabajo si la mujer se tomaba una excedencia sin sueldo durante las ocho semanas anteriores o posteriores al parto, en 1910, se concedieron permisos retribuidos de maternidad a favor de determinados colectivos de funcionarias o empleadas públicas, y, en 1915, se implantó el derecho a percibir una compensación económica, aunque en cuantía muy inferior al salario, María Ángeles Martín Vida, “Evolución ...”, obra citada, páginas 143.

²⁹ Sobre la ley de la silla, véase María Jesús Espuny Tomás / Guillermo García González, “¿Protección o discriminación? A propósito de la ley de la silla”, *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, número 11, 2010, accesible desde www.dialnet.unirioja.es. Destacan estos autores la curiosa extensión de la ley de la silla a los varones a través del artículo 18 de la Ley de 5.7.1918 sobre la jornada de trabajo en establecimientos mercantiles, lo que, lejos de suponer un avance en la igualdad de los sexos, ratificaría el androcentrismo de los legisladores varones de la época. Volviendo al origen, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, que recogió la ley de la silla en su artículo 169, se refiere solo a “*la obrera u operaria*”.

Decreto Ley de 15.8.1927 sobre descanso nocturno de la mujer, exigió un descanso mínimo de 12 horas entre jornadas y prohibió el trabajo nocturno.

Debajo de las normas proteccionistas se encontraban los estereotipos socioculturales asociados a las mujeres. Así la prohibición del trabajo en el interior de las minas obedecía a su dureza, la prohibición del trabajo nocturno obedecía al riesgo de agresión sexual, prostitución o adulterio, y las prohibiciones en trabajos industriales solían obedecer a la preservación de la fertilidad. En concreto, la ley española de la silla se justificaba en el hecho “*médicamente comprobado*” –según se decía en su Exposición de Motivos- de que la bipedestación prolongada de la mujer afectaba a su fecundidad. Las limitaciones de jornada buscaban, en algunas ocasiones, el permitir a la mujer trabajadora atender el hogar o al hijo recién nacido³⁰.

Así las cosas, la normativa laboral paternalista fomentaba el rol tradicional de madre y cuidadora de la familia de la mujer frente al de trabajadora –efecto retorno al hogar-, imponía un modelo de conducta a las mujeres con la apariencia de ser algo beneficioso –efecto encierro en jaula de oro³¹-, expulsaba a las mujeres de las industrias mejor remuneradas, confinándolas en trabajos, normalmente secundarios, sin o con menos protecciones –efecto segregación-, y retraía a los empresarios en la contratación laboral de mujeres sobreprotegidas –efecto boomerang-. El interés de las empresas y las necesidades de las mujeres determinaron, además, altas dosis de incumplimiento en la normativa laboral paternalista.

³⁰ Por ejemplo, en Alemania se dispuso, en 1891, que, en sábados o vísperas de festivos, las mujeres no trabajarían desde las cinco y media, límite reducido a las cinco en 1908, y que dispondrían de media hora adicional durante el mediodía para preparar la comida cuando tuvieran una casa a su cuidado, y en Francia, en 1900, se garantizó una organización del tiempo de trabajo que facilitase a la mujer tiempo para preparar la comida, María Ángeles Martín Vida, “Evolución ...”, obra citada, páginas 141-142.

³¹ El efecto encierro en jaula de oro se ha explicado magníficamente en la Sentencia *Frontiero vs Richardson*, 411 US 677 (1973), del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, donde, después de afirmar que “*no hay duda que nuestra Nación ha tenido una larga y desafortunada historia de discriminación sexual*”, se concluye que “*tradicionalmente, tal discriminación fue justificada por una actitud de paternalismo romántico que, en la práctica, ponía a las mujeres, no en un pedestal, sino en una jaula*”.

d) Avances en educación y sufragio versus resistencias en estatus familiar y laboral.

Desde finales del Siglo XIX, comienzan a cristalizar los primeros logros del movimiento feminista frente al sistema patriarcal: educación igual³² y voto femenino³³. También hubo cambios en el estatus familiar, aunque, siendo el núcleo duro del patriarcado, se mantuvo la desigualdad³⁴. Por su lado, el paternalismo se enquistó en el ámbito laboral³⁵ debido a (1)

³² En España, la educación utilitarista comenzó a ser cuestionada a finales del Siglo XIX, siendo decisivo el Congreso Pedagógico Hispano – Portugués – Americano celebrado en Madrid a partir del 13 de octubre de 1882, donde Emilia Pardo Bazán y Concepción Arenal encabezaron un significativo sector crítico a la ideología educativa basada en los “deberes naturales femeninos”: *“No puede, en rigor, la educación actual de la mujer llamarse educación, sino doma, pues se propone por fin la obediencia, la pasividad y la sumisión”*, sostuvo Emilia Pardo Bazán. Aunque en el Congreso prevaleció una postura ecléctica, se abrieron nuevas perspectivas de cambio para el Siglo XX, véase Juana María Gil Ruíz, “Las políticas ...”, obra citada, páginas 83 a 91. Prueba del cambio, la Real Orden de 8 de marzo de 1910 estableció que *“se concedan, sin necesidad de consultar a la superioridad, las inscripciones de matrícula en enseñanza oficial y no oficial solicitadas por las mujeres”*, abriendo las universidades a las mujeres.

³³ En iguales condiciones al sufragio masculino, Nueva Zelanda lo reconoció en 1893, Australia en 1902, Finlandia en 1906, Noruega en 1913, Dinamarca en 1915, Uruguay en 1917, y, entre 1918 y 1920, un buen número de países europeos –como Alemania, Austria, Holanda, Polonia, Suecia y la Unión Soviética-. Inglaterra esperó a 1928 –aunque en 1918 se le había reconocido a mujeres mayores de 30 años-. En Wyoming se reconoció en 1869 –aunque ello se debió más que a un prurito feminista a la necesidad de contar con las mujeres para recoger los votos necesarios para solicitar su integración en los EEUU-. La Enmienda XIX a la Constitución de los Estados Unidos de América, aprobada en 1920, supuso reconocer el sufragio femenino. En España, en 1931, con los votos de la derecha y los socialistas, mientras los radicales, temerosos del conservadurismo del voto femenino –con Victoria Kent a la cabeza, y salvo Clara Campoamor, que votó en contra de su partido- querían aplazar el debate a la ley electoral.

³⁴ Frente al sistema napoleónico de potestad marital, el sistema de jefatura marital, que inspiró el Código Civil de Alemania (BGB, 1896), reconocía a la mujer casada plena capacidad de obrar, incluso para litigar, según la ley procesal civil (ZPO, 1898), si bien se atribuía al marido la decisión en caso de desacuerdo y sometía a la mujer a la condición del marido –tomando su apellido, adquiriendo su nacionalidad, u obligándola a seguirlo si variaba el domicilio conyugal-. El sistema de jefatura marital – que, aun siendo más avanzado, no garantizaba la igualdad de los cónyuges- se extendió en los países germanos, más lento en los latinos. A la altura de 1960, el sistema de potestad marital seguía vigente en España, Chile o Perú, mientras el de jefatura marital en Argentina, Brasil, El Salvador o Italia, véase Diego Espín Cánovas, “Capacidad jurídica de la mujer casada (ensayo de derecho comparado italo-hispano-americano)”, Anales de la Universidad de Murcia, volumen XVIII/3, 1960, en revistas.um.es.

³⁵ La Organización Internacional del Trabajo aprobó, en los dos primeros tercios del Siglo XX, un gran número de convenios con un contenido, en todo o en parte, dirigido a las trabajadoras, bien enfocados al embarazo, parto y lactancia –el 3, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto (1919), y el 103, revisión del 3 (1952)-, bien de inspiración paternalista –como el 4, relativo al trabajo nocturno de las mujeres (1919), el 13, sobre el empleo de la cerusa en la pintura (1921), el 40, revisión del 4 para flexibilizarlo (1934), el 45, relativo al trabajo subterráneo de las mujeres empleadas en toda clase de minas (1935), el 89, revisión del 40 para flexibilizarlo aún más profundamente (1948), o el 127, relativo al peso máximo de carga que puede ser transportada por un trabajador, distinguiendo según el sexo

la legitimidad de las normas protectoras de la maternidad y la infancia, mezcladas, en ceremonia de confusión, con otras sin ninguna justificación, (2) el apoyo de muchos obreros, al temer, a causa del trabajo femenino, perder el suyo³⁶, y (3) el interés político –en especial, en los regímenes fascistas- de conseguir un (falso) pleno empleo y de fomentar la natalidad.

No parecía, sin embargo, que los avances alterasen sustancialmente la realidad social: las mujeres obtenían títulos universitarios, pero eran los hombres quienes accedían al trabajo y quienes medraban en su trabajo; las mujeres podían votar, pero los candidatos eran mayoritariamente hombres. Y, en todo caso, los avances nacían del continuo reclamo de derechos ante el Poder Legislativo, quien, si no se encontraba comprometido ni siquiera con la igualdad formal, menos lo estaba con la igualdad material. Con la evolución del principio de igualdad de la igualdad ante la ley a la igualdad en la ley y la aparición de la prohibición de discriminación –basada en la idea de igualdad material- se producirían nuevos e importantes avances.

II. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES.

a) De la igualdad ante la ley a la igualdad en la ley como peldaño previo a la construcción del derecho a la no discriminación.

(1967)-. También contienen limitaciones específicas respecto a las mujeres algunas recomendaciones, como la 4 sobre protección contra el saturnismo (1910) y la 114 sobre radiaciones ionizantes (1966).

³⁶ La oposición obrera al trabajo femenino se ha manifestado, a lo largo del Siglo XIX y a principios del Siglo XX, en múltiples afirmaciones, declaraciones y manifestaciones de los sindicatos de trabajadores, o de sus cargos representativos. Al respecto, Heidi Hartmann recuerda que “*en los Estados Unidos, la National Typographical Union decidió en 1854 no alentar con su acción el empleo de cajistas femeninos*”, y que “*en 1879 ... el Presidente de la Cigarmakers International Union afirmaba (que) no podemos expulsar a las mujeres del gremio, pero si podemos restringir su cuota de trabajo diario a través de las leyes laborales*”, “Un matrimonio ...”, obra citada, página 17. También Teresa Pérez del Río nos recuerda, ahora en relación con sindicatos franceses, las posturas de la Fédération National de Ouvriers Metallurgistes de France, Congreso Nacional de 14/19.11.1986, y de la Fédération Lytographique Française, Congreso Nacional de 16/19.9.1989, en “El principio ...”, obra citada, página 82, nota 13.

En el periodo de entreguerras, comienza un proceso de ampliación del significado del principio de igualdad³⁷, que, además de la vertiente de igualdad ante la ley –o en la aplicación de la ley-, adquiere la vertiente de igualdad en la ley –o en el contenido de la ley-, un proceso de ampliación que no es casualidad histórica, sino que se encuentra vinculado, en Europa, a una profunda transformación del constitucionalismo, pasando de un constitucionalismo clásico liberal, sustentado en los derechos civiles y políticos, y en la supremacía de la ley como voluntad popular, a un constitucionalismo moderno social, que reconoce los derechos económicos, sociales y culturales, y que somete la ley al control de constitucionalidad.

Durante la República de Weimar, la doctrina alemana mayoritaria, dentro del ambiente positivista / kelseniano del periodo de entreguerras, rechazaba la igualdad en la ley porque sometería el Poder Legislativo al control del Poder Judicial, con riesgo de politizar las sentencias judiciales. Solo Gerhard Leibholz defendió la igualdad en la ley. Tras la Segunda Guerra Mundial, fue nombrado magistrado del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, del que acabó siendo su Presidente, y su tesis acabó triunfando –no solo en Alemania, el principio de igualdad en la ley está reconocido en toda Europa-. Un triunfo en el que tuvo mucho que ver la constatación de los abusos de las leyes racistas y antisemitas nazis.

La evolución fue diferente –y algo más adelantada- en los Estados Unidos³⁸, donde, después de la Guerra de Secesión, se aprobó la XIV

³⁷ Para esta aproximación al proceso de ampliación del significado de la igualdad, de la igualdad ante la ley a la igualdad en la ley, he seguido los estudios de Miguel Rodríguez-Piñero / María Fernanda Fernández López, “Igualdad y discriminación”, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, páginas 28 a 35, de Fernando Rey Martínez “El derecho ...”, obra citada, páginas 44 a 54, de David Giménez Gluck, “Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, páginas 26 a 33, y de María Luisa Balaguer Callejón, “Igualdad y Constitución Española”, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, páginas 25 a 31.

³⁸ Sobre la evolución en los Estados Unidos, véase específicamente Barbara J. Fick, “El papel del derecho en la consecución de la igualdad: la experiencia norteamericana”, Revista de Derecho Social, número 21, 2003, páginas 49 a 66, y María Ángeles Martín Vida, “Evolución del principio de igualdad en Estados

Enmienda a la Constitución (1868), que, pensando especialmente para las personas de raza negra, establece “*la igual protección de las leyes*” o “*equal protection clause*”³⁹. No obliga esta cláusula a una total igualdad legislativa, sino a la racionalidad de la diferencia legal asociada a la existencia –simple existencia sin necesidad de más justificación- de un interés público –“*rational relationship test*”-. Ya entrado el Siglo XX, se ha exigido, para diferencias raciales, que el interés público sea primordial, lo que suele conducir a no justificar la diferencia –“*stricty scrutiny test*”⁴⁰-.

Sin embargo, en los momentos iniciales de reconocimiento del principio de igualdad en la ley parecía que, como había ya ocurrido con la igualdad ante la ley, las mujeres iban a quedar excluidas de sus beneficios. En Europa, la primera constitución donde se reconoce la igualdad en la ley, la austriaca de 1934, se dejaba, sin embargo, la igualdad de los sexos a la potestad legislativa⁴¹. Y en los Estados Unidos, el Tribunal Supremo seguía justificando fácilmente las diferencias legales entre mujeres y hombres acudiendo al rol de madre y cuidadora⁴². Así las cosas, las mujeres parecían condenadas a seguir reclamando reformas normativas al Poder Legislativo, y a no poder reclamar con éxito contra sus rechazos ante el Poder Judicial.

Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense”, Revista Española de Derecho Constitucional, número 68, 2003, páginas 151 a 194, disponible en www.cepc.es.

³⁹ Aunque el Tribunal Supremo, en *Plessy vs Ferguson*, 163 US 537 (1896), desvirtuó el sentido de la cláusula en cuanto a la discriminación racial, al admitir la constitucionalidad del “*separate but equal*”, que justificó la segregación racial hasta *Brown vs Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954).

⁴⁰ La introducción del *stricty scrutiny test* se produjo en *Korematsu vs US*, 323 US 214 (1944), donde se justificó el confinamiento en campos de concentración de los ciudadanos estadounidenses de origen japonés. Curiosamente una de las escasas ocasiones en las cuales el test legitimó una diferencia de trato.

⁴¹ La Constitución austriaca de 1834, tras proclamar la igualdad en la ley –en el apartado primero de su artículo 16- añadía –en el apartado segundo- que “*las mujeres tienen los mismos derechos y obligaciones que los hombres, salvo que en la ley se disponga otra cosa*”, dejando la cuestión en manos del legislador.

⁴² Así, en *Goesaert vs Cleary*, 335 US 464 (1948) se admitía la prohibición de ser las mujeres camareras, porque es un trabajo con “*problemas sociales y morales*”, o en *Hoyt vs Florida*, 368 US 57 (1961) la dispensa de ser jurados, porque la mujer está “*considerada como centro de la vida doméstica familiar*”.

Con la prohibición de discriminación –cuya aparición fue posible gracias a la evolución de la igualdad ante la ley a la igualdad en la ley-, y su aplicación a las mujeres, las cosas cambiaron. Sirvan de ejemplo los Estados Unidos, donde, en la década de los setenta, se abandona el paternalismo –como se analizará un poco más adelante- al introducirse, junto al “rational relationship test”, que exige acreditar cualquier interés público y que se aplica a regulaciones socioeconómicas, y al “strictly scrutiny test”, que exige acreditar un interés público primordial y que se aplica a la raza, un nuevo test aplicable al sexo: el “intermediate test” con sustento en un “basis rational review”. Pero analicemos antes la construcción de la prohibición de discriminación, y en especial la sexual.

b) La construcción del derecho a la no discriminación: la normativa internacional, el convenio europeo y el derecho estadounidense.

La igualdad en la ley aportó el peldaño teórico necesario para la construcción, después de la Segunda Guerra Mundial, de una prohibición expresa de tratamiento diferenciado –incluso legislativo- por una serie de motivos –entre ellos el sexo- en relación con los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)⁴³ y en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)⁴⁴, y, específicamente, en el Convenio 111

⁴³ Fueron Eleanor Roosevelt y Hansa Mehta –que representaban a los Estados Unidos de América y a la India en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de la que la primera era Presidenta- las que se empeñaron en cambiar el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en el proyecto decía “*todos los hombres nacen iguales*”, para que pasara a decir “*todos los seres humanos nacen libres e iguales*”. Además establece su artículo 2 que “*toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*”. Y su artículo 7 que “*todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley*”, así como “*derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*”.

⁴⁴ Siguiendo la tónica de los artículos 2 y 7 de la DUDH, en los artículos 2 y 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en los artículos 2 y 3 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se

sobre discriminación en el empleo de la OIT (1958)⁴⁵, en el Convenio sobre discriminación en la educación de la UNESCO (1960)⁴⁶, y en el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965)⁴⁷.

En Europa Occidental, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) garantizó la igualdad en el goce de los derechos y libertades reconocidos en el mismo, sin distinción alguna en especial por –entre otras– razones de sexo. Inicialmente no se protegía la igualdad en derechos no reconocidos en el CEDH –como eran los derechos sociales–. La Carta Social Europea (1960), referida a los derechos sociales pero con menor fuerza vinculante, reconocía la igualdad retributiva sin distinción de sexo – artículo 4.3–, pero, por las rémoras propias de la época, prohibía –en su artículo 8.4.d– el empleo de la mano de obra femenina en trabajos subterráneos en las mismas y en aquellos peligrosos, malsanos o penosos.

mantiene el concepto relacional de discriminación como prohibición de distinción por alguna de las causas contempladas en relación con los derechos reconocidos. Más allá va el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, al establecer que *“la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*. Como destacan Miguel Rodríguez-Piñero / María Fernanda Fernández López, la discriminación adquiere en esa norma *“(un) significado autónomo, y no es un mero reforzamiento de la protección de otros derechos”*, “Igualdad ...”, obra citada, página 94.

⁴⁵ Que contiene la primera definición de discriminación en un instrumento internacional como *“cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”* –artículo 1.1–. No son discriminatorias ni las cualificaciones necesarias para un empleo determinado –artículo 1.2–, ni las medidas especiales para colectivos protegidos –artículo 5–.

⁴⁶ Miguel Rodríguez-Piñero / María Fernanda Fernández López destacan que, durante su elaboración, se distinguió entre una discriminación *“deliberada”* y otra *“estática”*, que resulta de factores sociales y culturales, de ahí que, aunque la discriminación se define de manera similar al Convenio 111 sobre discriminación en el empleo de la OIT, solo se alude a la igualdad de trato –artículo 1– y, en su articulado, se relegan los aspectos de la igualdad de oportunidades, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 100 a 102.

⁴⁷ Donde se define –de manera más completa que en los dos anteriores– la discriminación racial como *“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social o cultura o en cualquier otra esfera de la vida pública”* –artículo 1–. A su vez, se admiten las acciones positivas en favor de ciertos grupos –artículos 1.4. y 2.2–, aunque con dos límites, uno el de no suponer derechos distintos para grupos diversos –lo cual supondría una segregación racial–, y otro el de mantenerse en vigor solo mientras no se alcancen sus objetivos –eficacia temporal de la acción positiva–. Tanto la definición de discriminación como los límites a la acción positiva inspirarán el más moderno Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).

En los Estados Unidos, el Caso Brown vs Board of Education of Topeka, 347 US 483 (1954), acabó con el apartheid derivado de la doctrina “*separados, pero iguales*”, y el Caso Baker vs Carr, 369 US 186 (1962), constitucionalizó el principio “*un hombre, un voto*”⁴⁸. También se aprobaron las primeras acciones positivas –Órdenes Ejecutivas 10.925 de 1961 y 11.246 de 1965-. Y, sobre todo, una histórica Civil Rights Act (1964), que, además de a los poderes públicos, obligaba a ciertos sujetos privados –contratistas de la administración, receptores de subvenciones- a no discriminar en diversos ámbitos. Un capricho del destino condujo a la inclusión de las mujeres en la prohibición de discriminación en el empleo⁴⁹.

Hay dos características comunes fácilmente deducibles del proceso de construcción del derecho a la no discriminación –al que brevemente hemos hecho referencia- que explican –como se pasará a ver de seguido- las diferencias existentes con el entendimiento tradicional del principio de igualdad. Una es la vinculación de la no discriminación con la dignidad de la persona en cuanto introducir distingos basados en alguna de las causas de discriminación supondría tanto como degradar a la persona perjudicada. Y otro es la preferencia por la igualdad material frente a la igualdad formal en cuanto no solo se pretende que la ley tenga un contenido igual, sino que también se pretende la desaparición de tratamientos sociales peyorativos.

Por un lado, la vinculación con la dignidad de las personas explica que, mientras el principio de igualdad en su entendimiento tradicional sea

⁴⁸ El Caso Brown y el Caso Baker los analiza con detalle, y realiza una semblanza de Earl Warren –entonces el Presidente del Tribunal Supremo-, Bernard Schwartz, “Algunos artífices del Derecho Norteamericano”, Editorial Civitas y Abeledo Perrot (coedición), Buenos Aires, 1985, páginas 171 a 202.

⁴⁹ La contemplación del sexo como causa de discriminación en el empleo fue bastante curiosa porque el proyecto de ley solo contemplaba la raza, el color, la religión o el origen nacional. Durante los debates en el Congreso, los congresistas sureños, con la finalidad de hacer fracasar la totalidad de la ley, propusieron la enmienda, que consideraban absurda, de proteger a las mujeres de la discriminación en el empleo, y, con el apoyo de la minoría de congresistas que apoyaban los derechos de las mujeres, consiguieron aprobarla. El error de cálculo fue que, aunque muchos congresistas estaban de acuerdo en que era una enmienda absurda, ello no les impidió votar a favor de toda la ley, que al final se aprobó con la enmienda. Relata todo esto Barbara J. Fick, quien concluye que, “*por un capricho irónico del destino, los fanáticos del Sur aseguraron los derechos laborales para las mujeres*”, “El papel ...”, obra citada, páginas 57 y 58.

aplicable incluso a objetos –en especial, a regulaciones socioeconómicas-, y frente a –casi en exclusiva- sujetos públicos, la prohibición de discriminación sea aplicable a personas o grupos sociales e incluso frente a sujetos privados⁵⁰. Asimismo explica la tendencia a la parificación, de modo que, mientras el principio de igualdad en su entendimiento tradicional admite tratamientos diferentes si son razonables, la prohibición de discriminación obliga a tratar igual a todas las personas, y, de admitirse alguna excepción, su justificación se sujeta a enjuiciamiento muy estricto⁵¹.

Por otro lado, la preferencia de la prohibición de discriminación – frente al entendimiento tradicional del principio de igualdad- por la igualdad material determina la insuficiencia de la igualdad formal de las leyes, siendo necesario, además, que las leyes no produzcan efectos adversos sobre la igualdad material –surgiendo así la prohibición de discriminación indirecta-⁵². Y, a consecuencia también de esa preferencia de la prohibición de discriminación por la igualdad material, aparece la obligación de legislar para producir efectos beneficiosos sobre la igualdad material, aunque sea a costa –dentro de ciertas limitaciones- de la propia igualdad formal –surgiendo así acciones positivas y regímenes de cuotas-⁵³.

Recapitulando, y mientras el principio de igualdad se traduce en una exigencia de razonabilidad en el tratamiento jurídico no necesariamente vinculada a los derechos humanos, la prohibición de discriminación trasciende la técnica jurídica y se justifica en la dignidad de las personas,

⁵⁰ Miguel Rodríguez-Piñero / María Fernanda Fernández López, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 157-159.

⁵¹ Miguel Rodríguez-Piñero / María Fernanda Fernández López, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 160-162.

⁵² Miguel Rodríguez-Piñero / María Fernanda Fernández López, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 162-165.

⁵³ Miguel Rodríguez-Piñero / María Fernanda Fernández López, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 165-167.

que deben ser tratadas como personas y sin someterse a prejuicios peyorativos vinculados al sexo –o a otras circunstancias-. De ahí que la prohibición de discriminación se traduzca en un auténtico derecho humano fundamental a no ser discriminado que –en lo relativo al sexo- se concreta en (1) la prohibición de discriminaciones directas, (2) e indirectas, y (3) el mandato de acciones positivas y la licitud de ciertos regímenes de cuotas⁵⁴.

c) Instrumentos internacionales específicos del derecho a la no discriminación sexista.

Aunque todos los instrumentos internacionales y europeos sobre derechos humanos contemplan el sexo como factor diferencial prohibido, el mantenimiento de la discriminación contra las mujeres en todo el mundo hizo necesarias acciones específicas, como el Convenio 100 sobre igual remuneración de la OIT (1951), o, de carácter más general, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1967), la cual, aunque carece de eficacia jurídica vinculante, supuso la decidida inclusión en la agenda internacional de la discriminación contra las mujeres. Siguiendo ese camino, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1972, proclamó el de 1975 como Año Internacional de la Mujer.

El evento culmen del Año Internacional de la Mujer fue la I Conferencia Mundial sobre la Mujer en Ciudad de México (1975), que, entre otras cosas, propuso –y así se acordó- que, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se declarase el decenio siguiente (1976-1986) como el Decenio para la Mujer, con el lema “Equidad, Desarrollo, Paz”, se aceptase el 8 de marzo como Día de la Mujer, y se creasen diversos organismos específicos para la promoción de la mujer dentro la

⁵⁴ Según acertadamente concluye Fernando Rey Martínez, “El derecho ...”, obra citada, página 110.

Organización de las Naciones Unidas –el más representativo fue el Fondo Voluntario para el Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer, que, desde 1985, adoptó el nombre de UNIFEM y, desde 2010, de UN Woman-.

Dentro del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer y después de una larga labor de consultas –cinco años-, se aprueba el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979). Se trata de un texto receptor del cuerpo doctrinal construido en los anteriores convenios –en especial el de raza-, lo cual se aprecia claramente en la amplitud de la definición de discriminación contra la mujer⁵⁵, considerando no discriminatorias las acciones positivas⁵⁶ y la protección de la maternidad⁵⁷. A pesar de la oposición de los países escandinavos, se

⁵⁵ De acuerdo con su artículo 1.1, “*a los efectos de la presente Convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará 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, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*”. Miguel Rodríguez-Piñero / María Fernanda Fernández López, después de destacar como esta definición “*corona una serie de instrumentos internacionales al respecto*”, apuntan tres novedades: (1) la ausencia del término preferencia, que conecta con la revisión de las normas laborales protectoras conforme al estado de la ciencia; (2) su ámbito extenso; y (3) la referencia a la parificación como mecanismo para conseguir la igualdad, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 104 a 108.

⁵⁶ De acuerdo con su artículo 4.1, “*la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato*”. Obsérvese el paralelismo con los artículos 1.4 y 2.2 del Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965).

⁵⁷ De acuerdo con su artículo 4.2, “*la adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria*”. Se considera, de este modo, la maternidad como una excepción de la igualdad, cuando resulta difícil de concebir que sea algo excepcional algo que es predicable de la mitad de la Humanidad.

mantiene la posibilidad –si bien excepcional- de normativa proteccionista⁵⁸. Un elemento positivo es la creación de un comité de control, el CEDAW⁵⁹.

Sin duda alguna, el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer forma parte –y en un lugar preeminente- del “*catálogo básico de documentos sobre derechos humanos femeninos*”⁶⁰. Lo cual no impide destacar sus carencias. A nivel de contenido, no regula un tema tan trascendental como es el de la violencia. Y a nivel de eficacia, ha sido objeto de una grandísima cantidad de reservas. En todo caso –y como otro aspecto positivo- ha potenciado una dinámica de conferencias mundiales periódicas sobre las mujeres, la II en Copenhague (1980), la III en Nairobi (1985), la IV en Beijing (1995), y en Nueva York, Beijing +5 (2000), Beijing +10 (2005) y Beijing +15 (2010).

d) La primera generación de normas comunitarias sobre igualdad de los sexos.

Coherente con su omnipresente visión economicista, el Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la CEE, solo reparó en la igualdad de mujeres y hombres para establecer, en su artículo 119, un principio de igual retribución porque Francia, que consideraba su legislación la más avanzada en esa materia, consiguió su introducción por

⁵⁸ De acuerdo con su artículo 11.3, “*la legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo (sobre condiciones de empleo y de trabajo) será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda*”. La colocación sistemática de la norma –en el artículo 11 sobre condiciones de empleo y de trabajo, y no en el artículo 4 donde se contemplan, como excepciones generales a la prohibición de discriminación, las acciones positivas y la protección de la maternidad- determina la aplicación de la normativa protectora solo en el ámbito laboral y sujeta a continua revisión.

⁵⁹ El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, compuesto de veintitrés expertos de gran prestigio moral y competencia, se encuentra regulado en los artículos 17 a 22 de la Convención. Realiza recomendaciones generales –actualmente casi llegan a 30- cuyo interés doctrinal es importante, pudiéndose consultar en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>.

⁶⁰ Paloma González del Miño, “Naciones Unidas y los derechos de las mujeres”, en “Globalización y desigualdad de género”, edita Paloma de Villota Gil-Escóin, Editorial Síntesis, Madrid, 2004, página 63.

el temor al dumping social de Alemania o Italia⁶¹. Aunque tampoco se puede desconocer que el artículo 119 del TCEE aparece en un momento histórico de compromiso con el reconocimiento de los derechos humanos a nivel internacional y europeo, y, en particular, conecta con el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración de la OIT, en el cual sin duda se inspira.

El desarrollo del principio de igualdad de los sexos ha corrido de la mano de los programas sociales de la Comisión Europea y del activismo del Tribunal de Justicia. Los programas sociales de la Comisión Europea – el Primero de 1974⁶²- han sido el germen de una importante normativa antidiscriminatoria por razón de sexo que, en una primera oleada –de 1975 a 1986-, se plasmó en las cinco directivas clásicas sobre igualdad de los sexos según la técnica legislativa de las “*muñecas rusas*” que permite la aplicación progresiva de las normas comunes acerca de la tutela de la igualdad a cada vez más ámbitos: igualdad retributiva⁶³, condiciones de trabajo⁶⁴, seguridad social pública⁶⁵ y profesional⁶⁶, y trabajo autónomo⁶⁷.

⁶¹ Según nos recuerdan Miguel Colina Robledo / Juan Manuel Ramírez Martínez / Tomás Sala Franco, “Derecho Social Comunitario”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, páginas 230 a 265, y con más detalle, David Ordóñez Solís, “La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo”, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, páginas 43 a 46. Con todo, y dentro de un tratado –como era el de la CEE, al igual que el de la CECA y el del EURATOM- cuyo “*vicio genético*” –usando una expresión tomada de Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, “El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea”, Editorial Civitas, Madrid, 1994- era la omnipresente visión economicista, el artículo 119 del TCEE aparecía como un “*oasis de socialidad*” –usando una expresión tomada de Jesús Cruz Villalón, “La dimensión social de la Unión Europea: surgimiento y evolución”, en el libro que coordinó con Teresa Pérez del Río, “Una aproximación al Derecho Social Comunitario”, Editorial Tecnos, Madrid, 2000-.

⁶² El Primer Programa de Acción Social aprobado por la Comisión Europea (1974) inició la construcción de una dimensión social en las políticas comunitarias, incluyendo el aspecto de la igualdad de los sexos. De ahí que, en los años venideros, se aprobasen diversas directivas sobre aspectos sociales dando lugar a lo que Fausto Pocar ha denominado como la “*edad de oro de la armonización social*”, en contraste con el parón en la labor armonizadora durante los años ochenta a causa del tatcherismo, “Derecho Comunitario del Trabajo”, Editorial Civitas, Madrid, 1988. Sobre estas cuestiones y la evolución posterior –además de los estudios recién citados en la nota anterior-, véase el estudio de Teresa Pérez del Río, “La dimensión social del Mercado Único Europeo”, Revista Española del Derecho del Trabajo, número 47, 1991.

⁶³ Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. Refundida en la Directiva 2006/54/CE.

⁶⁴ Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación, y a la

Resulta muy oportuno precisar, para comprender estas normas, que la Unión Europea actúa en función de los principios de subsidiariedad – cuando no lo hagan o lo hagan descoordinadamente los Estados miembros- y de proporcionalidad –en lo necesario para conseguir los fines de la Unión Europea-. Tales principios siempre fueron recogidos en los tratados fundacionales –y aparecen actualmente en un Protocolo al TFUE-. Ello explica –en lo que nos atañe- que solo se garantiza la igualdad de los sexos dentro de los ámbitos de cada norma comunitaria –no con carácter general-, y en la medida en que lo regule cada norma comunitaria –por ejemplo, en la Seguridad Social Pública se admiten ciertas excepciones a la igualdad-.

Por su lado, el activismo del Tribunal de Justicia arranca de la Saga Defrenne: la inicial STJUE de 25.5.1971, Caso Defrenne I, C-80/70, que sentó las bases de una interpretación amplia del concepto de retribución, la STJUE de 8.4.1975, Defrenne II, C-43/75, que fue un punto de inflexión en la jurisprudencia comunitaria⁶⁸, al declarar el efecto directo del artículo 119 del TCEE, reconociendo a esta norma, tanto una finalidad económica, como otra referida al progreso social, y al contemplar discriminaciones directas e indirectas –aunque estas no se definan con precisión-, y la

promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002. Refundida en la Directiva 2006/54/CE.

⁶⁵ Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (Pública).

⁶⁶ Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social. Modificada por la 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996. Y refundida en la 2006/54/CE.

⁶⁷ Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad. Ha sido sustituida –con efectos 5.8.2012- por la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

⁶⁸ Como dice Teresa Pérez del Río, “(en Defrenne II) se apuntan criterios interpretativos y actitudes que marcan de forma definitiva la posterior actuación del Tribunal”, abriendo una etapa de “activismo judicial”, “El derecho fundamental a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario”, en “La Constitución Española en el Ordenamiento Jurídico Comunitario”, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, páginas 1781-1782.

STJUE de 15.6.1978, Caso Defrenne III, C-149/77, que considera el principio de igualdad de sexos como derecho fundamental de la persona.

Bajo estas premisas, la jurisprudencia comunitaria posterior se ha erigido en un importante motor de avance, siendo calificada, en este sentido, como progresiva, en cuanto estamos ante una jurisprudencia evolutiva que, poco a poco, ha formado un cuerpo de doctrina bastante sólido basando cada avance en los avances anteriores, y progresista, en cuanto se ha caracterizado, hablando en términos generales y sin perjuicio de criticables excepciones, por su compromiso con la igualdad dentro de los ámbitos de las competencias atribuidas a las instituciones europeas⁶⁹. Las sentencias concretas se examinarán a lo largo de nuestro estudio cada una de ellas cuando sea su momento oportuno dentro de la exposición⁷⁰.

e) Las luces y las sombras de la prohibición de discriminación sexual.

El mandato de parificación de los sexos contenido en la prohibición de discriminación por razón de sexo ha determinado (1) la implantación, dentro de la familia, de la igualdad de derechos de los cónyuges y la patria potestad conjunta, y (2) la superación de las normas paternalistas, tan arraigadas en el ámbito de las relaciones laborales. Podemos observar ese

⁶⁹ Tales calificaciones de progresiva y progresista en Susana Sanz Caballero, “Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”, en el libro colectivo coordinado por María Josefa Ridaura Martínez / Mariano Javier Aznar Gómez, “Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, páginas 265 y 266.

⁷⁰ En el análisis de la jurisprudencia comunitaria son imprescindibles las crónicas elaboradas por Jean Jacquain. Las cinco primeras, bajo el título general de “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, se publicaron en el Journal des Tribunaux – Bruselas, la primera en un dossier – 1995, la segunda en el número 47 – 1998, la tercera en el número 73 – 2000, la cuarta en el número 105 – 2004, y la quinta en el número 124 – 2005. Las cinco siguientes, bajo ese mismo título ampliado con la referencia a las otras discriminaciones del artículo 13 del TUE –actual 19 del TFUE-, se publicaron en el Journal de Droit Européenne – Bruselas, la sexta en 2008, páginas 302 a 307, la séptima en 2009, páginas 310 a 313, la octava en 2010, páginas 312 a 315, la novena en 2011, páginas 299 a 303, y la décima en 2012, páginas 310 a 314. La novena la he traducido al español y, con el título “Crónica de la Jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2010 a 31/8/2011)”, se publicó en Aequalitas, número 29, 2011.

cambio en la jurisprudencia estadounidense donde, desde la década de los setenta⁷¹, y en especial tras introducir el “intermediate test” en *Craig vs Boren*, 429 US 190 (1976)⁷², el Tribunal Supremo ha realizado una labor de depuración del paternalismo en general⁷³ y en especial en lo laboral⁷⁴. Últimamente incluso se aprecia el endurecimiento del “intermediate test”⁷⁵.

⁷¹ La primera sentencia donde el Tribunal Supremo aprecia una discriminación por razón de sexo es en *Reed vs Reed*, 404 US 71 (1971), declarando discriminatoria la atribución al esposo la administración de los inmuebles de los hijos. Posteriormente, se han considerado discriminatoria la concesión automática de determinados beneficios a las esposas de militares, pero solo a los esposos incapaces, en *Frontiero vs Richardson*, 411 US 677 (1973), los beneficios sociales para viudas con hijos, pero no para viudos con hijos, en *Weinberg vs Wiesenfeld*, 420 US 636 (1975), o la fijación de una mayoría de edad diferente para mujeres (18) y para hombres (21), con lo cual la obligación de sustento de los padres se extendía más tiempo para los hijos dado que el destino de las hijas era casarse, en *Staton vs. Staton*, 421 US 7 (1975).

Estas sentencias convivieron temporalmente con otras en donde se justificaron algunas diferencias a favor de las mujeres dirigidas a compensar discriminaciones pasadas: la concesión (solo) a las viudas de una exención fiscal –*Kahn vs. Shevin*, 416 US 351 (1974)-, ciertas diferencias en el servicio en la Navy derivadas de las dificultades de ascenso por estar las mujeres excluidas del combate –*Schlesinger vs. Ballard* 419 US 498 (1975)-, o un cálculo beneficioso mantenido transitoriamente –la normativa ya había establecido un cálculo igualitario- en la pensión de jubilación –*Califano vs. Webster*, 430 US 313 (1977).

⁷² El “intermediate test” se acuña en *Craig vs Boren*, 429 US 190 (1976), que considera discriminatoria una prohibición de venta de cerveza a hombres menores de 21 años y mujeres menores de 18 años que se pretendía justificar en el riesgo de accidentes de tráfico. La Corte no lo considera justificación suficiente porque las personas arrestadas por conducir ebrios entre 18 y 21 años solo representan un 2% del total.

⁷³ Así, se han considerado discriminatorios, aplicando el “intermediate test”, los beneficios sociales para viudas siempre y para viudos solo si demostraban dependencia de la causante, en *Califano vs Goldfarb*, 430 US 199 (1977), la obligación de alimentos del padre con los hijos, pero no de la madre, en *Orr vs Orr*, 440 US 268 (1979), el derecho de la madre –no del padre- a dar el hijo en adopción, en *Caban vs Mohammed* 441 US 380 (1979), los beneficios sociales para hijos de padres desempleados, pero no para hijos de madres desempleadas, en *Califano vs Westcott*, 443 US 76 (1979) o el derecho del padre a disponer de las propiedades del matrimonio sin necesidad de autorización de la esposa, en *Kirchberg vs Feenstra*, 450 US 455 (1981). Y se ha considerado no discriminatoria, aplicando el “intermediate test”, la tipificación penal de relaciones sexuales de un hombre con una menor de 18 años con el fin de evitar los embarazos de las adolescentes –*Michael M. vs Superior Court of Sonoma County*, 450 US 464 (1981)-.

⁷⁴ El arrumbamiento del paternalismo en el ámbito laboral presentó su culminación en *UAW vs Johnson Controls Inc.*, 499 US 187 (1991). La empresa demandada, la mayor productora del país de baterías para automóviles, había establecido, por los riesgos para la reproducción, una medida de exclusión de mujeres para trabajos con exposición al plomo salvo si acreditaban su esterilidad. El Tribunal Supremo rechaza esa justificación, argumentando al respecto (1) que las excepciones al principio de no discriminación deben ser interpretadas restrictivamente, (2) que, en concreto, la cláusula de buena fe ocupacional obliga a acreditar una conexión entre el sexo y el trabajo, (3) que esa conexión debe ser objetiva, relacionada con la aptitud del trabajador para el trabajo, sin depender de la voluntad del empresario, y (4) que no es admisible la “*cost justification*”, es decir los elevados costes de la contratación de trabajadores de un determinado sexo –mujer- para justificar la contratación exclusiva de trabajadores del otro sexo –varón-.

⁷⁵ Se ha apreciado un endurecimiento del intermediate test en *Mississippi University for Women vs Hogan*, 458 US 118 (1982), que consideró discriminatoria la exclusión de los hombres de una escuela de enfermería, en *J.E.B. vs Alabama ex rel. T.B.*, 511 US 127 (1994), que apreció discriminación en la utilización de la *peremptory challenge* –posibilidad de recusar a un jurado sin causa- excluyendo sistemáticamente a un sexo, y, en especial, en *US vs. Virginia*, 518 US 515 (1996), que consideró discriminatoria la política de admisiones solamente masculinas del Virginia Military Institute’s. La

También se aprecia la superación del paternalismo en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo⁷⁶. Resulta destacable la aprobación de la Declaración sobre igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975). El Convenio 136, relativo a los riesgos de intoxicación por el benceno (1969), el Convenio 148, relativo al medio ambiente de trabajo (1977), y el Convenio 171, relativo al trabajo nocturno (1990), solo contemplan distinciones sexuales en relación con la protección del embarazo, el parto y la lactancia. Pero no contienen normas protectoras generales. Además, se revisan los Convenios 3 y 103 sobre protección de la maternidad en el Convenio 183, sobre protección de la maternidad (2000).

Con la destacada avanzadilla de los países escandinavos –como es el caso de Suecia⁷⁷–, en Europa el paternalismo está periclitado. La Directiva 76/207/CEE del Consejo excepcionalmente admitía las normas protectoras de la mujer –en su artículo 2.3-. Pero el TJUE –en una demostración de activismo judicial muy evidente- realizó una interpretación estricta de esa excepción, amparando solamente la protección de la maternidad –STJUE de 25.7.1991, Caso Stoeckel, C-345/89-. Actualmente, se encuentran

justificación de una diferencia entre sexos exige, según estos Casos, una justificación sumamente convincente “exceedingly persuasive justification”, lo que parece más cercano al “stricty scrutiny test” que al “intermediate test”. Un análisis de US vs. Virginia en Fernando Rey Martínez, “Jurisprudencia norteamericana reciente sobre la affirmative action”, Aequalitas, número 4, 2000, páginas 6 a 11.

⁷⁶ Como explica Hông Trang Perret-Nguyén, “*la búsqueda de la igualdad que caracteriza hoy la acción de la OIT en lo que respecta a la mujer se traduce en poner en tela de juicio las normas que prevén una protección especial de la mujer no vinculada con la protección de maternidad y de la función reproductiva, que se considera cada vez más como un obstáculo para la plena integración de la mujer a la vida económica y como una manera de perpetuar las concepciones tradicionales sobre el papel y la capacidad de la mujer*”, “La mujer en la normativa de la OIT”, que sirve de prólogo a la recopilación normativa “Igualdad y protección de la mujer en el trabajo”, Instituto de la Mujer, Madrid, 1990.

⁷⁷ Ya la Primera Conferencia de la Socialdemocracia Femenina (1907) se opuso a la introducción, en el derecho laboral sueco, de la prohibición del trabajo nocturno femenino, que, aun así, se impuso en 1909. Pero se derogó ya en 1962. Y la prohibición del trabajo subterráneo, que se impuso –a través de la ratificación del convenio de la OIT- en 1936, se derogó en 1967 –denunciando al efecto el convenio de la OIT-. Además, Suecia –junto a otros países escandinavos- presionaron para el cambio de las normas paternalistas a nivel internacional. De este modo, nunca se adoptaron generalizadamente prohibiciones de trabajo femenino, y las que se adoptaron fueron derogadas en cuanto se comprobó su irracionalidad, generalizándose el “*principio de no protección especial por razón de sexo*”, lo que, unido a una situación jurídico social más igualitaria, se considera una causa de la mejora en los niveles de empleo femenino, incluso entre las mujeres casadas, Teresa Pérez del Río, “El principio ...”, obra citada, páginas 93 a 95.

erradicadas las normas laborales paternalistas en los Estados miembros de la Unión Europea, aunque alguno aún mantenga vestigios –ciertamente desactivados- de sus pasados paternalistas –como es el caso de Italia⁷⁸-.

También las nuevas instituciones de la discriminación indirecta y de las acciones positivas han ampliado los ámbitos y los contenidos de la igualdad de los sexos en el ámbito laboral. Por ejemplo, se amplían los ámbitos de la prohibición de discriminación para contemplar la situación de trabajos atípicos mayoritariamente femeninos –como trabajos a tiempo parcial, de temporada o a domicilio-. O se amplían los contenidos con medidas de fomento del empleo –incluso cuotas- de las mujeres en general en sectores con infrarrepresentación femenina o en categorías profesionales superiores, o de determinados colectivos de mujeres en particular –como las que se reincorporan al mercado de trabajo después de una maternidad-.

Ahora bien, la parificación de los sexos aplicada sin análisis de género ha planteado dificultades en relación con la legislación laboral paternalista porque, sin ese análisis, no es claro si derogarla o extenderla al varón. La discriminación indirecta presenta dificultades de aplicación porque la prueba del impacto adverso exige a veces el uso de complejas estadísticas, y porque, en especial si se enjuicia una ley, la justificación no siempre se valora de una manera estricta. Y la acción positiva depende de la voluntad política y sus formas más incisivas se someten a un continuo debate. De ahí las insatisfacciones que, aún en una clave de no discriminación, presenta el principio de igualdad basado en la comparación.

⁷⁸ En Italia, la Constitución establece, en su artículo 37, que “*las condiciones de trabajo deberán permitir a la mujer el cumplimiento de su misión familiar esencial*”. Aunque su resabio paternalista se ha corregido interpretando que obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que impiden tanto a una trabajadora ser madre como a una madre ser trabajadora. Véase María Amparo Ballester Pastor, “Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, páginas 169 a 174. Tal norma servía de amparo constitucional a la prohibición legal del trabajo nocturno femenino. Pero la STJUE de 4.12.1997, C-207/96, condenó, por incumplimiento, a Italia. Y ello motivó, en 1999, un cambio legislativo, que limitó la prohibición a la mujer embarazada y permite a trabajadores –hombres o mujeres- rechazar el trabajo nocturno en determinadas circunstancias familiares –un hijo menor de 3 años, o de 12 si el progenitor es único, o tiene a cargo un discapacitado-.

III. EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD DE LA DIMENSIÓN DE GÉNERO.

a) El movimiento de liberación de la mujer.

Tras la Segunda Guerra Mundial, el movimiento feminista sufrió una regresión importante⁷⁹ en la cual seguramente influyeron múltiples factores. Hay dos muy destacados. Por un lado, la consecución del derecho a la educación y al sufragio en el periodo de entreguerras en la mayoría de los países occidentales supuso el agotamiento de un ideario hasta entonces volcado en la consecución de esos objetivos básicos. Por otro lado, los poderes públicos, con importante apoyo de la publicidad, fomentaron los valores del ama de casa y la vuelta al hogar de las mujeres que, durante la Guerra, trabajaron, buscando –y consiguiendo- un aumento de la natalidad –la primera generación de la postguerra mundial fue la del “*baby boom*”-.

La respuesta intelectual a ese agotamiento del ideario del movimiento feminista tiene su punto de arranque en la obra de Simone de Beauvoir “El segundo sexo” (1949)⁸⁰, donde sostiene –en una extensa obra que fue un bestseller- que lo que entendemos por mujer no es un producto natural –“*no se nace mujer, se llega a serlo*”- porque, aunque existan diferencias fisiológicas entre sexos –la maternidad y un cierta inferioridad física-, de ello no se deduce la jerarquización entre lo masculino y lo femenino, que es una construcción social y cultural que expulsa a la mujer

⁷⁹ Al periodo 1930 a 1960 Kate Millet lo llama “*la contrarrevolución*”, destacando, dentro de la reacción ideológica, la importancia de Sigmund Freud y su teorización sobre la conciencia femenina de mutilación derivada de la “*envidia del pene*”, “Política sexual”, Ediciones Cátedra, 2010, páginas 317 y siguientes.

⁸⁰ Hay varias ediciones en español, y, si no me equivoco, la más moderna –con varias ediciones, me consta hasta la 6ª- es la publicada en Ediciones Cátedra – Madrid, 1999, Volumen I “Los hechos y los mitos”, y Volumen II “La experiencia vivida”. Se considera un libro de los más influyentes del Siglo XX.

del mundo del conocimiento, de la cultura o de la política, de ahí que la mujer no pueda oponer al universo masculino un contrauniverso femenino.

El rearme ideológico del movimiento feminista continuó, en los Estados Unidos, con Betty Friedan “La mística de la feminidad” (1963), que es una crítica a la política de exaltación del ama de casa que lleva a las mujeres, abandonando formación y expectativas laborales, a las tareas domésticas y a depender económica y socialmente de sus maridos, sin aspiraciones vitales más allá de su familia, generando “*el malestar que no tiene nombre*”⁸¹, y con Kate Millet “Política sexual” (1970), que considera que la sexualidad tiene un cariz político, “*lo sexual es político*”⁸². Utilizó el término género⁸³, cuyo uso consolidó, en 1975, Gayle Rubin, quien lo definió concisamente como “*división de los sexos socialmente impuesta*”⁸⁴.

Nace así el movimiento de liberación de la mujer –o “*woman’s lib*”, también llamado la segunda ola del feminismo⁸⁵–, que encuentra la causa de la discriminación no en el sexo –diferencias físicas entre mujeres y hombres– sino en el género –añadido sociocultural–, buscando que aquel –el sexo– no invisibilice a este –el género–⁸⁶ para, a través del análisis de

⁸¹ Hay edición española en Ediciones Cátedra – Madrid, 2009. Por este ensayo Betty Friedan ganó el Premio Pulitzer en el año 1964. Como activista, Betty Friedan fue una de las personas fundadoras, en 1966, de la National Organization for Women (NOW), de la que fue su primera Presidenta hasta 1970.

⁸² Hay edición española en Ediciones Cátedra – Madrid, 2010. La obra se divide en tres partes, una primera donde desarrolla la idea de que lo sexual es político, y otras dos partes donde realiza un análisis de la evolución histórica de las ideas políticas –en la segunda– y diversas obras literarias –en la tercera–.

⁸³ Millet toma el término género del psicoanalista Robert J. Stoller a través de una cita donde este afirma que “*así como cabe hablar del sexo masculino o femenino, también se puede aludir a la masculinidad y a la feminidad sin hacer referencia a la anatomía o a la fisiología*”, “Política ...”, obra citada, página 77.

⁸⁴ En “El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo” (1975), con publicación en español en la Revista Nueva Antropología de la Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, volumen VIII, número 030, 1985, páginas 95 a 145, disponible en www.juridicas.unam.mx.

⁸⁵ Según la periodificación imperante en la literatura anglosajona, que integra en la primera ola a las feministas revolucionarias y el movimiento sufragista. Amelia Varcárcel Bernardo de Quirós propone otra periodificación que divide esa primera ola en dos, véase “Feminismo ...”, obra citada, páginas 55 a 91.

⁸⁶ Como dice Teresa Pérez del Río, “*el sexo invisibiliza el género*”, en la medida en que, efectivamente, se ha considerado la causa de la desigualdad el sexo, cuando es el género, “La Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres”, Revista de Derecho Social, número 37, 2007, páginas 223 a 250.

género sobre todos los valores y sobre todas las áreas del saber humano, visibilizar las causas de la desigualdad real, ampliando el horizonte de las reivindicaciones feministas porque no basta ya con tener derechos si esos derechos no remueven la desigualdad real, y surgiendo estrategias de antisubordinación y empoderamiento⁸⁷, o la necesidad de reconocimiento⁸⁸.

Pero el movimiento de liberación de la mujer no es un movimiento ideológico único, más bien es una suma de corrientes ideológicas⁸⁹, que, a las tradicionales grandes tendencias del feminismo liberal y del feminismo socialista, sometidas constantemente a nuevas reelaboraciones⁹⁰, aún suma otras dos grandes tendencias más en orden a buscar una solución: el feminismo de la diferencia –o cultural-, que defiende la necesidad de desarrollar una cultura femenina diferencial que, sin integrarse en el sistema, este debe de respetar, y el feminismo de la igualdad –o radical-, que defiende la necesidad de reforma del sistema desde la perspectiva de género para integrar a las mujeres en iguales condiciones a los hombres⁹¹.

Más diversificación todavía encontramos desde los años noventa⁹². La crítica de falta de universalidad del “*woman’s lib*”, al construirse sobre

⁸⁷ Frente a la no discriminación –que busca acabar con los tratos desiguales-, la antisubordinación busca acabar con la situación de inferioridad de las mujeres –por ejemplo, se fomenta la corresponsabilidad del varón en el cuidado de los hijos-, dando mayor poder a las mujeres –“*empowerment*” o empoderamiento-.

⁸⁸ La necesidad de reconocimiento de las identidades es un elemento esencial –junto a la redistribución de recursos- de la idea de justicia en las teorías políticas modernas. Véase Nancy Fraser y Axel Honneth, “¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico”, Ediciones Morata, Madrid, 2006.

⁸⁹ Una exposición de las aportaciones teóricas y prácticas de los distintos movimientos de la segunda y de la tercera ola –feminismo radical, feminismo cultural, feminismo posmoderno, ecofeminismo, ciberfeminismo- la aborda Juan Sinisio Pérez Garzón, “Historia ...”, obra citada, páginas 206 a 235.

⁹⁰ Hay nuevos aportes muy interesantes en el feminismo socialista como el de la profesora estadounidense de ciencias políticas, prematuramente fallecida, Iris Marion Young, de la que –aparte otros estudios- se ha publicado en español “La justicia y la política de la diferencia”, Ediciones Cátedra – Madrid, 2000.

⁹¹ El sentido conceptual de feminismo de la diferencia / feminismo de la igualdad y feminismo cultural / feminismo radical no siempre coincide en la literatura feminista –depende de cada autor o autora-. Lo que expongo es, creo, lo más extendido, y, en cualquier caso, es lo que voy a utilizar de manera convencional.

⁹² Todo lo cual hace imposible ni siquiera intentar cualquier clasificación con visos de exhaustividad en la medida en que cada autor/a suele mezclar elementos de las diversas tendencias –liberal, socialista, cultural o radical, u otras menores anteriores o nuevas-, realizando relecturas y con aportaciones propias.

el modelo de mujer blanca heterosexual de clase media, ha llevado a la “*third-wave*”, o tercera ola, que destaca la existencia de múltiples modelos de feminidad según la condición social, raza, religión u orientación sexual. El feminismo posmoderno ha cuestionado la existencia de roles sexuales naturales, siendo la orientación sexual –incluso la heterosexual– un producto sociocultural –teoría “*queer*”-⁹³. Asimismo, han aparecido tendencias sectoriales en ámbitos concretos, como el ecofeminismo, que se construye sobre la creencia de una vinculación entre la maternidad y la naturaleza, ambas maltratadas por el patriarcado⁹⁴, o el ciberfeminismo⁹⁵.

Quizás lo mejor sea aprender de cada tendencia sin caer en maximalismos, siendo el feminismo radical, que emparenta con los valores de racionalidad imperantes desde la Ilustración⁹⁶, el que aporta el objetivo prioritario de acceso al poder y a los derechos como medio para cambiar el sistema patriarcal⁹⁷. El feminismo cultural nos permite visualizar las realidades femeninas para, en base a ellas, adecuar las estructuras del poder y de los derechos. Sin olvidar nunca la importancia de la libertad –destacada por el feminismo liberal– o la teorización sobre la dominación –característica del feminismo socialista–. También la tercera ola aporta aspectos interesantes como la teorización sobre la discriminación múltiple.

⁹³ La obra de Judith Butler “El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad” (1989), es –con su crítica a la heterosexualidad falocéntrica y su reconocimiento de las identidades performativas– el fundamento de la teoría “*queer*” –raro–. Hay edición en español en Editorial Paidós, Barcelona, 2007.

⁹⁴ El ecofeminismo –que a su vez tiene múltiples subtendencias– busca respeto y cuidado –valores femeninos– de la naturaleza –no su explotación–, fomentar lo local sobre lo global, o el uso ético de la ciencia. Autora destacada es Barbara Holland-Cunz, “Ecofeminismo”, Ediciones Cátedra, Madrid, 1996.

⁹⁵ Que analiza las interrelaciones entre las mujeres, las relaciones de género y el mundo de la tecnología, en especial de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación –en acrónimo, las TIC–. Véase sobre la cuestión el análisis de Judy Wacjman, “El tecnofeminismo”, Ediciones Cátedra, Madrid, 2006.

⁹⁶ Como afirma con rotundidad Celia Amorós Puente, “*el Feminismo es una radicalización de la Ilustración en tanto que proyecto normativo de la modernidad, no su impugnación*”, “Vetas de Ilustración. Reflexiones sobre Feminismo e Islam”, Ediciones Cátedra, Madrid, 2009, página 151.

⁹⁷ De no hacerlo así no se conseguirá nunca el poder por parte de las mujeres, como argumenta Amelia Valcárcel Bernaldo de Quirós, “Sexo y Filosofía. Sobre mujer y poder”, Editorial Anthropos, Barcelona, 1994, páginas 50 y 51. El feminismo de la diferencia –o cultural– se considera posición un tanto utópica.

De lo que no cabe duda es de que la regresión del movimiento feminista acaecida tras la Segunda Guerra Mundial, que le había llevado a ir a remolque del movimiento obrero –sobre todo en Europa- y del movimiento de derechos civiles –en los Estados Unidos-, se ha superado a consecuencia del movimiento de liberación de la mujer que ha devuelto al Feminismo un papel protagonista –que siempre debió mantener- como locomotora de la igualdad. Ahora son las nuevas discriminaciones las que pretenden enriquecerse con el aparato ideológico y jurídico de la discriminación por razón de sexo / género –con el riesgo, dicho sea de paso, de una cierta debilitación de la tutela antidiscriminatoria general⁹⁸-.

b) La Teoría Feminista del Derecho.

Gracias a la aplicación del análisis de género, se ha profundizado en las críticas al Derecho⁹⁹ a través de diversas elaboraciones encuadradas bajo el nombre de “Feminist Jurisprudence” o Teoría Feminista del Derecho, cuya tesis central –emparentando con los Critical Legal Studies, o Teoría Crítica del Derecho¹⁰⁰- es la crítica de la objetividad del

⁹⁸ Porque las nuevas discriminaciones –como la edad- son tibias. María Amparo Ballester Pastor estudia la cuestión en “Últimos acontecimientos en la política antidiscriminatoria canadiense, particularmente por razón de sexo: las nuevas causas y la crisis institucional”, *Aequalitas*, número 27, 2010, páginas 6 a 15.

⁹⁹ Las críticas feministas al Derecho se suelen clasificar conforme al triple acercamiento de Carol Smart: (1) “*el Derecho es sexista*” porque perjudica a las mujeres –se tipifica más gravemente el adulterio de la esposa-, o beneficia a los hombres –el uxoricidio honoris causa del derecho histórico español-; (2) “*el Derecho es masculino*” porque perjudica valores asociados a lo femenino –por ejemplo, la catalogación como alevosa de agresiones que no sean cara a cara que, por su inferioridad física, suelen rehuir las mujeres- o beneficia los masculinos –por ejemplo, la atenuante de arrebató u obcecación, que son rasgos asociados a la impulsividad masculina-; (3) “*el Derecho tiene género*” en cuanto lo determina el género – la destipificación hasta no hace mucho del acoso sexual se debía al estereotipo de la mujer como presa sexual-, “La mujer del discurso jurídico”, en “Mujeres, Derecho Penal y Criminología”, Elena Larrauri Pijoan, Siglo XXI, Madrid, 1994. Los ejemplos son propios intentando ajustarme a la trilogía de Smart.

¹⁰⁰ Como recuerda Owen Fiss, “*al final de los años setenta y durante buena parte de los ochenta la Escuela Crítica del Derecho jugó un papel de liderazgo en los debates teóricos de las Facultades de Derecho de los Estados Unidos*”, pero “*hoy la situación es totalmente diferente ... la Escuela Crítica del Derecho ha muerto y su lugar en la Academia ha sido ocupado por el Feminismo ... (que) es parte de la misma tradición escéptica de la Escuela Crítica del Derecho, pero ha desarrollado su propia crítica al*

ordenamiento jurídico: el Derecho no representa la Razón Universal, sino la de los hombres en cuanto detentadores del Poder¹⁰¹. Siendo esa nota común a todas las elaboraciones, en el iusfeminismo se han manifestado las diversas tendencias del movimiento feminista y una multiplicidad casi infinita de variantes. Interesa examinar las elaboraciones más influyentes.

Carol Gilligan –una psicóloga estadounidense encuadrable en el feminismo cultural-, en “Con una voz diferente” (1982)¹⁰², sostiene el distinto razonamiento moral entre los hombres, basado en los principios –o reglas generales de solución de conflictos-, y las mujeres, basado en el cuidado –introduciendo en la solución el elemento emocional-. Se le ha criticado que se presupone la libertad de las mujeres en la elección de la ética del cuidado¹⁰³, y que la consecuencia última de esta tesis es, dada la masculinidad esencial del Derecho –al construirse sobre principios-, su

Derecho”, “Teoría Crítica del Derecho y Feminismo”, en el libro “La crisis del Derecho y sus alternativas”, Cuadernos de Derecho Judicial 3/1995, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

¹⁰¹ Según explica Ana Rubio Castro, “*en la medida en que los varones ejercen el poder social y estatal y su voluntad es la voluntad general que se expresa en la ley ... es así como la voluntad de una parte de la sociedad se eleva a moralidad y se identifica con la racionalidad jurídica. La norma neutra, abstracta crea, a continuación, el mito de una voluntad elevada y omnipresente que acaba institucionalizando el poder de una parte de la sociedad sobre todos los seres humanos que la integran*”, “Inaplicabilidad e ineficacia del derecho en la violencia contra las mujeres: un conflicto de valores”, en “Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres”, que coordina, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2004, página 23.

¹⁰² No me consta la existencia de edición española de esa obra de Carol Gilligan. La edición original inglesa se publicó con el título “*In a different voice: Psychological theory and women’s development*”, Harvard University Press, Cambridge, 1982. Una exposición sucinta de las ideas de Carol Gilligan en Asunción Ventura Franch, “Las mujeres ...”, obra citada, páginas 162 a 165, y, más ampliamente, en Alezzandra Fachi, “El pensamiento feminista sobre el Derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”, en “Lo público y lo privado en el contexto de la globalización”, coordinado por Ana Rubio Castro y por Joaquín Herrera Flores, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2006, páginas 167 a 174.

¹⁰³ Catharine Alice MacKinnon, que tacha esta tesis como “*idealismo liberal*”, le da forma a esa crítica en los siguientes términos literales: “*Las mujeres pueden tener una forma propia de razonamiento moral, pero está hecha de lo que se les permite y de lo que no se les permite ser. En la medida en que el materialismo tiene algún significado, significa que lo que las mujeres han sido y han pensado es lo que se les ha permitido ser y pensar. Sea lo que fuere, no es de las mujeres, no es posesión suya. Tratarlo como si lo fuere es pasar sobre el mundo social para analizar la situación de la mujer como si la igualdad, a pesar de todo, existiera ya de forma ineluctable*”, “Hacia ...”, obra citada, páginas 105 y 106, passim.

rechazo por el Feminismo, lo cual no suele ser algo aceptado¹⁰⁴. Aún admitiendo las críticas, lo positivo fue el abrir vías a nuevas teorizaciones.

Catharine Alice MacKinnon –una abogada estadounidense de confeso feminismo radical-, en “Hacia una teoría feminista del Estado” (1989)¹⁰⁵, sostiene como método la experiencia de las mujeres demostrativa de que las leyes amparan el concepto masculino violento de sexualidad a través de la invisibilidad del acoso sexual laboral, la construcción de la violación sobre la negativa de la mujer y no sobre la existencia de agresión, la desprotección pública del aborto legal, o la libertad de comunicación como justificación de la pornografía. La solución son leyes basadas en los derechos sustantivos fundados en la experiencia de las mujeres sobre los derechos abstractos contruidos para garantizar la supremacía masculina.

Katherine Bartlett y Rossane Kennedy, en “Feminist Legal Theory” (1990)¹⁰⁶, tras sostener que mujeres y hombres juristas deben utilizar unos mismos métodos, incluyen entre ellos métodos de desmasculinización del Derecho, como son los siguientes: (1) la “*woman question*”, para verificar cómo impactan las normas sobre las mujeres en comparación con los hombres¹⁰⁷, (2) el razonamiento práctico feminista, para ampliar la

¹⁰⁴ Algunas corrientes del feminismo cultural rechazan el Derecho como instrumento de emancipación de las mujeres, que se busca exclusivamente a través de la solidaridad informal entre o con las mujeres. Ciertamente, la masculinidad del Derecho ha generado “*un sentimiento jurídico negativo de las mujeres*”, convencidas de que el Derecho, tal como está, no resuelve sus problemas. Pero la solución de ese sentimiento negativo no pasa –según la corriente mayoritaria dentro del Feminismo- por rechazar el Derecho como instrumento de emancipación de las mujeres, sino en cambiar el Derecho y en buscar su apoyo, dando así lugar –como en breves páginas se verá en el texto principal- al Feminismo de Estado.

¹⁰⁵ Hay edición española de la obra de Catharine Alice MacKinnon en Ediciones Cátedra, Madrid, 1995.

¹⁰⁶ No me consta la existencia de edición española de esta obra de Katherine Bartlett y Rosanne Kennedy. La edición original de “Feminist Legal Theory: Readings in law and gender” se publicó en Westview Press, Boulder – San Francisco – Oxford, 1991. Una exposición de sus ideas comparándolas con las de Catharine Alice MacKinnon la encontramos en el estudio de Arantza Campos Rubio, “Teoría Feminista del Derecho. Aportaciones iusfeministas a la revisión crítica del Derecho y a la experiencia jurídica”, en “Mujeres y Derecho, pasado y presente: I Congreso Multidisciplinar de Centro – Sección de Bizkaia, Facultad de Derecho”, EHU – UPV, 2008, páginas 206 a 216, disponible en www.argitalpenak.ehu.es.

¹⁰⁷ La “*woman quaestio*” puede servir para verificar si la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal es diferente en las mujeres en comparación con los hombres –por ejemplo, la mujer

racionalidad de las operaciones jurídicas desde la experiencia concreta de las mujeres¹⁰⁸, (3) la concienciación para evitar la subordinación femenina¹⁰⁹, y (4) la “*posicionalidad*”, o comprensión del conflicto valorando las conductas de las mujeres desde su situación de exclusión¹¹⁰.

Si algo se aprende de todas estas elaboraciones, y otras asimismo importantes, como las de Susan Moller Okin¹¹¹, Frances Olsen, Tove Stang Dahl¹¹², o Tamar Pitch¹¹³, es que el feminismo –salvo acaso algunas posturas muy extremas- no renuncia a utilizar al Derecho, o más ampliamente al Estado, como instrumento para la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres. Por su lado, el Estado, y más concretamente –según se concibe en las sociedades occidentales- el Estado

sometida a violencia de género, por su habitual inferioridad física, no se defenderá inmediatamente de ser agredida y tenderá a buscar un momento más propicio, lo que dificultaría aplicar la legítima defensa-.

¹⁰⁸ El razonamiento práctico feminista puede servir, sobre la base de la experiencia de las mujeres, para cuestionar la autorización parental para el aborto de una menor –en especial si hay violencia doméstica-.

¹⁰⁹ La concienciación para evitar la subordinación femenina puede servir para impedir la impunidad de la violación dentro del matrimonio, o la atenuación –por ser el cónyuge- de la responsabilidad del violador.

¹¹⁰ La *posicionalidad* puede servir para impedir que una mujer, cuando se separa o divorcia de su cónyuge a consecuencia de violencia de género, pierda un beneficio social que tenía por su condición de cónyuge.

¹¹¹ Para Susan Moller Okin, las teorías políticas han olvidado siempre el ámbito de la familia –al considerarla no política-, debiendo la familia ser integrada dentro de las teorías de la justicia. Encarna Bodelón González, que cataloga el aporte de Okin como feminismo liberal progresista, la critica porque su conclusión supone aceptar la validez de unas teorías que han excluido a las mujeres, “Los límites de las políticas de igualdad de oportunidades y la desigualdad sexual: la familia como problema distributivo y de poder”, en “Lo público y lo privado en el contexto de la globalización”, coordinado por Ana Rubio Castro y por Joaquín Herrera Flores, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2006, páginas 198 a 206.

¹¹² Para Frances Olsen, el Derecho no es necesariamente masculino, lo que ocurre es que, hasta la actualidad, predominan en él los valores masculinos, debiendo –en una labor de crítica y deconstrucción que entronca con las tesis de MacKinnon- ser integrado con la potenciación de valores femeninos. También Tove Stang Dahl, que es una figura señera del feminismo escandinavo, considera que el Derecho no es masculino por estructura o por vocación, sino por historia, debiendo el Derecho ser reconceptualizado para buscar una distribución justa de los bienes jurídicos como son el dinero, el tiempo y el trabajo. Más ampliamente, Alezzandra Fazzi, “El pensamiento ...”, obra citada, páginas 181 a 191.

¹¹³ Tamar Pitch –jurista italiana encuadrable en el feminismo de la diferencia- analiza diversos temas centrales en el pensamiento feminista –la reproducción asistida, el aborto y la violencia sexual-, planteando como solución –y el análisis del aborto es sin duda el más significativo- la conveniencia de una “*retirada del Derecho ... de ciertas materias ... porque son irreducibles a la norma positiva*”, dejando la decisión a la mujer al encontrarse en juego su cuerpo, y, en conclusión, reconociendo la libertad de la mujer sobre su cuerpo –autodeterminación en la maternidad o inmunidad frente a agresiones sexuales-, “Un derecho para dos”, Editorial Trotta, Madrid, 2003 –la cita se encuentra en la página 118-.

social y democrático de Derecho, tiene capacidad para asimilar las exigencias que, para la consecución de la igualdad de mujeres y hombres, plantea el feminismo –la igualdad material o la democracia paritaria-¹¹⁴.

c) Discriminación sistémica y transversalidad de género.

Ha permitido la Teoría Feminista del Derecho verificar la existencia de una discriminación sistémica, institucional o difusa¹¹⁵ en las relaciones jurídicas, no detectable y/o no corregible según unas leyes de igualdad basadas en la idea de comparación¹¹⁶, porque la extensión a los mujeres de derechos pensados para los hombres conduce a nuevas desigualdades –por ejemplo, se les permite trabajar, pero el derecho del trabajo, construido para los hombres, las sitúa en desventaja-, y porque no es posible conceder a las mujeres –si no es aparentando conceder privilegios- derechos ausentes

¹¹⁴ De manera similar, María Luisa Balaguer Callejón concluye que “*el modelo del Estado social y democrático de Derecho debería de estar en condiciones de asimilar las modificaciones que desde el Feminismo se exigen para la construcción de una democracia paritaria*”. Alicia Miyarés Fernández considera que la democracia feminista, tomando a la vez elementos de la tradición liberal y de la tradición socialista, superaría los inconvenientes del liberalismo –que mantiene la separación de lo público, masculino, y lo privado, femenino- y de la socialdemocracia –que, aún buscando la redistribución, no cuestiona los valores sociales de género-, “Democracia feminista”, Ediciones Cátedra – Madrid, 2003.

¹¹⁵ Siguiendo a María José Añón Roig, es “*la desigualdad de status o de poder generado por un sistema dominante de normas sociales (1) que no aparecen explícitamente expresadas en un texto legislativo*”, (2) que “*se reproducen sistemáticamente, es decir al margen de la intencionalidad o de la voluntariedad de las personas individualmente consideradas*”, (3) que “*atraviesan todas las dimensiones, ámbitos e instituciones que rigen la vida social*”, y (4) que “*tienen la virtualidad de presentar como una opción ... la resolución de una situación insoslayable, por ejemplo, la imposibilidad de simultanear el desempeño de un empleo con la satisfacción de una necesidad de carácter social como es el cuidado de los hijos*”, “¿Una legislación para transformar la realidad social? A propósito de la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en la obra colectiva coordinada por María Belén Cardona Rubert “Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, página 32.

¹¹⁶ Catharine Alice MacKinnon concreta los dos errores de esas leyes de igualdad. Uno de los errores es el de que, para su aplicación, se exija la identidad con la situación modélica prescindiendo de las diferencias de género, porque “*exigir a alguien ser lo mismo que quienes marcan la norma ... significa sencillamente que la igualdad entre los sexos está concebida conceptualmente para no ser lograda jamás. Quienes más necesitan un tratamiento igualitario serán los menos similares, socialmente, a aquellos cuya situación establece el patrón con el que se mide su derecho a un tratamiento igualitario*”. El otro de los errores es el de que, como “*la línea central de la ley de igualdad da por supuesto que la sociedad ya es fundamentalmente igual ... hacer algo a favor de las mujeres ... queda estigmatizado como protección especial o como acción afirmativa en vez de reconocerse sencillamente como no discriminación o igualdad por primera vez*”, “Hacia ...”, obra citada, páginas 391 a 423, en especial páginas 422 y 423.

en un modelo masculino –por ejemplo, se concibe la maternidad como situación excepcional necesitada de protección, no un verdadero derecho-.

Los hombres, estando el modelo hecho a su medida, adquieren, por el solo hecho de serlo, el poder en la totalidad de las relaciones sociales –en la sexualidad, en la familia, en el trabajo, en el deporte, en la política ...-, mientras las mujeres no adquieren, por el solo hecho de serlo, ese mismo poder, antes al contrario se sitúan en subordinación –en cuanto no viven la sexualidad, la familia, el trabajo, el deporte o la política, u otras relaciones sociales, de la misma manera que los hombres-. Por ello, una adecuada respuesta jurídica a la discriminación sistémica, institucional o difusa obliga a cuestionar el modelo de referencia para erradicar la situación de subordinación de la mujer y, en suma, para empoderarla frente al hombre.

El siguiente paso es la integración de manera activa de la dimensión de género en la elaboración y en la aplicación de las normas jurídicas y de las políticas públicas, incorporando elementos tendentes a la equiparación real de ambos sexos a través del empoderamiento de las mujeres y evitando elementos donde se perpetúe la subordinación a los hombres a través de estereotipos de dominación de un sexo sobre el otro. Fruto de ello ha sido el reconocimiento de derechos –como la protección frente a la violencia de género, derechos de maternidad, conciliación corresponsable o democracia paritaria- difícil –sino imposible- de justificar aplicando el concepto tradicional –basado en la comparación- de la igualdad y no discriminación.

Así las cosas, el cuestionamiento del modelo de referencia y la integración de la dimensión de género –las dos operaciones básicas del análisis feminista del Derecho-, se ha condensado conceptualmente en el principio de transversalidad de la dimensión de género¹¹⁷ que responde con

¹¹⁷ El principio de transversalidad de la dimensión de género determina cambios funcionales y orgánicos. Los cambios funcionales obligan a considerar la dimensión de género en la totalidad de las operaciones jurídicas –elaboración, interpretación y aplicación de las normas- y por la totalidad de los agentes

generalidad al problema también general de institucionalización de la discriminación. Tal revisión de las instituciones del ordenamiento jurídico ha llevado a la revisión del mismo principio de igualdad, que, en su concepción moderna, supera la idea de comparación para pasar a ser un mandato de antilibordinación dirigido a que los determinismos de género no sitúen a las mujeres en situación de menor libertad que a los hombres.

d) La discriminación en las relaciones laborales como paradigma de discriminación sistémica.

La superación del paternalismo en la normativa laboral y la aparición de instituciones como la discriminación indirecta o la acción positiva no han bastado para conseguir la igualdad en las relaciones laborales. Porque, aunque las mujeres puedan acceder al mercado de trabajo, se las obliga a seguir un patrón masculino –por ejemplo, renunciando a la maternidad¹¹⁸-, se mantienen las dificultades para acceder a ciertas profesiones, en especial las técnicas –paredes de cristal o segregación vertical-, o para ascender –es la segregación horizontal a través del techo de cristal, “*ceiling glass*”, y el

jurídicos –sean públicos o privados-. Los cambios orgánicos obligan a los poderes públicos a actuar coordinadamente entre sí, a potenciar los organismos de igualdad y a colaborar con los grupos sociales de defensa de la igualdad. Además de estos aspectos técnicos, el principio de transversalidad ha venido acompañado de la dimensión de género –de hecho no tendría sentido si no fuera la dimensión de género-, de modo que esos cambios funcionales y orgánicos tendrán como finalidad última erradicar los prejuicios de género en cuanto supongan la subordinación de la mujer. Más ampliamente, me permito remitir al/a lector/a a mi libro “El principio de transversalidad de la dimensión de género”, MTAS, Madrid, 2007.

¹¹⁸ Es el llamado “*dilema de Wollstonecraft*” según el cual las mujeres deben de escoger entre dos alternativas: “*o las mujeres son como los hombres y por lo tanto acceden plenamente a la ciudadanía, o continúan en el trabajo doméstico, que no tiene valor para la ciudadanía*”. La solución estaría no en “*una mera inclusión de las mujeres en el modelo del Bienestar existente*”, sino en la completa inclusión del género en las Políticas del Bienestar a través de su “*reconfiguración*”. Así lo explica Encarna Bodelón González, citando a su vez a Carole Pateman, “Lo público ...”, obra citada, páginas 219 y 220.

suelo pegajoso, “*sticky floor*”¹¹⁹-. También existe una importante brecha salarial¹²⁰. Y todo ello redundaba en la brecha en las prestaciones sociales¹²¹.

Una situación cuya causa fundamental está en la discriminación inscrita en la génesis del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social¹²², que nació y se consolidó –hasta los años setenta del Siglo XX- sobre un sistema de producción –superador de la explotación del capitalismo decimonónico- basado en la organización científica del trabajo con el añadido de la producción en cadena –sistema taylorista / fordista- que se sustentó –y a su vez fortaleció- un sistema patriarcal que les impedía a las mujeres acceder en condiciones de igualdad a un trabajo y a una protección social pensadas para un trabajador varón con responsabilidades familiares, con amplias disponibilidades de tiempo y con vinculación indefinida a la empresa¹²³.

¹¹⁹ Con la expresión techo de cristal se alude a las dificultades de ascenso de las mujeres a los puestos directivos, dificultades que se invisibilizan de manera que, aparentemente, no existe techo alguno, y, si las mujeres no los alcanzan, es por su incapacidad o su falta de voluntad. Una manera de aparentar ausencia de discriminación es el tokenismo, situando a alguna mujer en algún puesto directivo, pero no sistemáticamente, y normalmente en ciertas áreas –como recursos humanos-. Con la expresión suelo pegajoso se alude a las dificultades de ascenso de las mujeres desde los puestos más bajos de la empresa.

¹²⁰ La brecha salarial de género obedece –siguiendo a Jaime Cabeza Pereriro- a que “*se le concede una menor importancia a los trabajos que desempeñan mayoritariamente las mujeres*”, a que “*el mercado laboral está segregado de forma muy notoria*”, a que “*se adoptan decisiones que no tienen otra base que la obediencia a estereotipos perjudiciales*”, o a “*la asunción predominante por ellas de tareas de cuidado*”, “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”, Lan Harremanak / Revista Relaciones Laborales, número 25, 2012, páginas 81 y 82.

¹²¹ La brecha pensional de género obedece –siguiendo las explicaciones de Teresa Pérez del Río, ciertamente referidas al Sistema español de Seguridad Social, aunque probablemente serían extrapolables a la mayoría de los países si realizásemos un análisis comparado de Sistemas de Seguridad Social- a las múltiples situaciones de discriminación indirecta derivadas de la aplicación de la legislación –discriminación normativa- y como derivación de la discriminación de la mujer en el mercado de trabajo, “Mujer y Protección Social en España”, Revista de Derecho Social, número 1, 1998, páginas 39 a 45.

¹²² Para explicar la discriminación sistémica en el ámbito laboral –como en el político-, se puede usar la metáfora de las casas –siendo la casa el entramado jurídico y social-. Cuando la mujer, tradicionalmente destinada a la casa de lo privado –la familia-, ha pretendido acceder a la casa de lo público –la política y el trabajo-, ocupada por los hombres, las leyes de igualdad clásicas le han permitido –después de no pocos inconvenientes como hemos podido analizar en la exposición- entrar, pero se encuentra con que la casa de lo público está construida para los hombres –por ejemplo, nada se contempla en ella sobre la maternidad-.

¹²³ Al trabajador varón en esas circunstancias se le garantizaba la percepción de un salario familiar, con lo cual las mujeres no necesitarían trabajar fuera de casa, lo que se complementaba con el fomento de los valores del ama de casa –que fue denunciado tempranamente por el “*woman’s lib*”-. Y si las mujeres, a pesar de todo trabajaban, se les segregaba en trabajos secundarios –como en los sectores textil o de la conserva, o en las tareas de secretaria o telefonista-, y/o en el trabajo a tiempo parcial, fijo discontinuo, trabajo temporal o trabajo a domicilio –únicos a los cuales podían acceder si asumían cargas familiares-.

Ciertamente, el escenario ha cambiado desde la Crisis del Petróleo (1973), que no fue tanto una crisis energética como el detonante de un cambio mucho más profundo que nos ha conducido a una economía global. La tradicional empresa industrial –cuya organización basada en la cadena abarcaba todas las fases productivas- ha sido sustituida por empresas integradas en una red –que se suele extender por varios países- basadas en grupos de trabajo autónomos sin una jerarquía marcada –es el sistema toyotista, utilizado con éxito en Japón tras la Segunda Guerra Mundial-. Y el modelo de trabajador asimismo ha cambiado: un trabajador de servicios con rotación de empleadores, temporalidad contractual y jornadas flexibles.

Pero la discriminación sistémica de las mujeres en el ámbito laboral se ha mantenido. En primer lugar, porque ni la industria ha desaparecido, ni el ordenamiento jurídico ha cambiado tan radicalmente, en especial en el ámbito de la Seguridad Social –donde el respeto a las expectativas de derechos y los problemas presupuestarios ralentizan mucho los cambios-. Y, en segundo lugar –y más importante-, porque el sistema productivo no busca la igualdad de género, sino el beneficio de las empresas, de ahí que el sistema productivo post-industrial, como ocurría con el industrial, se sustenta –y a su vez fortalece- las desigualdades socioculturales, aunque el escenario es distinto, y más complejo debido a la globalización económica.

IV. EL ESTADO DE LA EVOLUCIÓN EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL, COMUNITARIA Y EUROPEA:

a) La Declaración de Beijing y la Plataforma para la Acción.

En la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing (1995), que supuso el triunfo del principio de transversalidad de la dimensión de género, se adoptan dos documentos. Uno es la Declaración de Beijing, donde los Gobiernos participantes –después de diversas consideraciones– concluyen con el compromiso de “*aplicar la siguiente Plataforma para la Acción, garantizando que en todas nuestras políticas y programas quede reflejada la perspectiva de género*”, y realizan, asimismo, un llamamiento a instituciones, organizaciones, sectores de la sociedad, hombres y mujeres, “*a que se comprometan y a que contribuyan plenamente, en cooperación con los Gobiernos, a la aplicación de esta Plataforma para la Acción*”.

Y el otro es la Plataforma para la Acción, que –en 361 densos apartados– desarrolla –como se define en su apartado 1– “*un programa encaminado a crear condiciones necesarias para la potenciación del papel de la mujer en la sociedad*”, o sea, un programa para el empoderamiento de las mujeres. La Plataforma se estructura a través de objetivos estratégicos y medidas en las siguientes áreas de especial interés: (1) la pobreza, (2) la educación, (3) la salud, (4) la violencia, (5) los conflictos armados, (6) la economía, (7) el poder y la toma de decisiones, (8) los mecanismos institucionales para el avance de las mujeres, (9) los derechos humanos, (10) los medios de comunicación, (11) el medio ambiente, y (12) las niñas.

La efectiva asunción estatal de los amplios compromisos derivados del principio de transversalidad de la dimensión de género ha supuesto la consolidación del doctrinalmente denominado feminismo de Estado, que es, en síntesis, la consecuencia del llamamiento que el movimiento feminista, desde las últimas décadas del Siglo XX, ha realizado a la intervención de los Poderes Públicos para resolver –si se me permite la expresión para acentuar el paralelismo– la “*cuestión femenina*”, de la misma manera que, desde mediados del Siglo XIX, la clase obrera llamó a

la intervención de los Poderes Públicos para resolver la “*cuestión social*”, originando así el nacimiento del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

b) La segunda generación de normas comunitarias sobre igualdad de los sexos.

Bajo la influencia de la Declaración de Beijing y de la Plataforma para la Acción, la transversalidad adquiere máximo rango normativo¹²⁴ con el artículo 3.2 del Tratado de la Unión Europea (Amsterdam, 1998), y de ahí pasó al artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Lisboa, 2008), donde se dice que “*en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad*”. Además, el artículo 157 del TFUE –antiguo 141 del TUE y 119 del TCEE- establece el principio de igual retribución –apartados 1 y 2-, habilita adoptar directivas en asuntos de empleo y ocupación –apartado 3-, y autoriza las acciones positivas –apartado 4-.

Todo lo anterior dentro de un contexto de potenciación general del derecho antidiscriminatorio. El artículo 13 del TUE, de donde pasó al actual artículo 19 del TFUE, habilita al Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, para adoptar directivas de igualdad. A su amparo, se ha aprobado la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas

¹²⁴ El principio de transversalidad, ya antes del TUE versión Amsterdam, se había recogido de la Decisión 95/593/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1995, relativa a un programa de acción comunitario a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000), donde el “*mainstreaming*” –que se consideraba como la finalidad del programa-, se definía –en el artículo 2- como “*promover la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la elaboración, ejecución y seguimiento de todas las políticas y acciones de la Unión Europea y de los Estados miembros, dentro del respeto de sus respectivas competencias*”. Incluso antes se detectan algunas aplicaciones de la integración de la dimensión de la igualdad en algunas políticas comunitarias: la igualdad de oportunidades aparece referida, desde 1993, en la normativa de los Fondos Estructurales. Y de hecho, la Unión Europea defendió la introducción del “*mainstreaming*” en la Declaración de Beijing.

independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –en su versión inicial de Niza, 2000, y en la revisada de Estrasburgo, 2007¹²⁵- refleja la importancia del principio de igualdad al dedicarle uno, el III, de sus siete Capítulos, y, en concreto, el artículo 21 prohíbe toda clase de discriminación, entre otras causas por razón de sexo, y el artículo 23 se refiere a la igualdad de hombres y mujeres a fin de establecer que “*la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución*”, y que “*el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado*”¹²⁶.

Dentro de este proceso de construcción europea del derecho a la igualdad de género y con el trasfondo adicional del activismo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, hemos asistido a una segunda oleada de directivas de igualdad de los sexos, iniciada en los años noventa, donde se revisan o sustituyen algunas existentes¹²⁷, se aprueban otras nuevas sobre

¹²⁵ Es oportuno recordar que, según el artículo 6.1 del TUE (Lisboa, 2008), “*la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*”, aunque advirtiendo que “*las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados*”.

¹²⁶ Un análisis del derecho general a la igualdad y no discriminación por razón de sexo en Rosario Tur Ausina, “Las políticas de igualdad de género en Europa: Unión Europea y Consejo de Europa”, en la obra colectiva dirigida por Enrique Álvarez Conde / Ángela Figueruelo Burrieza / Laura Nuño Gómez y coordinada por María Dolores Cancio Álvarez “Estudios interdisciplinarios sobre igualdad”, Iustel, Madrid, 2011, y Cristina Moreno Atienza, “Hacia un concepto de igualdad. La igualdad formal en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Igualdad ante la ley y principio de no discriminación. Especial referencia a la igualdad entre mujeres y hombres”, Dykinson, Madrid, 2012. Por otro lado, un sugestivo estudio de las diversas normas europeas sobre igualdad –tanto la de sexos, como las demás- es el coordinado por María Amparo Ballester Pastor, “La transposición del principio antidiscriminatorio al ordenamiento jurídico laboral español”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

¹²⁷ La Directiva 76/207/CEE fue modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, la Directiva 86/378/CEE fue modificada por la Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, y la Directiva 86/613/CEE ha sido sustituida por la Directiva

maternidad¹²⁸, permiso parental¹²⁹, carga de la prueba¹³⁰, y acceso a bienes y servicios, y su suministro¹³¹, y se refunden las directivas sobre trabajo¹³². Además de estas directivas, hay una multitud de actos comunitarios sobre la igualdad, siendo destacable la más reciente Comunicación de la Comisión Europea de 5.3.2010, autodenominada la “Carta de la Mujer”¹³³.

Así las cosas, y partiendo de una inicial limitación de la igualdad de los sexos al aspecto retributivo y con una finalidad primordial de carácter económico en el viejo artículo 119 del TCEE, se ha construido un importante corpus comunitario normativo y jurisprudencial, tanto en materia laboral¹³⁴ como de Seguridad Social¹³⁵, y, poco a poco, en otros

2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

¹²⁸ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Esta Directiva se ha dictado, no en el marco de la política comunitaria sobre igualdad de los sexos, sino en el marco de la política comunitaria sobre prevención de riesgos laborales.

¹²⁹ Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, cuyo Anexo recoge el Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental de 14 de diciembre de 1995, celebrado entre la UNICE, la CEP y la CES, y Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, cuyo Anexo recoge el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental de 18 de junio de 2009, celebrado entre la BE, la UEAPME, la CEEP y la CES.

¹³⁰ Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. La Directiva 98/52/CE del Consejo, de 13 de julio de 1988, la extendió al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Refundida en la Directiva 2006/54/CE.

¹³¹ Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios, y su suministro.

¹³² Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Esta norma refunde las anteriormente citadas Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE y 97/80/CEE –a las cuales sustituye desde 15.8.2009-.

¹³³ Comunicación de la Comisión Europea de 5 de marzo de 2010 (COM 2010/78) “Un compromiso reforzado en favor de la igualdad entre mujeres y hombres: Una Carta de la Mujer. Declaración de la Comisión Europea con motivo del Día Internacional de la Mujer 2010 en conmemoración del 15º aniversario de la adopción de la Declaración y la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer celebrada en Pekín, y del 30º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”. En la Comunicación se proponen cinco ámbitos específicos de actuación: (1) Igual independencia económica. (2) Salario igual a trabajo igual y trabajo de igual valor. (3) Igualdad en la toma de decisiones. (4) Dignidad, integridad y fin a la violencia sexista. (5) Igualdad entre mujeres y hombres más allá de la Unión. La Comunicación supuso la continuidad del Pacto Europeo para la Igualdad de Género de 2006.

¹³⁴ Una bibliografía básica sobre el derecho comunitario en materia de igualdad de los sexos en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo nos lleva a citar a Teresa Pérez del Río, “El derecho ...”, obra

ámbitos normativos –el acceso a bienes y servicios, y su suministro-, construyendo un derecho general a la igualdad y no discriminación por razón de sexo cuyo reconocimiento expreso aparece, como concreción de una más amplia prohibición de discriminaciones –artículo 21-, en el artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Pero la implantación de la igualdad de género en la Unión Europea y en sus Estados miembros aún dista mucho de ser una realidad en la totalidad de sus consecuencias, dependiendo la situación de cada ordenamiento jurídico¹³⁶. Las directivas sobre igualdad de sexos –dejando libertad a los Estados miembros para mantener el mínimo comunitario o para mejorarlo en perspectiva de género- consienten postulados criticables: cuando se define la discriminación acentuando el término comparativo¹³⁷, cuando se condiciona la protección de la maternidad a la comunicación a la

citada, a Jesús Cruz Villalón (coordinador), “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, a Ana Carmen Azkárate-Askasua Albéniz, “Mujer y discriminación: del TJCE al TC”, IVAP, Bilbao, 1997, a David Ordóñez Solís, “La igualdad ...”, obra citada, a Juan Carlos Arce Gómez, “El trabajo de las mujeres en el derecho comunitario”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, a María Belén Sánchez López, “Política comunitaria contra la discriminación de la mujer en el trabajo”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2003, y a Susana Sanz Caballero, “Contribución ...”, obra citada.

¹³⁵ Más específicamente sobre la normativa comunitaria de igualdad de los sexos en la Seguridad Social, además de los apartados correspondientes en los estudios citados en la anterior nota a pié de página, y además del excelente abordaje acometido por Juan José Fernández Domínguez, “La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social”, La Ley, Madrid, 1999, páginas 35 a 107, véase Margarita Tarabini-Castellani Aznar, “El principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras en materia de Seguridad Social: las Directivas 79/7 y 86/378”, Actualidad Laboral, número 1, 2000, y Thais Guerrero Padrón, “Directivas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y Seguridad Social”, Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, número 68, 2003.

¹³⁶ Para una visión general de los Estados miembros de la Unión Europea, son muy interesantes el libro colectivo, editado por Manuela Bustelo y Emanuela Lombardo, “Políticas de igualdad en España y en Europa”, Ediciones Cátedra, Madrid, 2007, y el análisis de Alicia López de los Mozos Díaz-Madroñero, “Políticas de igualdad de género en el derecho comparado”, en la obra colectiva dirigida por Enrique Álvarez Conde / Ángela Figueruelo Burrieza / Laura Nuño Gómez y coordinada por María Dolores Cancio Álvarez “Estudios interdisciplinarios sobre igualdad”, Iustel, Madrid, 2011, páginas 421 a 437.

¹³⁷ A la vista de las definiciones de discriminación sexista directa e indirecta del artículo 2.1.a) y b) de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), el elemento comparativo –que se concreta en el trato a una persona “de manera menos favorable que otra en situación comparable” en la discriminación directa, y la “desventaja particular con respecto a (otras) personas” en la discriminación indirecta- se convierte en esencial, olvidando el elemento peyorativo –que es el que conecta con los prejuicios de género-. Sobre esta cuestión, como sobre las tres siguientes, se volverá a lo largo de nuestro estudio, y, en concreto, sobre esta cuestión se volverá al analizar el concepto de discriminación al final de este mismo Capítulo Primero.

empresa¹³⁸, cuando los acosos sexual y sexista se dicen no deseados¹³⁹, o cuando la conciliación no se regula en una clave de corresponsabilidad¹⁴⁰.

c) Igualdad de los sexos en el marco del Consejo de Europa.

Las normas fundamentales sobre igualdad de mujeres y hombres dentro del marco del Consejo de Europa no han sufrido cambios tan notorios como las de la Unión Europea. Apenas se pueden citar dos cambios significativos. Uno es la revisión de la Carta Social Europea (1996), que eliminó las connotaciones paternalistas de su artículo 8 –donde se establecía una prohibición de determinados trabajos para las mujeres-. Y otro es la aprobación del Protocolo 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (2000), que establece, en su artículo 1, una prohibición general

¹³⁸ La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, define a la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, aquella que, en cada uno de esos estados, *“comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”* –artículo 2-, lo cual levantó fundadas críticas en la doctrina europea: *“¿Puede un empleador no infringir la ley ... si continúa exponiendo a radiaciones ionizantes a una trabajadora encinta de 8 meses que no le ha informado de su estado?”*, Jean Jacqmain, “Protection de la maternité. L’execution de la directive européenne 92/85”, CGSP, Bélgica, 1995, páginas 8 y 9. Nos remitimos, para una crítica más detallada a este aspecto de la normativa comunitaria, al Capítulo Séptimo.

¹³⁹ A la vista de las definiciones de acoso y de acoso sexual del artículo 2.1.c) y d) de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), aparenta lícito un *“comportamiento ... relacionado con el sexo con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”* –como se define el acoso- o un *“comportamiento verbal, no verbal o físico ... de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”* siempre que la víctima no diga que no los desea. Más ampliamente, véase el Capítulo Quinto.

¹⁴⁰ Tanto la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, cuyo Anexo recoge el Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental de 14 de diciembre de 1995, celebrado entre la UNICE, la CEP y la CES, como –aunque menos al introducir ciertas mejoras- la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, cuyo Anexo recoge el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental de 18 de junio de 2009, celebrado entre la BE, la UEAPME, la CEEP y la CES, contienen escasos estímulos al disfrute paterno del permiso parental, véase Jaime Cabeza Pereiro, “La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa”, Revista de Derecho Social, número 31, Julio / Septiembre, 2005, y “¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al Acuerdo Marco revisado sobre el Permiso Parental?”, Aranzadi Social, número 6, 2010, BIB 2010 1242. Más ampliamente, véase al respecto Capítulo Octavo.

de discriminación –incluyendo sexo- en relación con “*el goce de todos los derechos reconocidos por la ley*” –y no solo los reconocidos en el CEDH-.

No obstante el mantenimiento de las normas fundamentales sobre igualdad de mujeres y hombres, se han acometido dentro del marco del Consejo de Europa un número importante acciones que demuestran la evolución en el concepto de igualdad, destacando las Recomendaciones del Comité de Ministros sobre sexismo en el lenguaje¹⁴¹, transversalidad de género¹⁴², tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual¹⁴³, violencia sexista¹⁴⁴, empoderamiento de las mujeres¹⁴⁵, educación¹⁴⁶, normas de igualdad¹⁴⁷, políticas de salud¹⁴⁸, construcción de la paz¹⁴⁹, y mujeres y niñas con discapacidad¹⁵⁰. También la Asamblea Parlamentaria y otros órganos han adoptado recomendaciones y resoluciones en la materia.

Además, y de una manera grosso modo semejante a como el TJUE garantiza la aplicación de las normas comunitarias sobre igualdad, el TEDH –aunque con unas competencias y unos procedimientos diferentes- garantiza la aplicación del principio de igualdad de los sexos reconocido en

¹⁴¹ Recomendación R (90) 4E, de 21.2.1990, sobre la eliminación del sexismo en el lenguaje.

¹⁴² Recomendación Rec (98) 14E, de 7.10.1998, sobre transversalidad de género.

¹⁴³ Recomendación Rec (2000) 11E, de 19.5.2000, sobre acciones contra el tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual.

¹⁴⁴ Recomendación Rec (2002) 5E, de 30.4.2002, sobre protección de las mujeres contra la violencia.

¹⁴⁵ Recomendación Rec (2003) 3E, de 12.3.2003, sobre participación equilibrada de mujeres y hombres en la política y en la toma de decisiones públicas.

¹⁴⁶ Recomendación CM/Rec (2007) 13E, de 10.10.2007, sobre transversalidad de género en la educación.

¹⁴⁷ Recomendación CM/Rec (2007) 17E, de 21.11.2007, sobre normas y mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres.

¹⁴⁸ Recomendación CM/Rec (2008) 1E, de 30.1.2008, sobre inclusión de las diferencias de género en las políticas de salud.

¹⁴⁹ Recomendación CM/Rec (2010) 10E, de 30.6.2010, sobre el papel de las mujeres y los hombres en la prevención y resolución de conflictos y en la construcción de la paz.

¹⁵⁰ Recomendación CM/Rec (2012) 6E, de 13.6.2012, sobre protección y promoción de los derechos de las mujeres y las niñas con discapacidades.

el artículo 14 del CEDH. Pero como el CEDH no contiene derechos sociales, la jurisprudencia del TEDH sobre igualdad de los sexos en el ámbito laboral es muy escasa, y obedece al activismo del TEDH – incluyendo el derecho al permiso parental en el derecho a la vida familiar o el derecho a las prestaciones sociales en el derecho a la propiedad-. Pero se incrementará cuando pase el tiempo preciso aplicándose el Protocolo 12.

Fruto de la progresiva expansión del ámbito del principio de igualdad en la normativa europea –por el activismo del TEDH y, en especial, por el Protocolo 12-, se produce una creciente confluencia de ámbitos con la normativa comunitaria sobre igualdad de los sexos. La cual seguro será cada vez más intensa en la medida en que la UE ha sido autorizada –en el artículo 6.2 del TUE versión Lisboa 2008- para incorporarse al CEDH, estando actualmente en negociaciones de ingreso. Se abren así nuevos retos para desarrollar una interacción fructífera entre las garantías de los tres instrumentos europeos de derechos humanos: la CEDH, la Carta Social Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁵¹.

V. PROBLEMAS ACTUALES.

El derecho a la igualdad de los sexos se ha encontrado desde siempre con muchos problemas. Unos son ideológicos, derivados de la fuerte contestación a las ideas feministas¹⁵². No es momento de entrar en un

¹⁵¹ En términos semejantes, véase Jean Jacqmain, “Égalité ... (2012)”, obra citada, página 314.

¹⁵² La contestación ideológica es el eterno compañero de viaje del feminismo. Al respecto, Ana de Miguel Álvarez, al hilo de una cita de Rebecca West según la cual “*la gente me llama feminista cada vez que expreso sentimientos que me diferencian de un felpudo*”, destaca como dicha cita “*nos hace caer en la cuenta de dos actitudes que siguen teniendo vigencia frente al feminismo: por un lado, su desconocimiento fuera de los círculos especializados y por otro su continua descalificación, a pesar del feministas*”, “La perspectiva feminista: una aproximación a los conceptos fundamentales”, dentro del libro colectivo “Estudios interdisciplinarios sobre igualdad”, Editorial Iustel, Madrid, 2011, página 309.

debate ideológico, aunque sí de destacar algunas formas típicas de contestación: la falsa conciencia de mayoría oprimida¹⁵³, determinante de una identificación falaz del feminismo con el hembrismo¹⁵⁴; el masculinismo retrógrado defensor de la vuelta a la sumisión de la mujer¹⁵⁵; las críticas desde ciertos ámbitos religiosos¹⁵⁶; una multiculturalidad malentendida que justifica límites a los derechos humanos¹⁵⁷; o las críticas difusas a la igualdad por –supuestamente- hacer infelices a las mujeres¹⁵⁸.

¹⁵³ La denominada conciencia de mayoría oprimida es una distorsión de la realidad padecida por sujetos del grupo dominante según la cual, por ejemplo, el acceso paulatino de las mujeres a un puesto masculinizado se interpreta como una discriminación contra los varones, bien porque perciben un cambio al que le dan una trascendencia general, afirmando que “*las mujeres le han dado la vuelta a la tortilla*”, o que “*aquí ahora mandan las mujeres*”, bien porque consideran existe un beneficio a favor de las mujeres, afirmando que “*han ascendido debido a supuestas políticas de discriminación positiva o por haber atendido a los requerimientos sexuales de sus jefes*”. Véase Antonio Álvarez del Cuvillo, “El género como categoría y las categorías de género”, *Revista de Derecho Social*, número 52, 2010, página 94.

¹⁵⁴ En el lenguaje vulgar se suele considerar al feminismo como la ideología contraria al machismo, lo cual es incorrecto, ya que, según el Diccionario de la Real Academia (22ª Edición), el feminismo es, en una primera acepción, “*la doctrina social favorable a la mujer, a quien concede capacidad y derechos reservados antes a los hombres*”, y, en una segunda acepción, “*movimiento que exige para las mujeres iguales derechos que para los hombres*”, mientras el machismo es “*actitud de prepotencia de los varones respecto a las mujeres*”. De este modo, feminismo es igualdad y machismo es supremacía masculina. Hembrismo, que no aparece en el Diccionario de la Real Academia, sería la actitud de prepotencia de las mujeres respecto a los varones, es decir la supremacía femenina. Eso sí sería lo contrario de machismo.

¹⁵⁵ No se confunda el masculinismo retrógrado con el masculinismo basado en la igualdad de género que ha cristalizado en el establecimiento del 19 de noviembre como día internacional del hombre con la pretensión de (1) promover modelos masculinos positivos, (2) celebrar las contribuciones positivas de los hombres a la sociedad, comunidad, familia, matrimonio, cuidado de niños y el medio ambiente, (3) centrarse en la salud y el bienestar social, emocional, físico y espiritual de los hombres, (4) poner de relieve la discriminación contra los hombres, (5) mejorar las relaciones de género y promover la igualdad de género, y (6) crear un mundo más seguro y mejor, donde la gente puede estar segura y crecer para alcanzar su pleno potencial. Para más información véase la página www.internationalmensday.com.

¹⁵⁶ Las relaciones no son fáciles entre el Feminismo y la Religión, existiendo, en un amplio abanico que va desde el rechazo de la ideología feminista por determinadas instancias religiosas hasta el rechazo de las ideas religiosas por determinados movimientos feministas, múltiples posturas ideológicas: algunos movimientos autodenominados feministas que fomentan los papeles tradicionales de la mujer; posturas reconstruccionistas de los libros sagrados y de la organización religiosa bajo la perspectiva de la igualdad; reivindicaciones del sacerdocio femenino; o movimientos panteístas vinculados al ecofeminismo. Sobre estas cuestiones, la bibliografía foránea y española es cada vez más amplia. Véase el estudio de Pilar de Miguel, “Los movimientos de mujeres y la teología feminista”, accesible en www.ciudaddemujeres.com.

¹⁵⁷ Tampoco las relaciones son fáciles entre el Feminismo y la Multiculturalidad. La cuestión del velo islámico puede servir como un magnífico ejemplo de lo tortuoso de esas relaciones en la Europa Occidental y, en especial, en Francia. Resultan imprescindibles los libros de Fadela Amara, “Ni putas ni sumisas”, Ediciones Cátedra, Madrid, 2004, y Celia Amorós Puente, “Vetas ...”, obra citada. Por otro lado, Timo Makkonen alerta de la “*vulnerabilidad multicultural*”, que se produce cuando, al adoptar medidas para erradicar la discriminación de determinadas minorías, se potencian los valores machistas en ellas imperantes, “Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore”, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2002, página 30.

Otros problemas surgen de la dificultad aplicativa tanto de las técnicas antidiscriminatorias –en especial en el caso de la discriminación indirecta, un concepto muy técnico-, como –más todavía- de las técnicas de transversalidad (1) porque lo ambicioso de la tarea, al comprender todas las situaciones jurídicas, determina un riesgo de difuminación de esfuerzos sin obtención de resultados significativos, (2) porque son muy abstractas, (3) porque esa abstracción se utiliza para justificar una cuestionable tendencia a negar el análisis de género en el ámbito de la aplicación normativa y a confinarlo en el ámbito de la política legislativa, y (4) porque su aplicación obliga a una formación específica de todos los varios operadores jurídicos.

Problemas ideológicos y técnicos que, en el momento actual, aparecen agudizados por la globalización mundial¹⁵⁹: la necesidad de estrategias para elevar el nivel de igualdad en las culturas patriarcales de muchos colectivos inmigrantes; las dificultades de efectividad de la legislación penal en relación con delitos cometidos en sus países de origen, como la mutilación genital o los matrimonios forzados; el reclutamiento transfronterizo de mujeres para integrar redes de prostitución; o las dificultades de aplicación de estándares laborales mínimos en las

¹⁵⁸ Para Ana de Miguel Álvarez, *“la reacción antifeminista se mantiene en dos pilares ideológicos falsos, pero machaconamente repetidos: primero, la igualdad sexual ya es un hecho, el feminismo es cosa del pasado, y segundo, la igualdad sexual ha empobrecido y estresado la vida de las mujeres, las ha hecho más infelices ... (una) reacción (que) tendría su continuidad en la presión que ejercen los medios para hipersexualizar la vida de las chicas ... un estereotipo según el cual la construcción y mantenimiento de un cuerpo objeto de deseo y al que sacarle rendimiento económico es la cúspide la libertad femenina y del éxito personal y profesional ... una versión aparentemente transgresora y transfeminista de los estereotipos más rancios asociados al rosa y al azul”*, “La perspectiva ...”, obra citada, página 322.

¹⁵⁹ Son múltiples los estudios doctrinales relativos al impacto de la globalización sobre la situación de las mujeres. Podemos citar, sin ánimo exhaustivo, los dos editados por Paloma de Villota Gil-Escoín, “Globalización y género”, Editorial Síntesis, Madrid, 1999, “Globalización y desigualdad de género”, Editorial Síntesis, Madrid, 2004, el coordinado por Ana Rubio Castro y por Joaquín Herrera Flores, “Lo público y lo privado en el contexto de la globalización”, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2006, y el de Amelia Valcárcel Bernardo de Quirós, “Feminismo ...”, obra citada, en especial páginas 283 a 316. Reivindican esos estudios –a modo de resumen sin duda muy simple- el reconocimiento y la efectividad de los derechos de las mujeres como Ciudadanas del Mundo a través de una Agenda Feminista Global.

denominadas zonas de libre producción, o en las maquilas, donde no es inusual el trabajo de mujeres y niñas, con bajos salarios y largas jornadas.

VI. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS.

¿Discriminación por razón de sexo o discriminación por razón de género? ¿Igualdad de sexos o igualdad de género? ¿Igualdad de o entre mujeres y hombres o igualdad de o entre hombres y mujeres? Estas y otras eventuales cuestiones de índole terminológico, que conviene aclarar desde los primeros momentos, las vamos a tratar con cierta indiferencia a lo largo de la investigación, usando unos u otros términos con intercambiabilidad. No porque desconozcamos las diferencias de significado que existen entre unas y otras terminologías, sino porque consideramos que, desde una perspectiva jurídica, las consecuencias de seguir unas u otras suelen ser irrelevantes y a veces solo obedecen al posicionamiento ideológico previo.

La discusión sin duda más extendida actualmente es la que cuestiona si lo correcto es hablar de sexo o es hablar de género. Y la respuesta depende de a lo que nos refiramos porque uno y otro término no son sinónimos. Más propio es hablar de sexo cuando nos referimos a las diferencias físicas –de modo que, por ejemplo, no es muy correcto hablar de género para expresar si somos mujeres u hombres-, y de género cuando nos referimos a las diferencias socioculturales. Cuando nos referimos a ambas cosas a la vez, es válido utilizar el término sexo –recordemos, por ejemplo, aquella expresión con la cual se definían, incluso en documentos oficiales, las labores del hogar de nuestras abuelas: las propias de su sexo-.

Si las desigualdades entre mujeres y hombres dependen más de las diferencias socioculturales que de las diferencias físicas, es correcto hablar de discriminación por razón de género. Aunque como el sexo se puede

utilizar con un significado omnicomprendivo de las diferencias físicas y de las diferencias culturales, es asimismo correcto hablar de discriminación por razón de sexo. También de discriminación por razón de sexo / género. Igualmente indiferente es hablar de igualdad de los sexos –de más solera- o de igualdad de género –término más moderno y cada vez más usado-. Menos claro es hablar de igualdad de o entre los géneros porque el género son los estereotipos socioculturales y las personas pueden asumirlos o no.

Para evitar estas disquisiciones, se utiliza en muchas ocasiones la referencia directa a mujeres y hombres, o a hombres y mujeres, y se habla de igualdad de o entre mujeres y hombres, o de o entre hombres y mujeres, o de discriminación de la mujer, de discriminación del hombre, o de discriminación entre mujeres y hombres, o entre hombres y mujeres. La anteposición de las mujeres y la posposición de los hombres –pretendiendo resaltar a quienes son las usuales beneficiarias del principio de igualdad-, o viceversa –asumiendo un orden de colocación tradicional-, y la utilización de la preposición de o entre –aquella primera aparenta más igualitarista, esta segunda aparenta reconocer dos identidades-, son cuestiones de estilo.

VII. LEYES DE IGUALDAD CLÁSICAS Y LEYES DE IGUALDAD MODERNAS.

Después de realizar una aproximación a la evolución ideológica del movimiento feminista, y a los cambios producidos en el ámbito jurídico en relación con la igualdad entre mujeres y hombres, es conveniente, antes de continuar, detenernos en una recapitulación que nos permita reparar con detalle de donde hemos partido, unas leyes de igualdad clásicas, sectoriales,

basadas en la igualdad formal y que pivotan sobre el sexo¹⁶⁰, y a donde hemos llegado, unas leyes de igualdad modernas, globales, basadas en la igualdad material y que pivotan sobre el género, a las cuales hemos llegado en dos etapas, una primera que ha superado la igualdad formal para buscar una igualdad material¹⁶¹, y una segunda que conduce a la transversalidad¹⁶².

a) El principio de la igualdad y el derecho a la no discriminación.

El principio de igualdad –en la aplicación o en el contenido de la ley- se construye sobre un test basado en la comparación: la existencia de dos situaciones comparables; la constatación de una diferencia de trato; la verificación de la racionalidad –o no- de la diferencia. Su aplicación se constriñe a aquellos supuestos donde el factor de diferenciación no es una causa de discriminación. La prohibición de discriminación, aunque se sigue construyendo sobre un test basado en la comparación, presenta importantes elementos diferenciales que exceden de los mandatos prohibitivos para

¹⁶⁰ El ejemplo más claro de leyes de igualdad clásicas son las leyes de reconocimiento del derecho al sufragio femenino. Son leyes sectoriales porque solo aplican la igualdad en el ámbito al cual se refieren. Son leyes basadas en la igualdad formal porque no les interesa si las mujeres efectivamente votan o si efectivamente son candidatas. Y son leyes que pivotan sobre el sexo porque se justifican solo en el sexo.

¹⁶¹ Las leyes de prohibición de discriminación sexista tienden a la generalidad, aunque, en muchos textos normativos, la prohibición se aplica solo a los derechos contemplados en el propio texto, y, en la mayoría de las ocasiones, se reconocen excepciones amplias a la aplicación de la igualdad. Son leyes basadas en la igualdad material, superando la igualdad formal, aunque siguen desconociendo la perspectiva de género.

¹⁶² Las leyes modernas de igualdad, no solo son universales, sino además que, a través de la perspectiva de género y en aras a la igualdad material, se proyectan sobre la totalidad del ordenamiento jurídico, incluso en sectores aparentemente anodinos desde la óptica de la igualdad de los sexos. Una ley moderna de igualdad sería –siguiendo un ejemplo tomado de la Guía para la evaluación del impacto en función del género de la Comisión de la Unión Europea- el fomento de la regulación sobre transporte público porque, aunque es “*un sector aparentemente neutro ... un examen más atento pone de manifiesto diferencias sustanciales entre mujeres y hombres en cuanto a las modalidades de utilización y de acceso a los medios de transporte públicos y privados: las mujeres tienen acceso a un coche particular con menos frecuencia que los hombres, y utilizan más los transportes públicos*”. Podríamos multiplicar los ejemplos aplicando la igualdad material en dimensión de género a virtualmente todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.

incluir acciones positivas y regímenes de cuotas, configurando un derecho humano fundamental. Tales elementos diferenciales son los siguientes¹⁶³:

a) Su diferente ámbito de actuación. El principio de igualdad tanto puede operar respecto a personas como a cosas y en principio se refiere a la actuación de los poderes públicos. La prohibición de discriminación solo opera respecto a personas, consideradas individualmente u organizadas en grupos, y tanto se refiere a poderes públicos como a relaciones privadas.

b) El distinto significado de la paridad. El principio de igualdad permite las desigualdades razonables. La prohibición de discriminación obliga a un escrutinio estricto en la valoración de la desigualdad contra las personas integradas en el colectivo sometido a discriminación. De ahí, en sede de igualdad de sexos, la revisión de la normativa laboral paternalista.

c) El diferente alcance del principio de igualdad, limitado a evitar la arbitrariedad ante la ley o en la ley –igualdad formal-, frente a la prohibición de discriminación, tendente, además, a erradicar las diferencias reales y los prejuicios sociales –igualdad material-. De ahí la admisión de la acción positiva y, en algunas ocasiones, los llamados regímenes de cuotas.

d) La superación de la igualdad formal propia del entendimiento tradicional del principio de igualdad determina la mayor amplitud de la prohibición de discriminación, abarcando tanto la prohibición de discriminación directa –o discriminación por la intención- como la prohibición de discriminación indirecta –o discriminación por el resultado-.

b) Peculiaridades generales de las leyes transversales de igualdad.

Los conceptos de igualdad y discriminación se construyen –aunque con distintas configuraciones, una formal y otra material- sobre un test de

¹⁶³ Siguiendo sustancialmente de nuevo la importante elaboración doctrinal realizada por Miguel Rodríguez-Piñero / María Fernanda Fernández López, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 156 a 173.

comparación donde la situación de los hombres es el modelo explícito o implícito de comparación, obligando a las mujeres a seguir un patrón masculino para poder ejercitar sus derechos –por ejemplo, renunciado a la maternidad para acceder y para progresar en el mundo del trabajo-. Al aplicar el análisis de género en el ámbito del Derecho, se sitúa el acento en la revisión del modelo de referencia, y, como ese modelo de referencia es la totalidad del ordenamiento jurídico –considerado masculino-, ello conduce necesariamente a leyes globales donde se pueden regular todas las materias.

Situando el acento en la revisión de todo el ordenamiento jurídico, las leyes de igualdad modernas son diferentes en el orden sustantivo y en la técnica jurídica a las leyes de igualdad clásicas, incluso a las basadas en la no discriminación. En el orden sustantivo porque las leyes de igualdad modernas –sin dejar de profundizar en los mecanismos más tradicionales de prohibición de discriminación y medidas de acción positiva- crean o recrean –con la finalidad última de igualar el poder real de mujeres y hombres en las diversas relaciones jurídicas- derechos en materia –por referirnos a los ejemplos de mayor actualidad- de violencia de género, salud reproductiva, maternidad, conciliación, o representación política.

También las leyes de igualdad modernas son técnicamente distintas a las leyes de igualdad clásicas. Al afectar a todo el ordenamiento jurídico, son leyes que, rompiendo la técnica jurídica tradicional de ordenación atendiendo a la materia, contemplan las más diversas materias hasta potencialmente todas las abordables por el ordenamiento jurídico. Y la estructura de sus mandatos normativos no se limita a la prohibición de discriminación y a las acciones positivas. Incluyen medidas de igualdad de oportunidades y medidas de participación equilibrada que –a diferencia de la prohibición de discriminación- suponen regulaciones en positivo y que – a diferencia de las acciones positivas- suponen regulaciones permanentes.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL CONCEPTO JURÍDICO MODERNO DE DISCRIMINACIÓN POR SEXO / GÉNERO.

A la vista de la evolución desde unas leyes de igualdad clásicas, sectoriales, basadas en la igualdad formal y que pivotan sobre el sexo, hasta unas leyes de igualdad modernas, globales, basadas en la igualdad material y que pivotan sobre el género, estamos en condiciones de identificar y, asimismo, analizar en su alcance, las características definitorias de la discriminación por sexo / género –siendo algunas de ellas comunes a todas las discriminaciones, y otras, en mayor o menor medida, particulares de la discriminación por sexo / género-, y en qué medida aparecen explícita o implícitamente en los conceptos manejados en el derecho comunitario sobre igualdad, como paso previo a ofrecer su moderno concepto jurídico.

a) Características definitorias de la discriminación por sexo / género.

La primera característica –que, ciertamente, es común a otras causas de discriminación, pero no a todas ellas- es que el sexo es inmutable –o casi inmutable, aunque el transexual seguirá sufriendo discriminación-, lo que sitúa a la discriminación sexista dentro de aquellas consideradas como más odiosas en cuanto se basan en una condición de la persona que esta no puede cambiar de manera voluntaria –como el caso del origen racial o étnico, la discapacidad o la orientación sexual-, frente a aquellas otras discriminaciones que afectan a todas las personas en algún momento de su vida –la edad- o se basan en el ejercicio de un derecho de la persona –como el caso de la discriminación religiosa o ideológica, incluyendo sindical-¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Después de afirmar que “(de la discriminación) surge ... una especie de nuevo proletariado compuesto por los grupos oprimidos cuyos miembros son permanentemente dominados o privados de posibilidades de desarrollo social”, Teresa Pérez del Río añade que “la injusticia de (la) discriminación

La segunda característica –que ya es una especificación propia de la discriminación por causa de sexo- obedece a la propia realidad del sexo como factor causante de la diferencia de tratamiento, ya que, a diferencia de todas las demás causas de discriminación, no se predica de un grupo de sujetos calificable ni de minoría en un sentido cuantitativo –si el colectivo discriminado es minoritario dentro de la población-, ni de mayoría minorizada en un sentido cualitativo –si el colectivo discriminado es mayoritario dentro de la población, pero su cultura se minusvalora-, sino de la mitad de la población, de la cual ni se puede decir es una minoría en sentido cuantitativo, ni una mayoría minorizada en sentido cualitativo¹⁶⁵.

Y la tercera característica –que es una especificación que puede ser compartida con algunas otras causas de discriminación, pero que en la discriminación por causa de sexo aparece de manera especialmente intensa- es la omnipresencia y la invisibilidad de los prejuicios de género causantes de la desigualdad, de ahí (1) la extensión temporal –en todas las épocas-, espacial –en todos los países- y modal –de todas las maneras- de la discriminación sexista, (2) su fácil acumulación a otras causas de discriminación¹⁶⁶, (3) su manifestación en la totalidad de los ámbitos de la

(basada en aquellas causas no sujetas a la voluntad del sujeto discriminado, como ocurre en el caso del sexo) es, si cabe, mayor que la basada en motivaciones sobre las que el sujeto puede actuar, ya que los sujetos discriminados no han tenido, en este caso, ni tan siquiera la posibilidad de optar libremente por pertenecer a un grupo marginado, lo que evidencia que la discriminación (no solo la basada en el sexo, añadimos nosotros, sino todas ellas) no solo es un problema de igualdad, sino también de libertad: la protección de la libertad exige que cada persona sea considerada individualmente y no como miembro (involuntario) del grupo creado por el sujeto discriminador”, “El principio ...”, obra citada, página 13.

¹⁶⁵ Según explica Rosa Cobo Bedía, “hay un debate abierto en el seno del feminismo y de las ciencias sociales en general acerca de si las mujeres constituyen una categoría social como la constituyen, por ejemplo, la etnia, la raza o la clase. La pregunta recurrente es si las mujeres forman una comunidad. Para ir despejando dudas, hay que comenzar señalando que las mujeres no son una minoría en un sentido numérico ... ni tampoco constituyen una cultura en sentido estricto. Las mujeres son la mitad de cada categoría social, de cada movimiento social o de cada sociedad ... puede decirse que las mujeres forman un colectivo cualitativa y cuantitativamente diferente a los ya nombrados. Su singularidad está relacionada con su presencia en todos los grupos sociales ... la discriminación de género constituye el fundamento de su identidad”, “Democracia paritaria y sujeto político feminista”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez (Universidad de Granada), número 36, 2002, página 40, disponible en www.ugr.es.

¹⁶⁶ Inicia su obra Fernando Rey Martínez afirmando que “la discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido

vida pública y privada de las personas, y (4) la tendencia a no percibir las diferencias entre los sexos como peyorativas, ni siquiera por las mujeres¹⁶⁷.

Tales características permiten entender el desbordamiento del concepto tradicional que presupone la imposición por terceras personas de un trato peyorativo definido sobre un elemento de comparación, olvidando que, al ser sistémica, institucional o difusa, la discriminación sexista tanto es una diferencia de trato como es una diferencia de estado por la subordinación de las mujeres, existiendo discriminaciones aunque sea difícil de identificar el elemento de comparación –como es el caso de la violencia de género- e, incluso, debidas a decisiones de las mujeres condicionadas por prejuicios de género –abandonar el trabajo para cuidar a la familia, no acceder a la actividad política, o no denunciar al maltratador-.

Igualmente estas características permiten entender que, aunque todas las discriminaciones, sea cual sea su causa, y todos los mecanismos de tutela frente a todas las discriminaciones, sea cual sea su causa, tienen elementos en común, existan importantes especialidades tanto en lo que respecto a cada causa se entiende por discriminación –generando especialidades en relación con las definiciones¹⁶⁸-, como en lo que respecto

(desde la simple y brutal violencia, hasta los más sutiles comportamientos falsamente protectores) y la más primaria porque siempre se añade a todas las demás”, “El derecho ...”, obra citada, página 1.

¹⁶⁷ En palabras de María Fernanda Fernández López, “*contrariamente a lo que sucede con el trato recibido por muchos colectivos discriminados, en relación con la mujer se choca con presunciones históricas sobre su presunta debilidad física o especial sensibilidad ... y, sobre todo, con pautas sociales muy arraigadas que se vinculan con la estructuración de la propia sociedad en torno a un determinado modelo de familia, que las propias víctimas de la discriminación han interiorizado ... en pocos supuestos como este se da un grado de inconsciencia tal por parte de la víctima acerca de su verdadera situación ... incluso cuando tienda a separarse de lo que se consideran pautas sociales ordinarias, reproduzca muchas veces tareas y actitudes que enlazan directamente con el papel tradicional, con aquel para el que fue educada*”, “Igualdad y no discriminación por razón de sexo”, en Joaquín Aparicio Tovar / Antonio Baylos Grau, “Autoridad y democracia en la empresa”, Editorial Trotta, Madrid, 1992, páginas 95 y 96.

¹⁶⁸ Utilizando las palabras de Miguel Rodríguez-Piñero / María Fernanda Fernández López, “*la noción de discriminación ... es tributaria ... de la propia razón en que se funde: no es exactamente igual la discriminación por sexo que la discriminación por raza, y estas son muy diferentes, a su vez, de las discriminaciones por motivos religiosos – habría que hablar, por ello, de la elasticidad del concepto de discriminación, aun cuando este comprenda un núcleo común de referencia más rígido y firme, que proporciona unidad en la diversidad*”, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 167 a 173. Por ejemplo, la cláusula de buena fe ocupacional se amplía considerablemente en las discriminaciones ideológicas o religiosas cuando se aplica en empresas de tendencia, la discriminación por discapacidad obliga a realizar

a cada causa es necesario acordar a los efectos de su completa erradicación –generando especialidades en relación con la tutela antidiscriminatoria¹⁶⁹-, lo que ha justificado históricamente y sigue justificando actualmente la especialidad de las fuentes normativas sobre no discriminación sexista¹⁷⁰.

b) Conceptos de discriminación en la normativa comunitaria.

Tanto las directivas comunitarias sobre igualdad de los sexos –por todas, artículos 2.1.a) y 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE¹⁷¹-, como sobre igualdad con independencia de la raza o etnia –artículos 2.2.a) y 2.2.b) de la Directiva 2000/43/CE-, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual –artículos 2.2.a) y 2.2.b) de la Directiva 2000/78/CE, definen la discriminación directa e indirecta de manera semejante –solo

ajustes razonables del puesto de trabajo, algo admitido en algunos ordenamientos como el estadounidense también para la discriminación religiosa, y la discriminación por edad admite ciertas diferencias de trato.

¹⁶⁹ Aunque las formulaciones generales de tutela antidiscriminatoria de las directivas comunitarias suelen tender a la unificación –no olvidemos su carácter de normas mínimas-, lo cierto es que, por ejemplo, una cuota de empleo, que es una medida admisible a favor de las personas discapacitadas, sería inadmisibles a favor de los afiliados/as a un sindicato –supondría introducir cláusulas de seguridad sindical-. O la prohibición de trabajar, que es una medida admisible para proteger a los menores de edad, es difícilmente extensible a las demás discriminaciones, y claramente inadmisibles si se trata de mujeres –supondría el renacimiento del paternalismo laboral-. O las cuotas electorales, que es una medida admisible si se trata de mujeres porque no son una minoría sino la mitad de la población, es inadmisibles en otros ámbitos al dinamitar el principio de unidad del cuerpo electoral –instaurando una representación estamental-, y claramente inadmisibles en el ámbito del origen racial o étnico –porque supondría un apartheid político-.

¹⁷⁰ El tratamiento de la igualdad entre los sexos a través de leyes específicas –especialidad en las fuentes-, y no integrando las normas sobre igualdad entre mujeres y hombres en la legislación general, es una técnica legislativa que, aunque impulsada por la moderna idea de transversalidad de género, viene de atrás. Ya Teresa Pérez del Río destacaba como en los países europeos más avanzados –y citando como ejemplo la Sex Discrimination Act 1975 del Reino Unido, además de Italia, Dinamarca y Holanda- se prefería el tratamiento de la igualdad de los sexos a través de leyes específicas que “(a) prohíben la discriminación por razón de sexo y contienen al mismo tiempo disposiciones de favor ... (b) realizan este tratamiento refiriéndolo en general a la vida profesional ... (c) de forma completa, estableciendo no solo derechos, sino también procedimiento específicos de exigibilidad, medidas específicas de control de aplicación y sanciones especiales para caso de contravención”, “El principio ...”, obra citada, página 41.

¹⁷¹ De conformidad con la Directiva 2006/54/CE, se define conceptualmente la discriminación directa, en la letra a) de su artículo 2.1, como “la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable”, y la discriminación indirecta, en la letra b) de su artículo 2.1, 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”.

varía la causa de la discriminación- utilizando en esas definiciones la comparación: el trato a una persona “*de manera menos favorable que otra en situación comparable*” –discriminación directa-, y la “*desventaja particular con respecto a (otras) personas*” –discriminación indirecta-.

Pero aunque no aparezca la comparación en las definiciones de acoso sexual y sexista –artículo 2.1.c) y d) de la Directiva 2006/54/CE¹⁷²-, también son situaciones discriminatorias –artículo 2.2.a)-¹⁷³, y aunque tampoco la comparación sea fácilmente determinable en las órdenes de discriminar, la discriminación por maternidad y las represalias por el ejercicio de permisos de paternidad y adopción, también se califican de discriminatorias –artículos 2.2.b) y c) y 16-. Una ampliación del ámbito del principio de igualdad de trato asimismo apreciable en la definición de acoso en las directivas sobre otras igualdades, calificándolo de discriminatorio –artículos 2.3 de la Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE-.

Si ampliamos la perspectiva de la normativa antidiscriminatoria incluyendo la igualdad de oportunidades además de la igualdad de trato, se identifican más situaciones de discriminación. Al respecto, y aunque, salvo la 2006/54/CE, las directivas comunitarias sobre igualdad –las de sexo y las demás- se refieren solo a la igualdad de trato, aquella –que es la más moderna- también alude a la de oportunidades –por desgracia muy

¹⁷² El acoso se define como “*la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*”, y el acoso sexual se define como “*la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*” –artículo 2.1.c) y d) de la Directiva 2006/54/CE-. No se aprecia en las definiciones la concurrencia del elemento comparativo.

¹⁷³ Acaso se encuentre aquí la causa de que la definición del principio de igualdad de trato que se contenía en el artículo 3.1 de la Directiva 76/207/CEE, modificada por la 2002/73/CE, como “*la ausencia de toda discriminación directa o indirecta*”, haya desaparecido en la Directiva 2006/54/CE, que refundió a la anterior. Porque si algún sentido presenta la ausencia de la definición en una norma de refundición es, precisamente, admitir la existencia de otras situaciones discriminatorias amparadas en la igualdad de trato –el acoso sexual y sexista- de difícil encuadre como discriminación directa e indirecta. Tal definición del principio de igualdad de trato también está en el artículo 2.1 de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE.

genéricamente¹⁷⁴-. La existencia de situaciones discriminatorias más allá de los conceptos de las directivas se está así reconociendo implícitamente y su remedio se encontraría en otras técnicas distintas a las prohibiciones de discriminación, como las acciones positivas o las medidas de prevención¹⁷⁵.

c) Una definición omnicomprendiva de discriminación por sexo / género.

Atendiendo a sus expuestas características definitorias, la discriminación por razón de sexo / género se podría definir, en un sentido omnicomprendivo compatible con la normativa comunitaria, como la situación de subordinación de las mujeres respecto a los hombres a causa de los prejuicios de género. Lo cual sitúa el elemento de subordinación –o peyorativo¹⁷⁶- en un lugar preeminente –desplazando al comparativo¹⁷⁷- a

¹⁷⁴ La Directiva 2006/54/CE se denomina “*relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)*”. El Considerando (4) de su Preámbulo reitera el artículo 141.3 del TUE, que alude a la igualdad de trato y de oportunidades. Y el artículo 1.1 establece que “*la presente Directiva tiene por objeto garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*”. Frente a estas tres solitarias citas de la igualdad de oportunidades, la igualdad de trato, salvo error u omisión, aparece así citada en hasta 45 ocasiones.

¹⁷⁵ Por ello la Directiva 2006/54/CE realiza una habilitación tanto para acciones positivas –artículo 3- como para medidas preventivas –artículo 26-. Habilitaciones semejantes para las acciones positivas aparecen en el artículo 5 de la Directiva 2000/43/CE y en el artículo 7 de la Directiva 2000/78/CE.

¹⁷⁶ Teresa Pérez del Río definió el significado peyorativo del término discriminación como “*la realización de diferenciaciones en el tratamiento legal, social o económico, que, directa o indirectamente, signifiquen perjuicio para determinadas personas*”, contrastándolo –dada la polisemia del término discriminación- con su significado neutral como “*observar una diferencia o distinción*”, añadiendo que “*en su significado neutral la discriminación se llevaría a cabo entre personas, mientras que en sentido peyorativo se llevaría a cabo contra personas*”, “El principio ...”, obra citada, página 14. Miguel Rodríguez-Piñero / María Fernanda Fernández López destacan el cambio de significado, desde el tradicional neutral al moderno peyorativo, proveniente de la práctica jurídica anglosajona, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 84 a 88. Se detalla la evolución del concepto en derecho internacional, constitucional y mercantil, en Carmen Sáez Lara, “Mujeres y mercado de trabajo”, CES, Madrid, 1994, páginas 34 a 36.

¹⁷⁷ Partiendo de la distinción entre subordinación, entendida como desigualdad estructural de carácter grupal, y discriminación, entendida como conductas individuales e individualizadamente imputables que rompen con la igualdad de trato, María Ángeles Barrère Unzueta crítica a los tradicionales conceptos jurídicos de discriminación porque “*hace que permanezca invisible para la conceptualización jurídica una realidad de subordinación grupal producto de las relaciones sociales de poder ... lo que el Derecho concibe como discriminación es una diferencia de trato, pero no una diferencia de status*”, de ahí que proponga “*un desplazamiento del concepto jurídico de discriminación (basado en la diferencia de trato)*

los efectos de definir las diferencias de trato –impuesto a la víctima por terceras personas-, y de conectarlo con los prejuicios de género, que son su causa, permitiendo incluir en el concepto de discriminación a las diferencias de estado –a veces a causa de decisiones de la propia persona-.

Y, en consecuencia, la tutela de la igualdad, para ser efectiva frente a todas las manifestaciones de discriminación sexista, debe contemplar diferencias de trato y diferencias de estado. Las de trato son susceptibles de corrección a través de la prohibición de discriminación –principio de igualdad de trato-. Las de estado obligan a incidir en lo sistémico a través de medidas de acción positiva, de igualdad de oportunidades, o de democracia paritaria –principio de igualdad de oportunidades-. Así contempladas, la igualdad de trato conecta solo con la igualdad, mientras la igualdad de oportunidades conecta tanto o más con la libertad, al buscar remover los prejuicios que condicionan las vidas de mujeres y de hombres.

Resulta oportuno destacar, para concluir, que igualdad de trato y de oportunidades no son correlativas con igualdad formal y material. La de trato presenta varios elementos de igualdad material –como la doctrina del trabajo de igual valor o la discriminación indirecta-. Y la de oportunidades, aunque se construye sobre elementos de igualdad material –medidas de acción positiva, de igualdad de oportunidades o de democracia paritaria-, no justifica toda igualdad material –no justifica el igualitarismo, o igualdad de resultados al margen de las capacidades-. Por ello, se está implantando, en sustitución del concepto de igualdad material, el de igualdad efectiva, que alude a una igualdad de trato y de oportunidades realmente aplicada¹⁷⁸.

al de subordinación (basado en la diferencia de status)”, “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, número 9, 2003, páginas 10 y 26, www.equidad.scjn.gob.mx.

¹⁷⁸ Que es, precisamente, el que se ha utilizado –de una manera meticulosamente buscada- para denominar a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL SISTEMA ESPAÑOL DE LEYES DE IGUALDAD

SUMARIO: I. LAS MUJERES ANTE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: a) Situación normativa anterior. b) El cambio constitucional. c) De la igualdad formal a la igualdad material en la jurisprudencia constitucional. d) La asunción de la igualdad material en la legislación estatal. e) La asunción de la perspectiva de género en la legislación estatal. e) La normativa autonómica sobre igualdad de género. II. LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES: a) Una aproximación a su contenido. b) Las últimas elaboraciones de la jurisprudencia constitucional. c) Fundamento constitucional de la dimensión de género como añadido legal a la igualdad de los sexos. III. IGUALDAD DE LOS SEXOS, REFORMAS DE LAS LEYES SOCIALES Y CRISIS ECONÓMICA: a) Igualdad y reforma del mercado de trabajo. b) Igualdad y reforma de la Seguridad Social. c) Igualdad y reforma del procedimiento laboral. IV. LA APLICACIÓN EN ESPAÑA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES Y COMUNITARIAS SOBRE IGUALDAD DE SEXOS. V. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

I. LAS MUJERES ANTE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

a) Situación normativa anterior.

Hasta la Guerra Civil (1936-1939), España había seguido –con cierto retraso pero no tan de lejos- los avances en materia de igualdad del resto de los países occidentales, estando reconocidos el derecho a la educación desde 1912 y el derecho al voto desde 1931 –véase el Capítulo Primero-. Tras la finalización de la Guerra Civil, se produjo, al instaurarse un régimen de confesa inspiración paternalista¹, un descuelgue respecto a la

¹ Como lo demuestran los discursos de Pilar Primo de Rivera, que fue la líder de la Sección Femenina de la Falange Española, afirmando que “*el verdadero deber de las mujeres para con la Patria es formar familias con una base exacta de austeridad y de alegría en donde se fomente todo lo tradicional – lo que no haremos nunca es ponerlas en competencia con ellos porque jamás llegarán a igualarlos y en cambio perderían toda la elegancia y toda la gracia indispensable para la convivencia*” (1938), que “*las Secciones Femeninas respecto a sus jefes tienen que tener una actitud de obediencia y subordinación*”

evolución acaecida en los demás países occidentales, e incluso se dieron pasos atrás en relación con la legalidad anterior, reforzando la normativa laboral proteccionista, retrocediendo en el estatus familiar de las mujeres y retomando con fuerza en la práctica el principio de educación utilitarista.

El Código Penal, Texto Refundido de 1944, seguía a la perfección el guión protegiendo las ideas políticas, religiosas y sociales imperantes. Así, se castigaba el adulterio de la mujer, pero el del marido solo si había amancebamiento –o sea una relación estable con concubina en la casa conyugal o notoriamente fuera de ella, artículos 499 y 452-, o se castigaba como falta el maltrato verbal de la mujer al marido, pero no el del marido a la mujer, amparando el derecho de corrección verbal –artículo 583-. Si bien el “*ranking del paroxismo patriarcal*” lo ocupaba el uxoricidio honoris causa, que cuasi exculpaba al marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matase o lesionase en el acto a un adúltero o ambos –artículo 428-².

El Código Civil contenía numerosas normas discriminatorias: el adulterio de la mujer era causa de separación mientras el del marido solo si mediaba escándalo público o menosprecio de la mujer, lo cual se justificaba en la distinta condición del hijo adulterino del padre o de la madre y en una supuesta diversidad psíquica del hombre; la viuda vuelta a casar perdía la patria potestad sobre sus hijos, salvo disposición testamentaria del padre difunto; la mujer no podía ser testigo testamentario

absoluta – como es siempre el papel de la mujer en la vida, de sumisión al hombre” (1941), o que “*las mujeres nunca descubren nada, les falta el talento creador, reservado por Dios para las inteligencias varoniles*” (1943). Juana María Gil Ruíz analiza el paralelismo con el fascismo italiano en “Las políticas de igualdad en España: avances y retrocesos”, Universidad de Granada, Granada, 1996, páginas 140-147.

² “*El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer, matase en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causase cualesquiera de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les causase lesiones de otra clase, quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables, en análogas circunstancias, a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquellas viviesen en la casa paterna*”. Ramón García Albero es quien utiliza la afortunada expresión de “*ranking del paroxismo patriarcal*”, en “Las perspectivas de género en Derecho Penal: algunas reflexiones”, en el libro colectivo, dirigido por Ángeles Vivas Larruy, “La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española”, Cuadernos de Derecho Judicial III / 2004, CGPJ, Madrid, 2004, página 463. Sobre la plasmación en las resoluciones judiciales de la ideología patriarcal, véase el ameno estudio de Juan J. Ruíz-Rico, “El sexo de Sus Señorías”, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1991.

u ocupar cargos tutelares; se le prohibía abandonar el hogar familiar antes de los 25 años sin la autorización de su padre o de su madre; y –lo más trascendente- se mantenía en el matrimonio el sistema de potestad marital³.

Y, en el ámbito laboral⁴, el paternalismo del Régimen franquista lo plasmaba a la perfección el Fuero del Trabajo –de 9.3.1938- al establecer que el Estado “*prohibirá el trabajo nocturno de las mujeres ... (y) liberará a la mujer casada del taller y de la fábrica*” –Declaración II.1-. Por su lado, el Decreto de 26 de julio de 1957 del Ministerio de Trabajo, recopiló, en un largo Anexo, los trabajos prohibidos a las mujeres con justificación de la prohibición, donde, a título de ejemplos llamativos, se enumeraban los trabajos con animales feroces o venenosos, por existir peligro de accidentes, en pompas fúnebres, por trabajo penoso, o la conducción de vehículos de tracción animal o mecánica, por existir peligro de accidentes.

Iniciado el segundo franquismo –caracterizado por la apertura internacional y la política económica desarrollista-, se produjeron algunos cambios. Así la Ley de 24 de abril de 1958, que reformó el Código Civil, derogó alguna prohibición aplicable a las mujeres –ser testigo testamentario

³ Estas y otras diferencias se pueden ver en Federico de Castro y Bravo, quien distingue las diferencias por sexo y las diferencias por matrimonio, “Derecho Civil de España”, Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, páginas 238-245 y 250-274. Aunque las diferencias por sexo eran muchas en el Código Civil, las más trascendentes en perjuicio de las mujeres eran, sin embargo, las diferencias por matrimonio, las cuales instauraban la subordinación de la esposa al esposo a través de “*la implantación de un status: jefe-marido frente a subordinada-mujer; dato del cual derivará una vejación jurídica generalizada de la mujer*”, como muy bien afirma Ángel Manuel López y López, “Diversidad, feminismo y principio de igualdad”, en obra colectiva coordinada por Laura López de la Cruz / Marta Otero Crespo, y dirigida por María Paz García Rubio / María del Rosario Valpuest Fernández, “El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, página 24.

⁴ Acerca de la normativa laboral franquista, son estudios de la época Martín Bou Vidal, “El contrato de trabajo de las mujeres”, Librería Bosch, Barcelona, 1962, Lidia Falcón O’Neill, “Los derechos laborales de la mujer”, Editorial Montecorvo, Madrid, 1965, y Fernando Suárez González, “Menores y mujeres ante el contrato de trabajo”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967. Son estudios actuales imprescindibles el de Josefa Dolores Ruíz Resa, “Trabajo y Franquismo”, Editorial Comares, Granada, 2000, en especial páginas 138 a 145, y la serie de María Jesús Espuny i Tomás, “Aproximación histórica al principio de igualdad de género: (I) Propósitos y realidades en la II República Española. (II) El femenino después de la Guerra. (III) Las Reglamentaciones de Trabajo, observatorios de la desigualdad. (IV) De la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 a las últimas disposiciones franquistas”, Iuslabor, números 3/2006, 1/2007, 2/2007 y 1/2008, respectivamente, accesibles desde www.dialnet.unirioja.es.

u ocupar cargos tutelares-, aunque ratificaba que, “*por exigencias de la unidad matrimonial, existe una potestad de dirección que la Naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido*”. Y la Ley 56/1961, de 22 de julio, de derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, contenía una cláusula general de igualdad, aunque mantuvo las prohibiciones de trabajo y, en particular, el acceso a la judicatura, a la fiscalía y al ejército⁵.

Tal línea de tímidos avances se acentúa, dentro de un también tímido aperturismo, en las postrimerías del Régimen franquista, siendo los siguientes los más llamativos: (1) el Decreto 168/1963, de 24 de enero, Texto revisado del Código Penal, derogó el uxoricidio honoris causa, (2) la Ley 96/1966, de 28 de diciembre, derogó la prohibición de acceso a la judicatura y a la fiscalía, (3) el Decreto 2310/1970, de 20 de agosto, sobre derechos laborales de la mujer, introdujo derechos de conciliación de titularidad femenina como la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos/as, y (4) la Ley de 2 de mayo de 1975, modificativa del Código Civil, reconoció, al derogar la licencia marital, la capacidad de obrar de la esposa.

A la altura de 1975, se mantenía así, con algunos retoques, el paternalismo, y es entonces cuando empieza a periclitar simultáneamente a la implantación de un Régimen democrático –si consideramos nuestra situación actual, es evidente lo vertiginoso del cambio normativo acaecido-. Y como revulsivo coyuntural actuó el que la ONU lo había declarado Año Internacional de la Mujer, celebrándose reuniones, jornadas y congresos con la consiguiente visibilización del movimiento feminista, siendo en la Transición cuando se produjo la disensión –no superada aún del todo- entre feministas independientes y feministas vinculadas a partidos de izquierdas que ha marcado la evolución de todo el movimiento feminista en España⁶.

⁵ Sobre esta norma en concreto, Manuel Alonso Olea, “La Ley del 24 de julio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer”, Revista de la Administración Pública, número 36, 1961.

⁶ El feminismo independiente, que rechazaba la afiliación política, se consolidó, en los años posteriores, como un feminismo de la diferencia, siendo una de sus figuras más significativas la filósofa Victoria

b) El cambio constitucional.

La Constitución de 1978 reintroduce con fuerza la igualdad, ya que, además de enunciar la igualdad –con la libertad, la justicia y el pluralismo político- entre los valores superiores del ordenamiento jurídico español – artículo 1.1-, se 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”* –artículo 14-, completándose con un mandato a los Poderes Públicos de *“promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”* –artículo 9.2-⁷, aparte de otras referencias doquiera en su texto⁸.

Sendón de León. Y el feminismo vinculado a partidos políticos de izquierdas evolucionó, en los años posteriores, hacia un feminismo de la igualdad, siendo dos de sus figuras más significativas las filósofas Celia Amorós Puente y Amelia Valcárcel Bernaldo de Quirós. La eclosión, en los años noventa, de múltiples corrientes ha difuminado esa dicotomía. Sobre la evolución del feminismo español, Juana María Gil Ruiz, *“Las políticas ...”*, obra citada, páginas 149 a 275, Asunción Ventura Franch, *“Las mujeres y la Constitución Española de 1978”*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, páginas 89 a 119, y Juan Sinisio Pérez Garzón, *“Historia del feminismo”*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2011, páginas 235 a 244.

⁷ La colocación sistemática de los artículos 1.1, 9.2 y 14 corroboran la importancia de la igualdad dentro de la Constitución. Así, los artículos 1.1 y 9.2 se sitúan dentro del Título Preliminar y, a consecuencia de esa situación sistemática, se sujetan a régimen reforzado de reforma –artículo 168-. Y el artículo 14 se sitúa dentro del Capítulo Segundo, titulado “Derechos y libertades”, del Título Primero, titulado “De los derechos y deberes fundamentales”, con carácter previo a su división en Secciones, y, a consecuencia de esa situación sistemática, la igualdad vincula a todos los poderes públicos y la ley respetará su contenido esencial –artículo 53.1-, las violaciones de la igualdad se encuentran protegidas a través del recurso de amparo constitucional y del recurso de amparo ordinario –artículo 53.2-, la defiende el Defensor del Pueblo –artículo 54-, no se considera derecho fundamental o libertad pública a efectos de su desarrollo a través de ley orgánica –artículo 81.1-, y se sujeta también a régimen reforzado de reforma –artículo 168-.

⁸ Aparte los citados artículos 1.1, 9.2 y 14, aparecen otras diez referencias a la igualdad en los artículos 23.2 (acceso en igualdad a funciones y cargos públicos), 31.1 (sistema tributario justo basado en los principios de igualdad y progresividad), 32.1 (igualdad de hombres y mujeres en el matrimonio), 35.1 (no discriminación sexista en derechos laborales), 39.2 (igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación), 68.1 (sufragio universal, libre, igual, directo y secreto para elegir a los miembros del Congreso de los Diputados), 69.2 (ídem para elegir a los miembros del Senado) 139.1 (igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio), 140 (sufragio universal, libre, igual, directo y secreto para elegir a los Concejales de los Ayuntamientos) y 149.1.1º (competencia estatal exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales). Total de 13 referencias.

Ciertamente, esas normas, dado su amplia redacción y con el refrendo adicional de las normas específicas sobre la igualdad de los sexos en el matrimonio –artículo 32.1⁹-, y en el trabajo –artículo 35.1¹⁰-, han posibilitado cambios legislativos y judiciales más allá de la igualdad formal. Pero la Constitución no los establece, asumiendo la falsa neutralidad típica de las leyes de igualdad formal¹¹, e incluso mantiene vestigios de desigualdad al preferir al varón sobre la mujer en la sucesión de la Corona –artículo 57.1¹²-, y en la distinta situación de la cónyuge del Rey, que adquiere la condición de Reina, y del cónyuge de la Reina, que, sin embargo, adquiere la condición de consorte de la Reina –artículo 58-¹³.

⁹ “*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”. Se trata de una “reiteración de la igualdad (que tiene) una especial voluntad igualatoria en la medida en que se refiere a un espacio, el matrimonio, la familia ... donde tradicionalmente se ha consolidado la sumisión al orden patriarcal”, véase Asunción Ventura Franch, “Las mujeres ...”, obra citada, páginas 132 y 133.

¹⁰ “*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*”. Se trata –como ocurre con el artículo 32.1- de una norma en la cual “*el constituyente ... reitera la prohibición del artículo 14 de la CE, por entender que este es un ámbito especialmente discriminatorio para las mujeres*”, véase Asunción Ventura Franch, “Las mujeres ...”, obra citada, páginas 133 y 134.

¹¹ Los debates parlamentarios del texto constitucional, aunque no sean demasiado explícitos al respecto de lo que los constituyentes entendían por igualdad, permiten concluir que, atendiendo al propio texto constitucional, la igualdad formal era la que se reconocía. Asunción Ventura Franch llega a esa conclusión destacando la ausencia de debate en cuanto a la referencia a la igualdad en el artículo 1.1, lo cual le permite aventurar que “*quizá los constituyentes ... (lo) entendieran como una mera declaración programática sin capacidad transformadora*”, ausencia de debate también apreciable respecto al 9.2, y, en relación con el 14, recuerda como la inclusión de la especificación “*ante la ley*” –proveniente de una enmienda dirigida en ese sentido del Grupo Alianza Popular- sitúa el mandato dentro del ámbito de la igualdad legal –no en la sociedad-, de modo que “*la ley se va a convertir en el parámetro de la igualdad, que se identifica con el principio de legalidad*”, “Las mujeres ...”, obra citada, páginas 145 y 146.

¹² “*La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores, en la misma línea, el grado más próximo al más remoto, en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos*”, existiendo un acuerdo en la clase política y en la opinión pública acerca de su carácter discriminatorio, aunque no se acaba de acometer su reforma solo por las dificultades del procedimiento. Pilar Mellado Prado y Yolanda Gómez Sánchez, sostuvieron –admitiendo la inconstitucionalidad de normas constitucionales de acuerdo con la doctrina alemana- su inconstitucionalidad, “En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado 1 del artículo 57 de la Constitución Española de 1978”, *Revista de Derecho Político*, número 22, 1986.

¹³ “*La Reina consorte o el consorte de la Reina no podrán asumir funciones constitucionales, salvo lo dispuesto para la Regencia*”. Tal diferencia de tratamiento –ciertamente testimonial, pero sin duda significativa- obedece a una concepción de inferioridad social de la mujer porque atribuir al consorte de la Reina el título de Rey eclipsaría el papel de la Reina, mientras la consorte del Rey puede ser Reina sin eclipsar el papel del Rey, Asunción Ventura Franch, “Las mujeres ...”, obra citada, páginas 136 y 137.

El Código Penal –no en vano llamado la Constitución negativa de los Estados, y, de hecho, algunas de las reformas a que se aludirá fueron fruto, como la Constitución, de los Pactos de la Moncloa- se sometió a reformas como la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento, y las Leyes 45 y 46/1978, de 7 de octubre, la primera despenalizó la expedición de anticonceptivos, y la segunda derogó el rapto consentido, eliminó el incesto como delito autónomo, y suprimió las exigencias de honestidad de la mujer para ser víctima del estupro. Pero aún eran insuficientes, y así, por ejemplo, no es hasta la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, que se eliminan las diferencias en la falta de malos tratos.

La Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, reconoció –dentro de un planteamiento de igualdad formal- el derecho a la no discriminación por razón de sexo en general –artículos 4.2.d) y 17- y en el ámbito de la remuneración –artículo 28-, si bien no contenía remedios jurídicos efectivos –ni se contenían en la ley procesal laboral- y presentaba defectos tan importantes como la declaración de igualdad salarial –no de retribuciones extrasalariales- por trabajo igual –no por trabajo de igual valor-, o la ausencia de una derogación expresa de las prohibiciones de trabajo paternalistas –e incluso se mantenía un vestigio de clara inspiración paternalista como la titularidad femenina única del permiso de lactancia-¹⁴.

También se reformó el Código Civil a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que introdujo la igualdad de los hijos al margen de su

¹⁴ El planteamiento del Estatuto de los Trabajadores lo criticó duramente Teresa Pérez del Río porque *“desde la óptica de igualdad esencial (contiene) una serie de disposiciones aisladas y de principio ... (que) reconocen derechos pero no articulan procedimientos específicos para su ejercicio, lo que, en la práctica, se traduce en una ineffectividad total de este reconocimiento, dada la dificultad de actuar en el campo concreto de la discriminación por los procedimientos generales ... ha sido históricamente demostrada la ineficacia de estas formas de tratamiento general cara a la erradicación de la discriminación por sexo en el trabajo ... un tratamiento general e indiscriminado es no solo insuficiente, sino también injusto e inadecuado ... el tratamiento específico de situaciones de desigualdad especialmente graves ha sido estimado como acertado y necesario”*, “El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo”, IELSS, Madrid, 1984, páginas 39 y 40.

filiación matrimonial o extramatrimonial, que sustituyó la patria potestad paterna sobre los hijos por la patria potestad conjunta, que equiparó a los cónyuges en orden a sus facultades de administración, disposición y endeudamiento de los bienes gananciales, y que suprimió la regulación específica de la dote de la mujer y de sus bienes parafernales, y a través de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en materia de regulación del matrimonio –la ley de divorcio–, que reguló las causas de nulidad, separación y divorcio¹⁵.

Acorde con la igualdad formal imperante, el Tribunal Constitucional, en sus primeras aplicaciones del artículo 14 de la CE, acogió una rígida interpretación “*sex-blind*” –es decir construida, como si no existieran los prejuicios de género, sobre la indiferencia del sexo¹⁶–, dando lugar a la doctrina del varón discriminado¹⁷ pues los demandantes eran hombres a quienes se extendían supuestos beneficios femeninos basados en rancios estereotipos paternalistas, ofreciendo así “*una verdadera imagen invertida en la situación real de discriminación de la mujer, y, lo que resulta aún más grave, (el Tribunal Constitucional) se equivoca al determinar cuál es el sujeto verdaderamente protegido frente a este tipo de conductas*”¹⁸.

Si bien la doctrina del varón discriminado arranca con anterioridad en supuestos de discriminaciones laborales retributivas, remontándose a las

¹⁵ Véase Diego Espín Cánovas –Ponente de la Ley de 7 de julio de 1981–, “La igualdad conyugal en la reforma del Código Civil (leyes de 13 de mayo y 7 de julio)”, en la obra colectiva de José María Castán Vázquez / Manuel de la Cámara Álvarez / José María de Prada González / Víctor Manuel Garrido de Palma / Diego Espín Cánovas, “El nuevo Derecho de Familia español”, Editorial Reus, Madrid, 1982. Un análisis histórico en Ana Supaya Fernández-Sancho Tahoces, “La evolución de la situación de la mujer en el Derecho civil español”, páginas 179-203, y Silvia Tamayo Haya, “La posición jurídica de la mujer a través de las reformas del Derecho de familia”, en “El levantamiento ...”, obra citada, páginas 759-804.

¹⁶ Usan la expresión “*sex-blind*”, literalmente sexo ciego, Fernando Rey Martínez, “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1995, página 9, y Andrés Ollero Tassara en “Discriminación por razón de sexo”, CEPC, Madrid, 1999, páginas 61 y 62.

¹⁷ En la irónica expresión de Manuel Alonso Olea, “Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social”, Tomos III, IV y V, Editorial Civitas, Madrid, 1985, 1986 y 1987, respectivamente.

¹⁸ Siguiendo las críticas conclusiones alcanzadas por María Fernanda Fernández López, “Igualdad y no discriminación por razón de sexo”, en el libro colectivo coordinado por Joaquín Aparicio Tovar / Antonio Baylos Grau, “Autoridad y democracia en la empresa”, Editorial Trotta, Madrid, 1992, página 111.

primeras sentencias constitucionales dictadas sobre igualdad por razón de sexo¹⁹, el caso más conocido es la pensión de viudedad. La legislación española la concedía a los hombres si eran incapaces y a las mujeres siempre –basándose en el arraigado estereotipo de que el destino de la mujer es ser mantenida por su marido, se establecía una suerte de presunción de incapacidad que le abría el camino a la pensión de viudedad-. Desde la STC 103/1983, de 22 de noviembre²⁰, a los hombres se les concede siempre –en una doctrina denominada de la igualación por arriba-.

Incluso si la demandante era una mujer, el Tribunal Constitucional razonaba en términos de sexo ciego. Así, la STC 7/1983, de 14 de febrero, sobre una excedencia forzosa por matrimonio en Telefónica, argumentó la existencia de discriminación dada la inaplicación de la cláusula al personal masculino, lo que, siendo argumentación formalmente correcta, deja en la sombra la verdadera esencia de la discriminación, que se encontraba en la imposición a la mujer de un supuesto destino natural como esposa / madre. Y aún más criticable fue la sumisión del derecho al reingreso a una rigurosa

¹⁹ La doctrina del varón discriminado arranca de las SSTC 81/1982, de 21 de diciembre, y 98/1983, de 15 de noviembre, que admitieron el derecho de los demandantes varones a que, si trabajaban en domingo, las horas trabajadas fuesen retribuidas como extraordinarias, lo que, con relación al personal femenino, acaecía siempre con una finalidad protectora del trabajo nocturno, argumentando la igualación por arriba en que *“no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente al actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores”*. También en la STC 38/1986, de 21 de marzo, se dilucida una demanda similar de un trabajador, aunque aquí se repara en los aspectos de carga de la prueba de la discriminación, anulando la sentencia de la jurisdicción ordinaria.

²⁰ Que contiene un voto particular del Magistrado Francisco Rubio Llorente que se ha considerado el antecedente de la STC 128/1987, de 16 de julio, en orden a la construcción de la acción positiva. Véanse, en tal sentido, las apreciaciones de Fernando Rey Martínez, “El derecho ...”, obra citada, páginas 19 a 21.

aplicación del plazo prescriptivo²¹. La STC 241/1988, de 19 de diciembre, mejora la doctrina al aludir al paternalismo, sin mentarse la prescripción²².

Por todo ello, la Constitución, dentro de una concepción de igualdad formal corroborada en las leyes coetáneas y en las primeras elaboraciones judiciales, corría el riesgo de fosilizarse –usando las categorías de Karl Loewenstein- como una constitución semántica –una formalización jurídica de la situación fáctica existente, en este caso de la desigualdad material de los sexos bajo el ropaje de una igualdad formal-, sin alcanzar la categoría de constitución normativa –que impone sus mandatos a los poderes fácticos, en este caso a los patriarcales-²³. Ciertamente, también contiene normas –en particular, su artículo 9.2- que han posibilitado –según veremos- cambios legislativos y judiciales más allá de la igualdad formal.

c) De la igualdad formal a la igualdad material en la jurisprudencia constitucional.

²¹ La prescripción se somete al plazo legal –que entonces era el de tres años del artículo 83 de la Ley de Contrato de Trabajo- a contar desde la CE –a pesar de que, al ser permanente la discriminación, la acción podía entenderse viva-, de donde –si bien se conceden los amparos- se eliminó ad futurum la posibilidad de reincorporación de las trabajadoras que no hubieran reclamado con anterioridad al 29.12.1982. Véase la crítica de Teresa Pérez del Río, quien comparte la opinión del voto particular de la Sentencia suscrito por el Magistrado Luis Díez Picazo y Ponce de León, “El principio ...”, obra citada, páginas 172 y 173.

²² La STC 241/1988, de 19 de diciembre, analiza otra cláusula de celibato –aunque, a diferencia de la STC 7/1983, de 14 de febrero, aquí no era una excedencia forzosa por matrimonio, sino una excedencia voluntaria fomentada a través de una dote, admitiéndose el reingreso solo si la trabajadora devenía en cabeza de familia-, resolviéndose el litigio a favor de la demanda de reingreso de la trabajadora. Sobre la doctrina contenida en las SSTC 7/1983, de 14 de febrero, y 241/1988, de 19 de diciembre, véase el análisis de María Amparo Ballester Pastor, “La larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos (I) y (II)”, Tribuna Social, números 68 y 69, 1996.

²³ La distinción entre constituciones semánticas y normativas en Karl Loewenstein, “Teoría de la Constitución”, Ariel Derecho, Barcelona, 1986, páginas 216-217. Trae a colación esta distinción para realizar la consiguiente crítica Asunción Ventura Franch, quien tras recordar que, para Karl Loewenstein, una constitución normativa es “*como un traje que sienta bien y que se lleva realmente*”, añade que “*las constituciones tienen un corte de traje sastrero tipo caballero que, de entrada, no sienta bien a las mujeres, porque estas tienen formas distintas y en algunas de las etapas, por ejemplo, embarazos, que atraviesa la vida de una mujer es imposible poder vestirse con ese traje*”, y, yendo más allá en el símil, que “*de todas formas, no hay que predeterminar el tipo de vestimenta del que se quieran dotar dos sujetos en igualdad de condiciones, podrá ser igual con cortes diferentes o podrá ser totalmente diferente, será válida cualquier opción siempre que no se trate de una imposición*”, “Las mujeres ...”, obra citada, página 167.

A finales de los ochenta y a principios de los noventa, el Tribunal Constitucional cambió el rumbo, pasando de un bilateralidad ciega a una preferente unilateralidad a favor de la mujer²⁴, aunque ese cambio de rumbo, en algunos aspectos bastante sólido –como la discriminación por embarazo o la discriminación sexista indirecta-, en otros aspectos fue bastante atormentado –como la acción positiva o el abandono de la igualación por arriba-. Con ánimo de apuntar las líneas de tendencia de la jurisprudencia constitucional después del cambio de rumbo –y sin perjuicio del examen más profundo de esas líneas de tendencia a realizar en sus oportunos momentos-, se deberán destacar los siguientes “*leading-cases*”:

a) La STC 128/1987, de 16 de julio, donde, a propósito de un plus de guardería para el personal femenino, se negó su extensión al masculino al ser medida de acción positiva para permitir a las madres conservar su trabajo facilitándoles el cuidado de sus hijos. Aunque el nuevo concepto se ha aplicado –siempre bajo la sospecha de amparar medidas paternalistas- en apenas otras dos ocasiones, una para justificar una mayor pensión de jubilación a favor de las mujeres dirigida a compensar sus inferiores condiciones laborales y mantenida transitoriamente –STC 19/1989, de 31 de enero-, y otra para justificar medida tan paternalista como un permiso de lactancia de titularidad solo femenina –STC 109/1993, de 25 de marzo-.

b) La STC 166/1998, de 26 de septiembre, consideró discriminación sexista la extinción de un contrato de trabajo durante el periodo de prueba a causa del embarazo de la trabajadora –ratificando y aplicando la doctrina

²⁴ Un cambio de rumbo anunciado por los estudios doctrinales, en especial de la laboralística, sobre la igualdad y la no discriminación a mediados de los años ochenta, como fueron el de Teresa Pérez del Río, “El principio ...”, obra citada, y el de Miguel Rodríguez-Piñero / María Fernanda Fernández López, “Igualdad y discriminación”, Editorial Tecnos, Madrid, 1986. Ambos destacables por su valía científica, y el segundo además por que Miguel Rodríguez-Piñero fue nombrado Magistrado del Tribunal Constitucional, del cual llegó a ser Presidente, facilitando la recepción de las ideas acerca de la igualdad material. La bibliografía laboralista y constitucionalista sobre este cambio de rumbo en la jurisprudencia constitucional es muy abundante. Destacaré al efecto los estudios de María Fernanda Fernández López, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 95 a 155, el de Fernando Rey Martínez, “El derecho ...”, obra citada, páginas 9 a 38, y el de Asunción Ventura Franch, “La mujeres ...”, obra citada, páginas 192 a 223.

obiter dicta de la muy tempranera STC 94/1984, de 16 de octubre-, lo cual ha abierto el camino a una amplísima jurisprudencia constitucional –SSTC 173/1994, de 7 de junio, 136/1996, de 23 de julio, 20/2001, de 20 de enero, 41/2002, de 25 de febrero, 17/2003, de 30 de enero, 98/2003, de 2 de junio, 161/2004, de 4 de octubre, 175/2005, de 4 de julio, 182/2005, de 4 de julio, 324/2006, de 20 de noviembre, 342/2006, de 11 de diciembre, 17/2007, de 12 de febrero, 62/2007, de 27 de marzo, y 74/2008, de 23 de junio-.

c) La STC 145/1991, de 1 de julio, donde se introdujeron los conceptos de discriminación indirecta y de trabajo de igual valor al considerar discriminatoria una desigualdad salarial de trabajos de igual valor realizados por peones –mayoritariamente hombres- y limpiadores –mayoritariamente mujeres-, sentando así una doctrina desarrollada en materia de retribuciones –SSTC 58/1994, de 28 de febrero, 286/1994, de 27 de octubre, 147/1995, de 16 de octubre, y 250/2000, de 30 de noviembre-, acceso al empleo –STC 41/1999, de 22 de marzo-, derechos de conciliación –SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, 203/2000, de 24 de julio, y 3/2007, de 15 de enero-, y Seguridad Social –STC 253/2004, de 22 de diciembre-.

d) La STC 216/1991, de 14 de noviembre, que consideró discriminatoria la inadmisión de una mujer como piloto en la Academia General del Aire, y, sobre todo, la STC 229/1992, de 14 de diciembre, que consideró discriminatoria la prohibición de trabajo de las mujeres en el interior de las minas, fueron la sentencia de muerte del paternalismo, cuyo arrumbamiento definitivo supuso (1) el abandono, tras un periodo de cierta desorientación, de la igualdad por arriba –STC 28/1992, de 9 de marzo, STC 315/1994, de 28 de noviembre, y STC 16/1995, de 24 de enero-, y (2) la derogación de los beneficios paternalistas, debiéndose denegar aún si los pide una mujer –es el caso de la dote, STC 317/1994, de 28 de noviembre-.

Desmantelado el paternalismo, el Tribunal Constitucional entró en un periodo –desde 1995 hasta 2007- de un bajo protagonismo en el avance de la igualdad de los sexos, limitándose a profundizar en el desarrollo de sus expuestas líneas jurisprudenciales –aunque con algún vaivén criticable como fue la STC 198/1996, de 3 de diciembre, en el caso llamado de la basculera, o la STC 126/1997, de 3 de julio, en relación con la sucesión en los títulos nobiliarios-, y abordando algún tema novedoso –como fue el acoso sexual en la STC 224/1999, de 13 de diciembre-. El Tribunal recuperará su protagonismo al resolver acerca de la constitucionalidad de las nuevas leyes de igualdad construidas sobre una perspectiva de género.

d) La asunción de la igualdad material en la legislación estatal.

Creado el Instituto de la Mujer en la Ley 16/1983, de 24 de octubre, a partir de entonces –en simultaneidad con el cambio de la jurisprudencia constitucional- la acción pública se dirigió hacia una igualdad material, lo que se concretó, de un lado, en planes de igualdad, que arrancan de 1988 – el Primer Plan de Igualdad de Oportunidades estuvo vigente de 1988 a 1990-, y continúan hasta la actualidad –el Segundo de 1993 a 1995, el Tercero de 1997 a 2000, el Cuarto de 2003 a 2006, y el Plan Estratégico de 2008 a 2011-. Y, de otro lado, en reformas legislativas que, después de una primera etapa (1988 a 1998), comenzaron a imbuirse en una segunda etapa (desde 1999), de las nuevas perspectivas de la transversalidad de género.

La primera etapa comienza con una importante oleada legislativa que afectó al ámbito penal, al civil y al social. En el ámbito penal, la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de julio, modificó varios artículos del Código Penal para equiparar la penetración anal y oral a la vaginal a efectos del delito de violación, o para introducir los delitos de impago de pensiones y –de manera todavía muy imperfecta desde la óptica de su efectividad práctica-

de malos tratos familiares²⁵. En el ámbito civil, la Ley 11/1990, de 15 de octubre, modificó varios artículos del Código Civil para eliminar los vestigios del sistema de jefatura marital, igualar al padre en la custodia de los hijos, redefinir la intimidación y otras varias modificaciones menores²⁶.

En el ámbito social, la reforma estrella fue la Ley 3/1989, de 3 de marzo, que amplió a 16 semanas el permiso por maternidad y que establece medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, entre ellas se introdujo el disfrute paterno de la licencia de maternidad en los casos de fallecimiento y de cesión de la madre, y el disfrute paterno del permiso de lactancia –que siguió siendo de titularidad femenina-, se mejoró la reducción de jornada y la excedencia para el cuidado de hijos/as, y se contempló expresamente la protección frente al acoso sexual laboral²⁷. Por otro lado, la Ley 26/1990, de prestaciones no contributivas, dedicaba un artículo –el 4- a eliminar discriminaciones directas en la Seguridad Social.

Utilizando esa técnica de establecer mejoras en materia de igualdad a través de otras leyes, las canalizadoras de la Reforma Laboral de 1994 mejoraron el enunciado legal de la igualdad salarial, sustituyendo el enunciado igual salario por igual trabajo por el enunciado igual salario por

²⁵ Ramón García Albero afirma que, en 1989, se ha superado “*el Derecho Penal simplemente discriminatorio*”, quedando solo “*un Derecho Penal masculino*”, “Las perspectivas ...”, obra citada, página 465. Para un estudio del Derecho Penal en perspectiva de género, Elena Larrauri Pijoan, “Mujeres, Derecho Penal y Criminología”, Editorial Siglo XXI, Madrid, 1994, y, de esa misma autora, “Una crítica feminista al Derecho penal”, en el libro “Mujer, derecho y sociedad”, Fundación El Monte, Sevilla, 1996.

²⁶ Más concretamente, la reforma supuso (1) la superación de los vestigios del sistema de jefatura marital, que suponían la prevalencia de la ley personal del esposo sobre la de la mujer para la regulación de los efectos del matrimonio –artículo 9.2-, o la imposición a la mujer de la vecindad civil del marido –artículo 14-; (2) la eliminación de la atribución de la custodia de los hijos menores de siete años automáticamente a la mujer en caso de separación de los padres y a falta de mutuo acuerdo –artículo 159-; (3) la eliminación del sexo entre los criterios de calificación de la intimidación a efectos de su consideración como vicio del consentimiento en los contratos civiles –artículo 1267-, y (4) la eliminación de algunas desigualdades menores –como la atribución preferente al varón, si los coherederos tienen el mismo interés, de la posesión del título de fincas proindiviso, artículo 1066-. Al respecto, véase Luis Martínez Calcerrada, “El machismo en el Derecho”, Editorial Comares, Granada, 1996, páginas 172 a 176.

²⁷ Véanse los comentarios críticos –al poner el acento en carencias legales- de Antonio Vicente Sempere Navarro, “La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de la mujer trabajador. Nota crítica”, Relaciones Laborales, Tomo Primero, 1989, y de Ricardo Escudero Rodríguez, “La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros”, Relaciones Laborales, Tomo Segundo, 1989.

trabajo de igual valor –artículo 28 del ET, según la Ley 11/1994, de 19 de mayo-, desvinculando el subsidio de maternidad del subsidio de incapacidad temporal y elevándolo al 100% –artículos 133 bis a quinquies de la LGSS, según la Ley 42/1994, de 30 de diciembre-, y reforzando la excedencia para cuidado de hijos para atribuirle las notas de la excedencia forzosa –artículo 46.3 del ET, según la Ley 4/1995, de 23 de marzo-.

Pero a la Reforma Laboral de 1994 le faltaba una visión transversal, de donde esas mejoras quedaron diluidas por el efecto perjudicial de otras reformas, como la potenciación de los niveles negociales inferiores, donde aparecen con más frecuencia cláusulas discriminatorias y donde las medidas de acción positiva o igualdad de oportunidades son menos frecuentes²⁸, o la reducción de la protección social del feminizado trabajo a tiempo parcial a través de la infraprotección del trabajo de escasa jornada – que se mantuvo vigente hasta el Real Decreto Ley 8/1997, de 16 de mayo-, y del cómputo perjudicial de carencias –que solo en parte corrigió el Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre, igualmente discriminatorio²⁹-.

e) La asunción de la perspectiva de género en la legislación estatal.

Bajo el empuje de la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing (1995), es, en los años siguientes, cuando aparecen las primeras leyes con una reconocible perspectiva de género. La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, presenta la forma de las leyes transversales, al afectar a numerosos sectores del ordenamiento jurídico, pero, en cuanto al

²⁸ En particular, se incrementa el riesgo de desigualdades retributivas, como apuntó Beatriz Quintanilla Navarro, “Igualdad de retribución por razón de sexo”, en la obra colectiva dirigida por Fernando Valdés Dal Ré, “La reforma del mercado Laboral”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1994, páginas 231 a 235.

²⁹ Sobre estas cuestiones, nos remitimos al análisis que, en relación con la aplicación de la discriminación sexista indirecta en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social, se acomete dentro del Capítulo Cuarto.

contenido, se queda muy corta en su apuesta por la corresponsabilidad y la conciliación masculina. También en estos años se aprueba la Ley 33/2002, de 5 de julio, que modifica el artículo 28 del ET para aclarar que el trabajo de igual valor obliga a una igual retribución –y no solo a un igual salario-.

La Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, impone un informe de impacto de género en la elaboración de leyes y reglamentos, lo que, aunque aparenta poca cosa, ostenta –si se aplica bien- un potencial transformador ilimitado. A esta Ley le corresponde el mérito de ser la primera ley estatal declaradamente transversal. Su Exposición de Motivos alude al “*principio de transversalidad*” y a “*la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer que tuvo lugar en Pekín (Beijing) 1995*”, y tanto en ella como en su contenido dispositivo, se utiliza de manera precisa y correcta el concepto “*género*”.

De mayor empaque normativo y también declaradamente transversal es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Su objeto es “*actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*” –artículo 1.1-. La transversalidad se manifiesta claramente en la afectación de numerosos sectores del ordenamiento jurídico –derecho penal, procesal, administrativo y laboral-.

Otras leyes con evidente perspectiva de género dictadas con posterioridad son la Ley 9/2005, de 6 junio, para compatibilizar las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez con las pensiones de viudedad del Sistema de la Seguridad Social –la incompatibilidad hasta

entonces vigente perjudicaba sobremanera a viudas con escasos recursos económicos-, la Ley Orgánica 3/2005, de 8 julio, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, la Ley 33/2006, de 30 octubre, de igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, o la Ley Orgánica 2/2010, de 3 marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo.

f) La normativa autonómica sobre igualdad de género.

Simultáneamente al proceso en el ámbito estatal, las Comunidades Autónomas, con competencias todas en la materia³⁰, muy pronto –a semejanza del Estado- crearon organismos de igualdad usualmente bajo la forma de organismos autónomos, como el Instituto Vasco de la Mujer / Emakumearen Euskal Erakundea (1988), el Institut Valencià de la Dona (1988), el Instituto Andaluz de la Mujer (1989), o el Institut Català de les Dones (1989). El balance de la labor de los organismos de igualdad ha sido positivo, al posibilitar, a través de planes de igualdad, avances legislativos y sociales, aunque en el debe haya los problemas típicos de todo proceso de institucionalización –los riesgos de la politización y de la burocratización-.

Desde los primeros años de este Siglo XXI, las Comunidades Autónomas comienzan además a aprobar leyes de igualdad inspiradas en la transversalidad. Las pioneras, más tímidas, eran apenas una positivización de los objetivos de un plan de igualdad, adquiriendo poco a poco mayores

³⁰ Todos los Estatutos de Autonomía habilitan el ejercicio de competencias en materia de igualdad de género, bien sustentadas en cláusulas generales de igualdad –como el EA de Galicia, artículo 4.2, el EA de Asturias, artículo 9.2.d), el EA de Canarias, artículo 5.2.a), el EA de Extremadura, artículo 6.2.b) y c), o los EEAA de Ceuta y Melilla, ambos artículo 5.2.b)-, bien sustentadas en atribuciones competenciales específicas en materia de igualdad de hombres y mujeres –como el EA de Madrid, artículo 26.1.25º, o el EA de Castilla y León, artículo 70.1.11º-, de promoción de la mujer –como el EA de Cantabria, artículo 24.22º, el EA de Murcia, artículo 10.20º, o el EA de Valencia, artículo 49.1.26º-, de condición femenina –como el EA del País Vasco, artículo 10.39º, o el EA de Navarra, artículo 44.18º-, de políticas de género –como el EA de Cataluña, artículo 153, el EA de Baleares, artículo 30.17º, o el EA de Andalucía, artículo 73-, o de igualdad social, discriminación positiva y violencia de género –EA de Aragón, artículo 71.37º-.

contenidos, para acabar siendo muy completas y con una cierta tendencia a la estandarización. Actualmente hay leyes de igualdad y/o de violencia³¹ en Navarra³², Castilla-León³³, Cantabria³⁴, Valencia³⁵, Canarias³⁶, Galicia³⁷, País Vasco³⁸, Madrid³⁹, Islas Baleares⁴⁰, Aragón⁴¹, Murcia⁴², Andalucía⁴³,

³¹ Quizás convenga advertir de entrada que, aunque no tengan leyes específicas de igualdad y/o de violencia de género todas las Comunidades Autónomas, ello no quiere significar que no tengan implantadas medidas de igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres. Por ejemplo, Cataluña no tiene leyes específicas de igualdad y/o de violencia de género, pero ha sido pionera en la implantación de ciertas medidas de igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres, como el informe de impacto de género en la elaboración normativa, introducido en el artículo 63.2 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalitat de Cataluña, a través de la Ley Catalana 4/2001, de 9 de abril. Una valoración en María Luisa Balaguer Callejón, “Comentario de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2001, de 9 de abril. El impacto de género y la progresión en la igualdad material”, Artículo 14: Una perspectiva de género, número 7, 2001.

³² Leyes Forales Navarras 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista –ampliada por la 12/2003, de 7 de marzo-, y 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Se trata de leyes meritorias en cuanto son pioneras, pero bastante escuetas –en especial la 33/2002, con tan solo dos artículos; la 22/2002 tiene 21 artículos, con algunos artículos bis y ter- y con unos contenidos muy programáticos –en especial la 33/2002-. En palabras de María Luisa Balaguer Callejón, estas leyes “*recuerdan los anteriores planes de igualdad de las administraciones estatales y autonómicas ... sin una clara conceptualización jurídica*”, lo que no obsta, como conclusión final, el elogio de “*la iniciativa de avanzar en la lucha por la igualdad*”, “Comentario a la Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres”, Artículo 14: Una perspectiva de género, número 12, 2003, página 15, *passim*.

³³ Leyes Castellano Leonesas 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, y 13/2010, de 9 de diciembre, de violencia de género.

³⁴ Ley Cantabria 1/2004, de 1 de abril, integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas.

³⁵ Ley de la Comunidad Valenciana 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres.

³⁶ Leyes Canarias 16/2003, de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género, y 1/2010, de 26 febrero, de normas de igualdad entre mujeres y hombres.

³⁷ Leyes Gallegas 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres, y 11/2007, de 27 de julio, para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género. La 7/2004 supuso un salto cualitativo en la evolución legal al establecer derechos de contenidos más concretos. En palabras de María Luisa Balaguer Callejón, “*(si bien) contiene un número importante de preceptos programáticos ... contiene también una importante regulación de aspectos de indudable naturaleza coercitiva ... a medida que avanza el proceso legislativo de creación de normas de género, se va ganando en perfeccionamiento técnico, y se pasa de la mera afirmación de derechos, a un tratamiento más riguroso y técnico de las posibilidad de exigencia a los Poderes Públicos de algunos derechos subjetivos para la mujer*”, “Comentario a la Ley 7/2004, del Parlamento Gallego, de 16 de julio, para la igualdad de las mujeres y hombres”, Artículo 14: Una perspectiva de género, número 17, 2004, páginas 54 y 55 *passim*.

³⁸ Ley Vasca 4/2005, de 18 de febrero, de igualdad de mujeres y hombres. Juntamente con la Ley Gallega 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres, marcaron un punto de inflexión en la evolución de las leyes autonómicas de igualdad hacia unos mayores contenidos jurídicos coercibles.

³⁹ Ley de la Comunidad de Madrid 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género.

Castilla La Mancha⁴⁴, Asturias⁴⁵ y Extremadura⁴⁶. Mención especial merece, por su gran singularidad, la ley de trabajo en igualdad de Galicia⁴⁷.

La Red Feminista de Derecho Constitucional propuso, en 2005, unas bases para incorporar la perspectiva de género en las reformas –que entonces se anunciaban- de los Estatutos de Autonomía, con la finalidad esencial de que en ellos se proclamase la igualdad de mujeres y hombres como valor superior de los ordenamientos autonómicos, concretándolo en medidas de igualdad de trato y oportunidades, paridad política, respeto a la diversidad, integración de la perspectiva de género y acciones positivas⁴⁸. Así ha sido –con mayor o menor éxito- en las reformas estatutarias

⁴⁰ Ley Balear 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer.

⁴¹ Ley Aragonesa 4/2007, de 22 de marzo, de violencia de género.

⁴² Ley de la Región de Murcia 7/2007, de 4 abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género.

⁴³ Leyes Andaluzas 12/2007, de 26 noviembre, de promoción de la igualdad de género, y 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género. Aunque Andalucía tenía importantes medidas de igualdad –como la paridad electoral o el informe de impacto de género en la elaboración normativa-, no disponía de leyes específicas de igualdad y violencia de género. Su aprobación, aprovechando la experiencia acumulada, supuso un momento culminante del proceso autonómico de leyes de igualdad y/o violencia, y, en gran medida –en especial la 12/2007-, han servido de modelo a leyes autonómicas posteriores que a veces se limitan a reiterarlas y a veces las consiguen mejorar. Un comentario general a las mismas lo acomete María Luisa Balaguer Callejón, “Legislación estatal y legislación autonómica de género en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, Artículo 14: Una perspectiva de género, número 26, 2007, páginas 24 a 28 (el número es monográfico de ambas leyes).

⁴⁴ Ley Castellano Manchega 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres.

⁴⁵ Ley del Principado de Asturias 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género.

⁴⁶ Ley Extremeña 8/2011, de 23 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género.

⁴⁷ Ley Gallega 2/2007, de 28 de marzo, de trabajo en igualdad de las mujeres. Como afirma Rosa Pérez Yáñez, “*presenta un carácter ciertamente novedoso que la separa en gran medida de las otras normas autonómicas ... (es) texto monográficamente dedicado a la igualdad de género en el trabajo, de ahí que no deje de ser una ley pionera*”, “Comentario a la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres en Galicia”, Artículo 14: Una perspectiva de género, número 25, 2007, páginas 43 a 46.

⁴⁸ El “Informe sobre las bases para la incorporación de la perspectiva de género en las reformas de los Estatutos de Autonomía” elaborado por la Red Feminista de Derecho Constitucional ha sido publicado dentro del libro colectivo, dirigido por Teresa Freixes Sanjuán y Julia Sevilla Merino, “Género, Constitución y Estatutos de Autonomía”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005.

acometidas en Valencia (2006)⁴⁹, Cataluña (2006)⁵⁰, Islas Baleares (2007)⁵¹, Andalucía (2007)⁵², Aragón (2007)⁵³ y Castilla León (2007)⁵⁴.

III. LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES.

La necesidad de una ley estatal de igualdad de carácter transversal se mostraba como imperiosa por dos circunstancias sobresalientes –además de

⁴⁹ El Estatuto de Autonomía de Valencia –aprobado a través de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril- dedica dos artículos a las cuestiones de género, el 11, que proclama la participación de mujeres y hombres en la vida laboral, social, familiar y políticas sin discriminación y en igualdad de condiciones, y el 49.1.26º, que atribuye la competencia en materia de promoción de la mujer a la Generalitat Valenciana. Un análisis comparativo del Estatuto de Autonomía de Valencia con el de Cataluña lo acomete Ana Aba Catoira, quien alcanza la conclusión de tener este en óptica de género un contenido más adecuado que aquel, “La Reforma de los Estatutos de Autonomía de la Comunidad Valenciana y de Cataluña desde la perspectiva de género”, Artículo 14: Una perspectiva de género, número 22, 2006, páginas 35 a 37.

⁵⁰ El Estatuto de Autonomía de Cataluña –aprobado a través de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio- dedica tres artículos –de una importante densidad en cuanto a su concreto contenido regulador- a las cuestiones de género, el 19, que enumera los distintos derechos de las mujeres en los ámbitos civil y social, el 41, que incluye la perspectiva de género entre los principios rectores de las políticas públicas, y el 153, que atribuye la competencia en materia de políticas de género a la Generalitat de Cataluña. Para su análisis comparativo con el de Valencia, nos remitimos a Ana Aba Catoira, “La Reforma ...”, obra citada.

⁵¹ El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares –aprobado a través de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero- dedica dos artículos a las cuestiones de género, el 11, que proclama la no discriminación por razón de sexo, y el 30.17º, que atribuye la competencia en políticas de género a la Comunidad Autónoma.

⁵² El Estatuto de Autonomía de Andalucía –aprobado a través de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo- dedica varios artículos a las cuestiones de género, el 14, proclamando la igualdad y la no discriminación por razón de sexo, el 15, proclamando la igualdad de género, el 16, proscribiendo la violencia de género, el 37, estableciendo entre los principios rectores de las políticas públicas varios sobre la igualdad, el 73, atribuyendo la competencia en materia de políticas de género a la Comunidad Autónoma, el 114, regulando el informe de impacto de género en la elaboración normativa, o el 135, reconociendo el principio de representación equilibrada entre mujeres y hombres. Concluye María Luisa Balaguer Callejón que “*contiene una minuciosa regulación del género*”, mejorando a los Estatutos de Valencia y Cataluña, “La transversalidad de género y el Estatuto de Autonomía para Andalucía”, en el libro “El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007”, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2008, página 47.

⁵³ El Estatuto de Autonomía de Aragón –aprobado a través de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril-, además de referencias a la igualdad en la declaración de varios derechos –artículos 12, 13, 14 y 15-, incluye la garantía de la igualdad entre el hombre y la mujer como un criterio de actuación de los poderes públicos aragoneses –artículo 24.c)-, y atribuye competencia en materia de políticas de igualdad social, que comprenden el establecimiento de medidas de discriminación positiva, prevención y protección social ante todo tipo de violencia, y, especialmente, la de género, a la Comunidad Autónoma –artículo 71.37º-.

⁵⁴ El Estatuto de Autonomía de Castilla León –aprobado a través de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre-, proscribe la discriminación de género y proclama la transversalidad del principio de igualdad de género –artículo 14-, y atribuye competencia en materia de promoción de la igualdad de trato y de oportunidades, con especial atención a las mujeres víctimas de violencia de género –artículo 70.1.11º-.

la no menos trascendente de trasponer las últimas directivas comunitarias: las leyes estatales hasta entonces dictadas en el ámbito de género –la de conciliación y la de violencia como las más significativas- eran parciales – en cuanto referidas a aspectos concretos-, precisando –para no quedar cojas- de una ley global de igualdad que actuara como centro neurálgico del grupo normativo; y las leyes autonómicas de carácter transversal acentuaban la necesidad de una ley estatal. Así llegamos a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

a) Una aproximación a su contenido.

Como culminación del proceso de cambio iniciado con la concepción de igualdad formal en la ley imperante en la época de la Constitución, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, es una ley de igualdad moderna⁵⁵, es decir decididamente transversal y comprometida con la igualdad material, buscando construir un ordenamiento jurídico donde las preocupaciones, necesidades y aspiraciones de las mujeres sean consideradas en la misma medida que las preocupaciones, necesidades y aspiraciones de los hombres. Que la LOIEMH es una ley de igualdad moderna es algo apreciable, en una aproximación general, tanto en su parte expositiva como en la articulada.

⁵⁵ Lo cual no quiere decir –y conviene tenerlo presente- que el ordenamiento jurídico español se encuentre actualmente libre de discriminaciones por razón de sexo / género y desarrolle a la perfección las exigencias de la transversalidad de la dimensión de género, ya que, como es usual en toda evolución normativa, coexisten aún normas de modelos anteriores –que no se actualizaron o que se actualizaron mal- con otras inspiradas –a veces muy tímidamente para evitar cambios bruscos- en el modelo vigente, sin descartarse la aprobación de normas de retroceso –de hecho algunas ya se han aprobado desde la LOIEMH-. Queda aún mucho por conseguir la igualdad normativa en el ordenamiento jurídico español, y cuanto más para aplicarla. Pero ello no supone demérito de la LOIEMH porque ha fijado un rumbo adecuado al alinearse entre las leyes de igualdad modernas y porque, en las realizaciones concretas, ha avanzado hasta donde se ha considerado políticamente adecuado conforme a la realidad social española.

En la Exposición de Motivos son significativas las afirmaciones –que entresacamos- de que *“el pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente”*, de que *“la mayor novedad de esta Ley radica ... en la prevención de (las) conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad”*, de que *“la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, (es) principio fundamental del presente texto”*, o de que *“la Ley nace con la vocación de convertirse en la ley – código de la igualdad entre mujeres y hombres”*.

Y, entrando en un análisis muy general de su articulado –que se estructura en 78 artículos, 31 disposiciones adicionales, 11 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 8 disposiciones finales-, se puede comprobar como los rasgos más llamativos de la LOIEMH obedecen a las notas características de las leyes de igualdad modernas, siendo tales rasgos:

a) El reconocimiento nominativo de un derecho subjetivo a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres –artículo 1-, que incluso se califica de derecho genuino –en la Exposición de Motivos-, con amplios contenidos, titularidad general, universalidad objetiva, eficacia entre privados, aplicación territorial, vocación de eficacia –artículos 1 a 3-.

b) La plasmación de la transversalidad de la igualdad –artículo 15-, con cambios en el funcionamiento de los Poderes Públicos –artículos 14 a 20-, y en su organización, potenciándose organismos de igualdad y unidades de igualdad, y la participación institucional de las asociaciones de mujeres –véanse artículos 21, 22, 76, 77 y 78, y disposición adicional 27ª-.

c) La universalidad, con normas sobre educación –artículos 23 a 25-, incluyendo formación de servidores públicos –artículo 61-, producción artística e intelectual –artículo 26-, salud pública –artículo 27-, sociedad de

la información –artículo 28-, deportes –artículo 29-, política rural –artículo 30-, urbanismo –artículo 31-, o cooperación al desarrollo –artículo 32-.

d) La revisión significativa de la legislación laboral, funcionarial y de protección social –para erradicar la discriminación laboral de la mujer-, al extremo de que, cuantitativamente, el grueso normativo de la ley se refiere a esos ámbitos jurídicos, siendo asimismo cambios cualitativamente importantes –en las disposiciones adicionales, desde la 11ª hasta la 24ª-.

e) Importantes mejoras respecto a acoso sexual y sexista –eliminado la exigencia de ser no deseados, artículo 7, y obligando a su prevención y sanción, artículo 48-, en los derechos de maternidad –vinculándolos a la no discriminación, artículo 8- y en los derechos de conciliación –permiso de paternidad y prohibición de discriminación por su ejercicio, artículo 44-.

f) La cobertura normativa de las acciones positivas, tanto en el ámbito público, donde se configura como una obligación de los Poderes Públicos, como en el ámbito privado, donde se configura como una facultad de los sujetos privados –artículo 11-, admitiendo expresamente su aplicación dentro de las relaciones laborales –disposición adicional 11.2º-.

g) La implantación de mecanismos dirigidos a la consecución de una democracia paritaria, obligando a una presencia o composición equilibrada de ambos sexos –cuantificada en un 40/60- en las listas electorales de partidos políticos –disposición adicional 2ª-, y en los órganos directivos discrecionales de la Administración General del Estado –artículos 52 a 54-.

h) La implicación de los sujetos privados en el logro de la igualdad efectiva, y, en particular, regulando los planes de igualdad en las empresas –artículos 45 a 49-, el ámbito del acceso a bienes o servicios –artículos 69 a 72-, la responsabilidad social de las empresas y, dentro de ella, las medidas para empoderar a las mujeres en sus órganos directivos –artículos 73 a 75-.

Al lado de estas características sustantivas propias de las leyes de igualdad modernas, la LOIEMH también responde a las características formales propias de las leyes de igualdad modernas: se supera la tradicional técnica legislativa basada en la homogeneidad –una materia, una ley- para, abordando todas las materias en una misma ley, potenciar sus objetivos⁵⁶. Lo cual determina la afectación de múltiples leyes homogéneas que se acomete en unas muy abundantes y densas disposiciones extravagantes⁵⁷.

b) La incipiente jurisprudencia constitucional sobre dimensión de género.

⁵⁶ Y es que, como afirma Fernando Valdés Dal-Ré, “la aprobación no de una ley sino de varias leyes hubiera mermado la visibilidad política e ideológica de la propia LOEIMH, y, por tanto, hubiera reducido su condición de ley destinada a combatir de manera real y efectiva toda manifestación de discriminación por razón de sexo o a impedir la remoción de obstáculos para el logro de una situación de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, “Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva”, Editorial Reus, Madrid, 2010, página 25. Más crítico, Jesús Ramón Mercader Uguina destaca los riesgos de principalismo de la LOIEMH y de duplicidad normativa con las leyes sectoriales a las que afecta, “Técnica legislativa y legislación transversal: reflexiones al hilo de la Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres”, en el libro colectivo, que coordina, “Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

⁵⁷ En particular, la LOIEMH tiene 31 disposiciones adicionales, que abarcan más páginas del Boletín Oficial del Estado que las del propio texto de la LOIEMH, y en las cuales se contienen las reformas introducidas en 26 leyes de diversas materias, entre ellas las más trascendentales del ordenamiento jurídico español: la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Ley por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español de la Directiva 89/552/CEE, la Ley General de Sanidad, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la Ley de Procedimiento Laboral, la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, el Real Decreto Ley por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, la Ley de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, la Ley de Empleo, la Ley General de la Seguridad Social, la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, la Ley del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, la Ley del Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, la Ley de Sociedades Anónimas, la Ley de creación del Instituto de la Mujer, la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y la Ley de Ordenación de los Cuerpos Especiales Penitenciarios y de Creación del Cuerpo de Ayudantes Penitenciarios.

El Tribunal Constitucional, recuperando su protagonismo, ya ha declarado la constitucionalidad de las nuevas leyes de igualdad⁵⁸. La STC 12/2008, de 29 de enero⁵⁹, en relación con las (mal) llamadas cuotas electorales, las declara constitucionales con base en la igualdad sustancial del artículo 9.2 de la CE –que es, por cierto, el mismo fundamento utilizado en la Exposición de Motivos de la LOIEMH-. No se alude al concepto de acción positiva porque técnicamente no es una cuota. Y lo ratifica el que, en párrafos clave de la fundamentación jurídica, se considere la igualdad sustancial “*elemento definidor de la noción de ciudadanía*”, o se refiera a “*los valores sobre los que se sustenta la llamada democracia paritaria*”⁶⁰.

Igualmente se ha declarado la constitucionalidad de las diferencias penales introducidas en la LOPIVG –STC 59/2008, de 14 de mayo⁶¹- argumentando al respecto (1) que no se vulnera el principio de igualdad con la mayor punibilidad de la agresión cometida por el hombre contra su

⁵⁸ María Luisa Balaguer Callejón, después de analizar la legislación dictada en materia de género y la jurisprudencia constitucional referida a esa legislación, concluye, de un lado, que “*la legislación que se ha producido en materia de género, conlleva un cambio radical de concepción del modelo de vida, de distribución de roles y pautas sociales, políticas y económicas, y en definitiva de revolución social ... cambio (que) deberá producirse progresivamente en función del desarrollo que estas normas están produciendo, tanto en el ámbito estatal como en los ordenamientos autonómicos ... el mayor avance histórico que presenta el derecho de igualdad solo comparable al reconocimiento de la igualdad formal que tuvo lugar en el Siglo XVIII con la Revolución francesa*”, y, de otro lado, que “*la inequívoca posición del TC, validando cada una de estas leyes, ha sido decisiva para el avance de los derechos de igualdad de género*”, “Igualdad y Constitución Española”, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, página 190.

⁵⁹ Que hemos comentado apenas la sentencia fue dictada en “Unos apuntes sobre las llamadas cuotas electorales a la vista de la decisión de su constitucionalidad”, Diario La Ley, número 6918, 2008.

⁶⁰ Sin embargo, la STC 13/2009, de 19 de enero, sobre la ley electoral vasca, que garantiza una representación femenina mínima del 50% mientras la masculina es del 40%, y la STC 40/2011, de 31 de marzo, sobre la ley electoral andaluza, que establece las listas cremallera con alternancia de hombres y mujeres, afirman ambas que es “*solo constitucionalmente aceptable en tanto que coyuntural*”. Con lo cual aparenta la vuelta al concepto de acción positiva y el abandono del concepto de democracia paritaria.

⁶¹ La STC 59/2008, de 14 de mayo, se refiere a una cuestión de constitucionalidad sobre el artículo 153.1 del Código Penal, que castiga a “*el que por cualquier medio o procedimiento causare ... menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra ... sin causarle lesión ... a quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligado a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia*”. También se plantearon cuestiones de constitucionalidad en relación con el artículo 171.4 del Código Penal, que castiga a “*el que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligado a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia*”. Su resolución se acometió en la STC 45/2009, de 19 de febrero, que siguió de una manera sustancial los mismos argumentos jurídicos –y asimismo contiene unos votos particulares semejantes- que la opinión mayoritaria expresada en la STC 59/2008, de 14 de mayo.

pareja o ex pareja atendiendo a la legitimidad de la finalidad de erradicación de la violencia de género, a la funcionalidad de esa mayor punibilidad para conseguir esa finalidad y a la ausencia de desproporción al no ser tan elevada esa mayor punibilidad, y (2) que no se vulnera el principio de culpabilidad porque el hombre que agrede a su pareja o ex pareja inscribe voluntariamente su actuar en una concreta estructura social.

Otras dos sentencias debemos de resaltar. La STC 3/2007, de 15 de enero, que concede amparo a una trabajadora solicitante de una reducción de jornada haciendo una interesante conexión⁶² entre el artículo 39 de la CE –protección de la familia- y el 14 –en su vertiente de discriminación indirecta al ser las mujeres las usualmente implicadas en el cuidado de hijos/as-. Y la STC 92/2008, de 21 de julio, que ha estimado la aplicación automática –sin necesidad de acreditar el conocimiento empresarial del embarazo- de la prohibición de despido de la trabajadora embarazada, considerando irrazonable –al vulnerar el derecho a la tutela judicial ex artículo 24 de la CE- la solución contraria de la jurisprudencia ordinaria.

Se utilizan en las argumentaciones referencias recurrentes a la situación de desigualdad real de los sexos –existente a causa de los estereotipos de género-, lo cual avala la finalidad legal de fortalecer la ciudadanía de las mujeres a través de las (mal) llamadas cuotas electorales, o de prevenir y sancionar con más punición la violencia contra las mujeres en las relaciones afectivas. También en clave de desigualdad real se explica

⁶² Al conectar la protección de la familia –artículo 39.2 de la CE- con la prohibición de discriminación sexista indirecta –artículo 14 de la CE-, el ejercicio de los derechos de conciliación es fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional. Pero la discriminación sexista se califica de indirecta, lo que, sin ser incorrecto –porque las mujeres son quienes habitualmente los usan-, no responde de una manera exacta a un preciso análisis de género, que llevaría a considerarla discriminación directa –porque la discriminación está en perjudicar a quienes asumen roles feminizados, como el cuidado de hijos/as-. No es cuestión baladí porque, al calificarse de indirecta, su prohibición pierde gas –como se comprueba con la STC 24/2011, de 14 de marzo- y además dificulta el reclamo de los hombres dedicados al cuidado de sus hijos/as –de ahí la necesidad de acudir, en la STC 26/2011, de 14 de marzo, a una rara discriminación por circunstancias personales / familiares para amparar a los hombres dedicados al cuidado de sus hijos/as-.

el carácter discriminatorio indirecto –mejor sería directo- de la vulneración de derechos de conciliación. Y una interpretación contraria a la efectividad de la igualdad –vg. la de obligar a comunicar el embarazo a la empresa para activar la prohibición de despido- se desestima al entenderla irrazonable.

c) Fundamento constitucional de la dimensión de género como añadido legal a la igualdad de los sexos.

El análisis de la dimensión de género pretende una igualdad efectiva de los sexos, pero no solo a través de los mecanismos tradicionales de comparación sustentadores del principio de igualdad y la prohibición de discriminación, también a través del reconocimiento de derechos que permitan a las personas decidir más libremente sobre todos los aspectos de su vida sin someterse a los condicionantes marcados por los estereotipos de género –véase el Capítulo Primero-. Y ese algo más que supone el análisis de la dimensión de género respecto a los mecanismos tradicionales de comparación –como explícitamente se reconoce en su parte expositiva y claramente se desarrolla en toda su parte dispositiva- lo acoge la LOIEMH.

Tal decisión legislativa de acoger el análisis de la dimensión de género encuentra un apoyo constitucional general en el contenido promocional del principio de igualdad al ser el género, entendido como un añadido sociocultural causante de la subordinación de las mujeres, uno de los obstáculos que, según el artículo 9.2 de la CE, pueden impedir o dificultar la plenitud del individuo y que están obligados a remover los Poderes Públicos promoviendo a la par una libertad y una igualdad reales y efectivas. La doctrina científica más atenta a la evolución de la igualdad de

los sexos ya había constatado mucho antes de la LOIEMH el enraizamiento constitucional de la perspectiva de género en dicho artículo 9.2 de la CE⁶³.

Así las cosas, el legislador es libre de reconocer, o no, o, si reconoce, de hacerlo en términos más o menos amplios –e incluso su derogación podría no justificar un recurso de inconstitucionalidad o una cuestión de constitucionalidad-, derechos que, en un análisis de la dimensión de género, permitan a las personas decidir más libremente sobre todos los aspectos de su vida sin someterse a los condicionantes marcados por los estereotipos de género. Pero si los reconoce, esos derechos, a nuestro juicio, pasan a ser un contenido esencial adicional de la igualdad, de modo que, si son vulnerados, gozarán de la protección judicial reforzada del artículo 53.2 de la CE, y, en particular, de la posibilidad de acceso al amparo constitucional.

Ciertamente, los resultados de la última jurisprudencia constitucional –al margen de los diversas argumentaciones utilizadas- son bastante coherentes si se explican con el análisis de género: se verifica si el contenido o la aplicación de la medida sujeta al control constitucional produce efectos respecto al género y, si los produce positivos, la medida es constitucional –cuota electoral para fortalecer la ciudadanía, STC 12/2008, de 29 de enero, o diferente punición para erradicar la violencia de género, STC 59/2008, de 14 de mayo-, y, si no, es inconstitucional –vulneración de derechos de ejercicio feminizado, STC 3/2007, de 15 de enero, o limitación irrazonable de una prohibición de despido, STC 92/2008, de 21 de julio-.

⁶³ Como conclusión de su estudio, Inmaculada Montalbán Huertas afirma que “*la perspectiva de género es un criterio de interpretación de las normas amparado por los convenios internacionales y por la Constitución Española*”, y, más concretamente, señala que, “*en el derecho español, la perspectiva de género como instrumento de análisis de las circunstancias personales y de hecho en los supuestos de violencia doméstica (en cualquier supuesto de discriminación contra la mujer, añadimos nosotros), tiene su cobertura legal en el artículo 9.2 de la Constitución ... (y añade) el artículo 96 de la CE que los convenios internacionales forman parte del ordenamiento interno, una vez publicados oficialmente en España, como es el caso de la Convención sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres (se refiere a la CEDAW)*”, “*Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*” – Premio Rafael Martínez Emperador 2003, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, página 223.

La crítica es no haber razonado abiertamente en clave de género, lo que ha llevado a serias incongruencias argumentales, como considerar acción positiva una ley electoral cremallera en términos sexuales neutros – STC 40/2011, de 31 de marzo-, o como expulsar al varón reclamante de un derecho de conciliación del amparo protector de la igualdad entre sexos remitiéndolo, para garantizarle una igual protección constitucional, a una discriminación por circunstancias personales / familiares –STC 26/2011, de 14 de marzo-, y no son incongruencias argumentales inocuas en especial desde una perspectiva simbólica –porque se transmite la idea de leyes de igualdad sexual que privilegian a las mujeres y excluyentes de los varones-.

III. IGUALDAD DE LOS SEXOS, REFORMAS DE LAS LEYES SOCIALES Y CRISIS ECONÓMICA.

La irrupción de una grave crisis económica, que, como todo fenómeno social, tiene dimensión de género⁶⁴, ha determinado la reforma de virtualmente todas las leyes básicas en materia laboral y de protección social, a saber el Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de la Seguridad Social y la Ley de Procedimiento Laboral –que incluso cambia su nombre al de Ley reguladora de la Jurisdicción Social-, dirigida esa reforma a intentar remediar sus consecuencias –en especial, la destrucción masiva de empleo y el desequilibrio financiero de la Seguridad Social-, lo

⁶⁴ Los análisis de la crisis desde la perspectiva de género han dado lugar a destacadas aportaciones doctrinales en el ámbito de la economía. Astrid Agenjo Calderón analiza, en un interesante estudio sobre la cuestión, las aportaciones existentes distinguiendo entre la que denomina Economía Feminista de la Conciliación (EFC), que busca identificar y mitigar los efectos más inmediatos de la crisis económica sobre las mujeres, y la que denomina Economía Feminista de la Ruptura (EFR), que busca una revisión más profunda de los modelos de reparto del cuidado fundamento del sistema socioeconómico, para acabar proponiendo una lectura integradora según la cual la EFC inspiraría las estrategias a corto y medio plazo, y la EFR inspiraría las estrategias a largo plazo, “Lecturas de la crisis en clave feminista: una comparación de la literatura en torno a los efectos específicos sobre las mujeres”, Papeles de Europa, número 22, 2011, accesible en <http://revistas.ucm.es/index.php/PADE/article/view/37936/36702> .

cual demuestra la oportunidad de analizar en qué medida esas leyes han incidido sobre la situación de hombres y mujeres en el ámbito sociolaboral.

a) Igualdad y reforma del mercado de trabajo.

El Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de igual título, el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de julio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, y el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, de igual título, conforman la reforma del mercado de trabajo que ha supuesto, en una apreciación general, un recorte de derechos que, aunque han afectado a ambos sexos, tendrá más incidencia negativa sobre quienes, usualmente mujeres, tienen trabajos atípicos o asumen responsabilidades familiares⁶⁵.

Quizás el aspecto negativo más destacado es la introducción de las horas extraordinarias en el feminizado contrato de trabajo a tiempo parcial –artículo 12.4.c) del ET⁶⁶–, ya que, al introducirse sin mayores exigencias –como un preaviso o una limitación de los periodos de disponibilidad–, y al mantenerse las horas complementarias en el trabajo a tiempo parcial indefinido, se abre la puerta a abusos en la flexibilización de la jornada. Mejor juicio merece la regulación del –asimismo feminizado– trabajo a distancia, que comprende el trabajo a domicilio y el teletrabajo –artículo 13

⁶⁵ Véanse los tempranos análisis de Carmen Sánchez Trigueros, “Conciliación de la vida familiar y laboral”, en la obra coordinada por Faustino Cavas Martínez, “La reforma laboral de 2012”, Ediciones Laborum, Murcia, 2012, y de María Amparo Ballester Pastor –muy crítica con la incidencia de la reforma en la conciliación–, “De cómo la reforma operada por el Real Decreto ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades”, Revista de Derecho Social, número 57, 2012.

⁶⁶ Las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial se examinarán en detalle en el Capítulo Quinto.

del ET-, aunque acaso la regulación pudo ser más completa si se compara con el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo de 16 de julio de 2002.

Hay dos modificaciones restrictivas en la reducción de jornada por guarda legal de un menor o por cuidado de familiares. En primer lugar, la especificación como diaria de la reducción de jornada –artículo 37.5 del ET-, lo cual limita las facultades de autoorganización de la persona titular del derecho porque excluye la posibilidad de concentrar todas las horas a reducir en un mismo día o en unos mismos días⁶⁷. Y, en segundo lugar, la exigencia, salvo fuerza mayor, de un preaviso de 15 días, o el que se determine en el convenio colectivo aplicable, para el ejercicio de la lactancia y la reducción de jornada –artículo 37.6 del ET-, un plazo de preaviso que aparenta excesivo cuando se trata de necesidades familiares.

Un aspecto de las reformas cuya valoración es positiva en la teoría, pero en la práctica acaso sea negativa, es la regulación de la igualdad en la negociación colectiva. Se otorga prioridad aplicativa a los convenios colectivos de empresa en una serie de materias entre las cuales se incluye la conciliación y otras donde la igualdad está muy implicada –como salarios, horarios o clasificación profesional, artículo 84.2 del ET-. Teóricamente, es bueno acercar la regulación colectiva al terreno y se compadece con la empresarialidad de los planes de igualdad de las grandes empresas. Pero, en la práctica, la regulación de convenios de empresa –en especial las pymes- a veces se muestra poco respetuosa con la igualdad de mujeres y hombres.

Dentro de los aspectos positivos, algunos son más programáticos que creadores de auténticos derechos subjetivos, como (1) la mejora de las cláusulas de prohibición de discriminación, tanto en general como en particular en clasificación profesional, formación profesional y promoción profesional y ascensos –artículos 17, 22, 23 y 24 del ET-, (2) el fomento de

⁶⁷ La autoorganización en la reducción de jornada se examinará en detalle en el Capítulo Octavo.

modos de organización del tiempo de trabajo y descansos para compatibilizar el derecho a la conciliación y la mejora de la productividad en las empresas –artículo 38 del ET-, o (3) el establecimiento en acuerdo o convenio colectivo de prioridades de permanencia a favor de trabajadores con cargas familiares en la movilidad geográfica –artículo 40.5 del ET-.

Algunos otros aspectos, siendo positivos, han quedado a medias. Se ha cambiado –a la vista de la STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez, C-104/09- la titularidad preferentemente del permiso de lactancia para hacerla indistinta –artículo 37.4 del ET-, pero se introduce una regla según la cual si ambos trabajan solo lo podrá disfrutar uno de los progenitores –lo cual es criticable-⁶⁸. También por imperativos comunitarios se salvaguardan las vacaciones cuando se superponen al permiso de paternidad o a la incapacidad temporal –artículo 38.3 del ET-, pero sin referencia alguna a permisos parentales de mayor alcance –a pesar de la STJUE de 22.4.2010, Caso ZLT, C-486/08-, como es la excedencia para cuidado de hijos/as⁶⁹.

Lo anteriormente expuesto conduce a unas conclusiones bastante desalentadoras en orden a la incidencia de la reforma del mercado de trabajo sobre la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres. Así las cosas, se debe de concluir –con la doctrina más autorizada- que *“(se) ha trasladado ... al ámbito personal de los trabajadores con responsabilidades familiares las principales consecuencias del poder empresarial en el ámbito laboral”*, y que *“como si ello no fuera suficiente ... (se) ha establecido, por alteración del artículo 37 del ET, una reducción en los derechos que facilitan la compatibilidad”*, contrastando todo ello frontalmente con el carácter fundamental de los derechos de conciliación⁷⁰.

⁶⁸ La individualización de la titularidad de la lactancia se examinará en detalle en el Capítulo Octavo.

⁶⁹ La conservación de derechos en la excedencia se examinará más en detalle en el Capítulo Octavo.

⁷⁰ María Amparo Ballester Pastor, “De cómo ...”, obra citada, páginas 99 y 100, *passim*. Parecidamente, Alexandre Pazos Pérez concluye, desde una perspectiva crítica, que *“la reforma tiende a conceder al*

b) Igualdad y reforma de la Seguridad Social.

La histórica desigualdad estructural del Sistema de Seguridad Social, cuyo abordaje quedó fuera de la LOIEMH para acometerse a través del Pacto de Toledo, parecía iba a ser corregida con ocasión de la importante reforma constantemente anunciada desde hace algunos años por el Gobierno. Sin embargo, el escaso convencimiento que, sobre el tema de la igualdad, han demostrado siempre los Poderes Públicos, unido a que en el camino se cruzó la crisis económica, desplazaron la igualdad –como tantas otras veces- a un segundo plano. El Documento sobre revisión del Pacto de Toledo, que el Gobierno presentó a 29.1.2011, aunque incluía un apartado sobre el “*impacto de género*”, defraudaba todas las expectativas generadas.

Así es que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización de la Seguridad Social –que culminó el proceso de reforma iniciado con el citado Documento-, no ha remediado la histórica desigualdad estructural del Sistema de la Seguridad Social. Si a ello le unimos que sus dos reformas más destacadas han sido demorar de los 65 a los 67 años la edad ordinaria de jubilación y ampliar de 15 a 25 años el periodo de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, debemos concluir que las mujeres, que suelen interrumpir su trabajo para cuidar a sus hijos/as y a su familia, tendrán más dificultades en acceder a pensiones dignas en el brazo contributivo de la Seguridad Social.

Ciertamente, se introducen algunas medidas directamente referidas a la igualdad entre mujeres y hombres como son la pequeña ampliación de

empresario un mayor poder de disposición del tiempo del trabajador, lo que en la práctica dificultará la conciliación de la vida personal, laboral y familiar”, “La reducción de jornada tras las últimas reformas legislativas”, en el libro colectivo dirigido por Marta Fernández Prieto / Jaime Cabeza Pereiro, “Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012, página 242.

los periodos de ocupación cotizada por cuidado de hijos⁷¹, la tímida regulación del trabajo de colaboración en la explotación familiar⁷², o la incompleta integración –no abarca el desempleo- en el régimen general del régimen especial de empleadas de hogar⁷³. Pero son medidas totalmente insuficientes. Aparte de dejar aparcada la solución de cuestiones de tanta relevancia para las mujeres como la reforma integral de la pensión de viudedad –solo ligeramente retocada⁷⁴-, o la equiparación del trabajo parcial al a tiempo completo –eso sí con un episodio de publicidad legal⁷⁵-.

⁷¹ El artículo 9 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, se dedica a los “*beneficios por cuidado de hijos*”, aunque, a pesar de tan rimbombante título, son beneficios de alcance previsiblemente muy escaso. De un lado, se introduce una disposición adicional, la 60ª, en la LGSS, en el cual se reconoce, dentro de unas exigencias bastante reglamentistas, el cómputo como cotizado de los periodos de interrupción de cotización hasta 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido, una duración que se incrementará anualmente, a partir del año 2013, hasta alcanzar el máximo de 270 días por hijo en el año 2019. De otro lado, se reforma el artículo 180.1 de la LGSS para ampliar el periodo de excedencia para el cuidado de hijo considerado como de ocupación cotizada de 2 años, a los 3 años, en una norma que será más testimonial que efectiva porque, con la crisis de empleo que padece el país, difícilmente alguien estirará la excedencia hasta su duración máxima de 3 años con el riesgo que ello conlleva de desprofesionalización.

⁷² La disposición adicional 52ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, pretende ofrecer una solución a la situación de los cónyuges –usualmente mujeres- de titulares de establecimientos familiares, aunque se trata de una solución (1) incompleta al referirse solo a procesos de nulidad, separación o divorcio, (2) compleja desde la óptica procedimental –si en el marco de esos procesos se acredita el desempeño por uno de los cónyuges de trabajos a favor del negocio familiar, el juez civil comunicará tal hecho a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que se lleven a cabo las actuaciones que correspondan-, y (3) parcial al aludir solo a los procesos de crisis matrimonial, pero no a las crisis de las uniones de hecho.

⁷³ La disposición adicional 39ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, regula la tan esperada integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar –aunque sería mejor decir empleadas- a través de la creación de un Sistema Especial dentro del Régimen General. Si hemos de realizar una lectura crítica de la integración, la debemos hacer poniendo el acento en que la legislación ha procedido, antes que nada –y con una indisimulada finalidad recaudatoria-, a ampliar el ámbito de la afiliación, alta y cotización, declarándolas obligatorias para todas las empleadas de hogar, dejando en contraposición para un futuro incierto la medida estrella para una real integración, que es la extensión de la protección por desempleo.

⁷⁴ Las reformas de la pensión de viudedad son dos muy concretas: (1) La disposición adicional 30ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, habilita al Gobierno para que, a partir de 1.1.2012, mejore la cuantía de la pensión de pensionistas con 65 o más años sin derecho a otras prestaciones públicas. Pero la disposición adicional 9ª del Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, ha aplazado sine die su aplicación. (2) La disposición final 7ª, apartado noveno, de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, introduce un segundo apartado en la disposición transitoria 18ª de la LGSS, para seguir parcheando el dislate que supuso modificar sin transitorias las pensiones de viudedad de cónyuges históricos en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

⁷⁵ La disposición adicional 29ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, anuncia –aquí está la publicidad legal- la presentación por el Gobierno, en un año, de “*un proyecto de ley que mejore la consideración de los periodos cotizados de los trabajadores a tiempo parcial y en los contratos fijos discontinuos*” a través del “*incremento del coeficiente multiplicador establecido actualmente para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente*”. Pero ni el proyecto se presentó, ni la solución de incrementar el coeficiente multiplicador solucionaría la discriminación. La STC 61/2013, de 14 de marzo, ha supuesto resolver el problema como siempre se debió hacer: eliminando el cómputo por horas de las carencias.

No se limitan a las de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, las reformas con incidencia sobre igualdad acometidas en el ámbito de la Seguridad Social. Pero la tónica es la misma: una mezcla de retrocesos con tímidos avances. Al respecto, el mejor ejemplo de los retrocesos es la paralización en la implantación de un permiso de paternidad de 28 días, que corre el riesgo de no llegar nunca a aplicarse⁷⁶. Y el mejor ejemplo de los tímidos avances es la reducción de jornada y la prestación social –introducidas en la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado 2011- a favor de progenitores, adoptantes o acogedores de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, sometiendo la prestación a restricciones⁷⁷.

c) Igualdad y reforma del procedimiento laboral.

El aspecto más amable de las reformas de la legislación social ha sido la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, que, al buscar *“la asignación al juez social de la función de garante ordinario de los derechos fundamentales”* –Exposición de Motivos, IV-, acomete un importante fortalecimiento de la tutela laboral de los derechos de igualdad de género a través de la modificación de las modalidades

⁷⁶ La LOIEMH introdujo un permiso de paternidad de 13 días y previó su ampliación, dentro de los seis años siguientes, a 28 días –disposición transitoria 9ª-. En la Ley 9/2009, de 6 de octubre, se estableció esa ampliación, aunque con una desmesurada *vacatio legis* al no entrar en vigor hasta el 1.1.2011. Pero la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, aplaza su entrada en vigor al 1.1.2012, y el Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, lo hace otra vez ahora hasta el 1.1.2013. Tengamos esperanza, así las cosas, en que el mes del padre no se convierta –por culpa de la crisis económica- en una ley fantasma –es decir, una ley que es derogada antes de su efectiva entrada en vigor-.

⁷⁷ Los presupuestos fácticos de la reducción de jornada y de la prestación económica son distintos, y los de esta son más rigurosos, lo que, aunque acaso tenga cierta lógica en momentos de contención presupuestaria –el dispendio, con todo, no parece excesivo dado lo inusual del supuesto-, la pierde del todo cuando ese mayor rigor deja traslucir un irracional temor a un fraude difícilmente concebible en las trágicas situaciones contempladas en las normas. Y es que no se entiende por qué solo se concede una prestación económica por cada pareja –especialmente en el caso de dos hijos o menores acogidos afectados por cáncer u otra enfermedad grave-, o por qué se exige que el no beneficiario trabaje –dejando sin protección a las familias monoparentales-, o por qué la enfermedad se concretará en norma reglamentaria –con riesgo de desproteger supuestos no listados-. Véase mi estudio “Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave”, *Actualidad Laboral*, número 8, 2011.

procesales especiales sobre derechos de conciliación y sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Pero los problemas surgirán en la aplicación de la LJS, que, siendo una buena ley teórica, ha llegado en el peor momento posible, lo cual mermará la efectividad de sus mejoras⁷⁸.

Baste ahora apuntar las novedades más significativas sin perjuicio de su análisis más profundo en los momentos oportunos⁷⁹. En relación con los derechos de conciliación, las novedades más significativas del artículo 139 de la LJS son: (1) la posibilidad de acumular acción de daños y perjuicios derivados de la negativa del derecho o de la demora en su efectividad, de los que la empresa podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador/a; (2) la posibilidad de aportar informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad; y (3) la extensión del ámbito de esta modalidad al ejercicio de derechos de las trabajadoras víctimas de violencia de género.

En relación con los derechos fundamentales y libertades públicas, las novedades más significativas son: (1) se reconoce competencia social para reclamar por acoso sexual de terceras personas producido en el ámbito laboral –artículos 2.k), 177.1 y 177.4-; (2) se atribuye legitimación a los sindicatos, a través del proceso de conflicto colectivo, en defensa del derecho a la igualdad de género –artículo 18.2-, y a los organismos de igualdad públicos, a través de la impugnación de convenio colectivo, para impugnar aquel con cláusulas discriminatorias –artículo 165.1.a-; (4) se

⁷⁸ De hecho, las críticas realizadas a la LJS desde una perspectiva de género han sido bastante positivas en un análisis teórico, véase mi estudio “Las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de los sexos en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social”, *Lan Harremanak / Revista de Relaciones Laborales*, número 25, 2012. Ahora bien, la conclusión es diferente en un análisis práctico. María Luisa Balaguer Callejón concluye que “*esta Ley produce un importante avance teórico, pero su materialización en el sistema judicial actual sin duda relativizará en muy buena medida su efectividad*”, “El nuevo proceso laboral y la perspectiva de género”, *Artículo 14: Una perspectiva de género*, número 38, 2011.

⁷⁹ La modalidad procesal especial sobre derechos de conciliación se analiza en el Capítulo Octavo y la modalidad procesal especial sobre tutela de derechos fundamentales y libertades públicas se analiza en el Capítulo Décimo Primero, ocupándonos de las normas sobre la prueba en el Capítulo Décimo Segundo.

regula un estatuto procesal de la víctima –artículos 151.5.III y 177.4-; (5) se contemplan medidas cautelares en supuestos de acoso y violencia de género –artículo 180.4, al cual se remiten los artículos 79.7, 139.2 y 297.2-; (6) se detallan los contenidos de la sentencia, en especial la indemnización –artículos 182 y 183-; y (7) se posibilita la resolución laboral a instancia de la persona acosada en la ejecución de los despidos nulos –artículo 286.2-.

IV. LA APLICACIÓN EN ESPAÑA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES Y COMUNITARIAS SOBRE IGUALDAD DE SEXOS.

El sistema español de leyes de igualdad se fundamenta en las normas internacionales y comunitarias obligatorias en España. Así se reconoce en la Exposición de Motivos de la LOIEMH, que se inicia, después de transcribir los artículos 14 y 9.2 de la CE, con la referencia, de un lado, a “(los) diversos textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, evocando en este ámbito las Conferencias de Nairobi 1985 y de Beijing 1995, y, de otro lado, al “acervo comunitario sobre igualdad de los sexos de gran amplitud e importante calado”, citando en este ámbito el Tratado de Ámsterdam y el Tratado de Roma⁸⁰.

Precisamente una de las líneas conductoras de la LOIEMH –que se combina con su concepción de “ley – código de la igualdad entre mujeres y hombres” a que asimismo se alude en su Exposición de Motivos- es la de canalizar la transposición de dos directivas comunitarias: la Directiva

⁸⁰ La cita del Tratado de Ámsterdam es para recordar que en este se acogió el principio de transversalidad. Y la del Tratado de Roma es para recordar que todo el acervo comunitario se desarrolló “con amparo en el antiguo artículo 111 del Tratado de Roma”. Incurrir aquí la LOIEMH en un error material, nunca corregido, porque la cita correcta es, como resulta evidente, al antiguo artículo 119 del Tratado de Roma.

2002/73/CE, modificativa de la 76/207/CEE, y la Directiva 2004/113/CE. Así se dice en su Exposición de Motivos y, siguiendo las recomendaciones de una buena técnica legislativa, se reitera en su disposición final 4ª, oportunamente rubricada “*transposición de directivas*”, donde, además de aludir a las dos recién citadas, se añade que se incorporan a los procesos civil y contencioso administrativo las previsiones de la Directiva 97/80/CE.

Tanto las normas internacionales como las normas comunitarias se han enunciado anteriormente en el Capítulo Primero. Ahora corresponde añadir que, mientras las comunitarias son aplicables –cada una según su distinta eficacia- en España, las internacionales necesitan de ratificación, y, al respecto, España ha ratificado todos los textos sobre derechos humanos de la ONU⁸¹, incluyendo el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)⁸², un buen número –no todos- los de la OIT sobre igualdad⁸³ y maternidad⁸⁴ –estando denunciados los de inspiración paternalista⁸⁵-, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)⁸⁶, y la –más programática- Carta Social Europea (1960)⁸⁷.

⁸¹ La Declaración de Derechos Humanos (1948) no está sujeta a ratificación, los Pactos de Derechos Civiles y Políticos (1966) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), se ratificaron el 27.4.1977, BOE de 30.4.1977, el Convenio 111 sobre discriminación en el empleo de la OIT (1958), el 6.11.1967, y el Convenio sobre discriminación en la educación de la UNESCO (1960), el 20.8.1969.

⁸² Instrumento de ratificación de 16.12.1983, BOE de 21.3.1984. España lo ratificó con una reserva respecto “*a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona*”. El Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (2000), destinado a regulación de un comité de vigilancia, se ratificó el 14.3.2000, BOE de 9.8.2001.

⁸³ El Convenio 100, sobre igualdad de remuneración (1951), el 111, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (1958), el 156, sobre trabajadores con responsabilidades familiares (1981), el 158, sobre terminación de la relación de trabajo (1982), todos ellos con especificaciones relativas a la discriminación sexista, se ratificaron el 6.11.1967 los dos primeros, el 11.9.1985 el tercero, y el 26.4.1985 el cuarto.

⁸⁴ El Convenio 3, relativo al empleo de mujeres antes y después del parto (1919), y el 103, revisión del 3 (1952), se ratificaron el 13.7.1922 y el 17.8.1965. Pero no se ha ratificado el 183, revisión del 103 (2000).

⁸⁵ El Convenio 45, relativo al trabajo subterráneo de las mujeres empleadas en toda clase de minas (1935), y el 89, relativo al trabajo nocturno de las mujeres (1948), se denunciaron el 14.4.2008 y el 27.2.1992.

⁸⁶ Instrumento de Ratificación de 26.9.1979, BOE de 10.10.1979. También España ha ratificado el Protocolo 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (2000), de especial interés a nuestro tema porque establece, en su artículo 1, una prohibición general de discriminación en relación con “*el goce de todos los derechos reconocidos por la ley*”, Instrumento de Ratificación de 6.3.2008, BOE de 14.3.2008.

V. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

Un tópico tan extendido en la doctrina científica como irrefutable en términos de discusión dialéctica es la importancia de la negociación colectiva, por motivos varios⁸⁸, en la efectiva mejora de los parámetros de igualdad de los sexos en las relaciones laborales. Sin embargo, en España a finales de los setenta, la negociación colectiva, no solo desconocía todo compromiso con la igualdad de los sexos, sino que, además, era un semillero de discriminaciones heredadas de las reglamentaciones de trabajo y las ordenanzas laborales franquistas –dobles escalas salariales para hombres y mujeres; cláusulas de celibato y dotes a las mujeres; excedencias feminizadas; prohibiciones paternalistas de determinados trabajos penosos-.

Muy poco a poco desde entonces van desapareciendo las cláusulas discriminatorias y empiezan a aparecer cláusulas antidiscriminatorias en la negociación colectiva a todos los niveles negociales y, en especial en los ámbitos sectoriales estatales y en las grandes empresas, aunque, sin dejar de reconocer importantes avances desde los noventa⁸⁹, el panorama dista

⁸⁷ Instrumento de ratificación de 9.4.1980, BOE de 26.6.1980, aunque se ha denunciado el 6.5.1991, BOE de 10.5.1991, su artículo 8.4.d), donde –en una más que evidente norma paternalista- se prohíbe el trabajo de las mujeres en el interior de las minas y en otros trabajos peligrosos, penosos e insalubres. Hay una versión revisada de 1996 –no ratificada- que, en su artículo 8, se limita a la protección de la maternidad.

⁸⁸ A través de la adecuada regulación de las medidas de igualdad en la negociación colectiva, se fijan los derechos y obligaciones de las partes, en especial si hay conflicto –eficacia ordenadora-, se acomodan a las concretas realidades profesionales en aras a su mayor efectividad práctica –eficacia individualizadora-, se implica a los poderes empresariales en la superación de la desigualdad real –eficacia compensadora-, se facilita el conocimiento de los derechos y obligaciones de las partes en materia de igualdad –eficacia pedagógica-, se somete a criterios de seguridad jurídica la potestad disciplinaria de la empresa y la sancionadora de los Poderes Públicos –eficacia punitiva-, se refuerza simultáneamente la legitimidad de igualdad y negociación colectiva –eficacia legitimadora-, y se evita la aparición de discriminaciones –eficacia preventiva-. Sobre estas cuestiones, véase mi estudio “El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres”, Revista de Derecho Social, número 41, 2008.

⁸⁹ Donde se sitúa temporalmente el pionero estudio de Teresa Pérez del Río / María Fernanda Fernández López / Salvador del Rey Guanter, con una “conclusión general ... negativa aunque esperanzada”,

aún hoy en día de ser el óptimo como lo demuestran los diversos estudios realizados de ámbito estatal⁹⁰ y autonómico⁹¹, y ello a pesar de los compromisos asumidos por los agentes sociales a nivel interconfederal⁹² y de la implantación, a través de la LOIEMH, de mecanismos incisivos de integración de la igualdad en las empresas –véase el Capítulo Décimo-.

A la vista de esos estudios, se pueden alcanzar varias conclusiones generales –a desarrollar en sus oportunos momentos⁹³–: (1) Cláusulas generales antidiscriminatorias y uso del lenguaje susceptibles de mejora.

“Discriminación e igualdad en la negociación colectiva”, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993, página 167. Algunos avances, aunque también el mantenimiento de muchas carencias, se aprecian en el estudio –que se concibe como continuación del anterior algunos años después- “La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva”, coordinado por Teresa Pérez del Río, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999.

⁹⁰ Estudios más actuales son “Orientaciones y Herramientas para incorporar la igualdad de género en la negociación colectiva”, que se centra en 16 ámbitos sectoriales y que coordinó Ricardo Escudero Rodríguez, Instituto de la Mujer, Madrid, 2008, y el que yo mismo coordiné “El principio de igualdad en la negociación colectiva”, CCNCC, Madrid, 2009. La disposición final 5ª de la LOIEMH prevé, a los cuatro años de su entrada en vigor, una evaluación sobre el estado de la negociación colectiva, que se realizó bajo la coordinación de Beatriz Quintanilla Navarro, pero hasta el momento no ha sido publicada.

⁹¹ Con el ámbito territorial correspondiente a su título, “Discriminación de género en la negociación colectiva del País Valencià”, coordinado por Pilar Calvo Escartín, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, “Análisis de la negociación colectiva en la Comunidad Foral de Navarra desde la perspectiva de género”, coordinado por Dolores de la Fuente Vázquez, Gobierno de Navarra, 1998, “Negociación colectiva y prácticas laborales” (referido a Aragón), coordinado por María Elósegui Itxaso, Icaria, 2005, “Análisis de la negociación colectiva en la Comunidad de Madrid desde la perspectiva de género”, coordinado por Dolores de la Fuente Vázquez, Gobierno de Madrid, 2006, y “Estudio sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia”, coordinado por Jaime Cabeza Pereiro, Xunta de Galicia, 2007.

⁹² Todos los Acuerdos Interconfederales sobre Negociación Colectiva desde el año 2002 y hasta el año 2008, han dedicado cada vez más y mejores normas a orientar la negociación colectiva de medidas de igualdad por razón de sexo / género que, en el AINC 2008, aparecían en su Anexo II, donde se recogían ocho criterios generales para orientar la negociación colectiva de medidas de igualdad por sexo / género – que provenían del AINC 2007- y varias orientaciones para adecuar la negociación colectiva a la LOIEMH. Además se mantenía vigente en el AINC 2008 lo pactado en orden a la violencia de género en el AINC 2007. Véase Eva Saldaña Valderas, “Diálogo social, acuerdos interconfederales para la negociación colectiva e igualdad entre mujeres y hombres”, Temas Laborales, número 103, 2010. También los Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010/2012 y 2012/2014 contemplan – pero más someramente- la igualdad de los sexos entre los objetivos fundamentales del convenio colectivo.

⁹³ Las cláusulas generales antidiscriminatorias se analizan cuando se analiza la plasmación general del principio de igualdad de trato en el ordenamiento jurídico laboral en el Capítulo Cuarto. El uso del lenguaje se analiza cuando se analiza el lenguaje no sexista en el Capítulo Noveno. Las comisiones de igualdad se analizan en el oportuno epígrafe del Capítulo Décimo. Sobre el mantenimiento de algunas discriminaciones, en especial indirectas, ver Capítulo Cuarto. Sobre la ausencia de medidas suficientes de acción positiva, ver Capítulo Quinto. El tratamiento en la negociación colectiva del acoso sexual y del acoso sexista, de la maternidad y de la conciliación se abordan en Capítulos Sexto, Séptimo y Octavo. Y el tratamiento en la negociación colectiva de los derechos de víctimas de violencia de género en el Capítulo Quinto. Más ampliamente sobre todo ello véase el estudio que dirigí y escribí con Belén Fernández Docampo, Francisca Fernández Prol y Jaime Cabeza Pereiro, “El principio ...”, obra citada.

(2) Irregular implantación de comisiones de igualdad. (3) Mantenimiento de algunas discriminaciones, en especial indirectas y en materia retributiva. (4) Aplicación irregular de las acciones positivas. (5) Progresiva mejora en temas de acoso sexual y sexista. (6) Escasa intervención negocial en temas de maternidad. (7) Regulación de la conciliación abundante –como si la igualdad se limitase a la conciliación- aunque no siempre adecuada. (8) Progresiva implantación de derechos de víctimas de violencia de género.

Desde la perspectiva de los niveles negociales, se aprecia, dicho en términos generales, una mejor implantación de la igualdad en los niveles negociales de sector estatal y autonómicos, y en las grandes empresas, operando normalmente estos niveles como locomotoras de la igualdad de género en la negociación colectiva. Los niveles negociales inferiores suelen mostrar menos interés en la igualdad de género, apareciendo más discriminaciones directas e indirectas y menos medidas de igualdad de oportunidades. Todo lo cual es apreciación hecha en términos generales, porque aún en convenios de niveles superiores aparecen ocasionalmente discriminaciones, y existen convenios modélicos en pequeñas empresas.

PARTE SEGUNDA

EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

CAPÍTULO TERCERO

LA CONFIGURACIÓN GENERAL DEL DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

SUMARIO: I. LAS DIMENSIONES DE LA IGUALDAD COMO VALOR, COMO PRINCIPIO Y COMO DERECHO: a) Perspectiva constitucional. b) El reconocimiento del derecho a la igualdad de los sexos en la legalidad infraconstitucional. II. CONTENIDOS ESENCIAL, PROMOCIONAL Y ESPECÍFICO DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES. III. TITULARIDAD: a) Igualdad y extranjería. b) Personas jurídicas y grupos sociales. c) Unilateralidad / Bilateralidad. d) El efecto oveja negra. IV. UNIVERSALIDAD OBJETIVA. V. UNIVERSALIDAD SUBJETIVA: a) La eficacia frente a todos de la tutela de la igualdad de los sexos. b) La aplicación territorial de la tutela de la igualdad de los sexos. VI. VOCACIÓN DE EFICACIA. VII. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES: a) La fuerza expansiva de la igualdad de los sexos. b) La interpretación a favor de la igualdad de los sexos. c) Su aplicación en el derecho social. d) La función integradora del principio de igualdad de los sexos. Su aplicación en el derecho social.

I. LAS DIMENSIONES DE LA IGUALDAD COMO VALOR, COMO PRINCIPIO Y COMO DERECHO.

a) Perspectiva constitucional.

La Constitución, en su artículo 1.1, propugna la igualdad –sin mayor adjetivación, y, en concreto, sin adjetivar como igualdad de los sexos– como un valor superior del ordenamiento jurídico español, conectándolo, junto a la libertad, la justicia y el pluralismo político –que son los otros valores superiores que se propugnan–, con la realización del Estado social y democrático de Derecho en el que se constituye España. A través de los

valores, “*se sitúa el Derecho en el mundo de la Cultura*”¹. Y la conjunción de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como los cuatro valores superiores del ordenamiento jurídico español nos conducen a “*una determinada cultura: una sociedad justa, democrática y avanzada*”².

Se caracterizan los valores superiores –cuya positivización es, dentro del constitucionalismo, una peculiaridad de nuestro texto constitucional– por admitir grados de intensidad, aunque siempre hay un contenido irrenunciable –por ejemplo, aún sin más desarrollo legislativo, el valor de la libertad impide una legislación esclavista, o el valor de la igualdad impide la segregación racial-. Como no se establece una jerarquía entre los valores superiores, se autolimitan, de ahí que, en la contraposición entre libertad e igualdad, ninguna puede prevalecer de un modo absoluto –no siendo posible ni un liberalismo extremo justificador de la pobreza general de la población, ni un igualitarismo uniformista cercenador de la libertad-³.

¹ Gregorio Peces Barba, quien –dicho en un muy apretado resumen- considera que los valores superiores del ordenamiento jurídico español (1) tienen carácter normativo, no son meros consejos, ideales u orientaciones, sino obligatorios especialmente para los operadores jurídicos, (2) representan las aspiraciones ideales de la comunidad desarrolladas en la propia Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, (3) identifican el concreto modelo de sistema político, diferenciándolo de otros modelos diferentes y actuando como mecanismo de integración social alrededor de esos valores, (4) se desarrollan a través de la legislación y de la aplicación judicial, que no puede sustituirlos por otros valores contrapuestos, operando así como límites del poder, y (5) cumplen una función crítica sobre la parte normativizada de los valores para que esta se desarrolle más, avanzando en el desarrollo de los valores, “Los valores superiores”, Editorial Tecnos, Madrid, 1988 –la cita literal del texto principal en página 52-.

² Utilizando las palabras literales de María Amparo Ballester Pastor / María Ballester Cardel, “Significado general y conceptual de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2009, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, coordinados por Tomás Sala Franco / María Amparo Ballester Pastor / José María Bañó León / José Miguel Embid Irujo / José María Goerlich Peset, Editorial La Ley, Madrid, 2008, página 36.

³ Tal contraposición la podemos encontrar desarrollada en Óscar Alzaga Villaamil en “Los valores superiores del ordenamiento jurídico”, dentro de la obra coescrita con Ignacio Gutiérrez Gutiérrez / Jorge Rodríguez Zapata, “Derecho Político español según la Constitución de 1978”, Volumen I “Constitución y Fuentes del Derecho”, 3ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, páginas 282 a 289. Aunque –añadimos nosotros- libertad e igualdad no se contraponen cuando no estamos hablando de la igualdad general, sino de la concreta igualdad entre mujeres y hombres, porque lo legalmente pretendido no es una igualdad de resultados, sino de trato y oportunidades para la erradicación de los prejuicios de género, lo cual, como parece evidente, incrementa paralelamente la libertad y la igualdad de las personas. Desde esa perspectiva, no debiera resultar difícil sustentar la legislación sobre igualdad entre mujeres y hombres en un doble fundamento: en el valor superior de la igualdad y en el valor superior de la libertad.

Y, en cuanto a la eficacia jurídica de la proclamación constitucional de los valores superiores del ordenamiento jurídico, la tesis doctrinal más elaborada distingue una triple eficacia: la fundamentadora del ordenamiento jurídico, la hermenéutica desde una interpretación finalista y la crítica de la legitimación del sistema normativo. Aplicada esa triple eficacia al valor superior de la igualdad, se la considera *“el contexto axiológico fundamentador o básico para la interpretación del ordenamiento jurídico, el postulado guía para orientar la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución, y el criterio para medir la legitimidad de las distintas manifestaciones del sistema de legalidad”*⁴.

También la Constitución avala la dimensión de la igualdad como principio jurídico en especial a través de su artículo 14, colocado dentro del Capítulo Segundo del Título Primero, con carácter previo a su división en Secciones –dando lugar a un llamativo *“ostracismo seccional”*⁵-, lo cual nos obliga a indagar si existen distinguos entre valores superiores y principios jurídicos, afirmándose, de una manera pacífica en la doctrina, que aquellos son metanormas de estos o que estos son concreciones de aquellos. Aunque no es siempre fácil deslindar –ni en su concepto ni en su eficacia- los valores superiores de los principios jurídicos, y menos aún cuando, como el caso de la igualdad, es valor superior y principio jurídico⁶.

⁴ Antonio Enrique Pérez Luño, “Dimensiones de la igualdad”, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, página 85. La triple eficacia fundamentadora / interpretativa / crítica de los valores superiores del ordenamiento jurídico español recogidos en el artículo 1.1 de la Constitución –que, por su claridad y precisión, ha tenido una importante acogida en la doctrina constitucional española- ya la había expuesto en “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, páginas 286 a 295.

⁵ Magdalena Nogueira Guastavino, comentario a los artículos 1 y 2 en “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, codirigidos por Carmen Sánchez Trigueros / Antonio Vicente Sempere Navarro, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, página 64.

⁶ Como explica Asunción Ventura Franch, *“la delimitación entre ambos no resulta del todo fácil y, en ocasiones, se utilizan indistintamente porque es más lo que los une que lo que los separa ... los principios tendrían sus raíces en los valores y serían una concreción de aquellos ... desde esta perspectiva los principios deben de ser interpretados de acuerdo con los valores y, además, estos deben de orientar la concreción de los principios ... la concreción del contenido material puede resultar excesivamente problemática cuando se trata de un concepto ... al que la Constitución le da esa doble dimensión como valor y como principio ... (que) refleja la importancia que el constituyente le asigna ... la igualdad será*

El adecuado entendimiento de los principios jurídicos aconseja contrastar su técnica de aplicación con la técnica de aplicación de las reglas jurídicas típicas. Se aplican las reglas jurídicas típicas conforme a la técnica de la subsunción, de modo que, si un caso real encaja en su presupuesto de hecho, se aplica su consecuencia jurídica, y si no encaja, no se aplica. Mientras los principios jurídicos se aplican conforme a la técnica de la ponderación, que no se plantea en términos de sí o no, sino de más o menos, tratando de optimizar un valor –como la igualdad que se propugna como un valor superior del ordenamiento jurídico español- para darle su máxima efectividad atendiendo a las circunstancias del concreto caso real⁷.

Frente al reconocimiento de la dimensión de la igualdad como valor / principio, la Constitución no reconoce expresamente la dimensión de la igualdad como derecho subjetivo. Pero se abre el camino para admitirla por la amplitud del propio artículo 14 –que no limita su campo de acción a los derechos reconocidos en la Constitución, o en una parte de ella⁸-, y su asimilación, a efectos del amparo judicial, con los derechos fundamentales y libertades públicas –artículo 53.2-⁹, y por el establecimiento, en el

(así) valor y estará en el propio fundamento del Estado ... al mismo tiempo será inspirador de principios en cuanto que metanorma, y generador de reglas prescriptivas en cuanto que principio”, “Las mujeres y la Constitución Española de 1978”, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, páginas 155 a 157, *passim*.

⁷ Tal diferencia, que es clásica en la doctrina constitucionalista, se ha plasmado por Robert Alexy en “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, página 86.

⁸ Como destaca Luis María Díez-Picazo, “una observación de crucial importancia (es que) el principio de igualdad ante la ley del artículo 14 CE rige respecto de cualesquiera relaciones jurídicas previstas por el ordenamiento”, a diferencia del artículo 14 del CEDH, que “no opera en cualesquiera relaciones jurídicas, sino únicamente respecto del goce de los derechos reconocidos por el propio Convenio”, “Sistema de derechos fundamentales”, Editorial Civitas, Madrid, 2003, páginas 175 y 176. Tal limitación la resuelve el Protocolo 12 al CEDH (2000), que establece, en su artículo 1, una prohibición general de discriminación en “el goce de todos los derechos reconocidos por la ley”, Instrumento de Ratificación de 6.3.2008, BOE de 14.3.2008. También el artículo 2 de la DUDH se limita a garantizar la igualdad solo en los derechos proclamados, aunque lo corrige el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (1979), al establecer su aplicación en todas las esferas –artículo 1-.

⁹ Aunque el artículo 14 no se incluye en ninguna de las dos Secciones del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución, las precede como un frontispicio y su protección se asimila a la de los derechos fundamentales y las libertades públicas –de la Sección 1ª- porque vincula a todos los poderes públicos y la ley respetará su contenido esencial –artículo 53.1-, sus violaciones se encuentran protegidas a través del amparo constitucional y ordinario –artículo 53.2-, y la defiende el Defensor del Pueblo –artículo 54-. Tal asimilación de la igualdad con los demás derechos fundamentales que impregna el texto

artículo 9.2, de la obligación del poder público de promover la igualdad “*real y efectiva*” que justifica derechos de prestación temporales –acciones positivas- y también permanentes –medidas de igualdad de oportunidades-.

A la vista de la amplitud del texto constitucional, no extraña que, tanto en la jurisprudencia constitucional como en la doctrina científica, se haya destacado la existencia, dentro del principio genérico de igualdad, de aspectos de derecho subjetivo¹⁰. Tales aspectos son aún más evidentes si aparecen implicadas causas de discriminación¹¹, y, en particular, la sexista, donde el análisis de género lleva al reconocimiento de derechos subjetivos en cualesquiera ámbitos de las relaciones jurídicas, obligando a un desarrollo legislativo transversal de la tutela de la igualdad por causa de sexo. La tutela antidiscriminatoria exige un desarrollo legislativo general¹².

constitucional cede en único supuesto significativo, y es a los efectos del artículo 81 de la CE, de modo que, para el desarrollo legislativo de la igualdad no es necesaria ley orgánica, ya que, según se afirmó en la STC 76/1983, de 5 de agosto, “*el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas*”.

¹⁰ Ya la STC 49/1982, de 14 de julio, razonaba –para concluir la vinculación de los órganos judiciales a sus precedentes, salvo cambio motivado de criterio- que “*el artículo 14 ... establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual*”. Citando esta y otras sentencias, Magdalena Nogueira Guastavino ha sostenido que, aun siendo reconocida la igualdad como un principio, “*ello no le impide ser un derecho subjetivo en sus vertientes más importantes*”, comentario a los artículos 1 y 2, en “Comentarios ...”, obra citada, página 64. A una conclusión semejante, después de reconocer la existencia de importantes discusiones sobre la naturaleza jurídica de la igualdad en la CE y analizando la jurisprudencia emanada del TC, llegan María Amparo Ballester Pastor / María Ballester Cardel, “Significado ...”, obra citada, páginas 39 a 42.

¹¹ En un sentido semejante, Magdalena Nogueira Guastavino afirma que “*en la prohibición de una serie de motivos o razones concretas de discriminación (es) donde el derecho subjetivo se revela con mayor fuerza*”, comentario a los artículos 1 y 2 en “Comentarios ...”, obra citada, página 64. También es oportuno recordar que, en la vieja STC 80/1982, de 20 de diciembre, se hablaba ya del “*derecho a la no discriminación*” –en el caso era por nacimiento-, y así se nos recuerda en la STC 3/2007, de 15 de enero.

¹² La afirmación, contenida en la STC 76/1983, de 5 de agosto, de que el derecho a la igualdad, aunque “*puede ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica ... en cambio no (puede) ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general*”, fundamentada en que “*el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas*”, es válida cuando se trata de la igualdad genérica, y en ella insiste Luis María Díez-Picazo, “Sistema ...”, obra citada, páginas 174 y 175. Pero es inaplicable cuando se trata de la prohibición de discriminación, y, en particular, cuando se trata de la discriminación sexista, como lo demuestra la propia existencia de textos internacionales y comunitarios específicos sobre discriminación sexista. Al seguir esa tendencia, la LOIEMH, sin corregirla, sitúa la doctrina constitucional en sus justos términos.

b) El reconocimiento del derecho a la igualdad de los sexos en la legalidad infraconstitucional.

Después de afirmar que *“las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes”*¹³, la LOIEMH, en su artículo 1.1, reconoce la dimensión de la igualdad como derecho subjetivo cuando establece que *“esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en desarrollo de los artículo 14 y 9.2 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria”*¹⁴.

Así las cosas, el legislador reconoce nominalmente la existencia de un derecho a la igualdad, tanto por la expresa literalidad de la norma –que no ofrece campo alguno a la discusión-, como por su colocación sistemática –en el mismo artículo 1.1 de la LOIEMH-. La trascendencia de ese reconocimiento se debe entender, no solo desde la perspectiva de la

¹³ Tal declaración general se introdujo en la tramitación parlamentaria justificándose en la conveniencia de iniciar, con una declaración hasta entonces inédita en el derecho estatal español, una ley de igualdad de mujeres y hombres. Está inspirada en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde se afirma que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. Es una introducción afortunada, aunque hubiera sido mejor, dada la entidad programática de esa declaración general, introducirla en un artículo independiente del relativo al objeto de la ley. Al no haberlo hecho así el legislador, como destaca Asunción Ventura Franch, *“nos encontramos con dos aspectos claramente diferenciados en el mismo apartado”*, un aspecto es la declaración general y el otro aspecto es el objeto de la ley, comentario al artículo 1, en *“Comentarios a la Ley de Igualdad”*, dirigidos por José Ignacio García Ninet, y coordinados por Amparo Garrigues Jiménez, Editorial CISS, Valencia, 2007, página 34.

¹⁴ Si la declaración general con la cual se inicia el apartado 1 del artículo 1 de la LOIEMH encuentra una evidente inspiración iusinternacionalista, cual es el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la referencia al objeto de la ley que completa el contenido normativo del apartado 1 del artículo 1 de la LOIEMH asimismo encuentra otra evidente inspiración iusinternacionalista, cual es el artículo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación, donde literalmente se establece que, *“a los efectos de la presente Convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará 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, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*.

triple dimensión constitucional de la igualdad como valor / principio / derecho, subrayando la dimensión de mayor intensidad jurídica, sino también desde la perspectiva de la propia evolución de las ideas feministas, que quieren superar el concepto de la igualdad solo como un principio o una prohibición, reclamando derechos reales –véase el Capítulo Primero-.

El reconocimiento nominal de la igualdad en su dimensión de derecho subjetivo que aparece en el artículo 1.1 de la LOIEMH, se completa con aquellos elementos sustantivos generales –que analizamos a continuación: amplios contenidos, titularidad general, universalidad objetiva, eficacia entre privados, aplicación territorial, vocación de eficacia- que permiten construir un auténtico derecho subjetivo a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres –artículos 1 a 3 de la LOIEMH-. Tales reconocimiento nominal y aporte de elementos sustantivos no le permiten olvidar a la LOIEMH que la igualdad ostenta una dimensión como valor / principio –que se manifiesta en su artículo 4-.

II. CONTENIDO ESENCIAL, PROMOCIONAL Y ESPECÍFICO DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES.

El derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un derecho humano de contenido complejo y en el que se aprecian grosso modo dos clases de contenidos. Uno es el contenido esencial cuyo amparo se encuentra en el artículo 14 de la Constitución. A él se refiere el artículo 3 de la LOIEMH cuando establece que *“el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el*

estado civil”. De esta manera se asimila legalmente el contenido esencial al principio de igualdad de trato y a la prohibición de toda discriminación¹⁵.

Al encontrar su amparo en el artículo 14 de la Constitución, el derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres lleva aparejada las notas características de su colocación sistemática dentro del Capítulo Segundo del Título Primero, con carácter previo a su división en Secciones: la igualdad vincula a todos los poderes públicos y la ley respetará su contenido esencial –artículo 53.1-; las violaciones de la igualdad se encuentran protegidas a través del recurso de amparo constitucional y del recurso de amparo ordinario –artículo 53.2-; la defiende el Defensor del Pueblo –artículo 54-; no se considera derecho fundamental o libertad pública a efectos de su desarrollo a través de ley orgánica –artículo 81.1-.

La concepción de la igualdad material y la introducción de la perspectiva de género en el análisis de las desigualdades sexuales, buscando erradicar los prejuicios contra las mujeres, ha obligado a construir nuevas categorías jurídicas que desbordan la prohibición de discriminación –medidas de acción positiva, medidas de igualdad de oportunidades o medidas de participación equilibrada en los ámbitos de toma de decisiones-. Podemos así hablar de un contenido promocional cuyo amparo lo encontramos en el artículo 9.2 de la Constitución y que, por contraposición a lo que se establece en el artículo 3 de la LOIEMH, se asimila al principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

¹⁵ Al realizar esta asimilación entre el principio de igualdad de trato y la prohibición de toda discriminación –sea directa o sea indirecta-, la LOIEMH hace quebrar la opinión –sustentada en la doctrina anglosajona- de que la discriminación directa emparenta con la igualdad de trato y la discriminación indirecta emparenta con la igualdad de oportunidades –véase Carmen Sáez Lara, “Mujeres y mercado de trabajo”, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, página 53-. Tal decisión legislativa es, a nuestro juicio, correcta y conveniente. Correcta porque la clave de la distinción entre la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades se encuentra en que aquella atiende a diferencias de trato y esta a diferencias de estado, y la discriminación indirecta es una diferencia de trato. Y conveniente porque la utilización en muchas normas de la expresión igualdad de trato allana, a través de la asimilación de la igualdad de trato con la prohibición de toda discriminación, la aplicación de la discriminación indirecta.

Se encuentra la diferencia básica en el tratamiento jurídico de las igualdades de trato y de oportunidades en que la de trato es fundamental e inderogable, mientras la de oportunidades es derivada o relativa¹⁶. Al ser aquella fundamental e inderogable, reconocida constitucionalmente, ni el legislador ordinario la puede infringir ni precisa, para su exigibilidad, de intermediación del legislador ordinario, aunque este puede –rectius, debe-facilitarla –de ahí la conveniencia de su reiteración y concreción en las leyes infraconstitucionales-. Y al ser esta derivada o relativa, sí precisa de intermediación del legislador ordinario –en sentido amplio inclusivo de los agentes sociales- para la concreción de las medidas creadoras de derechos.

Otra diferencia –seguiremos viendo más a lo largo de la exposición- se refiere a la estructura de los derechos basados en la igualdad de trato y en la igualdad de oportunidades. Los primeros, debido a su contenido prohibitivo, presentan una estructura reaccional que atribuye a sus titulares la facultad de exigir frente a terceros un no hacer –no discriminar directa o indirectamente-. Los segundos presentan –en su concreción legal o en la negociación colectiva- una estructura prestacional que atribuye a sus titulares facultades más amplias que la reaccional y que pueden obligar a un dar –por ejemplo, a la empleadora a conceder un permiso parental- o a un hacer –por ejemplo, a la empleadora a prevenir acoso sexual o sexista-

17.

¹⁶ Fernando Rey Martínez, trayendo a colación la distinción –que toma de Ronald Dworkin, “Los derechos en serio”, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, página 332- entre el derecho a igual tratamiento, que se corresponde con la prohibición de discriminaciones directas e indirectas, y el derecho a ser tratado como un igual, que se corresponde con el principio de las acciones positivas o, más ampliamente –esto es añadido nuestro-, con las medidas de reconocimiento de derechos subjetivos, “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, Editorial Mac Graw Hill, Madrid, 1995, página 65 y nota 3.

¹⁷ Con trazos muy gruesos, la igualdad de trato presenta una estructura similar a los derechos civiles de estructura reaccional –que son derechos humanos de primera generación-, y la igualdad de oportunidades a los derechos sociales de estructura prestacional –que son derechos humanos de segunda generación-. Sin embargo, los derechos humanos de primera generación no contemplaban como tal derecho humano la prohibición de discriminación –esto es la igualdad de trato-, y su contemplación como derecho humano – junto con la igualdad de oportunidades- coincide con la eclosión de los derechos humanos de segunda generación. Ello explica que importantes aspectos de la prohibición de discriminación –como es su eficacia entre privados- no se correspondan con las características propias de los derechos humanos de

No se agota ahí la complejidad del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. En ciertos ámbitos –cuyo denominador común es su fuerte implicación con los prejuicios de género: la violencia, la maternidad, la conciliación o el acceso a los ámbitos de toma de decisiones- han surgido nuevos derechos vinculados a la igualdad –como no sufrir acoso sexual o sexista, o derechos de maternidad, conciliación, o empoderamiento en la toma de decisiones- cuyo contenido presenta en proporción variable aplicaciones de las categorías jurídicas básicas –prohibición de discriminaciones directas e indirectas y medidas de acción positiva, igualdad de oportunidades y participación equilibrada-¹⁸.

Concluyendo, el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un derecho complejo que se edifica sobre una serie de categorías jurídicas –que constituyen sus contenidos esencial y promocional- y, a su vez, esas categorías jurídicas crean, al aplicarse en unos ámbitos con fuerte implicación de prejuicios de género –y, por ello, las más sensibles en orden a generar desigualdades-, otros derechos derivados del derecho madre –que constituyen un contenido específico-. Así las cosas, el derecho a la igualdad de mujeres y hombres conforma una constelación de derechos con un nomen iuris propio. No se trata, dicho sea de paso, de un fenómeno extraño en el ámbito de los derechos humanos¹⁹.

primera generación –pensados principalmente para su ejercicio frente a los poderes públicos-. De ahí que, como se dijo de entrada, la similitud que aquí se está apuntando se ha realizado con trazos muy gruesos.

¹⁸ Un denominador común de estos derechos específicos es que, en todos ellos, aparecen implicados otros derechos fundamentales: en el derecho a no sufrir acoso sexual o sexista en la relación laboral aparecen implicados los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad personal –artículos 15 y 18 de la CE-; en el derecho a la maternidad aparece implicado el derecho a la salud de la madre –artículo 15 de la CE-; en los derechos de conciliación aparece implicado el derecho a la intimidad personal y familiar –artículo 18 de la CE-; en el derecho a la democracia paritaria aparece implicado el derecho a la participación política en condiciones de igualdad –artículo 23 de la CE-. Tal circunstancia determina la existencia de fuertes especialidades en su regulación derivadas de la implicación de esos otros derechos fundamentales –por ejemplo, el suponer riesgos para la integridad física y moral determina el régimen jurídico positivo de los acosos sexual y sexista, y también muy fuertemente del derecho a la maternidad-.

¹⁹ Al contrario, es algo predicable de casi todos –sino todos- los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución. Por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva –artículo 24.1 de la Constitución- también se construye

III. TITULARIDAD.

a) Igualdad y extranjería.

Siendo un derecho humano, el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres tiende a ser derecho de titularidad general. Pero lege data la solución está más matizada. De entrada, el artículo 14 de la CE se refiere a “*todos los españoles*”, lo que literalmente deja fuera a los extranjeros. Mientras el artículo 2.1 de la LOIEMH establece que “*todas las personas gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo*”, lo que, aunque incluye a las personas extranjeras, literalmente deja fuera los derechos derivados del principio de igualdad de oportunidades, limitando así la titularidad general a la igualdad de trato.

Para el entendimiento del artículo 2.1 de la LOIEMH, es necesario partir de lo que establece el artículo 14 de la CE: la referencia a “*todos los españoles*” implica que, a través del principio de igualdad, los extranjeros/as no pueden acceder a los derechos de los españoles/as, disponiendo solo de aquellos derechos que les reconozcan las leyes o los tratados –artículo 13 de la CE-. Cosa distinta es que, al establecer diferencias entre españoles/as y extranjeros/as en materia de derechos fundamentales, el legislador se deba someter a criterios de razonabilidad. Y

sobre una serie de categorías jurídicas –el derecho de acceso a la justicia o la prohibición de indefensión– que, al aplicarse a determinadas materias –precisamente aquellas más sensibles en orden a generar vulneración de la tutela judicial efectiva–, también crean derechos derivados del derecho madre –como son los reconocidos en el artículo 24.2 de la Constitución: al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia–.

cosa distinta es que, reconocidos derechos a las personas extranjeras, esos derechos se aplicarán sin introducir ni desigualdades ni discriminaciones²⁰.

¿Qué aporta el artículo 2.1 de la LOIEMH? Una interpretación es considerarlo una mejora de la norma constitucional, aplicando el derecho a la igualdad a extranjeros/as y españoles/as²¹. Pero ello fuerza la letra de la norma, referida solo a la igualdad de trato, no a la de oportunidades. Otra interpretación es remitir la cuestión de la titularidad a cada relación jurídica concreta en la cual la igualdad de aplique²². Pero ello hace la norma inútil. A nuestro juicio, la norma reconoce a favor de “*todas las personas*” españolas o extranjeras solo la “*igualdad de trato*”. En lo demás, se estará a los artículos 13 y 14 de la CE, de donde la igualdad de oportunidades incluirá a los extranjeros/as según la regulación de las leyes y los tratados.

De este modo, ninguna persona extranjera, cualquiera que sea su situación administrativa, puede ser sometida a discriminación sexista, reconociéndosele las acciones oportunas por la conducta discriminatoria independientemente de los derechos que le puedan corresponder en la relación subyacente –que se pueden encontrar condicionados a la exigencia de una determinada situación administrativa-. Claramente esto se deduce de la regulación de la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios – artículos 69 a 72 de la LOIEMH²³-. Y, antes de la LOIEMH, se había

²⁰ Véase, en cuanto a estas apreciaciones, Luis María Díez-Picazo, “Sistema ...”, obra citada, página 176.

²¹ Fundamenta Asunción Ventura Franch esta interpretación en dos razones: “*porque en sí la igualdad está íntimamente conectada con la dignidad humana (y) porque su contenido material tiene objetivos globales destinados a poner en marcha no solo el artículo 14, o la erradicación de discriminaciones, sino también el 9.2 –actividad promocional de la igualdad real y efectiva- y el artículo 1.1 de la CE –la igualdad como valor*”, comentario al artículo 2 en “Comentarios ...”, obra citada, páginas 42 a 55.

²² Magdalena Nogueira Guastavino, comentario a los artículos 1 y 2 en “Comentarios ...”, obra citada, páginas 67 y 68, *passim*. También se remite a los regímenes concretos María Dolores Valdueza Blanco, “Nacionalidad, regularidad y multiculturalidad en el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, dentro del libro colectivo, que coordina Jesús Ramón Mercader Uguina, “Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

²³ No puede ser más clara al respecto la estricta literalidad de los artículos 69 a 72 de la LOIEMH: en ninguno de ellos –y entendemos no se trata de una casualidad- se habla de igualdad de oportunidades, solo de igualdad de trato y de prohibición de discriminación –véase en especial el artículo 69.1-; y la

aplicado alguna vez en la doctrina judicial –por ejemplo, cuando se declaró la nulidad del despido de trabajadora extranjera irregular por embarazo²⁴–.

Ahora bien, ello no obliga –aquí se aplicarían, al ser aspectos no contemplados en el artículo 2.1 de la LOIEMH, los artículos 13 y 14 de la CE- a reconocer a todas las personas extranjeras los mismos derechos que a los españoles/as en relación con el contenido promocional del derecho a la igualdad, debiéndose estar a lo establecido, para cada caso, en las leyes y en los tratados en cuanto a la exigencia de una determinada situación administrativa para el acceso o el ejercicio de los derechos de que se trate. Cosas distintas –como se dijo-, son, si se reconocen derechos de igualdad de oportunidades a las personas extranjeras, que se deben de reconocer sin discriminación sexista, y que se deben de aplicar sin discriminación sexista.

b) Personas jurídicas y grupos sociales.

La problemática acerca de si las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales²⁵ se puede entender resuelta, en relación con el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, con la literalidad el artículo 2.1 de la LOIEMH: al

acción indemnizatoria de que disponga la persona que haya sufrido discriminación se entiende sin perjuicio de las otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil –artículo 72.1-.

²⁴ La STSJ/Cataluña de 30.5.2002, RS 969/2002, declaró la nulidad –con condena a obligatoria readmisión y con abono de salarios de tramitación- de un despido verbal cuyo motivo real –según la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia- fue “*el haber planteado (la trabajadora) al empresario que no podía realizar sobreesfuerzos desmedidos y desproporcionados como consecuencia de estar embarazada*”. Tal Sentencia fue confirmada en la STS (Social) de 29.9.2003, RCU 3003/2002.

²⁵ Junto a la extranjería, el otro gran problema en orden a la delimitación de la titularidad de los derechos fundamentales se plantea, precisamente, en referencia a las personas jurídicas. Y es que los derechos fundamentales nacieron como derechos humanos, esto es del ser humano entendido como persona física. Su extensión a las personas jurídicas fue posterior, justificándose en (1) que los derechos fundamentales, además de derechos humanos subjetivos, encarnan valores institucionales que deben de ser respetado y que son aplicables a las personas jurídicas, y (2) que las personas jurídicas canalizan intereses de las personas físicas, de modo que, garantizando los derechos fundamentales de aquellas, se garantizan los de estas. De este modo, la jurisprudencia constitucional española admite la extensión de los derechos fundamentales a las personas jurídicas en la medida en que, según su respectiva naturaleza, les sean aplicables. Más ampliamente, Luis María Díez-Picazo, “Sistema ...”, obra citada, páginas 125 a 127.

hablar sin distinciones de “*todas las personas*” se está incluyendo tanto a las físicas como a las jurídicas²⁶. Tal solución aparece ratificada en el artículo 12 de la LOIEMH que reconoce el derecho a la tutela judicial a “*cualquier persona*” –apartado 1-, y, expresamente, se atribuye capacidad y legitimación en los procesos civiles, sociales y contencioso administrativos, a “*las personas físicas o jurídicas con interés legítimo*” –apartado 2-.

Mención especial merecen las personas jurídicas públicas. Como los derechos fundamentales son derechos frente a los Poderes Públicos, reconocérselos a estos desvirtuaría su significación, de ahí se les niegue o se les restrinja su titularidad o su ejercicio. La cuestión, sin embargo, se debe de replantear en el ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres²⁷. Y es que la LOIEMH implica especialmente en la lucha por la igualdad a los Poderes Públicos, llegando a atribuir legitimación a los organismos públicos competentes cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación –artículo 12 y disposiciones adicionales 5ª y 6ª de la LOIEMH, modificativas de la LEC y de la LJCA-.

Alguna doctrina defiende la titularidad grupal de los derechos de igualdad dado el carácter grupal de la discriminación y la referencia a los grupos del artículo 9.2 de la CE²⁸. Tal afirmación se comparte si la entendemos en un sentido no técnico jurídico, dado el protagonismo social de los grupos de mujeres que la LOIEMH reconoce en algunos ámbitos. Por ejemplo, la Corporación RTVE y la Agencia EFE fomentarán “*la relación con asociaciones y grupos de mujeres para identificar sus necesidades e intereses en el ámbito de la comunicación*” –artículos 37.2 y

²⁶ En igual sentido, Asunción Ventura Franch, recordando que la jurisprudencia constitucional española admite la extensión de los derechos fundamentales a las personas jurídicas en la medida en que, por su naturaleza, les sean aplicables, comentario al artículo 2, “Comentarios ...”, obra citada, página 51.

²⁷ En igual sentido, Asunción Ventura Franch, quien, para abordar la cuestión en la LOIEMH, considera insuficientes soluciones restrictivas, comentario al artículo 2, “Comentarios ...”, obra citada, página 54.

²⁸ Asunción Ventura Franch, comentario al artículo 2, “Comentarios ...”, obra citada, páginas 51 a 54.

38.2.-. Otras referencias menos explícitas a la participación de los grupos de mujeres aparecen en otras normas –por ejemplo, en materia urbanística²⁹-.

Sin embargo, los grupos no son contemplados en los artículos 2.1 y 12 de la LOIEMH. O sea, ni se les reconoce el goce de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo, ni ostentan legitimación para accionar, con lo cual en un sentido técnico jurídico no se les puede considerar titulares del derecho a la igualdad. Aunque ello no sitúa en el desamparo los intereses legítimos indirectos, colectivos o difusos, sino que su defensa –respetando el artículo 24.1 de la CE- se canaliza a través de personas jurídicas públicas y privadas –artículo 12.2 de la LOIEMH y disposiciones adicionales 5ª y 6ª de la LOIEMH, modificativas de la LEC y de la LJCA-.

c) Unilateralidad / Bilateralidad.

Una problemática clásica sobre la titularidad del derecho es la discusión sobre su unilateralidad –si lo concebimos exclusivamente dirigido a las mujeres- o bilateralidad –dirigido por igual a mujeres y a hombres-. Quienes defendían la unilateralidad lo hacían para justificar, desde planteamientos ideológicos diferentes, bien el mantenimiento de medidas paternalistas o bien las acciones positivas a favor de las mujeres. Quienes –con un planteamiento ideológico ciego a las diferencias socioculturales- defendían la bilateralidad solían cuestionar las acciones positivas y abrían la discusión acerca de la extensión a los hombres de las medidas paternalistas –reclamando la denominada igualación por arriba-.

²⁹ El artículo 31.3 de la LOIEM dice que “*las Administraciones públicas tendrán en cuenta en el diseño de la ciudad, en las políticas urbanas, en la definición y ejecución del planeamiento urbanístico, la perspectiva de género, utilizando para ello, especialmente, mecanismos e instrumentos que fomenten y favorezcan la participación ciudadana y la transparencia*”. Y el 31.1.II dice que “*las políticas urbanas y de ordenación del territorio tomarán en consideración las necesidades de los distintos grupos sociales*”.

Ciertamente, el planteamiento ideológico ciego a los estereotipos socioculturales conduce a soluciones inapropiadas desde un análisis de género, como se puede verificar con el análisis de la jurisprudencia constitucional sobre la pensión de viudedad, que extendió a los varones, independientemente de si eran incapaces –igualación por arriba-, la pensión de viudedad que se concedía en todo caso a las mujeres –STC 103/1983, de 22 de noviembre-, pasando por encima de que el sistema de protección social más favorable para las viudas obedecía a un estereotipo sociocultural de dependencia respecto al varón que llevó a construir derechos derivados, y enquistándose así ad futurum un sistema basado en un estereotipo odioso.

Ahora bien, la unilateralidad, aunque permite superar esas críticas y, además, permite justificar las acciones positivas a favor de las mujeres, presenta importantes deficiencias teóricas, ya que, al construir la polémica desde la única perspectiva de si la protección es unilateral o bilateral –lo cual no deja de ser una cuestión formal-, no ofrece criterios seguros para distinguir lo que es una acción positiva y lo que es una medida paternalista –en cuanto ambas son de titularidad femenina-, y ello ha repercutido en la jurisprudencia constitucional, que, ya superado el planteamiento bilateral, justificó, al amparo de las acciones positivas, una medida tan paternalista como un permiso femenino de lactancia –STC 109/1993, de 25 de mayo-.

De este modo, la unilateralidad –a consecuencia de su cortedad de miras al centrar la problemática en la cuestión formal de la titularidad- olvida que, en determinadas circunstancias, son contraproducentes las medidas exclusivamente dirigidas a las mujeres, en cuanto expulsan a los hombres de determinados ámbitos –el cuidado del/a hijo/a recién nacido en el permiso femenino de lactancia-, y además olvida que, en determinadas circunstancias, son necesarias medidas exclusivamente dirigidas a los hombres –por ejemplo, fomentando la entrada de hombres en los guetos

laborales de las mujeres, lo cual, y así lo demuestra la experiencia, conduce indefectiblemente a una sustancial mejora de las condiciones de trabajo-.

Si analizamos la cuestión desde un análisis de género, la conclusión es que lo relevante no es a quien se dirigen las leyes de igualdad –si a hombres o si a mujeres-, sino lo que se pretende erradicar –los prejuicios de género-, y, a los efectos de la erradicación de los prejuicios de género, lo oportuno pueden ser, en unos casos, normas indistintas al sexo –por ejemplo, las denominadas cuotas electorales basadas en la democracia paritaria-, y, en otros casos, normas dirigidas a uno solo de los sexos, sean –ciertamente será lo más usual- las mujeres –por ejemplo, las medidas de acción positiva serán, como norma general, medidas de titularidad femenina-, o incluso los hombres –por ejemplo, el permiso de paternidad-.

No supone esto desconocer que la finalidad última de las leyes de igualdad es alcanzar la igualdad formal y material de las mujeres respecto de los hombres, pues son ellas y no ellos las que más sufren la discriminación por razón de sexo / género. Así explícitamente lo reconoce la LOIEMH, además de a lo largo de su Exposición de Motivos, en su mismo artículo 1.1, donde la efectividad del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres se pretende “*en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer*”. Pero eso no impide establecer derechos de titularidad indistinta, femenina o masculina según sea más conveniente para la erradicación de los prejuicios de género.

d) El efecto oveja negra.

La asignación de género, es decir, la asignación social de determinadas pautas de comportamiento en función del sexo de la persona, no siempre es asumida por todas las personas a nivel individual. Y la desviación individual de los roles de género asignados puede crear

subgrupos de género dentro de los grupos de hombres –hombres de conducta femenina- o de mujeres –mujeres de conducta masculina-. Tales desviaciones individuales, se suelen valorar, por los miembros del grupo, de una manera muy negativa, en cuanto se pone en cuestión la identidad del grupo y, en consecuencia, la identidad de los integrantes del grupo. Es el fenómeno que, en Psicología Social, se conoce como efecto oveja negra³⁰.

Debido a la íntima conexión entre la sexualidad y la construcción de género, los ejemplos típicos del efecto oveja negra se vinculan al colectivo LGTB: lesbianas, gays, transexuales y bisexuales. Así es que se calificó el despido de un transexual como discriminación sexista –STJUE de 30.4.1996, Caso Cornwall, C-13/94³¹-. Pero la jurisprudencia rectificó pronto negando fuera discriminación sexista el desigual trato a una lesbiana –STJUE 17.2.1998, Caso Grant, C-249/96³²-. En todo caso, la cuestión ha perdido interés desde la óptica de la igualdad de sexos porque, a través de

³⁰ Siguiendo a Antonio Álvarez del Cuvillo, “*el efecto oveja negra por razón de género existe siempre que una persona recibe un trato desfavorable como consecuencia de que no encaja, de un modo u otro, total o parcialmente, en determinados patrones preestablecidos para su género, con independencia de quien sea el sujeto activo ... conductas (que) encajan perfectamente en la noción de discriminación*”, citando como ejemplos –además de los vinculados a la orientación sexual- de “*varones desobedientes*” los que ejercitan derechos de conciliación o los que se implican en el cuidado, y como ejemplo de “*mujeres desobedientes*”, las “*mujeres no asimiladas*”, que no renuncian a la maternidad para progresar dentro de una empresa que premia a las trabajadoras solo si no tienen hijos, y las “*mujeres indecentes*”, como prostitutas o mujeres promiscuas, más proclives a sufrir violencia de género, “El género como categoría y las categorías de género”, Revista de Derecho Social, número 52, 2010, páginas 98 a 105.

³¹ Alabada en su solución pero criticada en su argumentación porque la calificación como discriminación sexista del despido de un transexual se justifica en ser “*un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la operación*”. Más correcto hubiera sido justificar esa calificación porque era manifestación del perjuicio hacia quien presenta conductas sexuales diferentes a los estereotipos de género. De haber sido así, toda la discriminación por orientación sexual sería sexista. También Manuel Alonso Olea criticó la argumentación del Caso Cornwall porque se debió acudir a la idea de “*tratar a la persona como persona, derecho supremo de esta, se haya o no declarado*”, “El despido de un transexual. A propósito de la sentencia comunitaria de 30 de abril de 1996”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 87, 1998. Igualmente José Morales Ortega, “Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad”, Relaciones Laborales, número 18, 1999.

³² Dado el argumento de escaso recorrido en que se fundamentó el Caso Cornwall, el TJUE consiguió no incurrir en contradicción flagrante. Aún así, el Caso Grant fue muy criticado, véase Javier González Vega, “Buscando en la Caja de Pandora: El Derecho Comunitario ante la discriminación por razones de orientación sexual”, Diario La Ley (Unión Europea), número 4522, 1998, o Consuelo Chacártegui Jávega, “Discriminación y orientación sexual del trabajador”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001.

la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, se ha construido una causa discriminatoria diferenciada por orientación sexual³³.

Fuera de esos casos, la protección frente al castigo de las ovejas negras se canaliza a través de la tutela antidiscriminatoria por sexo / género, lo que no presenta excesiva novedad si se trata de mujeres. Pero sí es más interesante –atendiendo a la perspectiva estrictamente jurídica- aplicar el efecto oveja negra a los hombres, porque, a través de esa categoría, se comprende sean discriminados por causa de sexo / género. Así, la estigmatización de un varón heterosexual por su falta aparente de virilidad –pensemos, por ejemplo, en las burlas de un trabajador por sus compañeros de trabajo al no ser lo suficientemente hombre- se puede calificar de acoso por razón de sexo según el artículo 7.2 de la LOIEMH.

Incluso más habitual en la práctica puede ser la posibilidad de represaliar a un trabajador que –rompiendo con los roles sexuales- ejercita los derechos de conciliación. Al respecto, el artículo 44.1 de la LOIEMH prohíbe “*toda discriminación basada en (el) ejercicio*” de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de “*los trabajadores y las trabajadoras*”. De lo cual literalmente se deduce, en primer lugar, que la discriminación basada en el ejercicio de los derechos de conciliación es una discriminación sexista –entendido el sexo desde la óptica de género- por su contemplación expresa como tal discriminación dentro de la LOIEMH. Y, en segundo lugar, que pueden sufrirla “*los trabajadores*”³⁴.

³³ Por sus características particulares, en lo sociológico y en lo jurídico, la discriminación por orientación sexual está regulada en normas propias que, en el ámbito comunitario, han cristalizado en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y, en el ámbito interno, a través de su transposición en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y, en cuanto a derechos civiles, en la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Sobre la discriminación por orientación sexual, véanse los interesantes libros de Consuelo Chacártegui Jávega, “Discriminación y orientación sexual del trabajador”, Lex Nova, Valladolid, 2001, y Josefina Alventosa del Río, “Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.

³⁴ A la vista de esta norma legal, es, cuando menos, llamativa la solución de la STC 26/2011, de 14 de marzo, de considerar al varón reclamante de un derecho de conciliación no incluido en el amparo

IV. UNIVERSALIDAD OBJETIVA.

Concebida la igualdad como mera prohibición de arbitrariedad, esa concepción más tradicional admitía derogaciones supuestamente razonables a la igualdad, justificando así la exclusión de la mujer de los derechos políticos, la sumisión de la mujer casada o las medidas laborales paternalistas. La irrupción del concepto de discriminación supuso avances importantes en la universalidad objetiva, aunque un tanto contradictorios, porque se reducía –sin eliminar aún del todo- el ámbito de las derogaciones tradicionales a la igualdad y, a la vez, se acogía el esquema conceptual para justificar determinadas medidas antidiscriminatorias, como lo demuestran incluso los más emblemáticos textos internacionales³⁵ y comunitarios³⁶.

protector de la igualdad entre sexos remitiéndolo, para garantizarle una igual protección constitucional, a una discriminación por circunstancias personales / familiares. Hubiera sido más sencillo argumentar, al no haber considerado el empleador las circunstancias personales y familiares del varón reclamante al resolver sobre su solicitud de ejercicio de derecho de conciliación, que se le estaba discriminando por razón de sexo según se podía deducir de la letra del artículo 44.1 de la LOIEMH. No resulta ocioso recordar que, según hemos razonado en el Capítulo Segundo, el análisis de la dimensión de género, a través de su reconocimiento legal en la LOIEMH –y, en el caso concreto, con la consecuencia establecida en el citado artículo 44.1-, es un contenido adicional del principio de igualdad del artículo 14 de la CE.

³⁵ La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) especifica –en su artículo 4- que “*la adopción por los Estados miembros de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención*”, y que “*la adopción por los Estados miembros de medidas especiales ... encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminación*”. Con esta redacción tan paradójica, se están considerando como derogaciones de la igualdad dos instituciones –la maternidad y las medidas de acción positiva- que, con mayor propiedad, son mecanismos para conseguir la igualdad. Por otro lado, la Convención no prohíbe del todo la legislación laboral paternalista, sino que “*será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda*” –artículo 11.3-.

³⁶ La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación, y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en su redacción originario anterior a la modificación operada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, establecía, en su artículo 2, que “*la presente Directiva*” no obstaba ni las medidas ligadas a la buena fe ocupacional –apartado 2-, ni “*las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad*” –apartado 3-, ni “*las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*” –apartado 4-. Como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, se incurría en la tan llamativa paradoja de considerar medidas dirigidas a la igualdad como derogaciones de la igualdad.

Pero es la irrupción del análisis de género, con su corolario de la transversalidad, lo que ha supuesto –en lo que ahora nos interesa- la potenciación de la universalidad objetiva y la desaparición completa de las derogaciones a la igualdad, como se aprecia en el derecho comunitario³⁷. La LOIEMH lo plasma de una manera inequívoca en la expresión “*en cualquiera de los ámbitos de la vida*” de su artículo 1.1³⁸. De ahí que – aunque sean ámbitos de escasa significación social- se haya eliminado la desigualdad en la sucesión de títulos nobiliarios –en la Ley 33/2006, de 30 de octubre- y exista consenso generalizado sobre la necesidad de resolver la desigualdad en la sucesión de la Corona –artículo 57.1 de la Constitución-.

No son derogaciones de la igualdad la maternidad, las acciones positivas o la buena fe ocupacional o negocial –aunque así se catalogaron como arrastre de un esquema desfasado y/o para, a través de un buscado confusionismo, sostener la interpretación estricta de las acciones positivas o mantener vigentes auténticas derogaciones de la igualdad-. La maternidad no es una situación de inferioridad femenina necesitada de especial protección, sino un derecho de las mujeres. Las acciones positivas no vulneran la igualdad, sino, al contrario, son medidas para conseguirla. Y la

³⁷ La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), no contiene, entre sus disposiciones generales –artículos 1 a 3-, ninguna cláusula de derogación de la igualdad y la acción positiva se reconoce “*con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral*” –artículo 3-. Únicamente, y con un carácter totalmente residual, se mantiene, en relación con la buena fe ocupacional, la llamativa fórmula literal de “*no constituirá discriminación*” –al respecto véase el artículo 14.2-. La transposición mimética de las normas comunitarias ha motivado, asimismo, que, en la LOIEMH, la buena fe ocupacional se regule –en el artículo 5.2- después de definir el ámbito de la igualdad en la relación laboral –en el artículo 5.1-, como si efectivamente se tratase de una derogación del principio de igualdad.

³⁸ Una expresión tan general hace innecesario, por reiterativo, el artículo 5.1 de la LOIEMH cuando establece que “*el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas*”. El artículo 5.1 de la LOIEMH cobra sentido en cuanto transpone el artículo 14.1 de la Directiva 2006/54/CE con la positiva matización de que, mientras la norma comunitaria alude solo a la prohibición de discriminación, la norma interna asimismo incluye la igualdad de oportunidades.

buena fe ocupacional o comercial es, sencillamente, una situación en la cual no se aprecia el tratamiento peyorativo en que la discriminación consiste.

V. UNIVERSALIDAD SUBJETIVA.

La universalidad objetiva y la universalidad subjetiva del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres están íntimamente ligadas porque si la primera supone la posibilidad de invocar ese derecho en la totalidad de las situaciones jurídicas, la segunda supone la obligación de respetarlo quienes intervengan en esas situaciones jurídicas. Y la LOIEMH, aparte de reconocer –como recién hemos visto- la universalidad objetiva, insiste de una manera especial en orden a la universalidad subjetiva al obligar la tutela de la igualdad tanto a sujetos públicos como a sujetos privados –artículo 1.2- y al obligar a la totalidad de los sujetos que se encuentren o actúen en territorio español –artículo 2.2-.

a) La eficacia frente a todos de la tutela de la igualdad de los sexos.

El artículo 1.2 de la LOIEMH, al delimitar el “*objeto de la Ley*”, establece que “*la Ley establece principios de actuación de los Poderes Públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo*”. La norma contiene tres precisiones diferenciadas. La segunda de ellas, la de que “*la Ley ... regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas*”, es especialmente interesante porque resuelve de manera satisfactoria los problemas relativos a la eficacia subjetiva de los derechos fundamentales.

(1) Eficacia vertical del derecho a la igualdad. La igualdad es un derecho de la ciudadanía frente a la totalidad de las personas jurídicas públicas. Tal afirmación –que se deduce de la segunda de las precisiones contenidas en el artículo 1.2 de la LOIEMH- se complementa con la afirmación –que constituye la primera de las precisiones- de que “*la Ley establece principios de actuación de los Poderes Públicos*”. De este modo, el compromiso con la igualdad de género es mayor cuando se trata de los Poderes Públicos –principio de ejemplaridad-, y ello se proyecta en el ámbito de la igualdad de oportunidades –en cuanto la igualdad de trato vincula por igual tanto a los sujetos públicos como a los sujetos privados-.

La referencia a las personas jurídicas públicas y, más específicamente, a los Poderes Públicos, es una referencia general, incluyendo –en un sentido orgánico- al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial, y, dentro del Poder Ejecutivo, a todas las Administraciones Públicas –General del Estado, Autonómicas, Locales, Institucionales y Corporativas-, e incluyendo –en un sentido territorial- tanto los Poderes del Estado como los Poderes de las Comunidades Autónomas. Como explícitamente se afirma en la propia Exposición de Motivos, III, de la LOIEMH, “*la Ley se refiere a la generalidad de las políticas públicas en España, tanto estatales como autonómicas y locales*”.

(2) Eficacia horizontal del derecho a la igualdad. La igualdad es un derecho de la ciudadanía exigible entre personas físicas y jurídicas privadas. Queda así zanjada cualquier polémica sobre la eficacia horizontal del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. Ahora bien, la cuestión merece ciertas matizaciones adicionales:

- En cuanto se refiere a la igualdad de trato, el artículo 1.2 de la LOIEMH es una norma de eficacia meramente declarativa porque el artículo 14 de la CE ya obliga a que la discriminación no “*prevalezca*”, y

prevalecería si no se le reconoce esa eficacia horizontal³⁹. O sea, la eficacia horizontal nace ex Constitutione, y la norma legal se limita a especificarla.

- En cuanto se refiere a la igualdad de oportunidades, el artículo 1.2 de la LOIEMH no se puede entender como que obliga a los Poderes Públicos a establecer la eficacia horizontal de todas las medidas que se adopten al amparo del artículo 9.2 de la CE, sino que, dentro de la libertad de actuación que tal norma constitucional les confiere, pueden establecerla.

De este modo, la eficacia horizontal de las medidas de igualdad de oportunidades dependen de la intermediación legislativa, pudiendo ser medidas verticales –el fomento del empleo femenino a través de una subvención exigible a la Administración pública-, u horizontales –un derecho de conciliación exigible frente a un empleador público o privado-.

b) La aplicación territorial de la tutela de la igualdad de los sexos.

El artículo 2.2 de la LOIEMH, al delimitar su ámbito de aplicación, establece que *“las obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia”*. La norma ha sido sometida a críticas doctrinales⁴⁰ (1)

³⁹ Ya Miguel Rodríguez-Piñero / María Fernanda Fernández López argumentaron a favor de la eficacia horizontal de la prohibición de discriminación que *“está expresada en términos rotundos (en el artículo 14 de la CE), mucho más de lo que es normal en la generalidad del texto de la CE –no podrá prevalecer discriminación alguna-, y esos términos autorizarían a entender introducida en la categoría de derechos que parcialmente despliegan su eficacia en las relaciones privadas también a esa prohibición, porque no está objetivada por su procedencia y es rechazable comoquiera que surja y quienquiera que la ponga en práctica, poderes públicos y particulares – ante un mandato polivalente como es este, no resulta aventurado sostener que el derecho subjetivo concedido al individuo despliega sus efectos frente a todos, incluso particulares”*, “Igualdad y discriminación”, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, páginas 267 a 271. Opinión asimismo asumida por Fernando Rey Martínez, “El derecho ...”, obra citada, páginas 65 a 67.

⁴⁰ Recogidas en los Informes del Anteproyecto de Ley emitidos por el Consejo Económico y Social y por el Consejo General del Poder Judicial, y que han sido reproducidas por la doctrina, véase María Amparo Ballester Pastor / María Ballester Cardel, “Significado ...”, obra citada, páginas 59 y 60, Magdalena Nogueira Guastavino, comentario a los artículos 1 y 2, “Comentarios ...”, obra citada, páginas 81 y 82, o Asunción Ventura Franch, comentario al artículo 2, “Comentarios ...”, obra citada, páginas 55 y 56.

achacándole la escasa juridicidad de los verbos encontrar y actuar, (2) reclamando una mayor concreción para resolver, por ejemplo, la aplicación de la ley a transacciones telemáticas con país extranjero o al transporte con vehículos extranjeros a través del territorio español, y (3) destacando no contempla la actuación de los poderes públicos españoles en el extranjero.

Tales críticas se sustentan en que estamos ante una regla de conflicto de leyes en relaciones jurídicas con elementos extranjeros. Pero existe otra lectura diferente según la cual solo se pretende destacar, en consonancia con el carácter de orden público de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, la territorialidad de las obligaciones surgidas de la igualdad. No pretende sustituir, en consecuencia, las reglas de conflicto de leyes que, según la relación de que se trate, sean aplicables. Y, para evitar interferir en su aplicación, utiliza unos términos amplios para cubrir cualquier intervención de la persona, de ahí la referencia a que la persona física se encuentre o a que la persona jurídica actúe en territorio español.

Por ello, las situaciones conflictivas –transacciones telemáticas, transporte internacional- se resolverán según las reglas aplicables –el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, y el Código Civil, artículos 8 a 12-, que, precisamente, apelan a la territorialidad cuando se trata de leyes de policía –artículos 9 del Reglamento y 8.1 y 12.3 del CC-. También la territorialidad supone aplicar la igualdad de trato a trabajadores desplazados temporalmente en el marco de una prestación de servicios transnacional –artículo 3.1.g) de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, y artículo 3.1, letras c) y g), de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre-.

Si –como acabamos de concluir- el artículo 2.2 de la LOIEMH no sustituye a las reglas vigentes de conflicto de leyes aplicables, no resulta correcto concluir –en base a una lectura en exceso literal del artículo 2.2 de la LOIEMH- la inaplicación de la LOIEMH a la actuación fuera de

nuestras fronteras de los poderes públicos españoles –como hace alguna doctrina⁴¹-, porque la aplicación de las reglas vigentes de conflicto de leyes –que no es sustituida por el artículo 2.2 de la LOIEMH- puede conducir –se deberá estar a cada situación- a la aplicación de las leyes españolas – incluyendo a la LOIEMH- en una situación jurídica con un elemento de extranjería consistente en una conexión territorial con un país extranjero.

VI. VOCACIÓN DE EFICACIA.

Una característica significativa del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es su vocación de eficacia. Sobre ello se volverá con detenimiento en la Parte Segunda –Capítulos Noveno a Décimo Segundo-. Ahora solo interesa retener esa vocación de eficacia manifestada de manera meridiana en la propia denominación de “*igualdad efectiva*” de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, que, atendiendo a las acepciones semánticas de la palabra efectiva, tanto quiere decir igualdad operativa, activa, eficaz, eficiente y útil, como quiere decir igualdad genuina, auténtica, real, cierta y verdadera⁴². Y es que, dicho en unos términos más tajantes, o la igualdad es efectiva o, simplemente, no es.

VII. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES.

a) La fuerza expansiva de la tutela de la igualdad de los sexos.

⁴¹ Asunción Ventura Franch, quien se encuentra obligada a sostener interpretaciones correctoras –cuando, a nuestro juicio, no son necesarias-, comentario al artículo 2, “Comentarios ...”, obra citada, página 56.

⁴² He tomado estas correctas apreciaciones semánticas de Fernando Valdés Dal-Ré, “Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva”, Editorial Reus, Madrid, 2010, página 22.

El derecho a la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres reconocido en el artículo 1.1 de la LOIEMH, y desarrollado a lo largo de todo su articulado, no se agota en su dimensión subjetiva, sino que excede de la misma para configurar una dimensión objetiva –o, si se quiere, institucional-. Tal dimensión se encuentra en todo derecho fundamental⁴³, y, en el caso del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, esa dimensión objetiva o institucional se visibiliza especialmente a causa de su práctica identificación con la consideración de la igualdad como un valor superior del ordenamiento jurídico español y como un principio jurídico –ex artículos 1.1, 9.2 y 14 de la Constitución-⁴⁴.

Así entendida, la dimensión objetiva o institucional de la igualdad, o, lo que es lo mismo, el valor superior de la igualdad y el principio jurídico de la igualdad, presionan sobre la parte normativizada de la igualdad, básicamente formada por derechos subjetivos, para su continua revisión y para su permanente mejora. Tal fenómeno se le puede denominar como la fuerza expansiva de la tutela de la igualdad de los sexos. Si bien para su justificación ni siquiera es necesario acudir al principio de transversalidad de la dimensión de género –e incluso se debería considerar a este como una elaboración consecuencia de la fuerza expansiva de la tutela de la igualdad de los sexos-, ese principio la refuerza y le sirve de fundamento adicional.

⁴³ Todos los derechos fundamentales ostentan una doble dimensión, y así lo reconoce la jurisprudencia constitucional desde la STC 25/1981, de 14 de julio: la subjetiva –fácilmente reconocible-, que supone la atribución de facultades a las personas para hacerlas valer en situaciones concretas, y la objetiva –identificada en la doctrina alemana-, que supone el reconocimiento general de los derechos fundamentales como valores objetivos del orden constitucional. La dimensión objetiva se traduce en la existencia de un deber general de protección y promoción de los derechos fundamentales por los Poderes Públicos que se refleja en la doctrinalmente llamada fuerza expansiva de los derechos fundamentales o impregnación de todo el completo orden jurídico por los derechos fundamentales, lo cual conduce, singularmente, a la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico conforme con la Constitución. Más ampliamente, sobre esas dos dimensiones, véase Luis María Díez-Picazo, “Sistema ...”, obra citada, páginas 57 a 59.

⁴⁴ Incluso se puede afirmar que la dimensión objetiva o institucional de la igualdad ha sido más relevante en la legalidad histórica que la subjetiva, en cuanto la igualdad nació como un principio y solo más tardíamente, y en especial en relación con las causas de discriminación, adquirió aspectos de derecho subjetivo. Mientras los demás derechos fundamentales nacieron como derechos subjetivos y fue más tardíamente cuando se identificó doctrinalmente la existencia de una dimensión objetiva o institucional.

La fuerza expansiva de la tutela de la igualdad de los sexos vincula de manera principal al Poder Legislativo, aunque también a los demás Poderes Públicos. De hecho, muchos avances han sido judiciales –el concepto de discriminación indirecta, la discriminación por embarazo, el acoso sexual, o la flexibilización de la carga de la prueba-. Y la LOIEMH quiere que los operadores jurídicos –y, especialmente, los jueces y las juezas- sigan teniendo ese protagonismo, de ahí que, como manifestación sobresaliente de la fuerza expansiva de la tutela de la igualdad de los sexos, se establezca, en el artículo 4 de la LOIEMH, la interpretación a favor de la igualdad de los sexos y la función integradora de la igualdad de los sexos.

Ni se trata –y conviene dejarlo muy claro- de una disposición superflua que nada aporta⁴⁵, ni tampoco justifica la arbitrariedad o fomenta la creatividad judicial⁴⁶. El artículo 4 de la LOIEMH, al encontrar su justificación inmediata en la fuerza expansiva de la tutela de la igualdad de los sexos, y mediata en los fundamentos de esa fuerza expansiva –a saber, la dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales, la igualdad como valor superior y como principio jurídico, y el reconocimiento legislativo de la transversalidad de la dimensión de género-

⁴⁵ Frente a la críticas de innecesariedad del artículo 4 de la LOIEMH porque lo que dice ya se derivaba del carácter de la igualdad como derecho fundamental y porque no aporta nada nuevo respecto al incumplimiento de las normas sobre igualdad, Carolina San Martín Mazzucconi afirma que *“cumple un papel importante, por lo pedagógico y también porque supone el pórtico de entrada para un verdadero carácter transversal de la igualdad y no discriminación – el que se refleje aunque ya pudiera derivarse de otros preceptos, o el que se lo configure como principio general del derecho además de como derecho directamente aplicable, no hace sino refrendar la importancia que el legislador le confiere en este momento a la realidad social”*, comentario al artículo 4 en *“Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”*, codirigidos por Carmen Sánchez Trigueros / Antonio Vicente Sempere Navarro, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, páginas 94 a 95.

⁴⁶ Como afirmó María Elósegui Itxaso, aunque entre los jueces y las juezas se debe superar la opinión de que *“el enunciado formal del artículo 14 de la CE ... ha conducido automáticamente a la igualdad real”*, o la de *“que existen desigualdades en la realidad social, pero que no forma parte ... de (la) profesión (de) jueces el cambiar esa realidad social”*, evitando así incurrir en una aplicación formal de las leyes positivas, *“con ello no queremos justificar la arbitrariedad judicial o apoyar la creatividad judicial al margen de la ley o contra legem, pero sí insistir en la importancia de desarrollar una sensibilidad judicial para favorecer la igualdad entre los sexos y ejercer una tutela judicial antidiscriminatoria”*, *“La igualdad de oportunidades. Modelos y referentes. Su influencia en el Derecho”*, en el libro colectivo, dirigido por Ángeles Vivas Larruy, *“La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española”*, Cuadernos de Derecho Judicial III / 2004, CGPJ, Madrid, 2004, páginas 414 y 415, passim.

, es un llamamiento a la efectividad –especialmente judicial- de valores y principios básicos del sistema constitucional y del ordenamiento jurídico⁴⁷.

b) La interpretación a favor de la igualdad de los sexos.

El artículo 4 de la LOIEMH, cuya rúbrica es “*integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas*”, establece que “*la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*”. Se positiviza, así, la interpretación a favor de la igualdad de los sexos –favor aequalitatis-, en ocasiones llamada pro muliere al ser las mujeres, como víctimas usuales de la discriminación sexista, quienes más la invocan, y que, en ámbitos más concretos de la tutela antidiscriminatoria, se concreta en las interpretaciones contra violencia⁴⁸ y pro conciliación⁴⁹.

La interpretación a favor de la igualdad de los sexos se caracteriza a través de una serie de elementos que se pueden deducir fácilmente de la

⁴⁷ Siguiendo una línea argumental semejante, Inmaculada Huertas Montalbán afirmó, en defensa de la utilización de la perspectiva de género en la aplicación de las normas sobre violencia de género, que “*dentro del pacto constituyente español existe el compromiso de los Poderes Públicos y entre ellos el Poder Judicial, de identificar y respetar los derechos constitucionales afectados por la violencia de género ... así como la obligación y deber de implantarlos progresivamente con sus actuaciones*”, para concluir que “*en el ámbito del Poder Judicial, la llave para la implantación de los valores constitucionales se encuentra en la práctica judicial, a través de la interpretación y aplicación de las reglas de juego o normas conforme a los principios y criterios aprobados democráticamente por la sociedad española*”, “Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional” – Premio Rafael Martínez Emperador 2003, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, página 223.

⁴⁸ La interpretación contra violencia encuentra un apoyo normativo adicional en el artículo 2 de la LOPIVG, en cuanto, entre los fines que se quieren alcanzar con las medidas legales, se contempla –en la letra k)- el de “*garantizar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de violencia de género*”. Ya antes de la LOPIVG, Inmaculada Huertas Montalbán Huertas defendió utilizar la perspectiva de género en la aplicación de las normas sobre violencia de género, “Perspectiva ...”, obra citada, ibídem.

⁴⁹ La interpretación pro conciliación encuentra un apoyo normativo adicional en el artículo 44. 1 de la LOIEMH, en cuanto se establece que “*los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio*”.

exégesis literal del artículo 4 de la LOIEMH. En primer lugar, la interpretación a favor de la igualdad es una operación cuyo ámbito es “*la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*”, de donde, en consecuencia, adquiere virtualidad solo cuando exista una duda de derecho, no cuando exista una duda de hecho –que se resolverá según las reglas de distribución de la carga de la prueba en los juicios sobre discriminación-. Tal duda de derecho debe ser una duda objetiva, evitando dudas subjetivas que estarían abriendo el camino a interpretaciones de carácter voluntarista.

En segundo lugar, la interpretación a favor de la igualdad obliga a aplicar esta como “*principio informador del ordenamiento jurídico*”. Al ser una interpretación principialista, la duda de derecho se resolverá, no conforme a la técnica de la subsunción⁵⁰, sino conforme a la técnica de la ponderación, verificando en cuál de las soluciones posibles el valor de la igualdad obtiene su máxima efectividad atendiendo a las circunstancias del caso real, y acogiendo esa solución salvo si otra solución se fundamenta en otro valor –superior o de menor rango jurídico, lo cual deberá de influir en la ponderación- que deba prevalecer en el caso real porque hay un perjuicio desproporcionado en relación con el más escaso beneficio para la igualdad.

Y, en tercer lugar, la interpretación a favor de la igualdad considera “*la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres*”, tratándose de una expresión que, sin duda alguna, se debe interpretar en relación con el artículo 3 de la LOIEMH, donde se equipara expressis verbis la igualdad de trato con la prohibición de discriminación directa e indirecta y donde se equipara a contrario sensu la igualdad de

⁵⁰ La utilización de la técnica de la subsunción para resolver una auténtica duda de derecho en materia de igualdad de los sexos es normalmente perniciosa porque suele decantar la solución hacia una interpretación formalista basada en la literalidad de la norma jurídica cuando es que –si existe una auténtica duda de derecho- dicha literalidad no resulta decisiva, impidiendo, en suma, entrar a considerar el valor de la igualdad de los sexos –cuya mejor satisfacción habitualmente se consigue utilizando, entre los criterios hermenéuticos establecidos en el artículo 3.1 del Código Civil, las interpretaciones teleológicas o atendiendo a la realidad del tiempo en que la norma debe ser aplicada-. Por ello, María Elósegui Itxaso manifiesta su preocupación acerca de que “*todavía (se mantiene) una idea de la función judicial anclada en la Escuela francesa de la Exégesis*”, “La igualdad ...”, obra citada, página 414.

oportunidades con el contenido promocional del derecho a la igualdad – medidas de acción positiva, medidas de igualdad de oportunidades y medidas de participación equilibrada-. Ambos contenidos de la igualdad se deben valorar, en consecuencia, en la resolución de las dudas de derecho.

Se trata de una precisión de notable trascendencia. De limitar la interpretación a favor de la igualdad a un examen de la duda de derecho desde la perspectiva de la igualdad de trato, su virtualidad aplicativa se reduciría a verificar si se ha vulnerado la prohibición de discriminación. Y para ese viaje –aplicar la prohibición de discriminación- no harían falta esas alforjas –reconocer una interpretación pro igualdad-. Pero si se extiende el ámbito del examen a la igualdad de oportunidades, la virtualidad aplicativa va mucho más allá permitiendo resolver la duda de derecho a favor de la solución con los efectos más beneficiosos sobre la igualdad, aunque otra solución no vulnere la prohibición de discriminación.

Tal conclusión se compadece con los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos del artículo 14 de la LOIEMH⁵¹, que obligan a: (1) la efectividad del derecho constitucional de igualdad; (2) la adopción de medidas de igualdad de oportunidades; (3) la colaboración y cooperación administrativa para la igualdad; (4) la participación equilibrada en la toma de decisiones; (5) la erradicación de la violencia de género; (6) la consideración de la multidiscriminación; (7) los derechos de maternidad; (8) los derechos de conciliación; (9) la colaboración con la sociedad civil; (10) el fomento de la igualdad entre particulares; (11) el lenguaje no sexista; y (12) la igualdad en los programas de cooperación internacional.

⁵¹ Que, al ser –según la literalidad de ese artículo 14- “*criterios generales de actuación de los Poderes Públicos*”, se incluye, en consecuencia, al Poder Judicial, lo que se compadece con el artículo 15, donde se dice que “*el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos*” –y la palabra “*todos*” no puede ser, a los efectos aquí tratados, más significativa-. De este modo, el Poder Judicial se encuentra vinculado por esos criterios generales de actuación y por el principio de transversalidad, que se sitúan claramente más allá de la igualdad de trato para comprender asimismo la igualdad de oportunidades. Todo lo cual confirma claramente la interpretación sostenida en el texto principal acerca del artículo 4 de la LOIEMH.

c) Su aplicación en el derecho social.

La utilización más renombrada del artículo 4 de la LOIEMH en el Derecho Social –y casi se puede afirmar que la única dentro de la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo- ha sido la Sentencia de 21 de diciembre de 2009, RCU 201/2009, donde se cuestionó si el cómputo de determinados periodos como cotizados a favor de la solicitante de pensiones de jubilación e incapacidad permanente “*de cualquier régimen de la Seguridad Social*” –disposición adicional 44ª de la LGSS, introducido por disposición adicional 18ª.23 de la LOIEMH- es aplicable al Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, que es un sistema de seguro social anterior a la instauración del régimen de la Seguridad Social.

Así planteada la duda de derecho, su resolución en sentido afirmativo se fundamenta –sintéticamente- en (1) la efectividad del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, que entronca con el reconocimiento comunitario de la igualdad material y con el reconocimiento constitucional de la igualdad como valor superior, y (2) el principio de transversalidad de la dimensión de la igualdad con su plasmación expresa en el artículo 4 de la LOIEMH. Por lo tanto, se utiliza, superando la estricta legalidad, la técnica de la ponderación. Incluso la Sentencia lo reconoce al afirmar que “*(se) hace precisa una interpretación que, más allá del plano legal, se efectúe desde el plano constitucional*”⁵².

Cuestionablemente, la Sentencia de 12.12.2011 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, RCU 589/2011, ha mitigado parcialmente

⁵² La importancia de la STS de 21.12.2009, RCU 201/2009, desde la perspectiva de la correcta aplicación del artículo 4 de la LOIEMH, ha sido oportunamente destacada por Ana Rubio Castro, “La integración del principio de igualdad de oportunidades en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas: el artículo 4 de la LOIEMH”, en “Estudio sobre la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, Generalitat de Catalunya – Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada / Consejo General del Poder Judicial, Barcelona, 2011, páginas 43-46.

el alcance de la interpretación sustentada en la STS de 21.12.2009, RCU 201/2009, al considerar que, como desde el 1 de enero de 1967 no se pueden realizar cotizaciones al Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, los hijos posteriores a esa fecha no sirven a los efectos de la disposición adicional 44ª de la LGSS. Y decimos cuestionablemente porque se hace prevalecer –en contra del artículo 4 de la LOIEMH- una consideración de orden legal –la extinción en una concreta fecha del SOVI- frente a otra de orden constitucional –la retribución a las mujeres por su función maternal-.

d) La función integradora del principio de igualdad de los sexos. Su aplicación en el derecho social.

Juntamente a la función interpretativa de la igualdad de los sexos, el artículo 4 de la LOIEMH reconoce implícitamente su función integradora. En primer lugar, porque así se deriva de su propia literalidad, en cuanto se titula “*integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas*”, y en cuanto utiliza el verbo “*se integrará*”. En segundo lugar, porque considerar la igualdad en la aplicación de las normas es una plasmación concreta del principio de transversalidad⁵³. Y, en tercer lugar, porque, al calificar la igualdad como “*principio informador del ordenamiento jurídico*”, se reenvía al artículo 1.4 del Código Civil, que reconoce la función integradora de los principios generales del Derecho⁵⁴.

⁵³ El artículo 29 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), impone la “*transversalidad de la perspectiva de género*” a los Estados miembros, lo que, entre otras cosas, comprende “*(tener) en cuenta el objetivo de la igualdad entre mujeres y hombres al ... aplicar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas*”. Con razón, Carolina San Martín Mazzucconi considera el artículo 4 de la LOIEMH como su transposición interna, comentario al artículo 4, “Comentarios ...”, obra citada, páginas 94 y 95.

⁵⁴ En este sentido, María del Carmen Gete-Alonso y Calera, después de criticar su redacción, concluye que “*una interpretación correctora de la norma, bajo el criterio de igualdad efectiva entre hombre y mujer y de los conceptos jurídicos fundamentales, impone que, junto al valor de criterio interpretativo, se haya de considerar su función de integración ... el entendimiento adecuado de la norma es el siguiente:*

La función integradora de la igualdad de los sexos –a diferencia de la interpretativa que supone la existencia de norma de dudosa interpretación– supone la ausencia de una norma aplicable al caso real, dando lugar a una laguna normativa que puede consistir bien en la ausencia de regulación positiva, o laguna de regulación, bien en la ausencia de consideración, en una regulación positiva, del valor de igualdad de los sexos que, por su trascendencia constitucional, se debió haber considerado, o laguna axiológica⁵⁵, de modo que, al aplicarse esa regulación positiva sin consideración a la igualdad, se producen –no necesariamente en todo caso, a veces solo en determinados supuestos– unos efectos jurídicos perversos.

Si bien la profusa actividad legislativa previene las lagunas normativas, la cuestión es más difícil si son axiológicas porque, al existir una regulación positiva, son más difíciles de identificar. De ahí que muchas veces sea la intervención judicial la que ha eliminado su efecto perverso. Así, el rechazo de una oferta de empleo es causa de extinción del desempleo –artículo 231 de la LGSS–, pero no lo debiera ser si el motivo del rechazo es la conciliación, como concluyó –separándose de los precedentes– la STSJ/Galicia de 4 de abril de 2005, RS 5222/2002⁵⁶. Hay

la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio que integra e informa el ordenamiento jurídico y se ha de observar en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”, “Feminización: términos, valores y conceptos jurídicos (Las reformas pendientes: datos para una discusión)”, en la obra colectiva, coordinada por Laura López de la Cruz / Marta Otero Crespo, y dirigida por María Paz García Rubio / María del Rosario Valpuest Fernández, “El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, páginas 47 a 51, passim.

⁵⁵ Como explica María del Carmen Gete-Alonso y Calera, la laguna axiológica “*se muestra en los casos en que el legislador no ha tenido en cuenta una propiedad que consideramos constitucionalmente relevante*”, de modo que “*el valor igualdad efectiva entre hombre y mujer, como principio general del ordenamiento (que incluso está positivado) se ha de aplicar (por su función de integración) en los supuestos en los que o bien exista un vacío legal o se produzca una contravención / lesión porque la norma aplicable no lo considere cuando debe ser así*”, “Feminización ...”, obra citada, páginas 49 y 50.

⁵⁶ La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, ha reformado al efecto el artículo 231 de la LGSS, estableciendo que “*el Servicio Público de Empleo competente tendrá en cuenta (entre otras consideraciones) las circunstancias ... personales del desempleado, así como la conciliación de su vida familiar y laboral*”. Sobre esta cuestión, me permito remitir a mi estudio “Responsabilidades familiares, ocupación adecuada y extinción del desempleo”, La Ley, número 5721, Tomo I, 2003, y Aequalitas, número 12, 2003.

aún más lagunas axiológicas respecto a la conciliación, y el cotejo con el derecho alemán permite detectar una en el accidente de trabajo *in itinere*⁵⁷.

En relación con la tutela de la violencia de género –debido sin duda a la novedad de esa institución en el ordenamiento jurídico español-, aparecen más ejemplos de lagunas axiológicas y –aunque se han solucionado muchas legalmente, en especial en la LOPIVG⁵⁸-, otras se han resuelto gracias a loables intervenciones judiciales. Así, la STSJ/Madrid de 31 de mayo de 2001, RS 2213/2001, flexibilizó el requisito del alta para el acceso a la viudedad cuando, por la denuncia de malos tratos de la viuda, el esposo –extranjero- fue expulsado de España, determinando la pérdida del trabajo y su desvinculación de la Seguridad Social, de donde la denegación de la pensión por falta de alta resultaba ser efecto perverso de la denuncia.

Otro ejemplo donde la intervención judicial eliminó el efecto perverso de una normativa no contempladora de la violencia de género es la STSJ/Castilla La Mancha de 14.7.2010, RS 539/2010. La demandante reclamaba, por ser conviviente *more uxorio*, pensión de viudedad, la cual le fue denegada por no encontrarse conviviendo con carácter inmediato al fallecimiento del causante –según exige el artículo 174.3 de la LGSS-. Pero la causa de la no convivencia era que se acordó una orden judicial de

⁵⁷ Y es que, como destacan Jesús Martínez Girón / Alberto Arufe Varela, *“la norma alemana ... tiene en cuenta el impacto de la conciliación de la vida laboral y familiar en este concreto asunto (el accidente in itinere), procediendo a positivizar y a proteger los desvíos del trayecto orientados a dejar o recoger a los hijos del trabajador asegurado, o a los de otra persona que conviva con él, en una institución de custodia, como es el caso claro de guarderías y centros escolares”*, “La conciliación de la vida laboral y familiar. Un análisis comparatista desde la perspectiva del derecho alemán del trabajo y de la seguridad social”, *Aranzadi Social*, número 19, Febrero 2011, páginas 25 a 27. También se puede decir algo similar de Francia, véase Rosa María Rodríguez Martín-Retortillo, “El accidente de trabajo *in itinere* en el derecho francés. Un estudio contrastante con el derecho español”, Editorial Netbiblo, A Coruña, 2011.

⁵⁸ Con anterioridad a la LOPIVG, analicé las interconexiones entre la violencia doméstica y la Seguridad Social en “Violencia doméstica y Seguridad Social”, *Aequalitas*, número 7, 2001. Traducido al francés por Jean Jacquain, se publicó, bajo el título “Espagne: violence domestique et Sécurité Social”, en *Chronique féministe*, número 73-74, 2000, Revista de la Université des Femmes, Bruselas. Posteriormente, su contenido lo integré en un trabajo de perspectiva más amplia, como fue “El principio de transversalidad y el Derecho de la Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 106, 2001. Después de la LOPIVG, me permito remitir a otros estudios propios, “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, *Actualidad Laboral*, número 7, tomo I, 2005, y, del mismo título, lo actualicé en *Revista del Poder Judicial*, número 88, 2009.

alejamiento, de donde la pensión se concede porque la denegación supondría *“un perjuicio a la persona que se quiere proteger, precisamente como consecuencia de las medidas de protección legalmente establecidas”*.

Y un último ejemplo donde la intervención judicial eliminó el efecto perverso de una normativa no contempladora de la violencia de género es la STSJ/Cantabria de 22 de enero de 2009, RS 1108/2008, que consideró inaplicable el requisito de ser acreedor de pensión compensatoria para acceder una mujer separada a la viudedad cuando no se solicitó esa pensión compensatoria debido a la situación de violencia de género. Aquí la laguna axiológica es, si cabe, aún más criticable dada la modernidad de la norma introductora de ese requisito en el artículo 174.2 de la LGSS, a saber la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Si bien rápidamente se ha corregido en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre⁵⁹, lo óptimo hubiera sido el evitarla ab initio.

⁵⁹ La Ley 26/2009, de 23 de diciembre, ha introducido, en el artículo 174.2 de la LGSS, un inciso corrector donde se reconoce el acceso a la pensión de viudedad, en supuestos de separación judicial o divorcio, a *“las mujeres que, aún no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio”*. Sobre esta cuestión, me remito a otro estudio propio, *“Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las Leyes 40/2007, de 4 de diciembre, y 26/2009, de 23 de diciembre”*, Aranzadi Social, número 1, 2010.

CAPÍTULO CUARTO

LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN SEXISTA DIRECTA E INDIRECTA

SUMARIO: I. LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES. II. LA DISCRIMINACIÓN SEXISTA DIRECTA: a) Concepto legal, y crítica de su lectura tradicional. b) Una lectura en clave de género del concepto legal y sus consecuencias teóricas y prácticas. c) Elementos del trato discriminatorio. d) Discriminaciones directas abiertas y ocultas. e) Otras clasificaciones de la discriminación: malévola / no malévola; normativa / social; originaria / derivada. III. LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DIRECTA ABIERTA EN EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO: a) Las edades de jubilación. b) Discriminaciones retributivas. c) Condiciones de empleo. d) Seguridad Social Pública. IV. LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DIRECTA ABIERTA EN EL DERECHO ESPAÑOL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL: a) Jurisprudencia constitucional sobre Derecho del Trabajo. b) Normativa interna, negociación colectiva y aplicación judicial. c) Discriminación abierta en la Seguridad Social. V. LAS CLÁUSULAS DE BUENA FE: a) Concepto legal y sus antecedentes. b) La aplicación de las cláusulas de buena fe en el Derecho español del Trabajo. VI. LA DISCRIMINACIÓN SEXISTA INDIRECTA: a) Orígenes del concepto en el derecho estadounidense. b) Recepción del concepto en el derecho comunitario. c) Jurisprudencia constitucional y plasmación legal en el derecho español. d) Diferencias con la discriminación directa y explicación de la discriminación indirecta. VII. LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN SEXISTA INDIRECTA EN EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO: a) Trabajo a tiempo parcial. b) Discriminaciones retributivas. c) Condiciones de empleo. d) Seguridad Social Pública. VIII. LA APLICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN SEXISTA INDIRECTA EN EL DERECHO ESPAÑOL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL: a) Discriminaciones retributivas. b) La discriminación retributiva en la negociación colectiva. c) Modalidades contractuales. d) En especial, la aplicación de las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial. e) Acceso al empleo. f) Promoción profesional. g) Derechos de conciliación. h) Extinción contractual. i) Seguridad Social. IX. MANIFESTACIONES COMPLEJAS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO: a) Aproximación dogmática a la discriminación múltiple. b) Reconocimiento normativo. c) La discriminación por asociación. d) Conexiones entre discriminación sexista e igualdad de trato en el trabajo atípico. X. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE ASPECTOS SOCIALES DE LA IGUALDAD DE LOS SEXOS.

I. LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES.

Según el artículo 3 de la LOIEMH, “*el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo*”, definiéndose en su artículo 6 ambas discriminaciones¹. Tal configuración del principio de igualdad de trato como ausencia de discriminación directa o indirecta hace innecesario, desde una perspectiva teórica pura, un desarrollo normativo, aunque, desde una perspectiva práctica es oportuno reiterar –a efectos de pedagogía legal- y a veces también concretar –para una mejor aplicación- la igualdad de trato en los diversos ámbitos del ordenamiento jurídico. Por ello, se suele reiterar y/o concretar el principio de igualdad de trato en no pocos textos normativos.

Centrándonos ahora en las normas sociales, el ET contempla la prohibición de discriminación sexista directa o indirecta en hasta siete artículos: el 4.2.c)², el 16.2³, el 17.1⁴, el 22.3⁵, el 23.2⁶, el 24.2⁷ y el 28⁸.

¹ Los artículos 3 y 6 de la LOIEMH son normas de general aplicación en la totalidad del ordenamiento jurídico español, a diferencia de las definiciones comunitarias que trasponen, que solo son aplicables dentro del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre igualdad de los sexos en las cuales esas definiciones se contienen. De este modo, la LOIEMH ha supuesto una trasposición expansiva de las definiciones contenidas en las directivas comunitarias sobre igualdad de los sexos que se compadece con la eficacia interpretativa de las normas internacionales sobre derechos humanos del artículo 10.2 de la CE. Tal circunstancia determina que la jurisprudencia comunitaria interpretativa de las definiciones contenidas en las directivas comunitarias sobre igualdad de los sexos –que, en principio, solo tendría eficacia dentro del ámbito de aplicación de esas directivas, y, en consecuencia, su vinculación interna se referiría a ese solo ámbito- ostenta una eficacia interna sin limitaciones en cuanto al ámbito de aplicación.

² Según el artículo 4.2.c) del ET, “*en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho ... a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones (entre otras) de sexo*”. Destáquese como, explícitamente, la prohibición de discriminación se define como un derecho.

³ Según el artículo 16.2 del ET, “*(las agencias de colocación públicas o privadas) ... deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna, directa o indirecta, basada en motivos de ... (entre otros) sexo*”.

⁴ Según el artículo 17.1 del ET, “*se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo ... (entre otras) a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo*”.

⁵ Según el artículo 22.3 del ET, “*la definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres*”. A diferencia de los anteriores artículos 4.2.c), 16.2 y 17.1, que se refieren a todas las formas de discriminación, citando entre ellas a la discriminación por razón de sexo, el 22.3, así como los siguientes 23.2, 24.2 y 28, se refieren de una manera exclusiva a la discriminación por razón de sexo.

Además, el ET alude en otros dos artículos a la igualdad de trato y de oportunidades: el 63 y el 85.1.II –que son normas de derecho colectivo⁹-. También es muy insistente al respecto la Ley de Empleo¹⁰. Dejando la normativa heterónoma estatal, las cláusulas antidiscriminatorias generales – muchas veces referidas tanto a la igualdad de trato como a la de oportunidades- son frecuentes en la negociación colectiva, apareciendo en especial en convenios de sector estatal o autonómico y grandes empresas¹¹.

⁶ Según el artículo 23.2 del ET, “*los términos (pactados en negociación colectiva) del ejercicio de estos derechos (a la promoción y formación profesional en el trabajo) ... se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores de uno y otro sexo*”.

⁷ Según el inciso inicial del artículo 24.2 del ET, “*los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres*” –el inciso final alude separadamente a la acción positiva-.

⁸ El artículo 28 del ET se dedica de manera monotemática a la “*igualdad de remuneración por razón de sexo*” –esta es su rúbrica-, estableciendo al respecto que “*el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella*”.

⁹ El 62 establece, entre las competencias del comité de empresa, el derecho a recibir información relativa a la aplicación en la empresa del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, y la vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. Y el 85.1.II el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad.

¹⁰ La Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, contiene múltiples referencias a la igualdad –a la de trato y a la de oportunidades-, y una norma específica sobre “*discriminación en el acceso al empleo*”, el artículo 22 bis, afirmando lo que sigue: “*Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación en la gestión de la intermediación laboral deberán velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo. Los gestores de la intermediación laboral cuando, en las ofertas de colocación, apreciasen carácter discriminatorio, lo comunicarán a quienes hubiesen formulado la oferta. En particular, se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar. En todo caso se considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico*”.

¹¹ Las cláusulas antidiscriminatorias generales por razón de sexo / género en los convenios colectivos pueden ser específicas de la discriminación por razón de sexo / género o estar incluidas en cláusulas antidiscriminatorias generales abarcadoras de otras causas de discriminación, y, en ambos casos, se pueden situar en diversos lugares dentro del convenio colectivo –en el preámbulo, en el articulado, en las disposiciones adicionales, transitorias o finales, o en los anexos del convenio colectivo- y sus contenidos varían, pudiéndose clasificar en cinco categorías: compromisos de cumplimiento de las leyes de igualdad; declaraciones de igualdad referidas a todo el convenio colectivo; ídem referidas a materias concretas; cláusulas definitorias de los conceptos antidiscriminatorios básicos –discriminación directa e indirecta, acción positiva-; y habilitaciones generales de acción positiva. Véase mi análisis “Cláusulas generales de igualdad por razón de sexo / género en la negociación colectiva” en “El principio de igualdad en la negociación colectiva”, MTAS, Madrid, 2008. Ahora bien, “*la presencia de una afirmación declarativa no es síntoma de una mayor o mejor regulación de las condiciones de trabajo de las mujeres en el seno del convenio colectivo*”, de lo cual nos alertó Josefina Galindo Sánchez en “Cláusulas antidiscriminación,

II. LA DISCRIMINACIÓN SEXISTA DIRECTA.

a) Concepto legal, y crítica de su lectura tradicional.

El artículo 6, apartado 1, de la LOIEMH –en consonancia con el artículo 2.1.a) de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006- define la discriminación sexista directa como “*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*”. Nos encontramos, como ha destacado la doctrina científica, ante el “*primer peldaño de la prohibición de discriminación, absolutamente básico y fundamental y, por tanto, inderogable*”¹², o, dicho en otros términos semejantes, ante “*el núcleo fundamental de la interdicción de la discriminación por razón de sexo*”¹³.

Siendo la prohibición de discriminación sexista directa el primer peldaño o el núcleo fundamental, se podría pensar estamos ante un concepto con una lectura unívoca sobre el cual nada más se puede añadir. Y esa impresión encontraría su ratificación en la circunstancia de que la ortodoxia dogmática tradicional construye su concepto sobre los elementos expresados en el artículo 6 de la LOIEMH: (a) concepto bilateral de la discriminación directa: cuando “*una persona*”, sea una mujer o un hombre; (b) tratamiento desfavorable: “*sea, haya sido o pudiera ser tratada, de*

acción positiva y salud laboral”, dentro del libro dirigido por Teresa Pérez del Río, “La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva”, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, páginas 288 y 293.

¹² Utilizando la expresión literal asimismo utilizada por Fernando Rey Martínez en “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1995, página 68.

¹³ Rosario Serra Cristóbal, “La discriminación indirecta por razón de sexo”, en la obra coordinada por María Josefa Ridaura Martínez / Mariano Aznar Gómez, “Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, páginas 365-366.

manera menos favorable”; (c) elemento comparativo: “*que otra en situación comparable*”; y (d) elemento causal: “*en atención a su sexo*”¹⁴.

Pero la ortodoxia dogmática tradicional, empeñada en un concepto jurídico aséptico basado en el sexo sin añadidos socioculturales –es decir, en un concepto jurídico refractario al género-, se encuentra obligada –para suplir la ausencia del género en el concepto, cuando precisamente es el género lo que define la discriminación sexista- a erigir la pertinencia de la comparación –o sea la identificación de una situación comparable¹⁵- en un auténtico “*punto de los burros*”¹⁶ que, si la persona demandante no supera, conduce, sin necesidad de examinar ninguna otra cuestión, hacia la desestimación de su demanda de igualdad. Un obstáculo que ha generado no pocas disfunciones causantes de fugas de agua del concepto tradicional.

(1) La primera –en términos cronológicos- disfunción derivada del elemento comparativo se detectó en la discriminación retributiva¹⁷. Y es que el principio de igual retribución por igual trabajo permitió erradicar las –históricamente tan frecuentes dada la consideración de mujeres y menores como “*medias fuerzas*”- dobles escalas salariales –a la misma categoría profesional se le asignaban dos retribuciones distintas según el sexo, siendo la de las mujeres usualmente la mitad de la de los hombres-. Pero su aplicación era imposible cuando no había posibilidad de comparación al

¹⁴ Tal enumeración de elementos, siguiendo la ortodoxia tradicional, en Carmen Sáez Lara, aunque la autora también somete a ciertas críticas alguno de esos elementos y, en particular, destaca las carencias derivadas del elemento comparativo, “Mujeres y mercado de trabajo”, CES, Madrid, 1994, páginas 56-72.

¹⁵ Que Jaime Cabeza Pereiro ha calificado como “*el problema conceptualmente más difícil del derecho antidiscriminatorio*”, “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”, Lan Harremanak / Revista Relaciones Laborales, número 25, 2012, página 90.

¹⁶ Metáfora utilizada por Jean Jacqmain, quien auguraba que “*el carácter comparable de las situaciones, ese viejo punto de los burros del concepto de igualdad, se convertirá en el punto fundamental de los contenciosos en la materia de la discriminación sexual –o más ampliamente genérica-*”, “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, Journal des Tribunaux – Bruselas, número 73, 2000, página 210.

¹⁷ Sobre esa materia son imprescindibles los estudios de Beatriz Quintanilla Navarro “Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo”, Marcial Pons, Madrid, 1996, y Eva Saldaña Valderas, “Discriminación retributiva en función del género”, Editorial Mergablum, Sevilla, 2004.

estar mujeres y hombres en distintas categorías profesionales –segregación vertical-, que es, precisamente, cuando la igualdad resulta más necesaria.

De ahí la aparición del principio de igual retribución por trabajo de igual valor –antiguo artículo 119 del TCE, después 141 del TUE y actual 157 del TFUE, y artículo 28 del ET-, que permite comparar trabajos de dos categorías profesionales que se encuentran –por una segregación impuesta- ocupadas exclusivamente una por hombres y otra por mujeres –sería una discriminación directa-, o que se encuentran –por motivos socioculturales- ocupadas mayoritariamente una por hombres y otra por mujeres –sería una discriminación indirecta-, con la consiguiente ampliación de los ámbitos de la comparación aunque los trabajos sean distintos, dando lugar a lo que la doctrina denomina “*la concepción flexible del término de comparación*”¹⁸.

(2) Otra disfunción derivada del elemento comparativo se produce cuando la comparación real es imposible, acudiéndose a una comparación hipotética –la cláusula “*but for*” del derecho anglosajón-, que se ha incorporado a la definición comunitaria e interna de la discriminación directa¹⁹ y conduce a calificar como tal los tratos desfavorables vinculados al embarazo y a la maternidad –artículo 2.2.c) de la Directiva 2006/54/CE y artículo 8 de la LOIEMH-. Pero la cláusula “*but for*” constituye, más que un test de comparación, un test de sustitución consistente en cambiar, en una situación dada, a una mujer embarazada por un hombre –que no estaría no embarazado-, y verificar si se alteran –o no- las consecuencias jurídicas.

¹⁸ En afortunada expresión de Beatriz Quintanilla Navarro, “Discriminación ...”, obra citada, página 98.

¹⁹ El artículo 2.1.a) de la versión española de la Directiva 2006/54/CE y el artículo 6.1 de la LOIEMH incluyen, al definir la discriminación directa, el inciso “*pudiera ser tratada*”. Es un tanto confuso porque, al utilizar el pretérito imperfecto de subjuntivo, aparenta ser una eventual discriminación futura, cuando es una discriminación presente en la que lo hipotético es el término de comparación. De ahí la mayor precisión de las versiones inglesa y francesa de la norma comunitaria, que utilizan el condicional “*would be treated*”, o “*ne le serait pas*”. Como dice Ana Moreno Márquez, “*no cabe entender que las normas protegen una posible situación de riesgo de sufrir discriminación ... se trata de una situación que ya se ha actualizado*”, “La discriminación directa e indirecta en la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en el libro coordinado por Jesús Ramón Mercader Uguina, “Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, páginas 98 y 100.

(3) Otra disfunción derivada del elemento comparativo se produce con la violencia de género, cuya calificación como discriminación sexista no surge de una comparación en sentido estricto sino de la constatación de que es consecuencia de una discriminación sistémica, institucional o difusa o –según el artículo 1.1 de la LOPIVG- “*manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*”. Para evitar precisamente dudas sobre si los acosos sexual y sexista entran en el concepto de discriminación sexista, tanto el artículo 2.2 de la Directiva 2006/54/CE como el artículo 7.3 de la LOIEMH han declarado expresamente que sí son discriminación sexista.

(4) Otra disfunción derivada del elemento comparativo se produce con el ejercicio de derechos de conciliación, los cuales, si bien de creación legal –estaríamos en el ámbito de la igualdad de oportunidades-, una vez creados su ejercicio –dentro de los términos en los cuales se establezca- se somete al derecho a la igualdad de trato, al margen de si quien los utiliza es hombre o mujer, de donde la comparación entre sexos resulta otra vez difícil de aprehender –la justificación de la existencia de discriminación se encuentra en la feminización de los roles de cuidado-. De nuevo la legislación declara su carácter discriminatorio sexista –artículo 16 de la Directiva 2006/54/CE y, con mayor claridad, artículo 44.1 de la LOIEMH-.

b) Una lectura en clave de género del concepto legal y sus consecuencias teóricas y prácticas.

Mantener el concepto tradicional de discriminación sexista directa y, a continuación, establecer un listado de supuestos donde, para despejar las dudas, se considera existente la discriminación –a veces sin especificar si es directa o indirecta, o si es otra cosa-, demuestra las carencias de ese concepto tradicional. Por ello, es necesario reconceptualizar el concepto de

discriminación sexista directa. El punto de partida debe ser la definición de discriminación sexista como situación de subordinación de las mujeres respecto a los hombres a causa de los prejuicios de género –según la hemos definido en el Capítulo Primero-. A partir de ahí, la discriminación sexista directa sería manifestación de esa situación con dos elementos adicionales:

(1) Un tratamiento diferente –de acción, palabra u omisión- dado –dolosa o culposamente- a una persona, lo que incluye el tradicional elemento comparativo, pero que permite adicionar otros supuestos donde la comparación es más flexible. El prejuicio de género siempre causa un perjuicio a la víctima que la hace de menos respecto a otras personas –lo cual supone la existencia más o menos difusa de un elemento comparativo-, pero no es necesaria una estricta comparación para concluir la existencia de discriminación sexista directa, permitiendo que un acoso sexual o un acoso sexista, o la denegación injustificada o la represalia por el ejercicio de derechos de conciliación, se califiquen como discriminación sexista directa.

(2) Una inmediata causalidad con los prejuicios de género –la supuesta inferioridad natural de las mujeres en todas las discriminaciones sexistas; la asignación a las mujeres de la función reproductora en la discriminación por maternidad; la consideración de la mujer como objeto sexual en el acoso sexual; la ofensa a quien no cumple los roles de su género en el acoso sexista; o la catalogación de los roles de cuidado como femeninos en las represalias por el ejercicio de derechos de conciliación-. Tal planteamiento llevará normalmente al sexo femenino de la víctima, aunque no impide la existencia de hombres discriminados cuando no cumplen con los roles de su género –son las denominadas ovejas negras-.

Así las cosas, la discriminación sexista directa es el trato dado a una persona –casi siempre una mujer- cuya causa inmediata son los prejuicios de género determinantes de la situación de subordinación de las mujeres con respecto a los hombres. De ese concepto se deriva, en un plano teórico,

una mejor explicación de lo que es la discriminación sexista directa, al conectar su concepto con los prejuicios de género y dejando en un segundo plano las no siempre fáciles argumentaciones de detección del elemento comparativo. También se derivan de ese concepto de discriminación sexista directa las siguientes importantes consecuencias de evidente relevancia práctica –analizándose cada una de ellas en su momento más oportuno²⁰ -:

- La superación de la espinosa cuestión de la bilateralidad / unilateralidad, evitando extender a los varones los supuestos privilegios paternalistas y, a la vez, permitiendo con naturalidad la apreciación de discriminación sexista contra varones incumplidores de sus roles de género.

- La facilitación de una distinción precisa entre las medidas paternalistas –perpetuadoras de estereotipos de subordinación femenina-, las situaciones de buena fe ocupacional –no construidas sobre prejuicios- y las acciones positivas –dirigidas a eliminar los efectos de los prejuicios-.

- La flexibilización de la pertinencia de la comparación, lo que facilitaría la apreciación de discriminaciones múltiples interseccionales donde se discrimina a una mujer negra, pero no a los hombres negros ni a las mujeres blancas, resultando difícil identificar una situación comparable.

- La calificación como discriminación sexista directa de la violencia de género, incluyendo el acoso sexual y el acoso sexista, lo que permite individualizar la violencia de género frente a otras formas de violencia conceptualmente cercanas –la violencia doméstica, el acoso moral laboral-.

- La calificación como discriminación sexista directa de los prejuicios derivados del embarazo, el parto y la lactancia natural detectados

²⁰ La cuestión de la bilateralidad / unilateralidad ha sido analizada en el Capítulo Tercero. La distinción precisa entre las medidas paternalistas, las situaciones de buena fe ocupacional y las acciones positivas se analiza al hablar de las cláusulas de buena fe en este Capítulo y al hablar de las medidas de acción positiva en el Capítulo Quinto. Las discriminaciones múltiples interseccionales son analizadas al final de este Capítulo. La calificación como discriminación sexista directa de la violencia de género se analiza en el Capítulo Sexto. La calificación como discriminación sexista directa de las desigualdades por causa de maternidad se analiza en el Capítulo Séptimo. Y la calificación como discriminación sexista directa de las actuaciones vinculadas al ejercicio de los derechos de conciliación se analiza en el Capítulo Octavo.

a través de un test de sustitución que, al poner a un hombre en la situación de la mujer, garantiza la eliminación completa de los prejuicios de género.

- La calificación como discriminación sexista directa de las denegaciones injustificadas de ejercicio de derechos de conciliación y de las represalias por el ejercicio de derechos de conciliación, lo que facilitará el considerar a los derechos de conciliación como derechos fundamentales.

El concepto propuesto de discriminación sexista directa, y todas estas consecuencias teóricas y prácticas, no es contrario al concepto legal del artículo 6.1 de la LOIEMH. Al contrario, se puede enraizar en el concepto legal del artículo 6.1 de la LOIEMH si interpretamos (1) que la identificación de la situación comparable no se entienda estrictamente, admitiendo su flexibilización, y (2) que la causa del trato discriminatorio se explique en los prejuicios de género asociados al sexo de las personas. O sea, lo que se propone no es sustituir el concepto legal del artículo 6.1 de la LOIEMH, sino interpretarlo de una manera diferente a la tradicional y en consonancia con la integración en el concepto de la perspectiva de género.

c) Elementos del trato discriminatorio.

Elemento objetivo del trato discriminatorio es la acción, palabra u omisión. Ciertas dificultades surgen con las palabras dado el derecho a la libertad de expresión –tan fundamental como es el de no discriminación-. Aún con todo, las palabras pueden constituir discriminación sexista directa en los siguientes supuestos –no exhaustivos-: (a) los actos del habla, o “*speech acts*” –aquellos enunciados que, en sí mismos, transforman las relaciones entre los interlocutores o con los referentes-, con significado discriminatorio –por ejemplo, la declaración pública de una empresa de no contratar a mujeres en edad fértil-; (b) las ofensas verbales constitutivas de acoso sexual o sexista; (c) la apología de la discriminación contra la mujer.

También hay ciertas dificultades para identificar las omisiones constitutivas de discriminación sexista directa. En teoría –aunque a veces la distinción es difícil en la práctica–, son aquellas que admiten una única solución susceptible de ser aplicada judicialmente –por ejemplo, no contratar o no ascender a mujeres, o no incluir la licencia de maternidad en el cómputo de ausencias a efectos de un plus de asistencia o de un despido objetivo por absentismo–. Si la solución de la omisión –por ejemplo, la no regulación del permiso de paternidad– exige intervención legal, estaríamos ante la llamada discriminación por indiferenciación que solo se soluciona con una medida de igualdad de oportunidades –véase el Capítulo Quinto–.

Elemento subjetivo del trato discriminatorio es el dolo o la culpa. La discriminación sexista directa suele ser dolosa, y ello aunque el reproche social no exista o sea mínimo en el entorno del discriminador, como puede ocurrir con los tratos paternalistas –no contratar a una mujer por la dureza del trabajo–, o correctivos –despedir a una madre para que cuide a sus hijos, o violar a una lesbiana para que deje de serlo–. Los supuestos culposos se asocian al error de derecho –por ejemplo, una empresa no contrata a mujeres en la creencia de ser un empleo que les está legalmente prohibido–. Ahora bien, la progresiva concienciación de la sociedad en la igualdad de los sexos, debería suponer la correlativa desaparición del error de derecho.

Mientras el error de derecho puede degradar el elemento subjetivo del injusto de dolo a culpa, el error de hecho resulta irrelevante. El ejemplo más típico en el ámbito de la discriminación sexista es el despido de una trabajadora en la creencia de estar embarazada cuando realmente no lo está. Se trataría del fenómeno doctrinalmente denominado como discriminación por error. Y es que, en estos casos, se cumplen todas las exigencias para poder hablar de una discriminación sexista directa que, por la intención del causante, sería dolosa. Dicho en resumen, es una discriminación sexista

directa dolosa el trato peyorativo a una persona fundado en una apreciación incorrecta acerca de sus características relacionadas con el sexo / género.

d) Discriminaciones directas abiertas y ocultas.

La clasificación más extendida en la doctrina científica de la discriminación sexista directa –se trata, en consecuencia, de una clasificación doctrinal que facilita el conocimiento del fenómeno, pero que no se refleja en disposiciones jurídicas positivas- es la que distingue entre la abierta y la oculta –en contraposición a la discriminación sexista indirecta que sería, por definición, oculta-, según si quien discrimina toma abiertamente en consideración, con el trasfondo de los prejuicios de género, el sexo de la víctima o si quien discrimina toma en consideración alguna circunstancia que encubre la consideración del sexo de la víctima y que es un elemento esencial dentro de la construcción social y cultural del género.

(1) La discriminación sexista directa abierta se produce cuando quien discrimina toma abiertamente en consideración, con el trasfondo de los prejuicios de género, el sexo de la víctima y se corresponde con la manifestación más perceptible e identificable de discriminación sexista, lo que explica que haya sido la primera históricamente y siga siendo la más evidente teóricamente situación de discriminación sexista, así como la más erradicada en los ordenamientos jurídicos avanzados. Cuando aún no se habían elaborado ni el concepto de discriminación sexista directa oculta ni el concepto de discriminación sexista indirecta, la discriminación sexista directa abierta era, sin necesitar más calificativos, la discriminación sexista.

Son discriminaciones sexistas directas abiertas las órdenes de discriminar. Aunque el artículo 6.3 de la LOIEMH se limita a establecer que, “*en cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo*”, sin aclarar si la

discriminación es directa o indirecta, resulta evidente su carácter directo, incluso cuando la orden de discriminar se refiere a una discriminación indirecta porque, en esos casos, la orden de discriminar no es una orden neutra que pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, es una orden dirigida a poner a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo.

Tradicionalmente, la prohibición de la discriminación sexista directa, en su modalidad de abierta, se dirigió a erradicar, a través de una estrategia de parificación de los sexos, las políticas paternalistas tan arraigadas en las sociedades occidentales, posibilitando su arrumbamiento en el derecho internacional, comunitario y comparado, y en la legislación española – véanse los Capítulos Primero y Segundo-. De ahí que –como se verá en las páginas siguientes de este Capítulo Cuarto- la discriminación abierta sea cada vez más inusual en la jurisprudencia comunitaria, constitucional y en la normativa interna, y la parificación de los sexos haya llevado, como efecto reflejo, al desuso normativo de la cláusula de buena fe ocupacional.

(2) La discriminación sexista directa oculta se produce cuando quien discrimina toma en consideración alguna circunstancia que encubre la consideración del sexo de la víctima y que es un elemento esencial dentro de la construcción social y cultural del género. El ejemplo más clásico es el estado civil de la mujer casada. Por ello, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer garantiza la igualdad de la mujer “*independientemente de su estado civil*” –artículo 1.1- y prohíbe el despido por estado civil –artículo 11.2.a)-. También la LOIEMH prohíbe –en su artículo 3- las discriminaciones “*derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil*”.

A la vista del concepto propuesto de discriminación sexista directa, también son discriminaciones ocultas el acoso sexual o las represalias por el ejercicio de derechos de conciliación. Lo decisivo es que la circunstancia

que encubre la consideración del sexo de la víctima sea un elemento esencial dentro de la construcción social y cultural del género –el estado civil, justificativo de la sumisión de las mujeres casadas a la potestad marital; la maternidad, considerada destino natural de la mujer; la supuesta atracción sexual del agresor hacia la víctima, en el acoso sexual; o la asunción de las cargas familiares, excluyente de la vida pública, y, en especial, de la vida laboral, de quien, siendo hombre o mujer, las asume-.

Virtualmente erradicadas las políticas paternalistas en las sociedades occidentales, el actual centro de gravedad de la aplicación de la prohibición de la discriminación sexista directa lo encontramos, precisamente, en el campo de las discriminaciones ocultas –acoso sexual, discriminación o acoso por maternidad y discriminación o acoso por el ejercicio de los derechos de conciliación- que se corresponden con contenidos específicos del derecho a la igualdad al tratarse de unos ámbitos con una fuerte implicación de prejuicios de género –véase el Capítulo Segundo-. Por ello, su análisis lo hemos situado sistemáticamente en unos Capítulos específicos –el Sexto, el Séptimo y el Octavo- a los cuales nos remitimos.

e) Otras clasificaciones de la discriminación: malévola / no malévola; normativa / social; originaria / derivada.

Otras clasificaciones doctrinales de cierta implantación –que, conviene destacarlo, resultan aplicables tanto a la discriminación directa abierta y a la discriminación directa oculta, como a la discriminación indirecta- son las que distinguen entre discriminaciones malévolas –dolosas- y discriminaciones no malévolas –no dolosas-, discriminaciones normativas –su origen es la norma jurídica- y discriminaciones sociales –su origen es un acto social-, y discriminaciones originarias –son consecuencia inmediata del trato discriminatorio- y discriminaciones derivadas –son

consecuencia mediata del trato discriminatorio: por ejemplo, la cuantía inferior de una pensión de vejez calculada sobre salarios discriminatorios-.

III. LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DIRECTA ABIERTA EN EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO.

La jurisprudencia comunitaria adquiere protagonismo con la STJUE de 8.4.1976, Caso Defrenne II, C-43/75, que consagró el efecto directo del viejo artículo 119 del TCEE –posterior 141 del TUE y actual 157 TFUE- sobre el principio de igualdad de retribución –aunque limitando sus efectos a su fecha-. Si bien la discriminación indirecta no aparece muy clara –como se verá al analizarla dentro de este mismo Capítulo-, la directa abierta se define certeramente como aquella “*que ya cabe advertir meramente sobre la base de los criterios de identidad de trabajo e igualdad de retribución*”. Utilizando ese test de detección de la discriminación directa abierta, analizaremos de seguido los supuestos típicos en los cuales se ha apreciado.

a) Las edades de jubilación.

El establecimiento de edades de jubilación diferentes según el sexo, y aparentemente más beneficiosas para las mujeres –aunque acortaba sus carreras profesionales y las devolvía a las tareas domésticas-, era habitual en muchos Estados miembros –como Alemania, Bélgica, Holanda o Reino Unido-. Probablemente es el tema estrella al cual se ha enfrentado el Tribunal de Justicia en el ámbito de la discriminación directa abierta. Y se ha enfrentado a él desde cuatro perspectivas distintas: (1) la prestación de jubilación de los regímenes públicos, (2) la jubilación como causa de

extinción del contrato de trabajo, (3) las retribuciones vinculadas a la jubilación, y (4) la prestación de jubilación de los regímenes profesionales.

(1) La prestación de jubilación de los regímenes públicos. Desde esta perspectiva, es aplicable la Directiva 79/7/CEE que, en su artículo 7.1.a), habilita a los Estados miembros para “*exclure de su ámbito de aplicación ... la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación, y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones*”, si bien “*examinarán periódicamente*” esa exclusión “*a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social en la materia, si está justificado mantener(la)*” –artículo 7.2 de la Directiva-. Se posibilita así la equiparación gradual de las edades de jubilación sin perturbar el equilibrio financiero del Sistema Público de Seguridad Social.

El Tribunal de Justicia ha interpretado tal habilitación de una manera estricta, tanto en lo que se refiere a la propia pensión de jubilación, como en relación con “*las consecuencias que puedan derivarse ... para otras prestaciones*”, que se limitan a las discriminaciones “*que estén necesaria y objetivamente vinculadas a la diferencia en cuanto a la edad de jubilación*” o, dicho ello con un mayor detalle, “*si tales discriminaciones son objetivamente necesarias para evitar que se ponga en peligro el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social o para garantizar la coherencia entre el régimen de pensiones de jubilación y el régimen de las demás prestaciones*” –STJUE de 30.3.1993, Caso Thomas, C-328/91²¹-.

²¹ La Sra. Thomas y otras demandantes solicitaban pensiones de invalidez que se les denegaban porque, según la legislación británica, no se conceden a partir de la edad de jubilación, que era diferente según el sexo. Aunque el Tribunal de Justicia deja a la House of Lords la apreciación de si esas diferencias están necesaria y objetivamente vinculadas a la diferencia en cuanto a la edad de jubilación, ofrece unas indicaciones útiles al respecto, de un lado, negando, a la vista de los datos de los autos, el compromiso directo del equilibrio financiero del sistema en su conjunto, y, de otro lado, afirmando el derecho a la pensión de invalidez “*en el supuesto de que las mujeres hayan seguido trabajando, como, por otra parte, les permite la legislación nacional, tras haber superado la edad normal de jubilación de las mujeres y antes de llegar a la edad normal de jubilación de los hombres, o no perciban todavía prestaciones conforme al régimen de pensiones de vejez, a pesar de que han superado la edad normal de jubilación*”.

Bajo estas condiciones, y en relación con la propia pensión de jubilación, se han considerado incluidas en la habilitación diferencias en las cotizaciones sociales –STJUE de 7.7.1992, Caso EOC, C-9/91²²-, o diferencias en el cálculo de la cuantía de la pensión –SSTJUE de 30.4.1998, Caso De Vriendt, C-377 a C-384/96, y de 22.10.1998, Caso Wolfs, C-154/96-. También se permite establecer una reducción del 5% por cada año de anticipación de la pensión de vejez cuando la reducción solo se reconoce a los hombres antes de su edad de jubilación y después de la edad de jubilación de mujeres –STJUE de 30.4.2004, Caso Bourgard, C-172/02-.

En relación con otras prestaciones, se han considerado incluidas en la habilitación una pensión y un subsidio de invalidez vinculadas a la edad de acceso a la jubilación –STJUE de 11.8.1995, Caso Graham, C-92/94²³-, un crédito de cotizaciones complementarias de jubilación tras una crisis de empresa –STJUE de 30.1.1997, Caso Balestra, C-135/95²⁴-, un subsidio por reducción de ingresos introducido tras la expiración del plazo de

²² La Equal Opportunities Commission (EOC) del Reino Unido presentó una demanda de “*judicial review*” –control de legalidad- ante la High Court of Justice of England and Wales porque consideraba discriminatorio contra los hombres el que, para poder alcanzar la pensión máxima de jubilación, debieran cotizar 44 años, mientras las mujeres solo debían cotizar 39 años, y, además, los hombres debían seguir cotizando entre los 60 años –edad de jubilación de las mujeres- y los 65 años –edad de jubilación de los hombres-, mientras no las mujeres aunque continuaran trabajando durante esa franja de edad. Según el fallo del Caso EOC, la habilitación del artículo 7.1.a) de la Directiva 79/7/CEE “*autoriza la fijación de una edad mínima de jubilación diferente según el sexo a efectos de la concesión de pensiones de vejez y jubilación, así como discriminaciones, tales como las descritas por el órgano jurisdiccional de remisión, que estén necesariamente ligadas a esta diferencia*”. Por lo tanto, se admitían dichas diferencias de trato.

²³ Según el fallo del Caso Graham, el uso de la habilitación del artículo 7.1.a) de la Directiva 79/7/CEE por el Estado miembro –en el caso, el Reino Unido- “*le autoriza también, por un lado, a prever que el porcentaje de la pensión de invalidez de que disfrutaban las personas que se encuentran en situación de incapacidad laboral antes de llegar a la edad de jubilación se limite al porcentaje real de la pensión de jubilación a partir de la edad de 60 años para las mujeres y a partir de la edad de 65 años para los hombres y, por otro lado, a reservar la concesión de un subsidio de invalidez que se paga además de la pensión de invalidez, a las personas que tengan menos de 55 años de edad en el caso de las mujeres y menos de 60 años en el caso de los hombres en el momento en que sobrevenga la incapacidad laboral*”.

²⁴ Según el fallo del Caso Balestra, el uso de la habilitación del artículo 7.1.a) de la Directiva 79/7/CEE por el Estado miembro –en el caso, Italia- “*le faculta también para establecer que los trabajadores por cuenta ajena de una empresa declarada en crisis tengan derecho a un crédito de cotizaciones complementarias de jubilación de un máximo de 5 años a contar desde la fecha de inicio de su jubilación anticipada hasta el momento en que cumplan la edad en que nace su derecho a la pensión de jubilación, a saber, 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres, puesto que la diferencia según el sexo que existe en el modo de calcular las prestaciones de jubilación anticipada está objetiva y necesariamente vinculada a la fijación de una edad de jubilación diferente para los hombres y para las mujeres*”.

transposición de la norma comunitaria en el derecho interno –STJUE de 23.5.2000, Caso Hepple, C-196/98-, o una pensión de vejez anticipada por desempleo a la cual se puede acceder 3 años y medio antes de la edad de jubilación según el sexo –STJUE de 4.3.2004, Caso Haackert, C-303/02-.

No se han considerado incluidas en la habilitación las diferencias en el cálculo de la cuantía de la propia pensión de jubilación si se ha procedido a la equiparación de las edades de jubilación –STJUE de 1.7.1993, Van Cant, C-154/92²⁵-. Tampoco el denegar a una persona transexual, de hombre a mujer, una pensión de jubilación a la edad de 60 años –que era la edad de jubilación de las mujeres-, por no haber alcanzado la edad de 65 años –que era la edad de jubilación de las mujeres-, de modo que, no amparándose esta denegación en la habilitación del artículo 7.1.a) de la Directiva 79/7/CEE, esa denegación es discriminatoria por ser contraria a esa Directiva –STJUE de 27.4.2006, Caso Richards, C-423/04-.

En relación con otras prestaciones, no se han considerado incluidas en la habilitación las diferencias de edad en relación con la cobertura de gastos médicos –STJUE de 19.10.1995, Richardson, C-137/94²⁶-, o ayudas

²⁵ Bélgica, en 1990, estableció un régimen de jubilación flexible entre los 60 y los 65 años común a ambos sexos, pero manteniendo ciertas diferencias según el sexo en el modo de cálculo de la pensión de jubilación, que en el Caso Van Cant se consideraron discriminatorias. De por medio una reforma de carácter aclaratorio, en 1996, de la legislación belga, de la cual se deduce el mantenimiento transitorio de las diferencias en la edad de jubilación hasta la total equiparación de las edades de jubilación en 2009, el TJUE, en los Casos De Vrient y Wolfs, admite, conforme a esta nueva normativa, que Bélgica ha hecho uso de la habilitación del artículo 7.1.a) de la Directiva 79/7, y que, partiendo de esa premisa, el cálculo diferenciado de la pensión de jubilación está necesaria y objetivamente vinculado a esas diferencias de edad. La enseñanza del Caso Van Cant –que es coherente con la interpretación restrictiva de la habilitación- es que, si se equiparan las edades de jubilación, se deben equiparar todas sus consecuencias.

²⁶ Contrastando el Caso Richardson –donde el demandante era un hombre- con el –previamente citado en el texto principal- Caso Graham –donde la demandante era una mujer-, la diferencia decisiva de la distinta solución –en Graham se consideró no había discriminación en relación con una pensión y un subsidio de invalidez vinculadas a la edad de acceso a la jubilación, mientras en Richardson se consideró había discriminación en relación con las diferencias de edad en la cobertura de gastos médicos- parece estar, según destaca Jean Jacqmain, en la diferente naturaleza de las prestaciones –en Graham contributivas y en Richardson universales-, y, desde esta óptica, se critica la escasa claridad argumental del Caso Richardson, que puede llevar a quien lo compare con el Caso Graham a la convicción de que, en la materia de Seguridad Social, “*los hombres ganan sus asuntos y las mujeres pierden los suyos*”, “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, Journal des Tribunaux – Bruselas, número 47, 1998, página 56.

a calefacción –STJUE de 16.12.1999, Caso Taylor, C-382/98-. Tampoco una pensión de vejez anticipada por invalidez cuando las mujeres acceden 5 años antes de su edad de jubilación, y los hombres 8 años antes de su edad de jubilación –STJUE 23.5.2000, Caso Buchner, C-104/98, mientras que, en el antes citado Caso Haackert, ambos procedentes de Austria, había una coherencia entre la edad de jubilación y la edad de acceso a la pensión de vejez anticipada por desempleo, al fijarse 3 años y medio antes de aquella-.

(2) La jubilación como causa de extinción del contrato de trabajo. Desde esta perspectiva, es aplicable la Directiva 76/207/CEE. Como –a diferencia de la 79/7/CEE- no establece excepciones, es discriminatorio el despido de una mujer “*por la única causa de haber alcanzado o sobrepasado esta la edad a la que tiene derecho a una pensión del Estado, edad que es diferente para hombres y mujeres en virtud de la legislación nacional*” –STJUE de 26.2.1986, Caso Marshall I, C-152/84²⁷-, o “*a causa de la edad alcanzada ... cuando esta edad está en función de la señalada para adquirir un derecho a la pensión de jubilación y esta es distinta para ambos sexos*” –STJUE de 26.2.1986, Caso Mia Beets-Proper, C-262/84-.

Por esos mismos motivos, no hay discriminación cuando se establece “*una misma edad para el despido de los empleados masculinos y femeninos en el marco de un despido colectivo, que conlleve la concesión de una pensión de jubilación anticipada*”, y ello aún “*cuando la edad normal de acceso a la jubilación es diferente para hombres y mujeres*” – STJUE de 26.2.1986, Caso Roberts, C-151/84-. Tal jubilación anticipada,

²⁷ La doctrina Marshall I es aplicable a una empresa pública como es la British Gas Corporation porque, según se declaró en la STJUE de 12.7.1990, Caso Foster, C-188/89, el precepto de que se trata de la Directiva 76/207/CEE “*puede ser invocado para obtener una indemnización por daños y perjuicios contra un organismo al que, cualquiera que sea su forma jurídica, le ha sido encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, el cumplimiento, bajo el control de esta última, de un servicio de interés público y que dispone, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares*”. En cuanto a las consecuencias de la doctrina Marshall I –que ya se vislumbraban en el Caso Foster-, se concretaron más tarde en la STJUE de de 2.8.1993, Caso Marshall II, C-271/91 –su análisis se abordará en el Capítulo Décimo Primero con ocasión del análisis de las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias de conformidad con el derecho comunitario-.

establecida para ambos sexos a los 55 años, adelantaba en 5 años la de las mujeres –de 60 a 55- y en 10 años la de los hombres –de 65 a 55-. La Sra. Roberts –con 53 años- pretendió –sin éxito- que sobre la edad de jubilación de su sexo –60 años- se le aplicase el adelanto de 10 años de los hombres.

Ha llevado esta doctrina a considerar discriminatorio un incentivo fiscal a la dimisión del trabajador –condición de empleo incluida en la 76/207/CEE- “*que (se) concede a los trabajadores que hayan cumplido los 50 años de edad, si se trata de mujeres, y los 55 años, si se trata de hombres*” –STJUE de 21.7.2005, Caso Vergani, C-207/04-, o “*una normativa nacional que, con el fin de promover el acceso al empleo de personas más jóvenes, permite a un empresario despedir a los trabajadores que han adquirido el derecho a pensión de jubilación, dado que las mujeres adquieren ese derecho a una edad inferior en 5 años a la edad en que lo hacen los hombres*” –STJUE de 18.11.2010, Caso Kleist, C-356/09-.

(3) Las retribuciones vinculadas a la jubilación. Desde esta perspectiva es aplicable el artículo 119 del TCEE –actual 157 TFUE- y la Directiva 75/117/CEE. Aunque ese fundamento normativo acaso permitía presagiar otros resultados, la impertinencia de la comparación cuando las retribuciones se vinculan a las diferentes edades en la pensión pública de vejez ha llevado a no apreciar discriminación²⁸ en una prestación de un régimen profesional condicionada en su cuantía a la pensión pública de vejez –STJUE de 9.11.1993, Caso Birds Eye Walls Ltd, C-132/92²⁹-, o en

²⁸ Ateniéndonos al sentido del fallo, un precedente de los Casos Birds Eye Walls Ltd y Hložek, sería la STJUE de 19.2.1982, Caso Burton, C-19/81, donde, en relación con las diferentes edades de acceso a una indemnización de retiro voluntario, se falla que “*el mero hecho de que el acceso al régimen de retiro voluntario no se abra hasta cinco años antes de llegar a la edad mínima de jubilación prevista por la legislación nacional de Seguridad Social y que esta edad no sea la misma para los hombres como para las mujeres, no puede ser considerada una discriminación basada en el sexo, en el sentido de la Directiva 76/207*”. Pero los Casos Birds Eye Walls Ltd y Hložek no se argumentan como el Caso Burton –que ampara su fallo en el artículo 7.1.a) de la Directiva 79/7/CEE-. Incluso en Hložek el Caso Burton se considera superado por incluir la indemnización de retiro voluntario en el ámbito de la 76/207/CEE, y no en el ámbito del artículo 119 del TCEE. Sea como fuere, el sentido de todos los fallos resulta semejante.

²⁹ Según el fallo del Caso Birds Eye Walls Ltd, no es discriminatoria “*una pensión transitoria abonada por el empresario a los trabajadores o las trabajadoras por cuenta ajena que se hayan jubilado*”

una retribución por cese a partir de una edad vinculada a la de acceso a la pensión pública de vejez –STJUE de 9.12.2004, Caso Hlozek, C-19/02³⁰–.

(4) La prestación de jubilación de los regímenes profesionales. Desde esta perspectiva, es aplicable la Directiva 86/378/CEE que, en su artículo 9.a), contenía una previsión similar al 7.1.a) de la 79/7/CEE. Pero la STJUE de 17.5.1990, Caso Barber, C-262/88, consideró las prestaciones de un régimen profesional comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 119 del TCEE³¹, lo cual invalidaba las previsiones de la Directiva 86/378/CEE, determinando la calificación como discriminatoria de una diferencia –que se valora aisladamente- en el acceso a una pensión de jubilación complementaria a causa de un requisito de edad distinto según el sexo que se correspondía con una diferencia prevista en el régimen público.

Tal doctrina suponía riesgo de quiebra de los fondos de pensiones que habían actuado en la confianza de la validez del artículo 9.a) de la

anticipadamente por motivos de salud y que se destina a compensar, en especial, la pérdida de ingresos derivada de no haberse alcanzado aún la edad exigida para el abono de la pensión del régimen general, (en cuyo cálculo se tenga en cuenta la cuantía de la pensión del régimen general que se percibirá con posterioridad y ... se reduzca en consecuencia la cuantía de la pensión transitoria, aunque, en el tramo de edades comprendido entre los 60 y los 65 años, como consecuencia de ello las antiguas trabajadoras perciban una pensión transitoria inferior a la percibida por sus homólogos masculinos, siendo dicha diferencia equivalente a la cuantía de la pensión del régimen general que la mujer puede obtener a partir de la edad de sesenta años por los períodos de empleo cubiertos con el mencionado empresario”.

³⁰ Según el fallo del Caso Hlozek, no es discriminatorio “*un plan social (dentro del marco de una fusión de empresas) que prevé una diferencia de trato entre trabajadores y trabajadoras por lo que respecta a la edad a la que causan derecho a una asignación de transición, puesto que esos trabajadores y trabajadoras se hallan, en virtud del régimen legal nacional de pensiones de jubilación anticipada, en situaciones diferentes en relación con los elementos pertinentes para conceder dicha asignación*”. El Sr. Hlozek –de 54 años- solicitaba acceder a esa asignación de transición que se concedía, en todo caso, cinco años antes de la edad de jubilación en el régimen público –de 60 años para los hombres y de 55 años para las mujeres-, alegando que, si fuera mujer, sí se le hubiera concedido. Una lectura combinada con la STJUE de 26.2.1986, Caso Roberts, C-151/84, permite concluir que, en estos casos, no es discriminatorio ni fijar una igual fecha de cese para ambos sexos, ni fijar iguales años de anticipación para ambos sexos.

³¹ A pesar de lo novedoso del Caso Barber, la verdad es que, ya en la STJUE de 25.5.1971, Caso Defrenne I, C-80/70, se afirmaba –en pronunciamiento obiter dicta- que “*las prestaciones que se incluyen entre las de Seguridad Social no están en principio excluidas del concepto de retribución*”. Más expresamente, la STJUE de 13.5.1986, Caso Bilka, C-170/84, aplicó el artículo 119 TCEE considerando discriminatoria la limitación de derechos de los trabajadores a tiempo parcial –en su mayoría mujeres- en el acceso a un plan de pensiones. Sin embargo, y a pesar de las reservas de la Comisión Europea en orden a su adecuación al artículo 119 TCEE, nada impidió aprobar la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986. Para decir toda la verdad, también es verdad que la jurisprudencia tenía oscilaciones – como se puede comprobar con la STJUE de 3.12.1987, Caso Newstead, C-192/85, que no consideró como discriminatoria una cotización solo de los trabajadores a un fondo profesional para viudas mujeres-.

Directiva 86/378/CEE. Por ello, la Sentencia Barber, aún reconociendo el efecto directo del artículo 119 del TCEE, lo limita a su fecha, salvo si la pretensión estaba ya ejercitada judicialmente o de una manera equivalente según el derecho nacional. Una precisión con diversas opciones interpretativas³². La finalmente acogida fue la –escasamente radical en cuanto a sus efectos temporales- de atender a los periodos de empleo, y así se ha plasmado en la jurisprudencia post-Barber y en un Protocolo 2 al TCEE –actual Protocolo 33 del TFUE, llamado por ello Protocolo Barber-.

Pero no se acabaron ahí las dificultades de aplicación del Caso Barber, que fueron dilucidándose en una jurisprudencia post-Barber –que inspiró la Directiva 96/97/CE, modificativa de la 86/378/CEE, y actualmente refundida en la 2006/54/CE- donde, entre otras cosas³³, se ha establecido (1) que las discriminaciones entre hombres y mujeres están prohibidas en los regímenes profesionales no solo en relación con las edades de jubilación –STJUE de 14.10.1993, Caso Moroni, C-110/91-, (2) que la limitación temporal del Caso Barber no se aplica al derecho a participar en un plan de pensiones, pero sí la del Caso Defrenne II –STJUE de 28.9.1994, Caso Vroege, C-57/93, y STJUE de 28.9.1994, Caso

³² Había hasta cuatro opciones interpretativas. La de atender al pago de la pensión es la de mayor eficacia temporal de la doctrina Barber porque obligaría a recalcular los pagos posteriores a 17.5.1990 de todas las pensiones anteriores. La de atender a la fecha del hecho causante supondría aplicar la doctrina Barber solo a los hechos causantes posteriores a 17.5.1990. La de atender a los periodos de empleo supondría aplicar la doctrina Barber solo a los hechos causantes posteriores a 17.5.1990 y solo en relación con los periodos de empleo posteriores a 17.5.1990. Y la opción de atender a la fecha de la afiliación al régimen es la de menor eficacia temporal al aplicar la doctrina Barber solo a quienes se afiliasen después de 17.5.1990.

³³ La jurisprudencia post-Barber la conforman la STJUE de 6.10.1993, Caso Ten Oever, C-109/91, la STJUE de 14.10.1993, Caso Moroni, C-110/91, la STJUE de 9.11.1993, Caso Birds Eye Walls Ltd, C-132/91, la STJUE de 22.12.1993, Caso Neath, C-152/91, la STJUE de 28.9.1994, Caso Coloroll, C-200/91, la STJUE de 28.9.1994, Avdel Systems, C-408/92, la STJUE de 28.9.1994, Caso Van dem Akker, C-28/93, la STJUE de 28.9.1994, Caso Vroege, C-57/93, y la STJUE de 28.9.1994, Caso Fisscher, C-128/93. Análisis específicos en Juan José Fernández Domínguez, “La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social”, La Ley, Madrid, 1999, páginas 93 a 102, en Josep Moreno Gené / Ana María Romero Burillo, “Planes de pensiones y principio de igualdad; de la Sentencia Bilka a la Directiva 96/97/CE”, Revista de Derecho Social, número 1, 1998, páginas 119 a 132, y en Jean Jacquain, “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, Journal des Tribunaux – Bruselas, 1995, páginas 30 a 32. También hay un resumen de la jurisprudencia Barber y post-Barber en el Preámbulo de la Directiva 96/97/CE, especialmente oportuno porque se dirige a justificar los cambios acometidos en la Directiva 86/378/CEE.

Fisscher, C-128/93-, (3) que las aportaciones de trabajadores a planes de prestación definida deben ser iguales, pero no las de la empresa si ello obedece a cálculos actuariales diferenciados según el sexo –STJUE de 22.12.1993, Caso Neath, C-152/91, y STJUE de 28.9.1994, Caso Coloroll, C-200/91-, (4) que, mientras no se adopten medidas de igualación, los hombres deben ser equiparados a las mujeres, pero después se puede equiparar a las mujeres con los hombres –STJUE de 28.9.1994, Caso Avdel Systems, C-408/92, y STJUE de 28.9.1994, Caso Van dem Akker, C-28/93-, (5) que las aportaciones voluntarias realizadas por los trabajadores no están incluidas en el artículo 119 del TCEE –según el Caso Coloroll-.

Resulta oportuna una conclusión final. Al considerar discriminatorio, según la Directiva 76/207/CEE, el establecimiento de diferentes edades de jubilación a los efectos de la extinción del contrato de trabajo, al interpretar restrictivamente la cláusula establecida en la Directiva 79/7 en orden al mantenimiento transitorio de esas edades en el acceso a pensiones de jubilación públicas, y al someter la cláusula semejante contenida, con relación a las pensiones de jubilación profesionales, en la Directiva 86/378/CEE a las exigencias del artículo 119 TCEE –actual 157 del TFUE-, el Tribunal de Justicia ha dado pasos firmes que están llevando al abandono de las diferentes edades de jubilación en los Estados miembros.

b) Discriminaciones retributivas.

Además del Caso Defrenne II y de los relativos a edades de jubilación encabezados con el Caso Barber –ambos los cuales, dicho sea de paso, son los dos únicos casos dictados en la materia, no solo de igualdad retributiva de los sexos, sino en general de igualdad de los sexos, en donde se han limitado a su fecha los efectos de la sentencia dictada-, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha conocido bastantes asuntos en los cuales

se ha examinado una discriminación retributiva abierta, apreciándose su existencia (1) cuando una trabajadora recibe una retribución inferior a la recibida por el varón que ocupaba con anterioridad el mismo puesto de trabajo –STJUE de 27.3.1980, Caso *McCarthy Ltd*, C-129/79-, (2) cuando se abona la cotización a un régimen profesional de pensiones a través de un complemento del salario que se reconoce a los varones siempre y a las mujeres solo desde los 25 años –STJUE de 11.3.1981, Caso *Worringham*, C-69/80-, (3) cuando los subsidios familiares se pagan a todos los varones y solo a las mujeres cuyo esposo sea incapaz o gane menos del salario mínimo –STJUE de 9.6.1982, Comisión contra Luxemburgo, C-58/81-, (4) cuando se establecen ventajas especiales de transporte para los trabajadores jubilados, pero no para las trabajadoras jubiladas –STJUE de 9.2.1982, Caso *Garland*, C-12/81-, (5) cuando el salario bruto se reduce a las funcionarias casadas con otros funcionarios en cuanto el salario conjunto de ambos supere determinado techo –STJUE de 18.9.1984, Caso *Liefting*, C-23/83-, (6) cuando las trabajadoras, en trabajos de producción con un valor superior, cobran menos que un varón almacenero –STJUE de 4.2.1988, Caso *Murphy*, C-157/86-, (7) cuando las mujeres nunca están en situación de devengar una indemnización complementaria por despido –STJUE de 17.2.1993, Comisión contra Bélgica, C-173/91³⁴-, u (8) cuando, en relación con una pensión de viudedad, los varones viudos no podían cobrarla hasta los 65 años, mientras las mujeres viudas podían cobrarla

³⁴ La indemnización complementaria por despido de que se trata en el Caso Comisión contra Bélgica se instauraba en un convenio colectivo aplicable a la compañía aérea belga Sabena que solo reconocía el derecho a esa indemnización complementaria por despido a quienes tuvieran derecho a prestaciones de desempleo a partir de los 60 años y, en la legislación belga de la época, el derecho a prestaciones de desempleo solo se reconocía a partir de los 60 años a los hombres pues las mujeres accedían a esa edad a la jubilación. En la posterior STJUE de 13.7.2000, Caso *Defreyne*, C-166/99, se consideró esa indemnización derivada de un régimen profesional y, en consecuencia, se le aplicó la limitación temporal del Protocolo Barber. Critica Jean Jacquain la Sentencia *Defreyne* porque esa indemnización no dependía de periodos de cotización, ni de empleo en la empresa, de donde lo más correcto sería considerarla retribución no derivada de un régimen profesional, “*Égalité ... (2000)*”, obra citada, páginas 202 y 203.

desde los 60 años –STJUE de 25.5.2000, Caso Podesta, C-50/99, que, al tratarse de régimen profesional, aplica el límite temporal del Caso Barber-.

Merece ser destacada en especial la consideración como regímenes profesionales de los aplicables en la Función Pública, que arranca de la STJUE de 28.9.1994, Caso Beune, C-7/93, apreciándose discriminación (1) cuando hay reglas distintas de cálculo de la pensión de jubilación si funcionarios casados respecto a si funcionarias casadas –Caso Beune-, (2) cuando se imponen a los hombres condiciones de acceso a la viudedad más gravosas que a las mujeres –STJUE de 17.4.1997, Caso Evrenopoulos, C-147/95-, (3) cuando se excluye a los funcionarios que acrediten haber cuidado a sus hijos/as de una bonificación a efectos de la pensión de jubilación que se concede a las funcionarias –STJUE de 29.11.2001, Caso Griesmar, C-366/99³⁵-, (4) cuando se reconoce el derecho a una pensión de jubilación inmediata solo a las funcionarias cuyo cónyuge padece una incapacidad o una enfermedad incurable que le impide ejercer una profesión –STJUE de 13.12.2001, Caso Mouflin, C-206/00-, o (5) cuando se reconoce el derecho a una pensión de jubilación a una empleada en establecimientos militares a los 60 años, mientras a los empleados con el mismo trabajo se les reconoce ese derecho a los 55 años –STJUE de 12.9.2001, Caso Niemi, C-351/00-. La consolidación de la doctrina Beune determinó a la Comisión a demandar por incumplimiento a Italia y a Grecia, que fueron condenadas en STJUE de 13.11.2008, C-46/07, y en STJUE 26.3.2009, C-559/07, respectivamente, por mantener diferencias en las prestaciones de jubilación en los regímenes profesionales de la Función

³⁵ Para adecuarse al Caso Griesmar, Francia supeditó la bonificación por hijos/as a una interrupción de actividad de una duración continua de, a lo menos, dos meses en el marco de permisos de maternidad o parentales. El Tribunal Administrativo de Saint-Denis de La Reunión planteó, con esta nueva normativa, una cuestión prejudicial por impacto adverso sobre los hombres, Caso Amédée, C-572/10. Pero la cuestión fue retirada antes de la Sentencia, si bien hay Conclusiones del Abogado General justificando la exigencia de supeditar la bonificación por hijos/as a una interrupción continua de, a lo menos, dos meses en el marco de permisos de maternidad o parentales en reconocer la bonificación solo a quien efectivamente haya asumido el cuidado de sus hijos/as. Lo que es, a nuestro juicio, totalmente razonable.

Pública –en el caso de Italia diferentes edades de jubilación y en el caso de Grecia, además de ello, diversas medidas especiales a favor de determinadas categorías de trabajadoras como las viudas con hijos a cargo-.

Una última decisión sobre discriminación retributiva abierta de cita necesaria es la STJUE de 26.6.2001, Caso Brunnhofer, C-381/99, donde – además de abordar cuestiones probatorias a analizar en el Capítulo Décimo Segundo- se realiza una compilación de ciertos aspectos de la jurisprudencia comunitaria sobre un trabajo de igual valor. En primer lugar, y ratificando una doctrina contenida en el Caso Barber, se afirma que “*la igualdad de retribución debe garantizarse no solo en función de una apreciación global de las gratificaciones concedidas a los trabajadores, sino también a la vista de cada elemento de la retribución considerado aisladamente*”. En segundo lugar, y ratificando una doctrina contenida en el Caso McCarthys Ltd, se exige estar, a los efectos de la comparación, a “*la naturaleza del trabajo efectivamente realizado*”, sin que la integración en la misma categoría profesional suponga igualdad de trabajos o de su valor, ello es solo “*un indicio entre otros*”. Y, en tercer lugar, se declara que, si el trabajo se paga por unidad de tiempo, la diferencia de retribución establecida en el momento de la contratación “*no puede justificarse por razones que solo son conocidas tras la entrada en funciones de los trabajadores afectados y que solo pueden ser apreciadas durante la ejecución del contrato de trabajo, como una diferencia en la capacidad de trabajo personal de los interesados o en la calidad de las prestaciones*”.

Algunas enseñanzas se extraen de esta jurisprudencia. La primera es la amplitud del concepto retribución, incluyendo tanto las retribuciones directas, sean monetarias o en especie, sean de presente o de futuro, o sean salariales o extrasalariales, como las retribuciones indirectas, entre ellas las consistentes en prestaciones de regímenes profesionales –en particular, Caso Barber-. Incluso si prestaciones de regímenes profesionales de la

Función Pública, argumentando esta inclusión en que afectan a una categoría particular de trabajadores/as –como son los funcionarios/as-, dependen directamente de los años de servicio y su cuantía se calcula sobre el último sueldo del funcionario/a –en particular, Caso Beune-. Solo quedan fuera del concepto de retribución utilizado en la normativa comunitaria las prestaciones de la Seguridad Social Pública, entendiéndose como tales aquellas prestaciones reguladas exclusivamente por la ley, sin intervención de ningún tipo de concertación en la empresa o sector profesional, y obligatorias respecto a categorías generales de trabajadores.

La segunda es la tendencia a potenciar el control judicial a través de (1) la flexibilización de la comparación, admitiéndola entre situaciones no simultáneas –Caso McCarthys Ltd- o con trabajos de mayor valor –Caso Murphy-, y de (2) la verificación de la igualdad en cada elemento de la retribución, no bastando hacer una apreciación global –Caso Brunnhoffer-.

La tercera es la sustantividad de la comparación a efectos de apreciar si el trabajo es igual o de igual valor, atendiendo, no a factores formales como la asignación a una categoría profesional –aunque puedan valer de indicio-, sino a factores materiales como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales –Caso Brunnhofer-.

Y aún se puede añadir una cuarta enseñanza que, de una manera general, engloba a las anteriores: la procura de la mayor efectividad del principio de igualdad de retribución por trabajo igual o de igual valor. Tal tendencia jurisprudencial, si apreciable en todos los casos judicializados, aparece explícita en dos decisiones donde, en recursos de incumplimiento, se condena a Dinamarca por no recoger el concepto de trabajo de igual valor –STJUE de 30.1.1985, C-143/783- y al Reino Unido por condicionar la aplicación del principio de igualdad a la negociación de una clasificación profesional entre la empresa y la representación del personal, lo cual deja aquel principio a la voluntad de la empresa –STJUE de 6.7.1982, C-61/81-.

c) Condiciones de empleo.

Además de los relativos a edades de jubilación, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha conocido de varios asuntos en los cuales se ha examinado una discriminación abierta en las condiciones de empleo incluidas en el ámbito de la Directiva 76/207/CEE. Su artículo 2, después de definir, en su apartado 1, el principio de igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta, establecía tres excepciones: en su apartado 2 la buena fe ocupacional, en su apartado 4 las acciones positivas, y afirmando, además, en su apartado 3 que *“la presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad”*.

(1) Dado el carácter excepcional del artículo 2.3 de la Directiva 76/207/CEE, la jurisprudencia comunitaria se ha caracterizado –con la salvedad a que se aludirá– por una interpretación restrictiva. La STJUE de 25.10.1988, Comisión contra Francia, C-312/86, donde se enjuiciaba la adecuación a la Directiva 76/207/CEE de la ley francesa que la traspuso, consideró la existencia de un incumplimiento porque consentía *“los derechos especiales de las mujeres”* vigentes en convenio colectivo hasta su modificación por la negociación colectiva, condenando a Francia tanto por *“la generalidad de los términos utilizados por la legislación francesa”*, como por *“los ejemplos de tales derechos especiales citados en autos”*³⁶.

³⁶ Los ejemplos citados en los autos eran *“(1) la prolongación de los permisos por maternidad, (2) la reducción del tiempo de trabajo, por ejemplo, en favor de las mujeres mayores de 59 años, (3) la jubilación anticipada, (4) la obtención de permisos por enfermedad de los hijos, la concesión de días suplementarios de vacaciones anuales por hijo, (5) la concesión de un día de permiso el día de comienzo del curso escolar, (6) la concesión de horas de permiso el día de la madre, (7) descansos diarios para las mujeres que trabajen con material mecanográfico o que estén empleadas como dactilógrafas o telefonistas, (8) la concesión de bonificaciones para el cálculo de la jubilación a partir de un segundo hijo, (y 9) el pago de primas a las madres de familia que soporten gastos de guardería o de custodia”*.

Pero el asunto más emblemático en la materia es la STJUE de 25.7.1991, Stoeckel, C-345/89, también referido a Francia, que consideró que los Estados miembros tenían “*la obligación de no consagrar en su legislación el principio de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres ... cuando no exista una prohibición del trabajo nocturno para los hombres*”, rechazando que, por el establecimiento a esa prohibición de numerosas excepciones, se satisfagan las exigencias de igualdad de los sexos. Igualmente se rechazan –porque afectan lo mismo a los hombres- las justificaciones, utilizadas para amparar la prohibición, del riesgo de agresión nocturna de la mujer y sus mayores responsabilidades familiares.

La doctrina se reiteró en la STJUE de 3.2.1994, Caso Minne, C-13/93, también referido a Francia, en el cual se incide en que, aun si la prohibición del trabajo nocturno incluye a los hombres, hay discriminación de la mujer cuando el régimen de excepciones sea distinto en relación al procedimiento de adopción y a la duración del trabajo nocturno autorizado, en la STJUE de 2.8.1993, Caso Levy, C-158/91, este referido a Bélgica³⁷, y en dos recursos de incumplimiento, la STJUE de 13.3.1997, C-197/96, que condenó a Francia, y la STJUE de 4.12.1997, C-207/96, que condenó a Italia, en los cuales se rechaza, al haber su denuncia, la incidencia de convenios internacionales proteccionistas firmados por Francia y por Italia.

Solución semejante de existencia de discriminación se aprecia en la prohibición de trabajos en el interior de las minas, en medio hiperbárico o en buceo –STJUE de 1.2.2005, Comisión contra Austria, C-203/03-, argumentando que “*una prohibición general del empleo de mujeres*

³⁷ En el Caso Levy se abordó, en el contexto de una cuestión prejudicial de reenvío, la incidencia que, sobre la aplicación de la prohibición de trabajo nocturno, ostentan los convenios internacionales proteccionistas firmados por los Estados miembros, habilitando al órgano jurisdiccional nacional a no aplicar la prohibición de trabajo nocturno cuando esa no aplicación “*fuera necesaria para garantizar el cumplimiento por el Estado miembro de que se trata de obligaciones resultantes de un Convenio celebrado con Estados terceros antes de la entrada en vigor del TCEE*”. Pero –como se expone en el texto principal- los Estados miembros, en el contexto de un recurso de incumplimiento, no pueden zafarse de la condena si han tenido la posibilidad de denunciar oportunamente dichos convenios internacionales.

establecida sin atender a una apreciación individual no se justifica por supuestas necesidades particulares de protección de la mujer”. Aunque la circunstancia de la existencia de convenios internacionales proteccionistas firmados por Austria sí fue relevante para no condenarla en relación con la prohibición de trabajos en el interior de las minas, al apreciarse la imposibilidad de denunciarlos desde su integración en la Unión Europea.

(1 bis) El desmantelamiento del paternalismo que ha traído consigo la restrictiva jurisprudencia comunitaria sustentada en el carácter excepcional del artículo 2.3 de la Directiva 76/207/CEE, ha tenido otro episodio judicial reseñable en la STJUE de 30.9.2004, Caso Briheche, C-319/2003, en donde, de nuevo en relación con un caso proveniente de Francia, se ha resuelto a favor del carácter discriminatorio de *“una normativa nacional ... que reserva la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público a las viudas que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar, con exclusión de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación”*.

(2) Únicamente el artículo 2.3 de la Directiva 76/207/CEE admite la legitimidad de las normas protectoras en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, incluyendo dentro de esas excepciones, *“por un lado, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y con posterioridad a este, hasta el momento en que se normalizan sus funciones fisiológicas y psíquicas después del parto y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones”* –STJUE de 12.7.1984, Hoffman, C-184/83-.

Bajo esta argumentación, en el Caso Hoffman se admite la atribución a la trabajadora de un descanso retribuido por el Estado tras la expiración del plazo legal de protección, sin que se obligue al Estado a permitir su

concesión al padre, ni siquiera si hubiera acuerdo entre ambos progenitores. Ya antes del Caso Hoffman –aunque no con tanta contundencia- se había considerado conforme a la normativa comunitaria un permiso a favor de la madre adoptiva –STJUE de 26.10.1983, Comisión contra Italia, C-163/82-. Tal entendimiento amplio de la excepción de maternidad se ha criticado en la doctrina porque “*perpetúa la clásica responsabilidad femenina a cargo del cuidado de hijos y contribuye a mantener indeseables estereotipos*”³⁸.

Con todo, la normativa comunitaria ha evolucionado en un sentido divergente a la doctrina Hoffman. La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, ha desarrollado –como se deriva de su propia denominación- solamente el aspecto de “*la protección de la condición biológica*”, pero no el aspecto de “*la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo*”. Y la Directiva 2002/73/CE, que reformó la 76/207/CEE, ha eliminado el artículo 2.3, que tampoco aparece en la Directiva 2006/54/CE, refundidora de las anteriores.

Tampoco con posterioridad se ha aplicado –aunque nunca se ha abandonado- la doctrina Hoffman, y las escasas ocasiones en que acaso se podría aplicar, no se aplicó. Al respecto, la STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez, C-104/09, procedente de España, donde se consideró discriminatorio el permiso español de lactancia que, si bien con posibilidad de traspaso al padre, era de titularidad femenina, se distancia del Caso Hoffman porque “*(el) permiso (de lactancia) se concede a los trabajadores y trabajadoras por su condición de progenitores ... (no para) asegurar la*

³⁸ María Amparo Ballester Pastor, quien al respecto ha destacado que el TJUE “*(da) un paso atrás respecto a (su) postura en torno al alcance de la legislación protectora*”, “Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, página 164.

protección de la condición biológica de la madre después de su embarazo o la protección de las particulares relaciones entre la madre y su hijo”³⁹.

d) Seguridad Social Pública.

Además de los relativos a edades de jubilación, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha conocido bastantes asuntos en los cuales se ha examinado una discriminación abierta en la Seguridad Social Pública. Quizás en estos casos más que en ningún otro, se aprecia cuál es el lugar que las normas paternalistas atribuían a la mujer en la familia y el trabajo. Se ha considerado así discriminación sexista (1) que, a los efectos de una prestación por cuidar a persona inválida, se excluyese a las mujeres casadas que convivieran con su esposo o que este contribuyese a su manutención – STJUE de 24.6.1986, Caso Drake, C-150/85-, (2) que, a los efectos de una prestación de desempleo, no se les reconociese a las mujeres casadas la condición de cabeza de familia, mientras se les reconocía siempre a los hombres casados –STJUE de 4.12.1986, Caso FNV, C-71/85, y STJUE de 8.3.1988, Caso Dik, C-80/87-, (3) que, a los efectos de un subsidio de desempleo, su duración fuese menor para las mujeres casadas que para los hombres casados –STJUE de 24.3.1987, Caso McDermott, C-286/85, y Cotter I, STJUE de 13.3.1991, C-377/89, Caso Mac Dermott y Cotter II-, (4) que, a los efectos de una prestación no contributiva de invalidez, a las mujeres casadas o en convivencia marital se les exigiese estar incapacitadas para las labores domésticas, lo que no se exigía a los varones en las mismas circunstancias –STJUE de 24.6.1987, Caso Clarke, C-384/85-, o, después de sustituida esa prestación por otra prestación, el acceso a esta segunda se

³⁹ Aunque lo más oportuno hubiera sido abandonar la doctrina Hofmann. Manifiesta su preocupación al respecto Jean Jacqmain, para quien “no se entiende, en 2010, el interés en mantener esa jurisprudencia, dejando escapar la posibilidad de considerarla definitivamente obsoleta”, “Crónica de la Jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2010 a 31/8/2011)”, Aequalitas, número 29, 2011, página 9.

basase en el haber disfrutado aquella primera –STJUE de 11.7.1991, Caso Johnson I, C-31/90-, si bien se le permite al Estado, aunque no hubiera adaptado correctamente su derecho a la norma comunitaria, la limitación de los efectos de la reparación de la discriminación a un determinado plazo temporal anterior a la solicitud, en el caso 12 meses –STJUE de 6.12.1994, Caso Johnson II, C-410/92-, (5) que, a los efectos de una prestación por cónyuge e hijos a cargo, a las mujeres se les obligase a acreditar que efectivamente estaban a cargo, mientras a los hombres se les reconocía automáticamente –STJUE de 25.7.1991, Caso Emmott, C-208/90-, (6) que se retirase la pensión de incapacidad de las mujeres cuando adquieren una pensión de viudedad –STJUE de 27.10.1993, Caso van Gemert-Dersk, C-337/91-, pero no hay discriminación si a los hombres viudos se les aplicaba igualmente –STJUE de 27.10.1993, Caso Steenhorst-Neerings, C-338/91-, o (7) que se calcule una pensión sobre unos salarios diarios ficticios y/o globales diferentes para hombres y mujeres que realizaban igual trabajo o trabajo de igual valor –STJUE de 29.6.2010, Caso Brower, C-577/08-.

Mientras las anteriores son discriminaciones contra mujeres, la STJUE de 21.11.1990, Caso Rouvroy, C-373/89, contempló una discriminación contra varones –aunque, paradójicamente, quien demandaba era la viuda del hombre discriminado-, considerando discriminatoria *“una legislación nacional (que) reserva a las mujeres casadas, a las viudas y a los estudiantes la posibilidad de ser asimilados a personas que no deben pagar ninguna cotización social, sin conceder la misma posibilidad de exención de las cotizaciones a los hombres casados o a los viudos que cumplen, en todo lo demás, los mismos requisitos”* –ser trabajadores por cuenta propia con ingresos modestos y otra actividad profesional principal-.

Una interesante STJUE de 21.6.2007, Caso Jonkman, C-231/06, admite una normativa que, previa regularización de las diferencias de cotización, permita a las personas de un determinado sexo, originariamente

discriminadas, beneficiarse durante toda su jubilación del régimen de pensiones aplicable a las personas del otro sexo, siempre que la regularización se calcule sobre la diferencia entre las cotizaciones que esas personas originariamente discriminadas abonaron y las más elevadas que pagó la otra categoría de personas, que los intereses exigidos se limiten a compensar la depreciación monetaria, y que la regularización no se exija en único pago si ello la hace prácticamente imposible o excesivamente difícil.

No debemos olvidar, en último lugar, que, según el artículo 7 de la Directiva 79/7/CEE, los Estados miembros pueden mantener ciertas desigualdades –como la relativa a las edades de jubilación de la letra a)-. Pues bien, y en relación con la excepción contenida en la letra d) –que se refiere a “*la concesión de aumentos de las prestaciones de larga duración de invalidez, de vejez, de accidente laboral o de enfermedad profesional por la esposa a cargo*”-, la STJUE de 7.7.1994, Caso Bramhill, C-420/92, ha señalado que un Estado acogido a esa excepción puede suprimir esta discriminación únicamente respecto de mujeres que reúnan determinados requisitos –sin estar obligado a conceder los aumentos a todas las mujeres-.

IV. LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DIRECTA ABIERTA EN EL DERECHO ESPAÑOL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

En el análisis de la aplicación de la prohibición de la discriminación directa abierta en la jurisprudencia constitucional es necesario tener muy en cuenta la evolución acaecida, pasando de una primera etapa de bilateralidad formal a una segunda etapa de unilateralidad a favor de la mujer –como se ha analizado en el Capítulo Segundo-, de modo que, aunque en ambas etapas la parificación de los sexos es instrumento imprescindible para la consecución de la igualdad frente a la normativa paternalista, en la primera

etapa esa parificación se conseguía a través de la igualación por arriba, concediendo a los varones las supuestas ventajas paternalistas de las mujeres, y en la segunda etapa ello se fue progresivamente abandonando.

a) Jurisprudencia constitucional sobre Derecho del Trabajo.

La acusada tendencia parificadora de la jurisprudencia constitucional en el combate contra el paternalismo alcanzó su cénit con la STC 216/1991, de 14 de noviembre, que consideró discriminatoria la inadmisión de una mujer como piloto en la Academia General del Aire, y, sobre todo, con la STC 229/1992, de 14 de diciembre, que consideró discriminatoria la prohibición de trabajo de las mujeres en el interior de las minas porque, aunque respondía a una finalidad de protección de la mujer como sujeto más débil, *“supone refrendar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos, pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo”*⁴⁰.

Ciertamente, la jurisprudencia constitucional ya había hecho uso de la parificación en sentencias dictadas en su etapa de igualdad formal, pero sus argumentaciones no aludían al paternalismo y sus resultados suponían extender al varón los supuestos privilegios de las mujeres, enquistando un prejuicio de género bajo una apariencia formal de parificación. O sea, no erradicaban la normativa proteccionista hasta sus últimas consecuencias. Dentro del ámbito del Derecho del Trabajo, se encontraban en esta línea las

⁴⁰ Véase María Amparo Ballester Pastor, “La Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1992, de 14 de diciembre, o la ilicitud de la norma protectora de la mujer en el trabajo, establecida con carácter genérico. El trabajo en las minas”, Tribuna Social, número 27, 1993, y María Antonia Castro Argüelles, “Normas internacionales y norma constitucional. A propósito del trabajo de la mujer en las minas”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 63, 1993. Ya antes de la STC 229/1992, de 14 de diciembre, la mejor doctrina laboralista había concluido la inconstitucionalidad de la prohibición paternalista, véase Manuel Alonso Olea, “Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve”, Editorial Civitas, Madrid, 1980, página 72, Teresa Pérez del Río, “El principio de igualdad: No discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo”, IELS, Madrid, 1984, páginas 99 a 103, y Antonio Vicente Sempere Navarro, “Discriminación y trabajo femenino en la minería”, Relaciones Laborales, número 3, 1987.

sentencias donde se extendían a los hombres los criterios retributivos favorables a las mujeres basados en la protección del trabajo nocturno – STC 81/1982, de 21 de diciembre, y STC 98/1983, de 15 de noviembre-.

Un intento de abandonar la igualdad por arriba –de una gran trascendencia teórica pero de resultados prácticos discutibles- fue acuñando el concepto de acciones positivas a favor de las mujeres, lo que, en el ámbito del Derecho del Trabajo, permitió considerar la legitimidad constitucional de un plus de guardería a favor de las trabajadoras –STC 128/1987, de 16 de julio-, y del permiso de lactancia de titularidad femenina –STC 109/1993, de 25 de marzo-. Su análisis lo demoramos al Capítulo Quinto. Pero dejemos sentado desde aquí el carácter paternalista de estas medidas, como lo ha demostrado, en relación con el permiso de lactancia femenino, la STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez, C-104/09.

Más efectivo en orden al desmantelamiento de la normativa proteccionista fue el abandono de la igualdad por arriba en demandas de varones cuando la norma favorable a las mujeres se considerase como falsamente protectora. Claramente se puede observar el cambio acaecido en la jurisprudencia constitucional si contrastamos las anteriormente citadas sentencias sobre trabajo nocturno con la STC 28/1992, de 9 de marzo, donde, después de considerar un plus de transporte nocturno concedido a las mujeres como una norma falsamente protectora –con lo cual se está argumentando en atención a los prejuicios de género-, se deniega su extensión al varón demandante porque suponía “*crear una nueva norma*”.

El arrumbamiento definitivo del paternalismo obligaba a derogar las cláusulas de celibato, aún si su aplicación la reclamaban mujeres. Así las cosas, se consideró discriminatoria –aunque sin razonar su carácter paternalista- la excedencia femenina por matrimonio, tanto si forzosa –STC 7/1983, de 14 de febrero-, como si voluntaria –STC 241/1988, de 19 de

diciembre-. También es inconstitucional la dote –STC 317/1994, de 28 de noviembre- porque –con mejores razonamientos- *“(somete) a las mujeres a un régimen promocional de la terminación del contrato que derechamente conduce a consolidar su expulsión del mercado de trabajo”* perpetuando *“(la) desventaja en el acceso y el mantenimiento del puesto de trabajo”*.

Otra discriminación abierta en la jurisprudencia constitucional fue el Caso Avón⁴¹, una empresa con segregación de sexos en dos categorías con salarios diferentes. El Caso Avón llegó al TC en dos ocasiones. La STC 145/1992, de 13 de octubre, anuló, por contraria al artículo 24 de la CE, la STCT que consideró un reclamo de trabajo de igual valor como conflicto de intereses no judicializable. Como sucesor del TCT, el TSJ/Madrid acabó estimando –en Sentencia de 15.12.1992- la demanda. Ínterin se produjo un despido colectivo y algunas demandantes pidieron el recálculo de indemnizaciones. Que la STC 183/2000, de 10 de julio, admitió. Pero se denegó –criticable- a las no demandantes –STC 183/1998, 17 de octubre-⁴².

Resumiendo –y haciendo ahora abstracción de la doctrina del varón discriminado-, es discriminatoria (1) la exclusión de las mujeres del manejo de aviones de combate –STC 216/1991, de 14 de noviembre-, y de los

⁴¹ El Caso Avón era una discriminación retributiva abierta porque, al segregar los sexos en dos categorías profesionales diferentes, una solo para hombres y otra solo para mujeres, las diferencias salariales venían dadas por el sexo del trabajador/a –si esa segregación no fuera forzosa, pero aún así existieran diferencias salariales entre una categoría masculinizada y otra categoría feminizada, la discriminación sería indirecta-. Otro supuesto donde afloró una discriminación retributiva abierta en la jurisprudencia constitucional fue la STC 286/1994, de 27 de octubre, Caso Galletas Fontaneda –que se analizará más en profundidad al analizar la discriminación retributiva indirecta porque si concurría o no era el principal debate litigioso-, y consistía esa discriminación retributiva abierta en abonar a las mujeres integradas en categoría masculinizada –producción- un salario inferior a los hombres integrados en esa categoría masculinizada y equivalente al salario inferior abonado a las mujeres integradas en categoría feminizada –empaquetado-.

⁴² Las SSTC 183/1998, de 17 de octubre, y 183/2000, de 10 de julio, reconocen al unísono que *“una indemnización calculada sobre un salario que incurre en discriminación por motivo de sexo es igualmente discriminatoria”*. Se trata de un supuesto claro de discriminación derivada, es decir de una consecuencia mediata del trato discriminatorio causante inmediato de la originaria. Dentro de ese contexto, no es fácil entender que, por el hecho de no haber reclamado contra la discriminación originaria, se pierda el derecho a reclamar contra la derivada. Tampoco es fácil entender porque la STC 183/1998, de 17 de octubre, no ha utilizado el razonamiento de la STC 183/2000, de 10 de julio, donde se descarta la eficacia liberatoria de recibos de finiquito firmados por las despedidas porque *“la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales, cuando es posible, ha de ser expresa y formulada en términos inequívocos: de lo contrario podrían legitimarse, a través de ella, situaciones contrarias a la dignidad humana”*.

empleos en el interior de la mina –STC 229/1992, de 14 de diciembre-, (2) los criterios retributivos favorables a las mujeres basados en la protección del trabajo nocturno –SSTC 81/1982, de 21 de diciembre, STC 98/1983, de 15 de noviembre, y STC 28/1992, de 9 de marzo-, y (3) las cláusulas de celibato, consistan en excedencia por matrimonio, forzosa –STC 7/1983, de 14 de febrero-, o voluntaria –STC 241/1988, de 19 de diciembre-, o de dote para fomentar abandono del trabajo –STC 317/1994, de 28 de noviembre-.

b) Normativa interna, negociación colectiva y aplicación judicial.

Fruto de la marcada tendencia de parificación de los sexos de la jurisprudencia constitucional, la discriminación abierta está erradicada en la legislación laboral. En concreto, la STC 229/1992, de 14 de diciembre, motivó tanto la denuncia de los convenios paternalistas ratificados por España⁴³, como la derogación expresa –que se produjo a través de la disposición derogatoria única de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales- del Decreto de 26 de julio de 1957 del Ministerio de Trabajo. Se mantuvo, sin embargo, la titularidad femenina del permiso de lactancia – artículo 37.4 del ET- hasta el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, y su modificación legal no ha sido todo lo satisfactoria que era de esperar⁴⁴.

No erradicada, pero casi, está la discriminación abierta en la negociación colectiva. En los convenios colectivos de sector estatal o autonómico, y de grandes empresas, las discriminaciones abiertas son excepcionales, limitándose a algunas residuales normas proteccionistas⁴⁵.

⁴³ El Convenio 45, relativo al trabajo subterráneo de las mujeres empleadas en toda clase de minas (1935), y el 89, relativo al trabajo nocturno de las mujeres (1948), se denunciaron el 14.4.2008 y el 27.2.1992.

⁴⁴ El nuevo artículo 37.4 del ET, después de eliminar todas las referencias al sexo femenino a causa de la STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez, C-104/09, introduce un último párrafo donde se dice que “(este permiso) solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen”.

⁴⁵ Como es el caso del artículo 37 del Convenio colectivo para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos, BOE de

Más ejemplos se encuentran en convenios colectivos de menor ámbito, donde aún aparecen algunas dotes –ciertamente extendida su titularidad a los varones⁴⁶-, y algunos derechos sexuados, tanto en relación con el hombre –en ámbitos masculinizados se sigue hablando, por ejemplo, del permiso por fallecimiento o por enfermedad de la esposa- como en relación con la mujer –feminizando la titularidad de los derechos de conciliación⁴⁷-.

Estando la discriminación abierta erradicada en la legislación laboral y casi erradicada en la negociación colectiva, no es extraño sean menguantes sus apariciones en el ámbito de la aplicación judicial, si bien aún aparecen casos sobre el acceso al empleo, rechazando contratar a una mujer cualificada por ausencia de baños⁴⁸, una ocasional dote⁴⁹, las

10.10.2012, donde se establece, en su apartado b), que “*los trabajos de carga de barricas, carga de grandes fardos y acarreos pesados serán hechos por hombres mayores de dieciocho años, sin perjuicio de que, momentáneamente, un menor de dicha edad pueda prestar ayuda para efectuar esos trabajos*”, y, en su apartado e), que “*las empresas se obligan a no utilizar personal femenino en las labores de carga y descarga que exijan subirse a camiones y buques*”. Véase la crítica que a estas normas –que ya aparecían en los mismos términos literales en versiones anteriores del citado convenio colectivo estatal- hizo Belén Fernández Docampo, “La salud laboral desde una perspectiva de género”, en la obra colectiva que coordiné “El principio de igualdad en la negociación colectiva”, MTAS, Madrid, 2008, páginas 348-349.

⁴⁶ En un estudio sobre la negociación colectiva catalana, Miquel Àngel Falguera Baró identificó, hace apenas unos años, hasta nueve convenios colectivos donde existían indemnizaciones económicas por extinción del contrato por matrimonio, constitución de pareja de hecho, o maternidad / paternidad –es decir, dotes-, “Reflexiones sobre el papel de la negociación colectiva en materia de igualdad de género y conciliación de la vida laboral desde el análisis de la negociación colectiva en Cataluña”, en la obra colectiva “Mujer y trabajo: entre la precariedad y la desigualdad”, dirigida por Josefina Birulés Beltrán / María Ángeles Vivas Larruy, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, páginas 288 y 289.

⁴⁷ En un estudio sobre la negociación colectiva de la área viguesa, se ha detectado un permiso por fallecimiento o por enfermedad de la esposa en un convenio colectivo masculinizado, o la denominación –como si los padres no la pudieran disfrutar- de la excedencia por cuidado de hijos como excedencia por maternidad, Jaime Cabeza Pereiro (coordinador) / Susana Rodríguez Escanciano / Lourdes Mella Méndez / Beatriz Agra Viforcós, “Análisis de xénero na negociación colectiva do metal e da construción en empresas da Mancomunidade da Área Intermunicipal de Vigo”, Proxecto Conta con Elas / Área Meropolitana de Vigo, 2007, páginas 95 y 96. Quizás sean simples “*lapsus linguae*” y la empresa no deniegue a una mujer el permiso por fallecimiento o enfermedad de su esposo, o a un varón la excedencia por cuidado de hijos. Pero, con esa redacción, el riesgo persiste. Y delata el sexismo de quienes negocian.

⁴⁸ La STSJ/Las Palmas de 22.12.2008, RS 980/2007, considera la existencia de discriminación sexista en un supuesto donde la demandante, después de ser seleccionada por el servicio público de empleo como trabajadora apta para la oferta de empleo, no es contratada como peón de la construcción “*por no disponer la obra donde se necesita personal de baños para mujeres*” –no siendo ocioso recordar que la prohibición de discriminación sexista directa no admite justificaciones ni excepciones-. Aquí se condena a la empresa a contratar a la trabajadora, y, en concepto de indemnización, al abono de los salarios dejados de percibir y a 6.000 euros por daños morales. Si bien se mira, se están aplicando las condenas características de la calificación de despido nulo a consecuencia de violación de derechos fundamentales.

retribuciones, siendo bastante antiguos los casos de dobles escalas salariales u otras discriminaciones abiertas⁵⁰, pero también hay ejemplos más modernos⁵¹, o la clasificación y/o la promoción profesional – usualmente con consecuencias retributivas-, con una variada casuística en orden a la forma en la cual se manifiesta la discriminación en este campo⁵².

c) Discriminación abierta en la Seguridad Social.

El Tribunal Constitucional, dentro de su jurisprudencia de igualación por arriba, extendió a los hombres viudos, quienes solo accedían a la

⁴⁹ La STSJ/Castilla La Mancha, RS 702/1997, estima el recurso de la empleadora pública y rechaza la demanda de una trabajadora solicitando la aplicación de una dote matrimonial establecida en la –entonces aún vigente- ordenanza del seguro. Véase el comentario de Elisa Sierra Hernanz, “La dote matrimonial o la inducción a la mujer a dejar el puesto de trabajo”, *Aranzadi Social*, volumen I, 1998, BIB 1998 378.

⁵⁰ Ya el TCT declaró discriminatorio un plus de convenio derivado de un anterior plus de asistencia – STCT de 17.6.1986-, o un plus de asiduidad –STCT de 22.7.1986-, con cuantías diferentes para hombres y mujeres –doble escala salarial-. Otra STCT de 17.7.1986 contempló una discriminación en la estructura del salario, el de los hombres era un salario base superior al de las mujeres, y, aunque estas cobraban la diferencia a través de un plus de compensación, el diferente tratamiento a efectos de absorción y compensación entre el salario base y los pluses salariales determinaba la existencia de la desigualdad. También se consideró discriminatoria, en la STS de 1.12.1987, una retribución de carácter extrasalarial consistente en un subsidio familiar con diferentes requisitos de acceso para los trabajadores varones – estar casados, con o sin hijos, y convivir con su esposa, o ser viudos o separados legalmente con hijos a su cargo-, y otros distintos aplicables a las mujeres –ser viudas o separadas legalmente con hijos a su cargo-.

⁵¹ Como la STSJ/Valencia de 28.9.1999, RS 2354/1999, un supuesto de doble escala salarial en la medida en que “*la empresa demandada retribuye el trabajo de los hombres como peón collidor a razón de 724 pesetas/hora, y el de las mujeres que prestan idénticos servicios a razón de 602 pesetas/hora*”. O la STSJ/Las Palmas de 21.12.2006, RS 485/2003, que consideró discriminatorio negar a una camarera el plus de calidad abonado a sus compañeros varones, rechazando el argumento de que esa situación provenía de una concesión anterior, porque “*el artículo 44 del ET no es mecanismo que justifique diferencias discriminatorias*”, y reconociendo, en este caso, la bondad de una condena de futuro, “*de modo que (la actora) no tenga que acudir a los tribunales cada mes reclamando su abono*”. O la STSJ/Madrid de 26.2.2007, RS 170/2007, que consideró discriminatorio aplicar a la demandante la absorción de un complemento salarial cuya absorción no se le aplicaba a sus compañeros masculinos.

⁵² Asignando las trabajadoras temporales transformadas en indefinidas a una categoría profesional inferior de aquella a la que se asigna a los trabajadores temporales transformados en indefinidos –STSJ/Burgos de 24.10.1990-. Relegando en ascensos de una trabajadora, pagándole menos e imponiéndole una jornada diferente a sus compañeros por motivos sexistas y sindicales –STSJ/Málaga de 25.10.1996-. Prohibiendo el acceso de las trabajadoras de la sección de cosido, de mayoría femenina y de peor retribución, a la sección de montaje, de mayoría masculina y de mejor retribución –STSJ/Navarra de 30.5.2006, RS 437/2005-. Encuadrando a una trabajadora en una categoría inferior a la de sus compañeros varones – STSJ/Valladolid 19.6.2006, RS 1040/2006-. Impidiendo a una trabajadora completar los sectores exigidos en la normativa aplicable para acceder a comandante de aeronave –STSJ/Las Palmas de 19.9.2007, RS 308/2007-. O evitando el ascenso de todas las trabajadoras –STSJ/Cataluña de 15.5.2008, RS 902/2008-.

pensión del Régimen General de la Seguridad Social si eran incapaces, las condiciones de acceso a la pensión de viudedad de las mujeres viudas, a quienes se les reconocía siempre al considerarlas dependientes de su cónyuge –STC 103/1983, de 22 de noviembre-. La doctrina se aplicó, sin fisuras argumentales, para la extinta MUNPAL, donde el varón solo accedía a la pensión de viudedad si era “*pobre legal*” –STC 42/1984, de 23 de marzo-, y para el asimismo extinto SOVI, donde el varón ni siquiera tenía derecho a pensión de viudedad –STC 142/1987, de 22 de diciembre-.

Otros asuntos de la jurisprudencia constitucional donde se aplicó la doctrina de la igualación por arriba, estimando las demandas de amparo de hombres, fue en relación con el derecho a la jubilación anticipada que se reconocía, con la rancia justificación de garantizar su atractivo físico, a las auxiliares de vuelo femeninas –STC 207/1987, de 22 de diciembre-, y en relación con el derecho a pensión a favor de familiares que, en el Régimen General de la Seguridad Social, se reconocía solo a hijas y a hermanas de pensionistas, con la implícita justificación de considerarlas subordinadas a consecuencia de su sexo –STC 3/1993, de 14 de enero, dictada esta cuando ya se había modificado la LGSS para equiparar a hijos/as y a hermanos/as-.

La igualación por arriba presenta el problema de enquistar los prejuicios de género bajo una apariencia formal de parificación. Y es que, aunque se extiendan a los hombres los derechos reconocidos a las mujeres en la normativa paternalista, los prejuicios de género sobre los cuales se reconocieron aquellos derechos se mantienen vigentes. Por ejemplo, la extensión de la pensión de viudedad al hombre no erradica el estereotipo de que el destino natural de la mujer es ser mantenida por su esposo, al contrario, lo refuerza en la medida en que el matrimonio –y no una efectiva situación de necesidad- garantiza la pensión de viudedad, configurándose así como una alternativa al trabajo para acceder a las prestaciones sociales.

Tal crítica adquirió mayor calado cuando, aplicando la igualación por arriba, se produjeron cambios normativos –quizás no muy meditados- en la protección social de funcionarios/as⁵³ y trabajadores/as⁵⁴. De este modo, y aunque la jurisprudencia constitucional terminó abandonando la igualación por arriba, esta se consolidó en muchas prestaciones sociales, y, en particular, en la viudedad, comprometiendo fondos sin valorar si sus destinatarios eran necesitados y si no habría otras personas más necesitadas –como las viudas con bajas pensiones-⁵⁵. Con lo cual, la aplicación a favor de los viudos de la igualdad de trato ha dificultado la mejora de la igualdad de oportunidades de las viudas y la reforma total de la pensión de viudedad.

A causa de las críticas a la igualación por arriba, el Tribunal Constitucional, sin abandonarla, rectificó el rumbo, una vez con mayor fortuna –se justificó como acción positiva una mayor pensión de jubilación a favor de las mujeres dirigida a compensar sus inferiores condiciones laborales y mantenida transitoriamente, STC 19/1989, de 31 de enero-, y otras con argumentos “*curiosos cuando no abiertamente reprobables*”⁵⁶,

⁵³ El artículo 32.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas de reforma para la Función Pública, estableció que “*la mujer funcionario causará los mismos derechos pasivos que el varón, reconociéndose, no obstante, efectos económicos únicamente desde el 1 de enero de 1984 a los causados con anterioridad*”. Precisión esta última “*inconstitucional en cuanto se entienda aplicable a las solicitudes de pensión tramitadas y en curso antes de la entrada en vigor de dicha Ley*” –STC 5/1992, de 16 de enero-.

⁵⁴ El artículo 4 de la Ley 26/1990, de prestaciones no contributivas, estableció, “*con objeto de garantizar la igualdad de trato entre hombre y mujer*”, que los términos esposa, esposas y viuda, e hijas y hermanas de pensionistas contenidos en diversos artículos de la LGSS referidos al auxilio por defunción, a las pensiones de viudedad y a las prestaciones a favor de familiares, fueran sustituidos por cónyuge, cónyuges y cónyuge superviviente, e hijos y hermanos de pensionistas, eliminando toda discriminación.

⁵⁵ En especial, la igualación por arriba en la pensión de viudedad fue criticada en la doctrina científica (1) porque la trasnochada concepción social de la mujer como sujeto incapaz dependiente de su cónyuge que latía en la regulación anterior no se resuelve extendiendo el supuesto privilegio a los varones, al contrario se enquista una regulación construida sobre prejuicios de género, (2) porque, con esa extensión, se ha trastocado la finalidad de la pensión de viudedad, que era cubrir una situación de necesidad –que los varones acreditaban con su incapacidad y que para las mujeres se les presumía-, para pasar a compensar un descenso de rentas, (3) porque se invade la competencia legislativa, y (4) porque se han comprometido fondos de la Seguridad Social que, si se quería mejorar el grado de igualdad, se debían aplicar a elevar las ínfimas pensiones de viudedad de muchas mujeres. Véase Bernardo González González, “La Seguridad Social de los viudos varones según el Tribunal Constitucional”, Actualidad Laboral, número 6, 1990.

⁵⁶ Como ha afirmado Juan José Fernández Domínguez, “La mujer ...”, obra citada, páginas 191 a 193.

como denegar a un varón una pensión de viudedad de una mutualidad de funcionarios porque *“una prestación complementaria asumida de forma voluntaria ... se (rige) por las condiciones libremente aceptadas por los mutualistas”* –SSTC 49/1990, de 26 de marzo, y 5/1994, de 17 de enero⁵⁷–.

Con mejores razonamientos, la igualación por arriba se abandonó definitivamente cuando se denegó la extensión al demandante varón de una norma de la mutualidad de empleados locales donde se establecía una diferencia en el acceso a la pensión de orfandad –a los hijos hasta los 25 años y a las hijas sin edad salvo si se casan o toman estado- porque *“no resulta posible una parificación en la discriminación misma”* –SSTC 315/1994, de 28 de noviembre-, o de una norma de una reglamentación laboral donde se establecía una diferencia en el acceso a la jubilación anticipada para mujeres –55 años- y hombres –60 años-, porque la diferencia *“(ha) perdido su razón de ser”* –STC 16/1995, de 24 de enero-.

Haciendo ahora abstracción de la doctrina del varón discriminado, lo interesante es destacar, en virtud de la marcada tendencia parificadora de la jurisprudencia constitucional, la prohibición de diferencias en el ámbito de la Seguridad Social Pública –también, y a pesar de alguna desafortunada decisión constitucional, de la Privada-. Sin embargo, en la legislación de la Seguridad Social –a diferencia de la legislación de Derecho del Trabajo- perviven residualmente algunas discriminaciones abiertas porque no siempre se han realizado los cambios normativos de manera completa⁵⁸, se

⁵⁷ Tales sentencias fueron criticadas –con toda la razón- por José Luis Tortuero Plaza, tanto porque se estaba calificando como complementaria una prestación concedida por una mutualidad de funcionarios cuyo carácter es legalmente obligatorio, no voluntario, como porque se estaba desconociendo la jurisprudencia comunitaria que, tratándose de regímenes profesionales, es incluso más exigente en la aplicación de la igualdad de trato. La STC 49/1990, de 26 de marzo, la comentó en “Viudo no discriminado. Sobre la naturaleza de la prestación otorgada por el mutualismo funcional integrado en los fondos especiales (referencia al carácter de la protección complementaria en la STJCE Asunto Barber)”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 49, 1991. Y la STC 5/1994, de 17 de enero, la comentó en “Nuevamente sobre el viudo no discriminado”, en Manuel Alonso Olea / Alfredo Montoya Melgar, “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social”, Tomo XII, Madrid, 1994.

⁵⁸ La OM de 5 de abril de 1974, que aprobó el baremo de lesiones permanentes no invalidantes por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, establecía, en la redacción originaria de sus números

mantienen algunas diferencias de difícil justificación⁵⁹, y a veces se reintroducen normas dudosamente conformes a la igualdad de los sexos⁶⁰.

V. LAS CLÁUSULAS DE BUENA FE.

a) Concepto legal y sus antecedentes.

Con antecedentes en el derecho estadounidense⁶¹, y en transposición del artículo 14.2 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del

14 y 15, unas cuantías superiores para la pérdida de la nariz y para la deformación del rostro cuando se trataba de una mujer que cuando se trataba de un hombre. La OM de 11 de mayo de 1988 equiparó las cuantías al alza. Se mantuvieron, sin embargo, diferentes cuantías en relación con lesiones, mutilaciones y deformaciones del aparato genital, que no eran muy lógicas porque no se acaba de ver la diferencia entre la pérdida anatómica o funcional de testículos y ovarios, o en la deformación de órganos sexuales externos. La Orden TAS/1040/2005, de 18 de abril, y la Orden ESS/66/2013, de 28 de enero, ya no contemplan diferencias en orden a la pérdida anatómica o funcional de testículos y ovarios, pero si mantienen diferencias en la deformación de órganos sexuales externos –véanse actuales baremos 17 a 21-.

⁵⁹ Como es el caso del artículo 40 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, y del artículo 22 de la OM de 13.2.1967, que, para el acceso a las prestaciones a favor de familiares, establece exigencias distintas cuando se trate de “madre y abuelas”, a quienes se exige estar “viudas, casadas cuyo marido esté incapacitado para el trabajo, o solteras”, y cuando se trate de “padre y abuelos”, a quienes exige “que tengan cumplidos los sesenta años de edad o se hallen incapacitados para el trabajo”. La STS de 24.2.1995, RCUUD 2790/1994, denegó la demanda de una mujer casada cuyo marido no era incapaz para el trabajo argumentando que, aunque no se aplica a padre y abuelos, esa exigencia, al verificar la ausencia de ingresos del trabajo en el hogar familiar –ni el del hijo/a fallecido, ni el de la madre o la abuela, ni el del cónyuge incapacitado- “permite ponderar la situación de necesidad ... tiene su razón de ser en la propia esencia de la prestación en sí ... (y) se revela consustancial a la propia finalidad de esta última”.

⁶⁰ Como es el caso de la disposición adicional 60ª de la LGSS, introducida a través de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización de la Seguridad Social, ha regulado unos beneficios por cuidado de hijos o menores que solo se reconocerán “a uno de los progenitores (y) en caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre”. Se trata de una norma criticable porque lo propio sería individualizar el derecho –un derecho a cada progenitor- o distribuirlo según criterios predeterminados legal o reglamentariamente –por ejemplo, en proporción directa al tiempo en que cada uno de los progenitores interrumpió realmente su trabajo para el cuidado de hijos/as-. Al no hacerlo así, la controversia está servida en supuestos de nulidad, separación o divorcio, y la atribución siempre a la madre, de dudosa constitucionalidad –más que acción positiva aparenta basarse en rancios estereotipos-, es chocante en casos de custodia compartida o atribuida en exclusiva al padre –que no son descartables-.

⁶¹ En los Estados Unidos, la “*bona fides occupational qualification*” se encuentra admitida legalmente. Analizando su aplicación jurisprudencial, se distinguen tres supuestos: (1) aptitud para el cumplimiento, por ejemplo, si el trabajo afecta a la seguridad pública, aunque se valorará la cuestión de manera individualizada; entrarían dentro del supuesto los trabajos artísticos o como modelo profesional; sin embargo, los criterios de la fuerza física, la resistencia o el carácter arduo del trabajo no permiten excluir con carácter general a las mujeres; tampoco vale como norma general la apariencia física; (2) exigencia del mismo sexo, en especial cuando la prestación laboral invade la intimidad de los usuarios del servicio, aunque esa invasión debe ser la esencia del trabajo, no meramente tangencial; (3) preferencias de la

Consejo, de 5 de julio de 2006, el artículo 5, apartado 2, de la LOIEMH contempla una cláusula de buena fe ocupacional al establecer que *“no constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objeto sea legítimo y el requisito proporcionado”*.

Según la jurisprudencia comunitaria, la cláusula habilita exclusiones específicas –no un derecho general diferente para las mujeres-, con causas transparentes –para posibilitar su control judicial, STJUE de 21.5.1985, Comisión contra Alemania, C-248/83- y con un criterio restrictivo –atendiendo a la proporcionalidad-⁶². Así, es discriminatorio excluir a las mujeres de los empleos en domicilios privados o empresas de menos de cinco trabajadores –STJUE de 8.11.1983, Comisión contra Reino Unido, C-165/82-, o en la policía –STJUE de 30.6.1988, Comisión contra Francia, C-318/86-, o limitando la participación de las mujeres en el ejército a la sanidad y música militar –STJUE de 11.1.2000, Caso Kreil, C-285/98-.

clientela, supuesto rechazado incluso cuando se trate de preferencias de clientes de países extranjeros. Hemos seguido en esta breve exposición a Carmen Sáez Lara, “Mujeres ...”, obra citada, páginas 95 a 99.

Un supuesto muy discutido en que se aplicó la excepción de buena fe ocupacional fue el Caso Dothard vs Rawlison, 433 US 321 (1977), donde el Tribunal Supremo admitió la exclusión de mujeres para la actividad de vigilantes en un centro penitenciario de máxima seguridad de Alabama con un alto número de delincuentes sexuales en el cual la presencia femenina incitaría al asalto sexual con el subsiguiente problema de seguridad. Con razón se le criticó que *“es perverso justificar la discriminación contra las mujeres sobre la base de su vulnerabilidad para sufrir la violencia sexual, ya que ella es, por sí misma, a la vez un síntoma y un instrumento de la subyugación de las mujeres por los hombres ... se castiga al presentador por los pecados de la audiencia ... Alabama debió haber controlado la violencia de su prisión más que denegar el trabajo a las mujeres (perpetuando) su subordinación simbólica y práctica”*. Crítica hecha por L. H. Tribe, citado por Fernando Rey Martínez, “El derecho ...”, obra citada, página 75.

⁶² Sobre estos tres criterios generales, se puede ver más ampliamente Massimo Roccella, “La significación y el alcance de la directiva sobre igualdad de trato en las condiciones de trabajo”, en la obra colectiva coordinada por Jesús Cruz Villalón, “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, páginas 190 y 191, y David Ordóñez Solís, “La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo”, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, páginas 228 a 234.

Pero sí se ha admitido la exclusión de los hombres para el empleo de matrona –STJUE de 8.11.1983, Comisión contra Reino Unido, C-165/82-, y de las mujeres para el empleo de policía armado en situación de graves disturbios internos, como era el supuesto de Irlanda del Norte –STJUE de 15.4.1986, Caso Johnston, C-222/84-, o en unidades especiales de combate como los Royal Marines, incluso en un empleo de cocina dada la exigencia de interoperabilidad –STJUE de 26.10.1999, Caso Sirdar, C-273/97-. También se admitió la separación de sexos en los empleos de vigilancia de prisiones según si la prisión era masculina o femenina, incluso tratándose de la jefatura –STJUE de 30.6.1988, Comisión contra Francia, C-318/86⁶³-.

A imagen de la cláusula de buena fe ocupacional, el artículo 69, apartado 3, de la LOEIMH –en consonancia con el artículo 4.5 de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004- establece que *“serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados y necesarios”*. Nos encontramos ante una cláusula de buena fe negocial que –según el Preámbulo de la Directiva- justifica refugios de víctimas de violencia de género, ofertas de alojamiento dentro de la propia vivienda, organizaciones de voluntarios para la igualdad de género, clubes privados y acontecimientos deportivos para un solo sexo.

La explicación dogmática tradicional de la buena fe ocupacional – extensible a la buena fe negocial- es que no es, propiamente, una excepción de la prohibición de discriminación sexista directa, sino una derogación de

⁶³ Propiamente, no se cuestionaba en el asunto litigioso la posibilidad de que Francia reservase los empleos de vigilantes en prisiones masculinas a trabajadores varones y los empleos de vigilantes en prisiones femeninas a trabajadoras mujeres, lo que se daba como bueno, sino si los vigilantes jefe estaban también afectados por la cláusula de buena fe ocupacional, porque, al tratarse de un cargo administrativo, se podía dudar si existía razón de ser para aplicar esa cláusula. El TJUE consideró que sí porque pueden existir razones para encargar las funciones de vigilante en jefe de una prisión masculina o femenina solamente a quienes han ejercido de modo efectivo las funciones de vigilante en una prisión masculina o femenina, respectivamente. De otro lado, la Sentencia denegó la aplicación de la cláusula de buena fe ocupacional en relación con los cuerpos de los servicios exteriores de la administración penitenciaria al no existir, entonces, un motivo justificativo para la asignación de sexo a los funcionarios/as de prisiones.

la igualdad de trato⁶⁴. De este modo, se puede seguir afirmando la ausencia de excepciones a la discriminación sexista directa aunque luego se admita el juego de la buena fe ocupacional –o negocial-. Pero esta argumentación es poco consistente. En primer lugar, porque no se acaba de comprender la diferencia entre excepción a la prohibición de discriminación y derogación de la igualdad de trato. Y, en segundo lugar, porque la universalidad objetiva de la igualdad impide, en todo caso, derogaciones de la igualdad.

Si consideramos el elemento peyorativo como central en la definición de discriminación sexista, el análisis se simplifica enormemente porque, para explicar la buena fe ocupacional –o negocial-, basta con afirmar que suponen la ausencia del tratamiento peyorativo en que la discriminación consiste. Utilizando el ejemplo más clásico de buena fe ocupacional, no existe tratamiento peyorativo alguno en asignar a un hombre el papel teatral de Romeo y a una mujer el papel teatral de Julieta. No se trata, en suma, de derogaciones de la igualdad, ni siquiera, propiamente, de excepciones de la prohibición de discriminación sexista, sino, simplemente de supuestos en donde no existe discriminación sexista.

Tal planteamiento sitúa en sus propios términos la cláusula de buena fe ocupacional –o negocial-, de manera que si se utiliza para justificar supuestos donde exista un tratamiento peyorativo supondría una utilización indebida de la cláusula, perpetuando odiosos estereotipos de género. Por ello, son criticables, desde la actualmente imperante perspectiva de género, algunas de las aplicaciones de la cláusula en su momento admitidas –como vigilancia de prisiones, policía aún en situación de disturbios internos, o empleos militares con destino en unidades especiales de combate-. En todo

⁶⁴ La existencia de la categoría de las derogaciones de la igualdad de trato la hemos descartado expresamente, al referirnos a la universalidad objetiva del derecho a la igualdad, en el Capítulo Tercero.

caso, el Tribunal de Justicia reconoce la posible adaptación a la evolución social –en la STJUE de 30.6.1988, Comisión contra Francia, C-318/86-⁶⁵.

b) La aplicación de las cláusulas de buena fe en el Derecho español del Trabajo.

Como un efecto reflejo de la marcada tendencia parificadora de la jurisprudencia constitucional de los años ochenta y noventa con la finalidad de dismantelar las diferencias entre los sexos basadas en el paternalismo preconstitucional, nuestra legislación laboral ha optado por un desuso –que es cada vez más evidente- de la cláusula de buena fe ocupacional, de ahí que, con anterioridad a la LOIEMH, ya se había instaurado el acceso sin discriminación sexista alguna a todos los empleos militares, tanto de entrada como en promoción⁶⁶, y también ya se había derogado la prohibición –históricamente justificada en los riesgos de fertilidad- sobre el acceso de las mujeres a empleos con exposición a radiaciones ionizantes⁶⁷.

⁶⁵ De este modo, se puede afirmar, siguiendo a Ana Moreno Márquez, que *“lo que en su momento pudo servir de justificación para el TJCE para admitir la exclusión de esas actividades, hoy puede ser bastante dudoso (porque) no hay que olvidar que la interpretación del TJCE está vinculada a una concreta percepción social, de ahí que haya que tener en cuenta la evolución que pueda sufrir el contexto social”*, poniendo como ejemplo de exclusión actualmente sin ninguna operatividad *“el caso de las labores de comadrona”*, que, sin embargo, sí se consideró adecuada, en 1983, en el Caso Comisión vs Reino Unido. Aplicando estas ideas al derecho español, se plantea esta autora si se podrían reintroducir limitaciones de acceso a las Fuerzas Armadas en la línea de las admitidas en el Caso Sirdar, respondiendo negativamente *“si se tiene en cuenta cómo ha ido cambiando la situación de la mujer en la Fuerzas Armadas ... supondría un paso atrás difícilmente justificable”*, *“La discriminación ...”*, obra citada, páginas 109-118.

⁶⁶ La Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, garantizó la plena igualdad de la mujer tanto en los sistemas de acceso –artículo 63-, como en los requisitos exigibles para determinados destinos –artículo 129-. Actualmente, la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, establece que *“la igualdad de trato y de oportunidades es un principio que en las Fuerzas Armadas se aplicará de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, y que estará especialmente presente en el desarrollo y aplicación de esta Ley en lo relacionado con el acceso, la formación y la Carrera Militar”* –artículo 6.1-. Como no basta con permitir el acceso si, una vez dentro, se deniegan derechos de igualdad, maternidad, conciliación y violencia de género, se considera muy oportuno que –en el artículo 6.2- esos derechos se garanticen a los/as soldados en los términos establecidos para la Administración General del Estado.

⁶⁷ El Real Decreto 53/1992, de 24 de enero, Reglamento sobre protección sanitaria contras las radiaciones ionizantes, establecía una prohibición de trabajos con exposición por encima de un determinado nivel solo aplicable a mujeres en edad de procrear, que la doctrina científica consideró discriminatoria, véase Carmen Sáez Lara, *“Mujeres ...”*, obra citada, página 102, y Teresa Pérez del Río / María Amparo

La LOIEMH profundiza en el desuso de la cláusula de buena fe ocupacional, impidiendo se justifique en el esfuerzo físico. Se modifica así el artículo 22 bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, para establecer que *“en todo caso se considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico”*. Aquí la discriminación sexista se encuentra en proyectar sobre las personas individuales los rasgos generales de su sexo. Y es que, aunque en general los hombres tengan una mayor fortaleza física, una exclusión de todas las mujeres por ese motivo impediría el acceso al empleo a la que cumpliera las exigencias requeridas.

Siguiendo esa misma línea, la disposición adicional 30ª de la LOIEMH modifica la Ley 36/1977, de 23 de mayo, de Ordenación de los Cuerpos Especiales Penitenciarios y de Creación del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, para crear un solo cuerpo cuando antes había dos cuerpos, uno de hombres y otro de mujeres, lo que supone no utilizar la cláusula de buena fe ocupacional en un supuesto donde se había admitido su utilización en la jurisprudencia comunitaria, y esto se debe saludar positivamente porque introducir mujeres en profesiones masculinas rompe estereotipos. Cuestión trascendental es que se aplique garantizando la totalidad de los derechos en juego –de trabajadores/as y de reclusos/as-⁶⁸.

Ballester Pastor, “Mujer y salud laboral”, La Ley, Madrid, 2000, páginas 45 a 49. La norma ha sido derogada por el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, que no contempla prohibiciones sexuadas aplicables a las mujeres, sino una protección especial, en su artículo 10, para el embarazo y la lactancia.

⁶⁸ Por un lado, determinadas labores del funcionariado de prisiones donde aparezca afectado el derecho a la intimidad de las personas reclusas las deberán realizar personas de su mismo sexo –el ejemplo más paradigmático es el de los cacheos personales-, Teresa Velasco Portero, comentario a la disposición adicional 30ª, “Comentarios a la Ley de Igualdad”, dirigidos por José Ignacio García Ninet, y coordinados por Amparo Garrigues Giménez, Editorial CISS, Valencia, 2007, página 898, y Manuel Campos Sánchez, comentario a la disposición adicional 30ª, “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, codirigidos por Carmen Sánchez Trigueros / Antonio Vicente Sempere Navarro, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, página 1055. Por otro lado, las labores a realizar en cada puesto de trabajo se deben de especificar en los concursos de traslado para evitar que funcionarios y funcionarias se encuentren obligados/as a realizar unas funciones que no deseaban asumir.

Tal interpretación estricta de la cláusula de buena fe ocupacional – que es lo más correcto en puridad dogmática y, además, encuentra apoyo en las tendencias legislativas-, nos permite concluir que la misma no justifica el criterio de apariencia física o preferencias de la clientela. Por ello, es criticable no haber considerado discriminación la exigencia de falda con dos centímetros sobre la rótula al personal femenino del AVE –STS de 23.1.2001, RCO 1851/2000⁶⁹-. Asimismo por ello, se saluda con agrado haber considerado discriminación la exigencia de falda con dos centímetros bajo la rótula, medias, delantal con peto y cofia a las enfermeras de atención al público en un hospital –STS de 19.4.2011, RCO 16/2009⁷⁰-.

Recapitulando, la legislación no habilita la utilización de la cláusula de buena fe ocupacional en ningún supuesto apriorístico⁷¹, sino que, simplemente, admite su aplicación por el empleador si se realiza dentro de

⁶⁹ Comentada por Eulalia Martínez López, con el título “El uso de falda impuesto por RENFE a las trabajadoras de determinados servicios del AVE ¿forma parte del poder de dirección y organización de esta empresa?”, Aranzadi Social, número 2, 2001, BIB 2001 509. Para la autora y con razón, “*no existen razones objetivas que justifiquen la medida que se impone, pues la buena imagen del AVE no depende, en modo alguno, del uso de falda por las trabajadoras que prestan servicio al público, que son eso, personas con una formación profesional acreditada y con unos cometidos, que deben desempeñar con la diligencia adecuada, entre los que no se encuentra el de resultar sexualmente atractivas a los usuarios*”. Aunque la STS de 23.1.2001, RCO 1851/2000, fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, este eludió entrar a resolver la cuestión litigiosa porque, como la empresa revocó la orden, ello determinó, por desaparición del objeto procesal, la extinción del recurso de amparo –STC 84/2006, de 27 de marzo-.

⁷⁰ La ratio decidendi es que “*la uniformidad femenina que exige la empresa tiene un cierto componente tradicional o antiguo, que se vincula con una serie de valores próximos a una posición no equilibrada de la mujer en relación con la de los hombres*”. A partir de este planteamiento, que bastaría para apreciar la discriminación directa, se entra, sin embargo, a analizar las posibles justificaciones de la empresa, como si estuviéramos ante una discriminación indirecta. Y, aunque las rechaza, eso permite concluir que, en el Caso del AVE, si existían esas justificaciones, con lo cual se afirma no cambiar la doctrina. Comenta esta STS, valorándola positivamente aunque criticando no haber reconocido el cambio de doctrina, Santiago González Ortega, “Una cuestión de faldas (a propósito de la STS de 19.4.2011)”, Aranzadi Social, número 4, 2011, BIB 2011 1032. Sobre la sentencia de instancia, que la STS revocó, Pablo Aramendi Sánchez, en “Con falda ... ¿se trabaja mejor?”, Aranzadi Social, número 18, 2008, BIB 2008 3027.

⁷¹ Únicamente –salvo error u omisión involuntaria- se contiene en nuestro ordenamiento jurídico una aplicación de la cláusula de la buena fe ocupacional en el artículo 4 de la Ley Gallega 2/2007, de 28 de marzo, de trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia, donde, después de definir la cláusula de buena ocupacional en términos semejantes al artículo 5.2 de la LOIEMH y al artículo 14.2 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, se añade que “*la protección de las víctimas de violencia de género es un objetivo legítimo que determina la validez de la pertenencia al sexo femenino en relación con actividades profesionales de atención directa a las referidas víctimas*”. De todos modos, no es un supuesto totalmente apriorístico porque solamente define un objetivo legítimo, pero no exonera de cumplir la exigencia de aplicación proporcional, de modo que no valdría para excluir a los hombres de una actividad profesional con una atención directa a las víctimas de escasa significación.

los términos del artículo 5.2 de la LOIEMH, y, yendo más allá, excluye determinados supuestos que pudieran ser conflictivos, e incluso algunos supuestos que habían admitidos en la jurisprudencia comunitaria, de la posibilidad de utilización de la cláusula de buena fe ocupacional, de donde, en suma, ni el esfuerzo físico, ni los riesgos de procreación, ni la apariencia física, ni las preferencias de la clientela, justificarían una no contratación o el despido de una mujer al amparo de la cláusula de buena fe ocupacional.

VI. LA DISCRIMINACIÓN SEXISTA INDIRECTA.

a) Orígenes en el derecho estadounidense.

El concepto de discriminación indirecta apareció, para la racial, en el Caso Griggs vs Duke Power Co. 401 US 424 (1971) del Tribunal Supremo de los Estados Unidos⁷²: una empresa que negaba a las personas de raza negra el acceso a categorías superiores a la de obrero, eliminó esa exigencia al prohibirla la Civil Rights Act de 1964, introduciendo, en su lugar, la exigencia de bachillerato y la superación de un test de inteligencia para el acceso a esas categorías, lo que, además de perjudicar más a las personas de raza negra –con menos estudios-, era desproporcionado y, en

⁷² Detallados análisis del Caso Griggs, y de la evolución posterior del concepto de discriminación indirecta hasta su plasmación legal en la Civil Rights Act de 1991, son los de Carmen Sáez Lara, “Mujeres ...”, obra citada, páginas 106 a 107 y 122 a 126, de María Ángeles Martín Vida, “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense”, Revista Española de Derecho Constitucional, número 68, 2003, páginas 161 a 166, disponible en www.cepc.es, y de María Amparo Ballester Pastor / María Ballester Cardel, “Significado general y conceptual de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2009, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, coordinados por Tomás Sala Franco / María Amparo Ballester Pastor / José María Bañó León / José Miguel Embid Irujo / José María Goerlich Peset, Editorial La Ley, Madrid, 2008, páginas 76 a 80.

resumen, discriminatorio; entenderlo de otro modo sería convertir la Civil Rights Act de 1964 en una invitación de la fábula de la cigüeña y el zorro⁷³.

Conforme a esta jurisprudencia, los elementos de la discriminación sexista indirecta –que se han mantenido en la evolución posterior- son: (1) el enunciado neutral de la medida empresarial⁷⁴; (2) el impacto adverso en su aplicación sobre un colectivo determinado; (3) la categorización de ese colectivo dentro de los colectivos protegidos por la prohibición de discriminación; y (4) la ausencia de una justificación de la medida ajena a la causa de discriminación de que se trate. Incluso si la empresa justificaba la medida en una causa no discriminatoria, se aprecia discriminación indirecta si el trabajador acredita la existencia de alternativa menos discriminatoria e igualmente satisfactoria para los intereses de la empresa⁷⁵.

Durante los ochenta se produjo, a consecuencia del conservadurismo imperante en el Tribunal Supremo, una erosión de la justificación exigida a la empresa, a la que de exigirle la prueba de una necesidad se le pasó a exigir una evidencia –no prueba plena- de conveniencia –Caso *Wards Cove Packing Co. Inc. vs Atonio*, 490 US 644 (1989)-. El Congreso reaccionó

⁷³ La conocida frase del Chief of Justice Burger –que fue el Ponente del Caso *Griggs*- es “*Congress has now provided that tests or criteria for employment or promotion may not provide equality of opportunity merely in the sense of the fabled offer of milk to the stork and the fox*”. En la fábula de Esopo, el zorro invitaba a la cigüeña a comer, ofreciéndole leche en un plato que la cigüeña no podía comer con su pico. Con esta metáfora literaria, el Tribunal Supremo destacaba que al Congreso de los Estados Unidos de América, cuando aprobó la Civil Rights Act de 1964, le importaban más los efectos que las intenciones.

⁷⁴ En el Caso *Washington vs Davis*, 426 US 229 (1976), el Tribunal Supremo dejó fuera de la doctrina del impacto adverso el enjuiciamiento de los actos oficiales de los Poderes Públicos, que solo son discriminatorios si existe un “*intentional purpose*”. Fue reiterada la doctrina en el Caso *Personnel Administrator of Massachusetts vs Feeney*, 422 US 256 (1979), en el cual la demandante consideraba la existencia de un impacto adverso sobre las mujeres porque el organismo público prefería contratar a veteranos de guerra, usualmente hombres. Sobre estos Casos, y las críticas que ha levantado en la doctrina estadounidense, véase María Ángeles Martín Vida, “Evolución ...”, obra citada, páginas 164 a 166.

⁷⁵ La tesis de la alternativa menos discriminatoria, que supone exigir la proporcionalidad de la medida causante del impacto adverso, se plasmó en el Caso *Albermale Paper Co. vs Moody* 422 US 405 (1975). De este modo, la prueba sobre los medios alternativos con menor efecto adverso recae sobre el trabajador, lo que ha sido objeto de críticas en alguna doctrina estadounidense porque la empresa es quien mejor dispone de toda la información al respecto –véase Carmen Sáez Lara, “Mujeres ...”, obra citada, página 125, citando a su vez a William B. Gould IV, “The Supreme Court and employment discrimination law in 1989: judicial retreat and congressional response”, *Tulane Law Review*, volumen 64, 1990, página 1496-.

aprobando –tras un intento fallido en 1990 vetado por el Presidente Bush- la Civil Rights Act de 1991 donde, al delimitar la carga de la prueba, se le exige al demandado, para justificar el impacto adverso por razón de raza, color, religión, sexo u origen nacional de la práctica empresarial, demostrar que se relaciona con el trabajo y que consiste en una necesidad empresarial.

b) Recepción del concepto en el derecho comunitario.

La exportación a Europa del concepto de discriminación indirecta aplicado a la sexista se produjo con bastante rapidez a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la STJUE de 8.4.1976, Caso Defrenne II, C-43/75 –si bien de una manera un tanto confusa⁷⁶-. Un desarrollo más acabado lo encontramos en la STJUE de 31.3.1981, Caso Jenkins, C-96/80, que sentó las bases de la jurisprudencia comunitaria sobre discriminación sexista indirecta en el trabajo a tiempo parcial, y sobre distribución de la carga de la prueba. Sentencias posteriores –a las que se aludirá más adelante- aplicaron el concepto en el ámbito de la desigualdad retributiva, condiciones de empleo y Seguridad Social Pública.

Recogiendo las enseñanzas de la jurisprudencia europea, la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, introduce, por primera vez, un concepto de discriminación sexista indirecta al establecer –en su artículo 2.2- que la misma existirá “*cuando una disposición, criterio o práctica*

⁷⁶ La STJUE de 8.4.1976, Caso Defrenne II, C-43/75, delataba un cierto confusionismo al distinguir entre, “*por una parte, las discriminaciones directas y abiertas, que ya cabe advertir meramente sobre la base de los criterios de identidad de trabajo e igualdad de retribución ... y, por otra parte, las discriminaciones indirectas y encubiertas que solamente pueden identificarse en función de disposiciones de desarrollo más explícitas, de carácter comunitario o nacional*”. Miguel Rodríguez-Piñero explica esas imprecisiones de la inicial jurisprudencia comunitaria en que “*(el Tribunal de Justicia) está incorporando tres nociones no totalmente idénticas, una de origen norteamericano, la del impacto adverso, otra de origen francés, la de discriminación oculta, que incluye un elemento intencional, y la británica de la discriminación indirecta, que pone el acento en desproporción objetiva del resultado*”, “Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora”, Relaciones Laborales, tomo I, número 1, 1991, página 2.

aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo". Y no resulta casualidad la colocación del concepto dentro de una norma sobre la carga de la prueba.

Posteriormente, la Directiva 2002/73/CE, que modificó la 76/207, introdujo otro concepto de mayor amplitud, que es el que ha pasado al artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54/UE, sustituyendo la referencia a "*una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo*" por la referencia a "*(una) desventaja particular (de personas de un sexo) con respecto a personas del otro*". Así las cosas, si la incidencia sobre lo cuantitativo obligaba a la prueba estadística del impacto adverso, la incidencia sobre lo cualitativo habilita la acreditación de la discriminación sexista indirecta por la propia naturaleza de la desventaja particular⁷⁷, manteniéndose la posibilidad de prueba estadística del impacto adverso⁷⁸.

c) Jurisprudencia constitucional y plasmación legal en el derecho español.

⁷⁷ El cambio de redacción obedece, en efecto, a un intento de aplicar en el ámbito de la prohibición de discriminación sexista la doctrina, referida a la prohibición de discriminación por nacionalidad, contenida en la STJUE de 23.5.1996, Caso O'Flynn, C-237/94, donde se razona que "*una disposición de derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales e implique por consiguiente el riesgo de perjudicar, en particular, a los primeros*", añadiéndose que "*no es necesario comprobar, a este respecto, si la disposición controvertida afecta, en la práctica, a un porcentaje considerablemente más importante de trabajadores migrantes – basta con que dicha disposición puede producir tal efecto*".

⁷⁸ No se pretendía abandonar, como en su momento destacó Teresa Pérez del Río, la jurisprudencia sobre prueba estadística del impacto adverso, "La protección frente a la discriminación en el Derecho comunitario: las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE, y 2002/73/CE, modificación de la 76/207/CEE", Revista de Derecho Social, número 19, 2002, páginas 96 a 99. Lo que se pretendía era posibilitar, además, otra vía de acreditación adicional de la discriminación sexista indirecta a través de la propia naturaleza de la desventaja particular. Sin embargo, el Tribunal de Justicia –salvo error– nunca se ha referido, hasta la fecha, a la acreditación de la discriminación sexista indirecta a través de la propia naturaleza de la desventaja particular, refiriéndose siempre a la acreditación por la prueba estadística del impacto adverso.

También en España la introducción del concepto de discriminación sexista indirecta vino de la aplicación judicial. El “*leading-case*” fue la STC 145/1991, de 1 de julio, Caso Hospital Gregorio Marañón, donde, en una reclamación retributiva, se afirma que “*la noción de discriminación indirecta ... 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 y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo*”.

Hasta la LOIEMH esa ha sido la definición habitualmente utilizada en la aplicación judicial. Transponiendo literalmente el artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, el artículo 6, apartado 2, de la LOIEMH aporta una definición bastante más precisa de la discriminación sexista directa como “*la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados*”.

d) Diferencias con la discriminación directa y explicación de la discriminación indirecta.

A partir de las aplicaciones judiciales y del concepto legal de discriminación sexista indirecta, estamos en condiciones de examinar las diferencias con la discriminación sexista directa. Sobre la cuestión se han desarrollado varias opiniones doctrinales. Unas consideran que la discriminación directa se cualifica por la intención, mientras que la

indirecta se cualifica por el resultado. Pero la discriminación directa puede tener una intención no malévol y la indirecta puede encubrir una intención malévol. Otras consideran la discriminación indirecta como colectiva y oculta, aunque la directa asimismo puede ser colectiva y oculta, lo que demuestra que nos encontramos ante elementos accidentales, no esenciales.

Como punto de partida en la búsqueda del elemento esencial de la diferencia entre discriminación sexista directa y discriminación sexista indirecta, debemos destacar los elementos comunes. De entrada, nos encontramos en ambos supuestos –permítasenos la redundancia- ante una discriminación sexista –según la hemos definido en el Capítulo Primero-, es decir ante una situación de subordinación de las mujeres respecto a los hombres a causa de los prejuicios de género. Tal situación de subordinación se concreta en el tratamiento dado a una persona –o, dicho en otros términos, esa situación de subordinación se concreta en una diferencia de trato: estamos en el ámbito del principio de igualdad de trato-.

Hasta aquí los elementos comunes de la discriminación sexista directa e indirecta. El elemento diferencial está en la distinta conexión de causalidad existente entre esos dos elementos comunes. Tratándose de la discriminación sexista directa, el trato dado a la víctima encuentra su causa inmediata en los prejuicios de género determinantes de la situación de subordinación –recordando algún ejemplo: la mujer como encargada de la reproducción de la especie en la discriminación por maternidad; la mujer como objeto sexual en el acoso sexual; la sumisión de la esposa al marido en la discriminación por estado civil; o la feminización de las labores de cuidado en las represalias debidas al ejercicio de derechos de conciliación-.

Pero en la discriminación indirecta la causalidad no es inmediata porque se interpone una circunstancia que obedece a diferencias físicas entre hombres y mujeres apreciables en promedio que, en la construcción social y cultural del género, se sobrevaloran –si son de predominancia

masculina: la fortaleza física- o se minusvaloran –si son de predominancia femenina: el menor tamaño de la mano en relación con trabajos de empaquetado-, o a una característica social o cultural –por ejemplo, el trabajo a tiempo parcial- que se explica a consecuencia de los roles de género –en el ejemplo: las mujeres, condicionadas por esos roles, o no pueden acceder o acceden con dificultades a un trabajo a tiempo completo-.

Tal existencia de una circunstancia interpuesta explica la discriminación indirecta y las diferencias con la discriminación directa. En primer lugar, esa circunstancia interpuesta no es un rasgo esencial en la construcción del género –si lo fuera sería una discriminación directa-, sino una circunstancia de apariencia neutra en relación con la construcción del género y, para comprobar si esa circunstancia es realmente neutra o se encuentra en su trastienda la construcción del género, surge la necesidad – para la parte demandante- de acreditar un impacto adverso o una desventaja particular y la posibilidad –para la parte demandada- de justificar esa circunstancia en motivos ajenos a la existencia de discriminación por sexo.

No se trata, sin embargo, de que, mientras la discriminación directa es inderogable –es decir, no admite excepciones-, la discriminación indirecta admita excepciones –que es tanto como decir que es una discriminación derogable, afirmación espinosa en términos ontológicos-. Lo que, hablando con propiedad, se puede justificar es el impacto adverso o la desventaja particular. Pero si ello es así, no se trata tanto de que la discriminación indirecta se justifique, como de que, aunque haya impacto adverso o desventaja particular, no existe la discriminación. A su vez, esto supone rechazar la existencia de una diferencia sustancial, en términos de una oposición, entre la discriminación directa y la discriminación indirecta.

En segundo lugar, y a consecuencia de lo anteriormente expuesto, la discriminación indirecta es oculta y colectiva –mientras la directa puede ser tanto abierta como oculta y tanto individual como colectiva-. Oculta en la

medida en que, aunque los prejuicios de género son la causa mediata, la circunstancia interpuesta aparece como la causa inmediata. Y colectiva en la medida en que son las características generales de un colectivo humano las que permiten pasar por encima de la circunstancia interpuesta y desvelar la causa discriminatoria mediata. De ahí la importancia en el ámbito de la discriminación indirecta de las pruebas de carácter estadístico, porque resultan adecuadas para apreciar las características generales del colectivo.

En tercer lugar, el elemento subjetivo del injusto, mientras en la discriminación directa suele cristalizar en dolo y, más excepcionalmente, en culpa, en la indirecta, salvo excepcionales supuestos dolosos –cuando el causante del impacto adverso o desventaja particular es consciente del resultado discriminatorio, lo quiere y, para encubrir esa intención, ha interpuesto una circunstancia-, suele cristalizar en culpa con tendencia a la objetivación en la medida en que solo se exonera el causante del impacto adverso o desventaja particular cuando acredite la existencia de una finalidad legítima en relación con la circunstancia interpuesta y que los medios para alcanzar dicha finalidad son los necesarios y los adecuados.

En cuarto lugar, la situación de los varones es muy diferente en el ámbito de la discriminación indirecta con respecto al ámbito de la discriminación directa. Mientras la directa admite víctimas varones de los prejuicios de género –típicamente los supuestos de ovejas negras-, en la indirecta los varones difícilmente serán la mayoría perjudicada por una disposición, criterio o práctica neutra –únicamente en el más hipotético que real supuesto de entornos hembristas donde prevaleciesen los valores femeninos sobre los masculinos-. Pero los varones sí pueden ser integrantes de un colectivo feminizado, en cuyo caso –a nuestro juicio- nada les debe impedir el hacer valer la prohibición de discriminación sexista indirecta.

Y, en quinto lugar, todas las anteriores diferencias sustantivas acarrearán importantes diferencias probatorias pues, aunque tanto la prueba

de la discriminación directa como la prueba de la discriminación indirecta se rigen a través de unas reglas comunes sobre carga de la prueba –a analizar en el Capítulo Décimo Segundo-, la interposición de una circunstancia interpuesta en la discriminación indirecta incrementa las dificultades de prueba justificando la introducción de las consiguientes especialidades probatorias –como son el dictamen de organismos públicos competentes, la prueba estadística, o la necesidad estricta en la justificación empresarial, que se analizarán también en el Capítulo Décimo Segundo-.

Recapitulando, no hay una oposición sustancial entre la discriminación directa y la discriminación indirecta porque ambas responden a los prejuicios de género y ambas generan diferencias de trato, encontrándose la diferencia en la forma de manifestación de la diferencia de trato y, en última instancia, del perjuicio de género, bien inmediatamente –sería una discriminación directa abierta- o bien mediando una circunstancia interpuesta que es un rango esencial en la construcción de género –sería una discriminación directa oculta-, o que, aunque es de apariencia neutra, causa un impacto adverso o desventaja particular no justificada en motivos ajenos al sexo –sería una discriminación indirecta-.

VII. LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN SEXISTA INDIRECTA EN EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO:

a) Trabajo a tiempo parcial.

La STJUE de 31.3.1981, Caso Jenkins, C-96/80, es –como ya antes se avanzó- la sentencia iniciática de la jurisprudencia comunitaria sobre discriminación sexista indirecta en el trabajo a tiempo parcial. Se consideró discriminatorio abonar una retribución por hora a una trabajadora a tiempo

parcial inferior a la de un trabajador a tiempo completo. Como entonces no se reconocía la igualdad entre ambos trabajos, el TJUE admitió que esa retribución podía ser distinta, pero, en cuanto el trabajo a tiempo parcial fuera ocupado mayoritariamente por mujeres, esa diferencia era discriminatoria sexista indirecta si la empresa no justificaba la diferencia, dejando la apreciación de la justificación al órgano jurisdiccional nacional.

Muy relevante fue la STJUE de 13.5.1986, Caso Bilka, C-170/84, que enjuició la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial de un plan de pensiones de empresa, tanto por adelantar la doctrina Barber –al considerar vulnerado el artículo 119 del TCEE-, como por sentar las bases que, si hay impacto adverso de una medida sobre un colectivo mayoritariamente femenino, se requieren a los efectos de su justificación: (a) *“Que ... se base en factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”*. b) *“Que los medios elegidos para alcanzar este objetivo responden a una exigencia efectiva de la empresa, son idóneos para alcanzar el objetivo de que se trata y son necesarios a tal fin”*⁷⁹.

Tales criterios excluían justificaciones basadas en meras generalizaciones sobre el trabajo a tiempo parcial, como la supuesta menor integración en la empresa o la menor relación económica de dependencia en los empleos de escasa jornada –STJUE de 13.7.1989, Caso Rinner-Kühn, C-171/88⁸⁰-, o como la supuesta mayor experiencia de quienes

⁷⁹ El fallo del Caso Bilka señala –en lo que aquí interesa- (1) que *“una sociedad de grandes almacenes que excluye a sus empleados a tiempo parcial del régimen de pensiones de empresa infringe el artículo 119 del TCEE cuando dicha medida afecte a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, a menos que la empresa pruebe que dicha medida se basa en factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”*, y (2) que, *“a tenor de lo dispuesto en el artículo 119, una sociedad de grandes almacenes puede justificar la adopción de una política salarial que implique la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del régimen de pensiones de empresa, con independencia de su sexo, alegando que se pretende emplear el menor número posible de trabajadores de este tipo, cuando se constate que los medios elegidos para alcanzar este objetivo responden a una exigencia efectiva de la empresa, son idóneos para alcanzar el objetivo de que se trata y son necesarios a tal fin”*.

⁸⁰ Según el fallo del Caso Rinner-Kühn, es discriminatoria *“una legislación nacional (que) autorice a los empresarios a excluir de la continuación del pago del salario, en caso de enfermedad, a aquellos trabajadores cuya jornada laboral ordinaria no exceda de diez horas semanales o de cuarenta y cinco mensuales, cuando la referida disposición afecte a un número mucho más elevado de mujeres que de”*

realizan una jornada superior –STJUE de 7.12.1991, Caso Helga Nimz, C-184/99⁸¹-, o en circunstancias asimismo apreciables en el trabajo a tiempo completo –STJUE de 13.12.1989, Caso Ruzius-Wilbrink, C-102/88⁸²-, debiendo valorarse si la medida supone un desincentivo del trabajador/a a tiempo parcial –STJUE de 4.6.1992, Caso Monika Bötzel, C-360/90-⁸³.

Bajo estos criterios de necesidad estricta se examinaron tanto condiciones de trabajo –incluyendo regímenes profesionales- como circunstancias relativas a prestaciones sociales de regímenes públicos: el mantenimiento del salario en caso de enfermedad –en el Caso Rinner-

hombres, a menos que el Estado miembro pruebe que el régimen en cuestión se justifica en virtud de factores objetivos, ajenos a toda discriminación basada en el sexo”. La justificación del Gobierno alemán basada en la menor integración en la empresa o la menor relación económica de dependencia en los empleos de escasa jornada, se rechaza argumentando –en los razonamientos de la Sentencia- que “*estas consideraciones ... constituyen simples generalizaciones que afectan a ciertas categorías de trabajadores (y en suma) no permiten extraer criterios objetivos y extraños a toda discriminación fundada en el sexo*”.

⁸¹ Según el fallo del Caso Helga Nimz, es discriminatorio “*el cómputo en su integridad de la antigüedad de los empleados que trabajen, al menos, las tres cuartas partes de la jornada laboral normal, para su promoción a un nivel retributivo superior y solo la mitad de dicha antigüedad para los empleados cuya jornada tenga una duración comprendida entre la mitad y las tres cuartas partes de la jornada normal, cuando resulte que, de hecho, este último grupo de trabajadores comprende un porcentaje considerablemente inferior de hombres que de mujeres, a no ser que el empresario acredite que dicha norma está justificada por factores cuya objetividad depende fundamentalmente de la relación entre la naturaleza de la función desempeñada y la experiencia que el ejercicio de dicha función aporte tras un determinado número de horas de trabajo realizadas*”. No vale, en consecuencia, una “*mera generalización*” acerca de una supuesta mayor experiencia de quienes realizan una mayor jornada laboral.

⁸² Según el fallo del Caso Ruzius-Wilbrink, es discriminatorio que, “*en el marco de una legislación nacional que garantice un ingreso mínimo social a los asegurados afectados por una incapacidad laboral transitoria ... una disposición establezca una excepción a dicho principio en relación con asegurados que hayan trabajado precedentemente a tiempo parcial y limite el importe de la prestación al salario percibido con anterioridad, cuando dicha medida afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, a no ser que la referida legislación se justifique por factores objetivos y ajenos a cualquier tipo de discriminación por razón de sexo*”. La objeción ofrecida por el Gobierno holandés de que recibirían un subsidio superior a sus ingresos, se rechaza argumentando –en los razonamientos de la Sentencia- que “*en muchos de los otros casos (relativos a los trabajadores con una jornada completa) la cuantía del subsidio concedida por el seguro contra incapacidad laboral es superior a esos ingresos*”.

⁸³ Según el fallo del Caso Monika Bötzel, es discriminatoria “*una legislación nacional aplicable a un número mucho mayor de mujeres que de hombres (que) limite hasta su horario laboral individual la indemnización que los miembros de comités de empresa empleados a tiempo parcial deben obtener de su empresa ... en concepto de su participación en cursos de formación en los que se impartan conocimientos necesarios para la actividad de los comités de empresa, organizados durante la jornada laboral ordinaria completa vigente en la empresa, pero que excede su horario individual de trabajo a tiempo parcial, mientras que los miembros de comités de empresa que trabajan en jornada completa son indemnizados por su participación en estos mismos cursos, hasta la cantidad correspondiente al horario laboral completo*”. En los razonamientos se destaca el efecto disuasorio que, en orden a ocupar cargos representativos, supone la legislación alemana en cuestión para los trabajadores/as a tiempo parcial.

Kühn-, un mínimo social en las pensiones de invalidez –en el Caso Ruzius-Wilbrink, este referido a un régimen público de protección social-, un subsidio tras la extinción del contrato –STJUE de 27.6.1990, Caso María Kowalska, C-33/89⁸⁴-, el cómputo de antigüedad –en el Caso Helga Nimz-, o la compensación a una representante del personal por cursos de formación para realizar su labor representativa –en el Caso Monika Bötel-.

A mediados de los noventa, el Tribunal entró en cierto retraimiento. La primera alerta –STJUE de 30.11.1993, Caso Kirssammer-Hack, C-189/91-⁸⁵ saltó con ocasión del enjuiciamiento de la exclusión contenida en la legislación alemana del régimen de protección contra el despido en las pequeñas empresas, sin que, en el cómputo de trabajadores a efectos de verificar el tamaño de la empresa, se tomaran en consideración los trabajadores/as con jornada inferior a 10 horas a la semana o a 45 horas al mes. El TJUE cuestionó los parámetros estadísticos utilizados por el órgano jurisdiccional nacional⁸⁶ y apuntó la posibilidad de justificar la medida en *“la disminución de las cargas que soportan las pequeñas empresas”*.

⁸⁴ Según el fallo del Caso María Kowalska, es discriminatoria *“la exclusión del pago de un subsidio transitorio, en caso de extinción de la relación laboral, a los trabajadores a tiempo parcial, cuando se demuestra que, en realidad, el porcentaje de hombres que trabajan a tiempo parcial es mucho menor que el de mujeres, a menos que el empleador demuestre que la citada disposición está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”*. No se realizan en esta Caso apreciaciones significativas –ni en su fallo ni en sus razonamientos- sobre la justificación de la medida.

⁸⁵ Según el fallo del Caso Kirsammer-Hack, no es discriminatoria *“la aplicación de una disposición nacional que ... al determinar si una empresa debe o no aplicar el régimen de protección contra el despido, no tiene en cuenta a los trabajadores ocupados un número de horas igual o inferior a diez por semana o a cuarenta y cinco por mes, si no resulta probado que las empresas no sujetas a dicho régimen emplean a un número considerablemente más elevado de mujeres que de hombres. Aunque este fuera el caso, semejante medida podría estar justificada por razones objetivas y ajenas al sexo de los trabajadores en la medida en que su objeto sea mitigar las trabas que afectan a las pequeñas empresas”*.

⁸⁶ El TJUE considera que, a efectos de verificar el impacto adverso en el Caso Kirsammer-Hack, lo decisivo es si el personal de las pequeñas empresas es mayoritariamente femenino –sobre lo cual dice no haber datos en autos-. Pero aquí se equivoca porque lo cuestionado no es el impacto adverso de la exclusión de las pequeñas empresas del régimen de protección contra el despido, sino el impacto adverso de unas reglas de cómputo del tamaño de la empresa basadas en la exclusión de los empleos de jornada reducida –sobre lo cual si había datos estadísticos demostrativos de su feminización-. Con la tesis del TJUE, se llegaría al absurdo de que, si una pequeña empresa solo contratase personal con jornada reducida, nunca se le aplicaría, por mucho que contratase, el régimen de protección contra el despido.

Pero las mayores alertas saltaron con el deslizamiento hacia justificaciones de conveniencia en el enjuiciamiento de las leyes alemanas de exclusión de determinadas prestaciones sociales del régimen público a los empleos considerados insignificantes –SSTJUE de 14.12.1995, Caso Nolte, C-317/93⁸⁷, y Caso Megner, C-444/93⁸⁸-, en la medida en que, como justificaciones del impacto adverso, se aceptaba (1) que la exclusión de los empleos de escasa duración y salario se corresponde con un principio estructural del Sistema alemán de Seguridad Social, (2) que existe una demanda de empleos menores que, de esta manera, se satisface, y (3) que proteger a los empleos menores incrementaría el trabajo sumergido⁸⁹.

Otra decisión cuestionable se publicó un día después. En este caso, se evitó la declaración de discriminación a través de la consideración de inexistencia de una diferencia de trato. La cuestión prejudicial cuestionaba la privación a los trabajos a tiempo parcial del complemento de horas extraordinarias cuando se realizasen horas extras por debajo de la jornada

⁸⁷ Según el fallo del Caso Nolte, no es discriminatoria *“una normativa nacional que excluye del régimen legal del seguro de vejez los empleos que normalmente requieren menos de quince horas semanales de trabajo y cuyo salario no excede de una séptima parte del salario medio mensual”*, y no es una normativa discriminatoria –aquí esta lo relevante de la decisión prejudicial- *“aunque afecte a muchas más mujeres que a hombres, ya que el legislador nacional pudo estimar razonablemente que dicha legislación era necesaria para alcanzar un objetivo de política social ajeno a toda discriminación por razón de sexo”*.

⁸⁸ Según el fallo del Caso Megner, no es discriminatoria *“(ni) una normativa nacional que excluye las actividades por cuenta ajena con un horario normal inferior a quince horas semanales y una retribución normal no superior a una séptima parte de la base mensual de referencia de la afiliación obligatoria a los regímenes legales del seguro de enfermedad y del seguro de vejez ... (ni) una normativa nacional que excluye de la cotización obligatoria al régimen legal del seguro de desempleo las actividades por cuenta ajena habitualmente limitadas, por su naturaleza, a un horario normal inferior a dieciocho horas semanales o que sean objeto, con carácter previo, de tal limitación en virtud de un contrato de trabajo”*, y ambas normativas no son discriminatorias *“aunque dichas disposiciones afecten a muchas más mujeres que a hombres, ya que el legislador nacional pudo estimar razonablemente que dicha legislación era necesaria para alcanzar un objetivo de política social ajeno a toda discriminación por razón del sexo”*.

⁸⁹ Criticamos en su momento los Casos Nolte y Megner porque (1) *“la infraprotección de los empleos insignificantes ... refuerza el tradicional reparto de roles familiares: el hombre, trabajador a tiempo completo, es el sostén de la familia, y la mujer, trabajadora a tiempo parcial, es un apoyo económico que, por no tener protección social suficiente, permite, siempre, la sumisión económica de esta a aquel”*, y (2) *“se utilizan criterios de oportunidad, no de necesidad: se desprotege a los trabajadores para aflorar el trabajo negro, en vez de potenciar la inspección de trabajo; se les priva de toda prestación, en vez de reconocerlas, a lo menos, de modo proporcional a lo cotizado; y se fomentan los empleos insignificantes privando de derechos a los trabajadores”*. Véase mi libro con Jaime Cabeza Pereiro, *“El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”*, Editorial Comares, Granada, 1999, páginas 13 y 14.

completa de trabajo, percibiéndolo solo cuando se realizasen por encima de la jornada completa de trabajo. Y la STJUE de 15.12.1995, Caso Helmig, C-399/92 y acumulados⁹⁰, consideró no existía diferente trato con el régimen del trabajo a tiempo completo, que también recibía ese complemento cuando realizasen horas extras por encima de su jornada⁹¹.

Volvió el Tribunal con timidez a una línea más comprometida en asuntos donde simplemente se retomaba la doctrina sentada en asuntos anteriores, considerando así discriminatoria la limitación de derechos en relación con cursos de formación de representantes de personal –SSTJUE de 6.2.1996, Caso Lewark, C-457/93, y de 7.3.1996, Caso Freers y Speckmann, C-278/1993⁹²-, con la antigüedad en función pública –STJUE de 2.10.1997, Caso Gerster, C-1/95⁹³-, con el derecho a integración en planes de pensiones –STJUE de 24.10.1996, Caso Dietz, C-435/93, y STJUE de 11.12.1997, Caso Magorriam y Cunningham, C-246/96⁹⁴-, o con

⁹⁰ Según el fallo del Caso Helmig, no es constitutivo de un trato discriminatorio “*un convenio colectivo (en el que) solo (se) prevea el pago de complementos por horas extraordinarias en caso de sobrepasar la jornada normal de trabajo que dicho convenio establece para los trabajadores a jornada completa*”.

⁹¹ Si la finalidad del complemento de horas extras era compensar la carga adicional de trabajo, es evidente –y de aquí las críticas hechas al Caso Helmig- que se produce, en el trabajo a tiempo completo, cuando se supera la jornada completa, mientras, en el trabajo a tiempo parcial, cuando se supera la jornada reducida.

⁹² Los Casos Lewark y Freers y Speckmann reiteran sustancialmente la doctrina del Caso Monika Böttel.

⁹³ Según el fallo del Caso Gerster, es discriminatoria “*una legislación nacional que prevé que, para el cálculo de la antigüedad de los funcionarios, los periodos de empleo durante los cuales el tiempo de trabajo efectivo esté comprendido entre la mitad y los dos tercios de la jornada habitual solo se computarán en dos tercios, salvo que dicha legislación esté justificada por criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón del sexo*”. En sus razonamientos se recuerda el Caso Helga Nimz para considerar decisiva la verificación –que hará el órgano jurisdiccional nacional- de si la duración del servicio tiene un vínculo particular con la adquisición de cierto nivel de conocimientos o de experiencia.

⁹⁴ El Caso Dietz y el Caso Magorriam y Cunningham, que se refieren al derecho a integración en planes de pensiones de los trabajadores/as a tiempo parcial, reiteran la doctrina del Caso Bilka, no considerando aplicable a esta cuestión la limitación temporal del Caso Barber –en igual sentido, STJUE de 28.9.1994, Caso Vroege, C-57/93, y en la STJUE de 28.9.1994, Caso Fisscher, C-128/93-. Posteriormente, en las tres SSTJUE de 10.2.2000, Casos Deutsche Telekom AG, C-50/96, C-234 y 235/96, y C-270 y 271/97, se reiteró la doctrina y, además, se entendió acorde al derecho comunitario reconocer el derecho de los trabajadores/as a tiempo parcial a participar con efecto retroactivo en el plan de pensiones de la empresa, y a percibir una pensión sobre la base de ese plan. Sobre los Casos Deutsche Telekom AG, véase Antonio Baylos Grau, “No discriminación, tiempo parcial y retroactividad del efecto directo del principio de igualdad de retribución por razón de sexo”, Revista de Derecho Social, número 9, 2000, páginas 117-123.

una dispensa de examen –STJUE de 2.10.1997, Caso K rding, C-100/95⁹⁵-

Quizás fue el reconocimiento normativo de la discriminación sexista indirecta en la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, lo que determinó la vuelta a posturas de mayor activismo judicial. Al respecto, la STJUE de 17.10.1998, Caso Hill / Stapleton, C-243/95, afirma su competencia “*para proporcionar indicaciones*” en cuanto a la apreciación de la justificación a realizar por los órganos nacionales y, en el caso, que se refiere a una normativa que permití al empresario el cómputo en términos de trabajo efectivo del periodo trabajado en trabajo compartido a los efectos de atribución de una escala retributiva tras la conversión de la trabajadora en tiempo completo, se rechazan las justificaciones alegadas⁹⁶.

Dentro de esta recuperación del enjuiciamiento más estricto, la STJUE de 9.9.1999, Caso Krüger, C-281/97, consideró discriminación indirecta, si existe un impacto adverso, que las personas trabajadoras que, por su jornada y su salario, est n excluidas de la Seguridad Social Pública, están excluidas, por convenio colectivo, de una prima especial anual. Según el Tribunal, la diferencia con Nolte y Megner est  en que las justificaciones válidas en el ámbito de Seguridad Social –la facultad de apreciación de los

⁹⁵ Según el fallo del Caso K rding, es discriminatoria “*una legislación nacional que prevé que, en el caso de una actividad a tiempo parcial con un tiempo de trabajo no inferior, en todo caso, a la mitad de la jornada habitual, el periodo de ejercicio de las funciones profesionales exigido para quedar exento del examen de acceso a la profesión de asesor fiscal se prolongará en la correspondiente proporción, cuando tales disposiciones afecten a un número muy superior de mujeres que de hombres, salvo que dicha legislación est  justificada por criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón del sexo*”. Nuevamente, como en el Caso Helga Nimz y el Caso Gerster, la cuestión es si la duración del servicio tiene un vínculo particular con la adquisición de cierto nivel de conocimientos o de experiencia.

⁹⁶ El TJUE rechaza todas las justificaciones alegadas: (a) la de que “*es práctica habitual en la función pública contabilizar únicamente el tiempo efectivamente trabajado*”, porque “*solo es una generalidad*”, (b) la de que “*esa práctica ofrece un sistema de recompensas que favorece la motivación, el interés y la moral del personal*”, porque “*el sistema de recompensas de los trabajadores que desempeñan su actividad en un régimen de jornada completa no puede verse influido por el régimen de trabajo a tiempo compartido*”, (c) la de que “*una excepción o favor del trabajo a tiempo compartido daría lugar a situaciones arbitrarias o injustas o equivaldría a una discriminación inadmisibles a favor de las mujeres*”, porque “*no constituye una discriminación a favor de las trabajadoras*”, y (d) “*respecto a la justificación basada en motivos económicos debe recordarse que un empleador no puede justificar una discriminación ... por el único motivo de que la eliminación de tal discriminación implica un aumento de sus costes*”.

Estados y los principios básicos del Sistema de Seguridad Social- no valen para el ámbito de las retribuciones. Pero *“es difícil no leer el comienzo de un paso atrás en la actitud de la Corte respecto a los empleos menores”*⁹⁷.

Continuando con la recuperación del enjuiciamiento más estricto, se rechazan comparativas globales que invisibilizan las diferencias y justificaciones presupuestarias sin mayores precisiones, aunque sí se admiten justificaciones relacionadas con una adecuada gestión del gasto público y con el acceso de la población a la atención médica especializada –STJUE de 6.4.2000, Caso Jorgensen, C-226/98⁹⁸-. Insistiéndose en el rechazo de las justificaciones presupuestarias sin mayores precisiones y las económicas ligadas al aumento de costes –STJUE de 20.3.2003, Caso Helga Kutz-Bauer, C-187/00, STJUE de 11.9.2003, Caso Steinicke, C-77/02⁹⁹, y STJUE de 23.10.2003, Caso Schönheit y Becker, C-4 y 5/02-¹⁰⁰.

Ha recuperado así el Tribunal una tendencia general a apreciar –si hay impacto adverso- discriminación indirecta. A veces ello le lleva a una

⁹⁷ Como muy oportunamente afirmó Jean Jacqmain, “Égalité ... (2000)”, obra citada, página 204.

⁹⁸ Un caso de retribuciones de personal médico donde la comparativa global no detectaba la desigualdad y donde se alegaban justificaciones presupuestarias. El fallo es (1) que *“procede valorar individualmente cada uno de los elementos que caracterizan las condiciones de ejercicio de una actividad profesional establecidos en la normativa controvertida, siempre que tales elementos constituyan por sí solos medidas específicas basadas en criterios de aplicación propios y afecten a un número significativo de personas pertenecientes a una categoría determinada”*, y (2) que *“las consideraciones de índole presupuestaria no pueden justificar por sí solas una discriminación por razón de sexo – sin embargo, las medidas que pretendan garantizar una buena gestión del gasto público destinado a los cuidados médicos especializados, así como el acceso de la población a estos cuidados, pueden verse justificadas cuando respondan a un objetivo legítimo de política social, y se revelen aptas y necesarias para alcanzarlo”*.

⁹⁹ Tanto el Caso Helga Kutz-Bauer como el Caso Steinicke se refieren al acceso a un régimen de trabajo a tiempo parcial a partir de determinada edad con condiciones susceptibles de causar un impacto adverso.

¹⁰⁰ Según el fallo del Caso Schönheit y Becker, es discriminatoria, si hay impacto adverso y no hay justificación, *“una reducción del importe de la pensión de los funcionarios que han desempeñado sus funciones a tiempo parcial durante una parte, al menos, de su carrera”*, aclarándose sobre la justificación –cuya apreciación compete al juez nacional- que *“el objetivo de recortar el gasto público no puede tenerse en cuenta para justificar una diferencia de trato basada en el sexo”*, que *“una diferencia de trato entre hombres y mujeres puede estar justificada, en su caso, por razones distintas de las invocadas en el momento de la adopción de la medida por la que se introdujo”*, y que *“(una medida como la enjuiciada) no puede considerarse objetivamente justificada por el hecho de que la pensión sea, en ese caso, la contraprestación de una prestación de trabajo menos importante o porque tenga por objeto evitar que los funcionarios a tiempo parcial resulten beneficiados frente a los funcionarios a tiempo completo”*.

separación respecto a decisiones anteriores, como ocurre en relación con la retribución de las horas extraordinarias, en la medida en que la STJUE de 27.4.2004, Caso Edeltraud Elsner-Lakeberg, C-285/02¹⁰¹, y la STJUE de 6.12.2007, Caso Úrsula VoB, C-300/06¹⁰², matizan el Caso Helmig. Y otras veces ello le lleva a profundizar en la doctrina de casos anteriores, como ocurre en relación con el acceso al empleo y cómputo de la antigüedad, en la medida en que la STJUE de 10.3.2005, Caso Nikoloudi, C-196/02¹⁰³, reitera las enseñanzas de los previos Casos Helga Nimz, Gerster y Körding.

Recuperar el entendimiento estricto de la justificación del impacto adverso no significa considerar siempre injustificado el impacto adverso, aunque sí convierte en excepción los casos en que se justifica. Así ocurre en la STJUE de 9.9.2003, Caso Rinke, C-25/02, donde se enjuiciaba la

¹⁰¹ Según el fallo del Caso Elsner-Lakeberg, es discriminatoria, siempre que haya impacto adverso sobre un colectivo femenino y ausencia de justificación no discriminatoria, “*una normativa nacional por la que los profesores a tiempo parcial no perciben –ni tampoco los que trabajan a tiempo completo– ninguna retribución por las horas extraordinarias que realizan cuando estas no superan tres horas al mes*”. La diferencia de trato –que no se apreció en el Caso Helmig– se aprecia aquí –y el argumento sería extensible al Caso Helmig– porque es una mayor carga hacer horas extras en el trabajo a tiempo parcial, como se demuestra con un cálculo matemático: para quien trabaja 98 horas mensuales, 3 horas más supone un 3%, y para quien trabaja 60 horas mensuales, 3 horas más supone un 5%. Como dice Jean Jacquemain, “*si la Corte decide mantener Helmig, deberá precisar como lo concilia con Elsner-Lakeberg*”, “*Égalité entre travailleurs féminins et masculins*”, Journal des Tribunaux – Bruselas, número 124, 2005, página 291.

¹⁰² Según el fallo del Caso Úrsula VoB, es discriminatoria, siempre que haya impacto adverso sobre un colectivo femenino y ausencia de justificación no discriminatoria, “*una normativa nacional en materia de retribución de los funcionarios que, por una parte, define las horas extraordinarias efectuadas tanto por los funcionarios empleados a jornada completa como por los empleados a tiempo parcial como las horas que trabajan fuera de su tiempo individual de trabajo y, por otra parte, remunera estas horas a un nivel inferior a la retribución horaria aplicada a las horas efectuadas dentro del tiempo individual de trabajo*”. La diferencia con el Caso Helmig, según el Tribunal, está en que, en Helmig los a tiempo parcial cobraban por hora extra inferior a la jornada a tiempo completo lo mismo que cobraban, por las horas dentro de su jornada, los a tiempo completo. Véase José María Miranda Boto, “Trabajo a tiempo parcial, horas extraordinarias y discriminación por razón de sexo”, Aranzadi Social, número 21, 2007.

¹⁰³ Según el fallo del Caso Nikoloudi, siempre que haya impacto adverso sobre un colectivo femenino y ausencia de justificación no discriminatoria, es discriminatoria (1) “*la exclusión ... respecto a la integración en el personal estatutario del personal laboral que trabaje a tiempo parcial*”, (2) “*la exclusión total del empleo a tiempo parcial en relación con el cálculo de la antigüedad*”, y (3) “*un cómputo proporcional del empleo a tiempo parcial, al realizar dicho cálculo*”, aclarando, en relación con la justificación del cómputo proporcional, que su justificación dependerá, “*en particular, de la finalidad perseguida por la consideración de la antigüedad y, si se tratase de un reconocimiento de la experiencia adquirida, de la relación entre la naturaleza de la función desempeñada y la experiencia que el ejercicio de esta función proporciona después de un determinado número de horas de trabajo efectuadas*”.

validez de ciertas normas comunitarias sobre formación específica en medicina general, libre circulación de médicos/as y reconocimiento de títulos, y, más en concreto, la exigencia, para la formación específica en medicina general a tiempo parcial, de un determinado periodo de formación a tiempo completo, que el TJUE justifica en contribuir al logro de un nivel elevado de protección de la salud pública dentro de la Unión Europea¹⁰⁴.

El Tribunal de Justicia también niega la existencia de discriminación sexista cuando no aprecia situaciones comparables –STJUE de 26.9.2000, Caso Kachelmann, C-322/98¹⁰⁵–, una doctrina incluso reforzada cuando se trae a colación, además de la normativa antidiscriminatoria por razón de sexo, la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES –STJUE de 12.10.2004, Caso Wippel, C-313/02¹⁰⁶–. Y es que esa Directiva exige, para apreciar la desigualdad, la comparación del trabajador/a a tiempo parcial con un “*trabajador a tiempo completo comparable*” –de acuerdo con la cláusula 4 del Acuerdo Marco–.

¹⁰⁴ Las normas enjuiciadas en el Caso Rinke eran el artículo 5 de la Directiva 86/457/CEE del Consejo, de 15 de septiembre de 1986, relativa a una formación específica en medicina general, y el artículo 34 de la Directiva 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos, donde, aunque se admite la formación específica en medicina general a tiempo parcial, se exige el mantenimiento de la duración total de formación, una jornada semanal mínima y un periodo mínimo a tiempo completo a determinar por el legislador interno. El Tribunal no consideró estas exigencias discriminatorias sexistas, valorando el margen de apreciación del legislador europeo en orden a garantizar la libre circulación de médicos/as y contribuir al logro de un nivel elevado de protección de la salud pública dentro de la Unión Europea.

¹⁰⁵ Según el fallo del Caso Kachelmann, no es contrario a la normativa comunitaria “*una interpretación (de la normativa interna aplicable) que considera de manera general que los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo no son comparables a efectos de la selección social que el empresario debe efectuar en caso de supresión de un empleo a tiempo parcial por causas económicas*”.

¹⁰⁶ Según el fallo del Caso Wippel, no es contrario a la normativa comunitaria “*aun en el supuesto de que todos los contratos de trabajo del resto de los trabajadores de una empresa determinen previamente la duración de la jornada semanal y la distribución del tiempo de trabajo ... un contrato de trabajo a tiempo parcial para ciertos trabajadores de la misma empresa, como el del asunto principal, en el que la duración de la jornada semanal y su distribución no están establecidas, sino que dependen de la carga de trabajo y deben determinarse caso por caso, y en el que dichos trabajadores son libres de aceptar o rechazar cada trabajo que se les proponga*”. La clave de entendimiento del Caso Wippel se encuentra en esta precisión final, de modo que, si el trabajador no estuviere facultado para rechazar la llamada de la empresa a la realización de un trabajo, se puede aventurar razonablemente que la decisión sería diferente. O, dicho en resumen, un trabajo a tiempo parcial a llamada solo es válido si la llamada no es obligatoria.

Interesante es la última sentencia –hasta el momento- de la saga porque ha supuesto un endurecimiento de la justificación en el ámbito de la Seguridad Social –superando la laxitud de los Casos Nolte y Megner-. El cambio se estaba barruntando cuando se decidió, en relación con el cómputo de periodos trabajados en trabajo a tiempo parcial a los efectos del acceso a una jubilación en un régimen profesional, considerarlo contrario a la Directiva 97/81/CE –STJUE de 10.6.2010, Caso Bruno y Pettini, C-395 y 396/08¹⁰⁷-. Así las cosas, se ha considerado discriminación indirecta un cómputo perjudicial de las carencias para pensiones públicas –STJUE de 22.11.2012, C-385/11, Caso Elbal Moreno, este procedente de España¹⁰⁸-.

Una reflexión general de la evolución jurisprudencial en los últimos años nos permite apreciar una cierta ósmosis entre la jurisprudencia comunitaria sobre la discriminación sexista indirecta en el trabajo a tiempo parcial y la jurisprudencia comunitaria sobre el principio de igualdad en el trabajo a tiempo parcial, que se ha manifestado –con efectos positivos- en el endurecimiento de la justificación en el ámbito de la Seguridad Social – Caso Bruno y Pettini / Caso Elbal Moreno-. Más alertas nos despierta el reforzamiento del argumento de pertinencia de la discriminación –Casos Kachelmann y Wippel-. Hemos de estar atentos a la evolución judicial para verificar si esa ósmosis refuerza o debilita la prohibición de discriminación.

b) Discriminaciones retributivas.

Además de los relativos al trabajo a tiempo parcial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha conocido bastantes asuntos en los cuales se ha examinado una discriminación retributiva indirecta. Pues bien, dicha

¹⁰⁷ Comenté el Caso Bruno y Pettini en un estudio titulado “Tiempo parcial y periodos de carencia (a propósito de la STJUE de 10 de junio de 2010)”, Aranzadi Social, número 9, 2010, BIB 2010 1486.

¹⁰⁸ Que examinaremos al estudiar la discriminación sexista indirecta en la Seguridad Social en España.

jurisprudencia comunitaria sobre discriminación retributiva indirecta no aporta novedades doctrinales significativas en la cuestión del concepto de retribución –cuya interpretación amplia se analizó detalladamente con ocasión de la jurisprudencia comunitaria sobre discriminación retributiva abierta, siendo ahora innecesario, en consecuencia, aportar más ejemplos-, pero sí profundiza en la cuestión de la comparación y en el concepto de trabajo de igual valor. Que son las dos cuestiones a analizar a continuación.

(1) En cuanto a la cuestión de la comparación, la tendencia a la flexibilización –que se manifestaba, en el ámbito de la jurisprudencia sobre discriminación retributiva abierta, en los Casos *McCarthy's Ltd* y *Murphy*- se consolida, en el ámbito de la discriminación retributiva indirecta, en dos casos judiciales emblemáticos. Uno es la STJUE de 17.10.1989, Caso *Danfoss*, C-109/88, que, en un contexto de no transparencia del sistema de retribución de la empresa, admite realizar una comparativa global “*a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena*” de la cual se deduce una retribución media de los trabajadores femeninos de cuantía inferior a la retribución media de los trabajadores masculinos.

Y el otro caso emblemático es la STJUE de 27.10.1993, Caso *Enderby*, C-127/92. La comparativa era entre categoría de logopedas, en su mayoría mujeres, y categoría de farmacéuticos, en su mayoría hombres, sujetas ambas categorías a distintos convenios colectivos. El Tribunal de Justicia resuelve al efecto que “*no basta, para justificar objetivamente la diferencia de retribución entre dos funciones del mismo valor ... alegar el hecho de que las respectivas retribuciones de estas dos funciones se determinaron mediante procesos de negociación colectiva diferentes pese a participar en ellos las mismas partes, y cada uno de los cuales, considerado por separado, no tiene en sí mismo efecto discriminatorio*”¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Pero sí añade el TJUE que “*corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar, aplicando, si fuera menester, el principio de proporcionalidad, si, y en qué medida, la escasez de candidatos a una función y la necesidad de atraerlos mediante salarios más elevados constituyen una razón económica*”

De este modo, y al lado de la más sencilla comparación entre dos puestos de trabajo ocupados por un hombre y por una mujer, la tendencia a la flexibilización ha permitido comparativas más generales entre colectivos de trabajadores masculinizados y feminizados. Por lo tanto, lo relevante no es fijar una regla comparativa siempre válida sino buscar en cada caso concreto la situación discriminatoria, y ello obliga a utilizar, también en cada caso, diferentes índices¹¹⁰. Ahora bien, la pregunta subsiguiente es hasta donde llega esa comparación¹¹¹: solo un mismo centro de trabajo, solo una misma empresa, solo un mismo sector económico, o todos los centros de trabajo de todas las empresas de todos los sectores económicos.

La STJUE de 31.5.1995, Caso Royal Copenhagen, C-400/93, implícitamente admitió ámbitos de comparación de carácter supraempresarial, en la medida en que, entre otras cosas, se resolvió que *“el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras es aplicable también cuando la retribución se fija a través de negociaciones colectivas o de negociaciones de ámbito local”*, aunque se matizó que *“no obstante, el órgano jurisdiccional nacional puede tomar en consideración dicha circunstancia a la hora de apreciar si las diferencias entre las retribuciones medias de dos grupos de trabajadores se deben a factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”*.

Una respuesta más explícita de hasta dónde llega la comparación se aborda con ocasión de comparativas entre empresas implicadas en procesos

objetivamente justificada de la diferencia de retribución”. Lo que genera cierta inquietud porque dar como buenas, sin más aparato crítico, las razones económicas de un mercado laboral caracterizado por la segregación femenina puede amparar muchas discriminaciones. Afortunadamente, es una argumentación sobre la cual nunca ha insistido con posterioridad el TJUE. Véase el comentario de Jaime Cabeza Pereiro, “Discriminación salarial indirecta por razón de sexo”, Relaciones Laborales, Tomo Segundo, 1994.

¹¹⁰ Porque, como ha explicado Beatriz Quintanilla Navarro, *“toda la interpretación extensiva del principio de igualdad de retribución realizada por el TJCE se ha articulado en torno al logro del efecto útil en la eliminación de las situaciones discriminatorias”*, “Discriminación ...”, obra citada, página 120.

¹¹¹ Véase Beatriz Quintanilla Navarro, quien asimismo examina las respuestas ofrecidas en las normativas internas de la época, “Discriminación ...”, obra citada, páginas 101 a 104. Dudas similares en el Memorandum de 23.6.1994 de la Comisión Europea sobre igual retribución para trabajo de igual valor.

de externalización, solicitando el grupo de trabajadores externalizados –en su mayoría mujeres- la equiparación retributiva con trabajadores de la empresa de origen –en su mayoría varones-, lo que se niega porque las desigualdades de retribución prohibidas en el artículo 141 TUE –actual 157 TFUE- “*son imputables a una única causa la igualdad de retribución*”, pues sino “*falta una entidad que sea responsable de la desigualdad y que pudiera restablecer la igualdad de trato*” –STJUE de 17.12.2001, Caso Lawrence, C-320/00, y STJUE de 13.1.2004, Caso Allonby, C-256/01-.

Así las cosas, se pueden admitir comparativas en cualquier ámbito con la condición de que sea única la causa de la desigualdad. Se trata de un criterio correcto en abstracto, pero que, aplicado en los Casos Lawrence y Allonby, deja un sabor amargo porque los procesos de descentralización productiva que aparecían en sus antecedentes obedecían a la existencia de previas reclamaciones de discriminación sexista de los grupos de trabajadores, en su mayoría mujeres, que acabaron externalizados. Incluso el Tribunal advierte, en el Caso Lawrence, que no se le pregunta nada sobre la existencia de una posible sucesión de empresas, dando implícitamente a entender que, si se le hubiera preguntado, habría apreciado su existencia¹¹².

(1 bis) Merece la pena, dentro del análisis de la cuestión de la comparación, detenerse en la STJUE de 14.9.1999, Caso Gruber, C-249/97. La Sra. Gruber extinguió su relación laboral por cuidado de hijos, lo que, según las leyes austriacas, se indemnizaba con menor indemnización a la establecida para una extinción con justa causa relacionada con la condiciones de trabajo en la empresa o con el comportamiento del empresario. El TJUE negó la discriminación porque la comparativa se debía hacer con quienes extinguían su relación laboral sin justa causa o por

¹¹² Aunque en el Caso Allonby ni siquiera sería una solución acudir a las garantías sobre sucesión de empresas para remediar la situación porque el proceso de externalización se efectuó convirtiendo en trabajadores autónomos a los grupos de trabajadores, en su mayoría mujeres, sometidos a externalización.

motivos personales, que no son indemnizados. Tales respuestas no dependen, añade el TJUE, de la disponibilidad de guarderías infantiles¹¹³.

Y merece la pena detenerse en este Caso porque es un buen ejemplo de las limitaciones de unas leyes de igualdad comparativas. Aunque el litigio se había planteado como de aplicación del test de discriminación indirecta, el TJUE niega la pertinencia de la comparación, ofreciendo así una respuesta meramente formal a las interesantes cuestiones planteadas. Nos quedamos así sin saber por qué se admiten como buenas aquellas justas causas basadas en el mundo del trabajo –construido para los hombres- y se les niega esa calidad a las basadas en el cuidado de hijos – que asumen las mujeres-, cuando ello, en especial en un entorno de no disponibilidad de guarderías infantiles, genera un claro impacto adverso¹¹⁴.

(2) En cuanto al concepto de trabajo de igual valor –que es un concepto que se puede aplicar en el ámbito de la discriminación retributiva directa, pero que se suele aplicar, a lo menos actualmente, en el ámbito de la discriminación retributiva indirecta-, obliga a determinar –y aquí es donde surgen las dificultades en la aplicación del principio de igual retribución por un trabajo de igual valor- cuáles son los criterios objetivos de valoración, ajenos a cualquier discriminación sexista, que permiten determinar, de un lado, cuándo dos trabajos ostentan un mismo valor, y, de otro lado, cuáles son las especificaciones de un trabajo que pueden justificar unas diferencias retributivas frente al otro trabajo comparado.

¹¹³ Según el fallo del Caso Gruber, no constituye discriminación sexista “una normativa nacional que concede una indemnización por extinción del contrato a aquellos trabajadores que ponen fin antes de tiempo a su relación laboral para cuidar a sus hijos, debido a la falta de guarderías infantiles, indemnización que es inferior a la que perciben, respecto de una misma duración efectiva de la actividad laboral, los trabajadores que presentan su dimisión por una causa justa relacionada con la condiciones de trabajo en la empresa o con el comportamiento del empresario”, agregando que “el hecho de que, en el Estado miembro afectado, la mayoría de las guarderías infantiles dependan de las autoridades estatales u obtengan asistencia económica oficial no tiene incidencia alguna sobre (dicha) respuesta”.

¹¹⁴ Más ampliamente desarrollados estos argumentos críticos por María Ángeles Barrère Unzueta / Dolores Morondo Taramundi, “La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto Gruber del TJCE”, en “Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate”, Instituto Internacional de Sociología de Oñate / Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

1°. Esfuerzo físico. La STJUE de 1.7.1986, Caso Rummler, C-237/85, admite utilizar el criterio del esfuerzo físico en la determinación de las retribuciones *“cuando, teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades, el trabajo que deba realizarse exija efectivamente cierto despliegue de fuerza física, con la condición de que, mediante la consideración de otros criterios, consiga excluir, en su conjunto, cualquier discriminación por razón de sexo”*. En todo caso, es discriminatorio *“basarse en valores correspondientes a la capacidad media de producción de los trabajadores de un único sexo, para determinar en qué medida un trabajo exige un esfuerzo u ocasiona una carga o es físicamente pesado”*.

2°. Antigüedad. La STJUE de 17.10.1989, Caso Danfoss, C-109/88, sentó la doctrina de que *“el empresario no tiene que justificar de modo especial la utilización del criterio de la antigüedad”*. Y la STJUE de 30.10.2006, Caso Cadman, C-17/05, la ratificó porque, *“por regla general, la utilización del criterio de la antigüedad es idónea para alcanzar la finalidad legítima de recompensar la experiencia adquirida que coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas”*. No obstante, se contempla la salvedad de que *“el trabajador facilite datos que puedan hacer nacer dudas fundadas a este respecto”*, lo que permite considerar discriminatoria la utilización abusiva o desproporcionada de la antigüedad.

Además de los casos decididos en relación con el trabajo a tiempo parcial –Casos Helga Nimz, Gerster y Körding-, la manera de computar la antigüedad se ha abordado en la STJUE de 8.6.2004, Caso Gewerkschaftsbund, C-220/02, según la cual las normas comunitarias sobre igualdad *“no se oponen a que en el cálculo de la indemnización por despido se computen, a efectos de la duración de la relación de empleo, los períodos de prestación del servicio militar o del servicio civil sustitutorio, efectuados mayoritariamente por los hombres”*, aunque –al tratarse de dos

situaciones no comparables- *“no se computen los períodos de excedencia por cuidado de hijos a la que se acogen fundamentalmente las mujeres”*.

3°. Flexibilidad. La Sentencia Danfoss admitió *“la utilización del criterio de la flexibilidad si este se entiende en el sentido de adaptabilidad a horarios y lugares de trabajo variables, demostrando (el empresario) que dicha adaptabilidad reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador”*. En consonancia con esa especificidad de la flexibilidad, la STJUE de 30.3.2000, Caso JämO, C-236/98, consideró que, al realizar la comparación de las retribuciones, no se debe incluir un complemento por horarios incómodos, ni una reducción de jornada, aunque la reducción puede constituir –si la empresa lo demuestra– una razón objetiva ajena al sexo para justificar una diferente retribución.

4°. Calidad del trabajo. La Sentencia Danfoss admite la utilización del criterio de la calidad del trabajo porque *“es, sin discusión, absolutamente neutral desde el punto de vista del sexo”*, de modo que *“cuando su resultado es perjudicar sistemáticamente a los trabajadores femeninos, ello solo puede ser debido a que el empresario lo ha aplicado de modo abusivo ... (en la medida en que) no es concebible que la calidad del trabajo efectuado por estas últimas sea, en general, peor”*. En consecuencia, el Tribunal de Justicia concluye que *“el empresario no puede justificar el empleo del criterio de la (calidad del trabajo) ... cuando su aplicación resulte sistemáticamente desfavorable para las mujeres”*.

5°. Formación. La Sentencia Danfoss sentó la doctrina de que *“el empresario puede justificar la utilización del criterio de la formación profesional demostrando que dicha formación reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador”*. Y la STJUE de 11.5.1999, Caso AWG, C-309/97, apuntilla al respecto que *“no se está en presencia del mismo trabajo ... cuando trabajadores con diferentes habilitaciones profesionales desempeñan la misma actividad”*.

durante un período prolongado” –en el caso enjuiciado se trataba de médicos, esta categoría de mayoría masculina, y psicólogos, esta categoría de mayoría femenina, actuando ambas categorías como psicoterapeutas-.

c) Condiciones de empleo.

Además de los relativos al trabajo a tiempo parcial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea apenas ha resuelto asuntos en los cuales se ha examinado una discriminación indirecta en las condiciones de empleo. Veamos el primero. La STJUE de 9.2.1999, Caso Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez, C-167/97, se refería a la normativa británica que excluía de la protección frente al despido a los trabajadores/as de menos de dos años de antigüedad. Pero, aparte de una distinción técnica de lo que son condiciones de empleo y retributivas en los despidos improcedentes¹¹⁵, lo más interesante de esta decisión es el análisis que hace de las pruebas estadísticas –aspecto que será analizado en el Capítulo Décimo Segundo-.

Otro asunto sobre condiciones de empleo analizó compensaciones por el servicio militar o civil obligatorio. Es oportuno aquí recordar que *“el derecho comunitario no se opone a que el servicio militar obligatorio esté reservado a los hombres”* –STJUE de 11.3.2003, Caso Dory, C-186/01-. Siendo esto así, no considerar discriminatorias las especialidades aplicables a los hombres en relación con las fechas de admisión a unas prácticas jurídicas preparatorias que constituían un requisito previo para el acceso a un empleo en la Función Pública, cuando esas especialidades contribuían a

¹¹⁵ Según se deriva del fallo del Caso Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez, mientras *“los requisitos que determinan si un trabajador, en el caso de despido improcedente, tiene derecho a ser readmitido o a ser contratado nuevamente”*, sí están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE, *“los requisitos que determinan si un trabajador, en el caso de despido improcedente, tiene derecho a obtener una indemnización”* están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 119 del TCE.

compensar el retraso derivado de la prestación del servicio militar o civil obligatorio, es lo lógico –STJUE de 7.12.2000, Caso Schnorbus, C-77/99-.

Un último supuesto a citar es la STJUE de 22.4.2010, Caso ZLT, C-486/08. Preguntó el órgano judicial austriaco si era discriminación sexista indirecta que quienes disfruten durante dos años de un permiso parental – un 97% mujeres- pierdan, a su finalización, las vacaciones anuales retribuidas adquiridas durante el año anterior al nacimiento del hijo. El TJUE decidió, cambiando la base normativa de la pregunta, que ello era contrario al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental, dejando sin resolver si había discriminación sexista indirecta. La respuesta es correcta, pero no es buena enseñanza la de postergar el análisis de la igualdad de género, que es un derecho fundamental vinculado a la dignidad de todas las personas.

d) Seguridad Social Pública.

Además de los relativos al trabajo a tiempo parcial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha conocido varios asuntos en los cuales se ha examinado una discriminación indirecta en la Seguridad Social Pública. Pero aquí la tendencia ha sido a justificar el impacto adverso cuando las finalidades de su medida causante entren dentro de las competencias de política social de los Estados miembros. De este modo, se ha descartado la discriminación indirecta (1) cuando la cuantía de una prestación de invalidez se incrementa considerando el estado civil y los ingresos del cónyuge para garantizar un mínimo de subsistencia –STJUE de 11.7.1987, Caso Teuling, C-30/85-, (2) cuando se atribuyen subsidios por desempleo o invalidez solo a los trabajadores de los cuales depende su cónyuge o hijos – STJUE de 7.5.1991, Comisión contra Bélgica, C-229/89-¹¹⁶, o (3) cuando

¹¹⁶ Al demandar a Bélgica, la Comisión Europea argumentaba que la prestación en juego era sustitutiva de ingresos, a diferencia del Caso Teuling, donde era un incremento de cuantía en garantía de unos ingresos mínimos. La lectura amplia de la doctrina Teuling que se realizó en el Caso Comisión contra Bélgica se

la concesión o el importe de un incremento de pensión depende de los ingresos del cónyuge del beneficiario –STJUE de 19.11.1992, Caso Molenbrok, C-226/91-, a pesar de que, en todos los casos, los requisitos exigidos perjudicaban más a las mujeres que a los hombres, dado que estos no suelen ser cargas de ellas. También se justificó la exigencia de requisitos profesionales más difíciles de cumplir por las mujeres a los efectos de una prestación de desempleo tendente a garantizar un mínimo social a parados de larga duración o inválidos –STJUE de 8.2.1996, Caso Laperre, C-8/94-.

La STJUE de 13.12.1994, Caso Grau-Hupka, C-297/93, le permitió al Tribunal –en un supuesto muy complejo donde la retribución de una trabajadora a tiempo parcial dependía de la cuantía de una jubilación parcial que sufrió una reducción a causa de una pérdida de remuneración durante el cuidado de un hijo- afirmar que *“la Directiva 79/7/CEE ... en ningún caso obliga a los Estados miembros a conceder ventajas en materia de seguro de vejez a las personas que se hayan ocupado de sus hijos o a establecer derechos a prestaciones como consecuencia de períodos de interrupción de la actividad debidos a la educación de los hijos”*. De ahí que se deniegue, en el fallo, la existencia de una discriminación retributiva.

Con tal precedente y con el artículo 7.1.b) de la Directiva 79/7/CEE, que salvaguarda la competencia de los Estados miembros para *“las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos (y) la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos”*, la STJUE de 16.7.2009, Caso Gómez Limón, C-537/07, concluyó la corrección con esa Directiva de *“que, durante el período de permiso*

confirmó en los Casos Molenbrok y Laperre –detallados en el texto principal a continuación-. Véanse las críticas por Nuria Pumar Beltrán quien, abrazando los argumentos de la Comisión Europea, sostiene que *“cuando (la finalidad de la) prestación no (es la de) garantizar unos ingresos mínimos, sino de sustituir unos ingresos”* no tiene razón de ser hacerla depender de *“la situación familiar del interesado”*, destacando además como, con esa solución, *“las normas de Seguridad Social reimplantan un criterio discriminatorio para la mujer que ... no se producía en la retribución”* que se sustituye, *“La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social”*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2001, páginas 286 y 287.

parental a tiempo parcial, el trabajador adquiera derechos a pensión de incapacidad permanente en función del tiempo de trabajo efectuado y del salario percibido y no como si hubiera trabajado a tiempo completo”.

Mejor suerte aparente en la STJUE de 24.2.1994, Caso Rocks, C-343/92, donde se considera discriminatoria *“la concesión de una prestación por incapacidad laboral al requisito de haber obtenido determinados ingresos en el año inmediatamente anterior al comienzo de la incapacidad, lo cual, aun sin efectuar distinciones por razón del sexo, afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, aunque la adopción de esta normativa esté justificada por consideraciones de índole presupuestaria”*. La argumentación de la decisión incide en que esas consideraciones no son un objetivo de política social y la prohibición de discriminación sexista no puede depender de las finanzas de los Estados.

Pero este islote robinsoniano en una jurisprudencia muy reacia a apreciar discriminación sexista indirecta en la Seguridad Social Pública, fue modificado en la STJUE de 1.2.1996, Caso Posthuma Van Damme, C-280/94, que interpretó la Sentencia Rocks en el sentido de que no excluía la justificación de la prestación de que se trataba por razones de política social distintas a consideraciones de índole presupuestario, fallando así –de manera contraria al Caso Rocks- que tal prestación no es discriminatoria. Así las cosas, la doctrina Rocks –que ha sido reiterada en posteriores ocasiones en ámbitos no solo de la Seguridad Social Pública- no sirvió para declarar discriminatoria la prestación de que se trataba en el Caso Rocks.

Una última sentencia es la STJUE de 20 de octubre de 2011, Caso Brachner, C-123/10, que, respecto a la compleja revalorización anual de pensiones vigente en Austria, concluye que *“una disposición nacional que implique excluir de un incremento extraordinario de las pensiones a un porcentaje considerablemente más elevado de mujeres pensionistas que de*

hombres pensionistas puede ser discriminatoria”, sin que dicha desventaja pueda justificarse “*por el hecho de que las mujeres que han trabajado accedan antes a la pensión de jubilación, que perciban su pensión durante más tiempo ni que el nivel de referencia a efectos del suplemento compensatorio también se ha elevado extraordinariamente para el 2008*”.

Recapitulando, el Tribunal de Justicia suele justificar las medidas de Seguridad Social Pública causantes de un impacto adverso cuando sus finalidades estén dentro de las competencias de política social de los Estados miembros, mostrando “*enorme cautela ante las posibles consecuencias económicas derivadas de sus decisiones y ante el temor a inmiscuirse en las políticas sociales del legislador nacional*”¹¹⁷. Apenas se puede citar como excepciones a esa tendencia flexible el Caso Brachner y, en el ámbito del trabajo a tiempo parcial, los Casos Ruzius Wilbrink y Elbal Moreno, si bien el hecho de que los Casos Brachner y Elbal Moreno sean muy actuales acaso permita augurar mejores perspectivas de futuro.

VIII. LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN SEXISTA INDIRECTA EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Mientras la discriminación sexista directa abierta ha generado múltiples casos judicializados en la década de los ochenta, y, a partir de ahí, han ido decreciendo simultáneamente a la asunción de su prohibición tanto por la legislación como por la sociedad, la indirecta no comienza a aparecer en los repertorios judiciales –a causa de lo novedoso del concepto, su mayor complejidad aplicativa y su carácter oculto y colectivo- hasta la década de los noventa, creciendo progresivamente los casos judicializados

¹¹⁷ Utilizo aquí las palabras de Nuria Pumar Beltrán, “La igualdad ...”, obra citada, página 292.

–y ello aunque no todos los casos se judicializan- en demostración de la incompleta asunción de su prohibición tanto por la legislación – discriminación normativa- como por la sociedad –discriminación social-.

a) Discriminaciones retributivas.

Han sido las condiciones retributivas el contexto litigioso de las primeras sentencias constitucionales sobre discriminación sexista indirecta asociada a la aplicación de la doctrina del trabajo de igual valor. No es una coincidencia que, apenas poco tiempo después de esas primeras sentencias, se modificaran, a través de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, el artículo 22 del ET para reconocer expresamente la igualdad de los sexos en el sistema de clasificación profesional, y el artículo 28 del ET para reconocer expresamente la doctrina del trabajo de igual valor. Posteriormente, la Ley 33/2002, de 5 de julio, lo vuelve a modificar para aclarar que el trabajo de igual valor obliga a una igual retribución –y no solo a un igual salario-¹¹⁸.

La primera –auténtico “*leading-case*”- de las sentencias constitucionales sobre discriminación sexista indirecta asociada a la aplicación de la doctrina del trabajo de igual valor fue la STC 145/1991, de 1 de julio, Caso Hospital Gregorio Marañón, en la cual después de definir tanto la discriminación sexista indirecta como la doctrina del trabajo de igual valor, se consideró discriminación sexista indirecta una diferencia retributiva establecida en convenio colectivo entre la categoría profesional

¹¹⁸ Con todo, el artículo 28 del ET sigue siendo muy principalista. En los documentos de trabajo previos a la redacción del Anteproyecto de la LOIEMH se preveía una redacción más incisiva del artículo 28 del ET dirigida a combatir la discriminación retributiva indirecta, de un lado, contemplando específicamente en el ámbito retributivo tanto la prohibición de discriminación directa como indirecta –que en la redacción vigente no se contempla-, y, de otro lado, considerando, a los efectos de la comparación en materia retributiva en empresas de más de 25 trabajadores o en el ámbito de un convenio colectivo, como masculinizadas o feminizadas aquellas categorías donde la diferencia existente entre los sexos fuera superior a veinte puntos porcentuales. También se contemplaba la reforma del artículo 64 del ET para obligar a la empresa a remitir a la representación del personal, al menos anualmente, un informe sobre la retribución media de los trabajadores y las trabajadoras, desglosada por grupos y categorías profesionales.

de peón –mayoritariamente hombres- y la categoría profesional de limpiadores –mayoritariamente mujeres- cuando ambas categorías profesionales realizaban trabajos manuales considerados de un igual valor.

De gran trascendencia son dos afirmaciones adicionales de la STC 145/1991, de 1 de julio. La primera se refiere al esfuerzo físico como factor de diferenciación, considerándolo receptor de *“valores correspondientes a los rasgos medios de trabajadores de un solo sexo para determinar en qué medida un trabajo exige esfuerzo u ocasiona una fatiga o es físicamente penoso”*, produciendo en el caso discriminación porque *“se corresponde única y exclusivamente con un estándar del trabajador varón”*. La segunda se refiere a la sumisión de los convenios colectivos a las exigencias de la jerarquía normativa *“de modo que han de ceder, necesariamente, ante el derecho fundamental consagrado en el artículo 14 de la Constitución”*.

Algo después, la STC 58/1994, de 28 de febrero, Caso Antonio Puig, analizó con mayor detenimiento el criterio del esfuerzo físico como criterio de diferenciación retributiva, admitiéndolo *“(solo) si se acreditase de forma indubitada que el esfuerzo físico constituye un elemento determinante absoluto de aptitud para el desarrollo de la tarea, o bien, que se trate de un elemento esencial en esta, siendo preciso, aún en estos casos, que se combine con otros rasgos tipificadores neutros desde el punto de vista que interesa considerar”*, circunstancias excepcionales que no se daban en el caso, con lo cual se consideró su utilización –como ocurría en la STC 145/1991, de 1 de julio- constitutivo de una discriminación sexista.

Un asunto originador de críticas¹¹⁹ fue la STC 286/1994, de 27 de octubre, Caso Galletas Fontaneda. La superior retribución del departamento

¹¹⁹ Porque el Tribunal Constitucional adopta una actitud de *“self-restraint”* al afirmar (1) que *“lo que está en cuestión en el proceso de origen y en este proceso constitucional no es la corrección (del reparto (sexista) de tareas ... un problema que no puede resolverse a través de una pretensión de discriminación salarial, en tanto no se cumpla el necesario presupuesto de la existencia de un trabajo de igual valor”*, y (2) que *“(la) corrección de la división sexista de tareas difícilmente podría obtenerse directamente del amparo constitucional, en lo que no fueran obstáculos formales para la intercambiabilidad de funciones*

de producción, ocupado por hombres, frente al de empaquetado, ocupado por mujeres, se justificó en la mayor responsabilidad y concentración de las tareas de producción. Ello aunque se mantenía la superior retribución de los hombres de producción cuando se les destinaba a labores de empaquetado y la inferior retribución de las mujeres empaquetadoras cuando se las destinaba a labores de producción. Solamente se consideró discriminatoria –se trataba de una discriminación sexista directa- esa inferior retribución de las mujeres empaquetadoras destinadas en el departamento de producción.

Todo ello levantó la duda de si se estaban avalando justificaciones meramente formales que no atendían al igual valor material del trabajo desempeñado por los grupos objeto de comparación. La STC 147/1995, de 16 de octubre, Caso Gomaytex, retomó el activismo, sin limitarse a dar como buenos los criterios de esfuerzo y penosidad, y entrando a examinar si, en el caso concreto, se aplicaron de manera correcta, lo que se rechaza. Por último, la STC 250/2000, de 30 de octubre, sobre el Convenio Colectivo de Manipulación y Envasado de Agrios de Murcia, sí consideró un “*intenso*” esfuerzo físico con “*riesgo dorsolumbar*” como justificativo de las diferencias retributivas apreciables en las tareas masculinizadas¹²⁰.

En la doctrina judicial ordinaria, superado el momento inicial –previo a la doctrina constitucional- en que la discriminación retributiva se admitía solo si era directa y por un trabajo igual, ya se admiten discriminaciones indirectas cuando se aprecie un trabajo igual o de igual valor –no cuando no se aprecie un trabajo igual o de igual valor¹²¹- y la diferencia no

entre los sexos, y para lo que el sindicato actor tiene siempre abierta la vía de la contratación colectiva”. Una crítica a esa actitud de “*self-restraint*” en María Fernanda Fernández López, “La aplicación de la Directiva 75/117 en España”, dentro del libro colectivo, coordinado por Jesús Cruz Villalón, “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, páginas 182 a 184.

¹²⁰ Un muy interesante comentario crítico en Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Feminización de tareas y masculinización de valoraciones”, Relaciones Laborales, número 3, 2001, páginas 1 a 15.

¹²¹ La STS de 3.11.2008, RCO 169/2007, ha resuelto acerca de una demanda de discriminación retributiva en las tablas salariales del convenio estatal del sector de la conserva de pescados, donde, con las mismas definiciones en relación a las mismas categorías profesionales, se contemplan dos grupos, uno mejor

presente justificación suficiente, no valiendo al efecto la diferencia de funciones¹²², criterios subjetivos¹²³, el esfuerzo físico¹²⁴, la individualización de las cuantías¹²⁵, la diferencia de categorías¹²⁶, el

retribuido –el personal de oficios varios, masculinizado- respecto al otro –el trabajo propio de la conserva, feminizado-. La sentencia niega la discriminación por la diferente cualificación profesional de ambos grupos y su distinta actividad. Sin embargo, resulta una visión bastante formalista. El trabajo de ambos grupos aparenta, sino igual, sí de igual valor y la explicación racional de que, de los dos grupos, el de la conserva sea el peor retribuido, es la minusvaloración del trabajo usualmente realizado por las mujeres.

¹²² Es el caso de la STSJ/Madrid de 15.10.1991, donde se considera discriminatorio el tratamiento retributivo diferente en orden a las gratificaciones extraordinarias cuando trabajadores hombres y trabajadoras mujeres “realizan unas funciones que representan trabajos de igual valor como corresponde a la misma categoría que tienen, y al mismo nivel retributivo en cuanto a salario base y plus convenio”.

¹²³ Es el caso de la STSJ/Cataluña de 14.9.1992, donde “la demandante tiene la misma categoría profesional que sus compañeros varones, desempeña funciones similares e incluso uno de ellos es subordinado suyo, pero percibe una remuneración muy inferior ... (por un) llamado complemento de mejora de empresa (que) contempla conceptos tan incorrectos como solución de problemas, iniciativa, colaboración, innovación y dedicación no medidos con arreglo a unos criterios objetivos o de rendimiento, sino puramente subjetivos de la dirección de la empresa y que por extraña coincidencia siempre son inferiores en el caso de la demandante”. Presenta esta resolución dos interesantes peculiaridades. La primera es que se dictó, no en una reclamación de diferencias salariales, sino en un juicio de resolución –que fue estimada- al amparo del artículo 50 del ET. Y la segunda es que generó una sanción administrativa que fue confirmada en la STSJ/Cataluña, Sala de lo Contencioso, de 26.7.1999.

¹²⁴ Es el caso de la STSJ/Cataluña de 13.7.1993, donde las diferencias obedecen a “un concepto retributivo, el plus de conocimientos especiales, que es percibido en sus niveles más altos por los varones, mientras que el colectivo de mujeres (que junto con aquellos comparten la común categoría de especialistas) se les adjudica los niveles inferiores del baremo retributivo de dicho complemento”, cuando es que “no responde tanto a unos conocimientos especiales que la empresa no valora (sino con un carácter meramente residual, no significativo), cuanto al esfuerzo físico como variante fundamental”.

¹²⁵ Es el caso de la STSJ/País Vasco de 10.10.1995, RS 1417/1995, donde, “aunque (el complemento salarial) varía de una persona a otra, incluso aunque efectúen el mismo trabajo y tengan idéntica categoría, concurre la circunstancia de que su importe en el caso de cualquiera de los varones, es superior al más alto de los asignados a las mujeres, pese a que estas realicen un trabajo de igual valor”. Contiene esta Sentencia la precisión adicional de que “estamos en una empresa de un sector laboral, como es el de la industria del caucho, en el que la discriminación por razón del sexo en la retribución de los trabajadores tuvo refrendo normativo durante un largo periodo histórico, según revela la RNT para la Industria Química, aprobada por OM de 26.2.1946 ... sin que los convenios de 1980 a 1982 corrigieran la diferencia de remuneración, sino que tan solo proceden a encubrirla, cambiando la denominación de las categorías para que no queden fijadas por la condición sexual del trabajador”.

¹²⁶ Es el caso de la STSJ/Málaga de 29.12.1995, en un caso donde “el menor salario percibido por las trabajadoras actoras frente a los trabajadores que realizan un trabajo equivalente o de igual valor (se deriva de su clasificación) no como limpiadoras sino como mozos, sin que medie una justificación objetiva y razonable de la desigualdad salarial”. Un caso semejante al de la STC 145/1991, de 1 de julio.

También es el caso de la STSJ/País Vasco de 1.7.1999, donde “nos encontramos con dos especialistas, de primera (ocupada por mujeres) y de segunda (ocupada por hombres), con el mismo salario base, y que sin embargo perciben importes retributivos distintos por prima de producción (y) el estamento de primera, a su vez, cobra igual que los aprendices y peones (categoría inferior ocupada por hombres)”.

manejo de vehículos¹²⁷ u otras tareas prohibidas a mujeres¹²⁸, la exclusión del convenio colectivo¹²⁹, o la actitud general de la empresa en su compromiso con la igualdad sexual¹³⁰.

b) La discriminación retributiva en la negociación colectiva.

Todos los estudios realizados sobre negociación colectiva destacan la existencia de discriminaciones retributivas indirectas, como lo ratifica el que, entre las sentencias recién analizadas sobre condiciones retributivas, la desigualdad se origina muchas veces en la negociación colectiva. Precisamente, la regulación de los convenios colectivos se considera una de las causas de la brecha salarial de género. Sin poder aquí entrar en un análisis detallado –que se ha acometido en los estudios realizados sobre negociación colectiva-, sí resulta oportuno destacar –siguiendo asimismo

¹²⁷ Es el caso de la STSJ/Navarra de 9.6.1997, donde se considera discriminación retributiva cuando “(las trabajadoras demandantes ostentan) la categoría de especialistas, cometido que es realizado en el almacén y cuyas funciones consisten en el empaquetamiento de pedidos, confección de estos, proveyéndose para ello de las piezas (tornillería) colocadas en las distintas estanterías, así como barrido de la fábrica (mientras) los trabajadores masculinos que ostentan la misma categoría que las trabajadoras y que también realizan sus servicios en el almacén, realizan el manejo de las carretillas y elevadoras, sin que las trabajadoras tengan acceso al manejo de maquinaria por decisión empresarial”.

¹²⁸ Es el caso de la STSJ/Las Palmas de 29.10.1999, donde “la equiparación salarial (formalmente reconocida en el convenio colectivo) ... se rompe a través de una decisión unilateral del empresario que atribuye en exclusiva a los hombres ciertas tareas que pueden realizar las mujeres, y que determinan una diferencia de retribución; e incluso reconoce un complemento de calidad a parte del colectivo de hombres sin que exista una justificación fáctica suficiente para ello”. Presenta esta resolución la interesante peculiaridad del cauce usado: un procedimiento de oficio a instancia de la Autoridad Laboral.

¹²⁹ Es el caso de la STSJ/Castilla-La Mancha de 29.6.2000, RS 544/1999, donde “reclaman las actoras, pues son todas ellas mujeres, las diferencias de retribución entre las que venían percibiendo, y las que corresponderían a la categoría de trabajos idénticos, conforme al convenio colectivo del ayuntamiento demandado, tal y como por ejemplo, la categoría de operarios de limpieza”, justificando las diferencias el ayuntamiento demandado en las peculiaridades de la contratación determinantes de la exclusión del ámbito del convenio colectivo, justificación no aceptada por la Sala de lo Social de Castilla-La Mancha.

¹³⁰ Es el caso de la STSJ/Cataluña de 23.11.2000, RS 5683/2000, donde, después de constatar que “las trabajadoras de categoría oficial primera (no perciben) la misma cantidad en concepto de plus de empresa que los hombres de su misma categoría”, se añade al respecto que “no es óbice el dato de que existan otras secciones donde la mujer está suficientemente representada, pues no se juzga en este caso la actitud general de la empresa, sino su actuación concreta en relación a unas trabajadoras concretas”.

esos estudios realizados sobre negociación colectiva- los impactos adversos más habituales producidos por los sistemas retributivos convencionales¹³¹:

(a) Sistema de clasificación sustento del salario base. Aunque la constatación del impacto adverso obliga a analizar la valoración de los puestos de trabajo y a verificar la sexualización de las distintas categorías, la simple lectura del sistema de clasificación profesional de un convenio colectivo puede levantar sospechas de discriminación retributiva. El ejemplo clásico –extraído de la STC 145/1991, de 1 de julio- son las diferencias retributivas entre peones/as y limpiadores/as. También levantan ciertas sospechas las diferencias retributivas entre cajeros/as y mozos/as especialistas en algún convenio colectivo del comercio de alimentación¹³².

(b) Complementos de antigüedad. Aunque en principio justificados en la mayor experiencia, pueden ser discriminatorios cuando su uso es desproporcionado, como –valorando las circunstancias de cada caso- puede ocurrir (1) si su devengo exige periodos amplios de tiempo –quinquenio o sexenio frente a bienio o trienio- más difíciles de alcanzar para las trabajadoras, (2) cuando su cuantía es muy elevada en comparación con el salario global, o (3) cuando el cómputo de la antigüedad perjudica a trabajos feminizados –por ejemplo, se exige efectiva prestación de servicios excluyendo los periodos entre campañas de fijas discontinuas-¹³³.

(c) Complementos de peligrosidad, penosidad, toxicidad, insalubridad o semejantes. Se suelen asociar a trabajos masculinizados. No se cuestiona la justificación del complemento para esos trabajos, pero sí se

¹³¹ Al respecto, utilizaré básicamente los estudios de Cristina Justo Suárez / Jaime Cabeza Pereiro, “Salarios”, dentro del libro colectivo coordinado por Jaime Cabeza Pereiro “Estudio sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia”, Xunta de Galicia, 2007, y de Francisca Fernández Prol, “Igualdad por razón de sexo / género en la retribución y en los beneficios sociales”, dentro del libro colectivo, que yo mismo he coordinado, “El principio de igualdad en la negociación colectiva”, MTAS, Madrid, 2008.

¹³² Estos y otros ejemplos de clasificaciones profesionales de dudosa lógica desde la perspectiva del valor de los trabajos en Cristina Justo Suárez / Jaime Cabeza Pereiro, “Salarios”, obra citada, páginas 86 y 87.

¹³³ Ejemplos de convenios sospechosos en Cristina Justo Suárez / Jaime Cabeza Pereiro, “Salarios”, obra citada, páginas 88 a 91, y en Francisca Fernández Prol, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 194-201.

echa en falta esa misma catalogación en trabajos feminizados con características similares. Así, en algún convenio colectivos del comercio de alimentación, se regula un plus si se trabaja en cámaras frigoríficos –una tarea a priori masculinizada, aunque habría que verificarlo-, pero no si se manejan instrumentos cortantes –por ejemplo, en carnicería o en pescadería, una tarea a priori feminizada, aunque habría que verificarlo-¹³⁴.

(d) Complementos de disponibilidad. A la vista de la atribución social de los roles de cuidado a las mujeres, la disponibilidad horaria genera impacto adverso sobre las trabajadoras, de donde, aunque no se cuestione su justificación in genere, sí puede ser discriminatoria in casu su utilización desproporcionada –atribuyéndole una cuantía muy elevada-¹³⁵.

(e) Complementos de asistencia. Pueden generar discriminación sexista indirecta –o incluso directa- cuando en el cómputo de las inasistencias no se excluyan aquellas vinculadas a la condición biológica de las mujeres –como embarazo o parto- o a sus condicionantes de género¹³⁶.

(f) Complementos de jefatura, mando, responsabilidad o semejantes. Pueden generar discriminación sexista indirecta si los puestos de mando están masculinizados y el complemento es desproporcionado en comparación con el salario global, o sea si se utiliza desviadamente para encubrir una retribución que sería más bien propia del salario base¹³⁷.

¹³⁴ Tal ejemplo, y algún otro, en Cristina Justo Suárez / Jaime Cabeza Pereiro, “Salarios”, obra citada, páginas 93 y 94, y en Francisca Fernández Prol, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 201 y 202.

¹³⁵ Francisca Fernández Prol apostilla –lo que es importante a los efectos de endurecer el juicio de proporcionalidad- que “*se trata de percepciones salariales que priman a quienes carecen o se desentienden de responsabilidades familiares y personales –los trabajadores-, en perjuicio de quienes, por el contrario, asumen, en muchas ocasiones en solitario, tales obligaciones –las trabajadoras- (de modo que) además del impacto adverso de tal género de complementos en el colectivo de mujeres, es de reseñar su contribución a la perpetuación de roles sociales*”, “Igualdad ...”, obra citada, página 203.

¹³⁶ Véase Cristina Justo Suárez / Jaime Cabeza Pereiro, “Salarios”, obra citada, páginas 95 y 96.

¹³⁷ Como muy oportunamente razonan Cristina Justo Suárez / Jaime Cabeza Pereiro, “Salarios”, obra citada, página 96, y Francisca Fernández Prol, “Igualdad ...”, obra citada, página 205.

(g) Retribuciones extrasalariales. Aquí la discriminación sexista indirecta puede surgir a consecuencia de la exigencia de antigüedad –que suele perjudicar a las mujeres con carreras profesionales discontinuas- para acceder a percepciones extrasalariales como las ayudas de guardería, los complementos de incapacidad temporal o los planes de pensiones¹³⁸.

¿Cómo se puede resolver una discriminación retributiva en la negociación colectiva sin acudir a los tribunales? Obviamente, la solución óptima es la negociada. Pero puede tropezar con la desidia de la empresa y/o con intereses creados del personal masculino. Tras recordar que, si hay una discriminación, la empresa está obligada a eliminarla, la STSJ/Galicia de 21.12.2012, RS 4776/2012, reconoce la licitud de una decisión empresarial de repartir por igual entre el personal afectado lo que cobraba de más el personal masculino siguiendo los trámites de una modificación sustancial de condiciones de trabajo cuya causa justificativa sería económica con la finalidad de evitar el quebranto de una nivelación al alza.

c) Modalidades contractuales.

La circunstancia interpuesta en una discriminación indirecta en las condiciones laborales puede ser la vinculación contractual. Ofrece la jurisprudencia comunitaria numerosos ejemplos en relación con el trabajo a tiempo parcial. Sin embargo, en la jurisprudencia interna apenas en dos ocasiones se ha acudido a la discriminación sexista indirecta para argumentar la existencia de una desigualdad en relación con el trabajo fijo discontinuo: la práctica empresarial de liquidar en metálico las vacaciones al final de la campaña, impidiendo su disfrute in natura –STSJ/Galicia de

¹³⁸ Véanse ejemplos de convenios colectivos referidos a alguna de estas tres percepciones extrasalariales donde se exige antigüedad, en Francisca Fernández Prol, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 208 a 213.

5.12.2002, Pto. 9/2002-, y el cálculo de sus trienios sin computar los periodos entre las campañas –STSJ/Galicia de 26.1.2005, RS 5988/2002-.

No quiere esto decir que la desigualdad impere en el trabajo atípico. Lo que ocurre es que, en la jurisprudencia interna, se suele acudir, para garantizar la igualdad, al principio de no discriminación entre trabajo a tiempo completo y trabajo a tiempo parcial, entre trabajo indefinido y trabajo temporal, o, en general, entre trabajo típico y trabajo atípico. Pero esto presenta ciertos inconvenientes. El primero es la invisibilidad de la discriminación por razón de sexo / género, que debería evitarse, y que, de hecho, quiere evitar nuestra jurisprudencia constitucional¹³⁹. Y el segundo es el desaprovechamiento de la jurisprudencia comunitaria para detectar supuestos fácticos discriminatorios, con el riesgo de dejarlos impunes¹⁴⁰.

d) En especial, la aplicación de las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial.

¹³⁹ Al respecto es altamente significativo que, en la STC 22/1994, de 27 de enero, se diga que “una abundante jurisprudencia de este Tribunal ha descartado que sean adecuadas las diferencias que, como las citadas (STC 177/1993, por todas), se implantan atendiendo sola y exclusivamente al menor número de horas trabajadas, porque, tomándose solo en cuenta este factor diferencial, se ignora el menor poder contractual de estos trabajadores atípicos y el dato, contrastado en la experiencia, de que en estos colectivos se concentran altos porcentajes de mano de obra femenina, con lo que la irrazonabilidad del factor diferencial se acentúa al entrar en juego la prohibición de discriminación (Sentencias del TJCE, asuntos *Bilka Kaufhaus*, 13 mayo 1986, o *Kowalska*, 27 junio 1990, entre otras), exigiéndose por tanto una más cuidadosa justificación de las desigualdades en este terreno, mediante la puesta de manifiesto de otros factores concomitantes que las expliquen, al margen del solo tiempo de trabajo inferior”.

¹⁴⁰ Valga como ejemplo el analizado por Jaime Cabeza Pereiro: la STSJ/Tenerife de 31.1.2001, RS 823/2000, llega a una solución –mantener la cuantía proporcional a la jornada a tiempo parcial de los trienios devengados con anterioridad a la conversión del contrato de trabajo a tiempo parcial de una trabajadora de la limpieza en a tiempo completo- distinta a la que acaso llegaría de aplicar la STJUE de 17.10.1998, Caso Kathleen Hill / Ann Stapleton, C-243/95, donde se consideró –en un caso no igual, aunque sí análogo- discriminatoria sexista, a menos que se justifique por criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, una normativa que permite al empresario el cómputo en términos de trabajo efectivo del periodo trabajado en trabajo compartido a los efectos de atribución de una escala retributiva tras la conversión de la trabajadora en a tiempo completo, “Devengo de trienios a tiempo parcial e incremento de jornada”, Aranzadi Social, Presentación número 13, 2001, BIB 2001 719.

Un análisis crítico de la regulación legal del trabajo a tiempo parcial permite apreciar una escasa sensibilidad hacia la perspectiva de la igualdad tanto de género como del trabajo atípico. Ello es muy evidente –como se verá en las páginas siguientes- en la Seguridad Social. Pero también en el Derecho del Trabajo. Ya la Reforma de 1994 precarizó un colectivo tan feminizado al admitir horas extraordinarias sin límites¹⁴¹. Sus efectos inicuos llevaron a la regulación, en la Reforma de 1998, de las horas complementarias, aplicables solo en los contratos indefinidos¹⁴². Con la Reforma de 2012 se reintroducen, en el artículo 12 del ET, las horas extraordinarias para todos los contratos, sean indefinidos o temporales¹⁴³.

Quede claro de entrada que la aplicación de las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial no resulta en principio contraria a la normativa comunitaria o constitucional –de hecho se admite en otras legislaciones europeas-. Pero lo es, a nuestro juicio, atendiendo a cómo se ha hecho, sin introducir límites explícitos para las horas extraordinarias

¹⁴¹ Pues la aplicación de las horas extraordinarias sin ninguna exigencia especial al trabajo a tiempo parcial incrementa exponencialmente las posibilidades de flexibilización de la jornada de trabajo cuando las horas extraordinarias se compensan con descansos dentro de los cuatro meses siguientes a su realización –según el artículo 35.1 del ET-, y más cuando se pactan como obligatorias –según el artículo 35.4 del ET-. Sobre la problemática de las horas extraordinarias, véase mi estudio “Las fórmulas de flexibilidad de la jornada laboral en los contratos de trabajo a tiempo parcial en el derecho comparado y en el derecho español”, en “La nueva regulación de la contratación temporal. Modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995.

¹⁴² Sobre la problemática de las horas complementarias, véase el estudio que escribí con Jaime Cabeza Pereiro, “El nuevo ...”, obra citada, páginas 35 a 65. Un análisis monográfico de las horas complementarias lo abordaron en su momento Francisco Javier Calvo Gallego / Miguel Carlos Rodríguez-Piñero Royo, “Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000. Téngase presente, con relación a estos estudios, que se acometió una reforma legal posterior que afectó a ciertos detalles menores de su regulación a través del Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, y de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de igual título.

¹⁴³ Según el artículo 12.4.c) del ET, “*los trabajadores a tiempo parcial podrán realizar horas extraordinarias*”, sin distinguir entre trabajadores/as indefinidos y temporales, agregando que “*el número de horas extraordinarias que se podrán realizar será el legalmente previsto en proporción a la jornada pactada*”, que “*las horas extraordinarias realizadas en el contrato a tiempo parcial computarán a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y bases reguladoras de las prestaciones*”, que “*la realización de horas complementarias se regirá por lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo*”, y que, “*en todo caso, la suma de las horas ordinarias, extraordinarias y complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido en el apartado 1 de este artículo*”.

cuando se apliquen al trabajo a tiempo parcial y manteniendo las horas complementarias solo para trabajadores/as a tiempo parcial indefinidos. Claro que, de introducir esos límites, el resultado sería que las horas extraordinarias aproximarían su regulación a las horas complementarias. Y entonces habría que preguntarse si no hubiera sido mucho más lógico que la reforma se hubiera limitado a introducir en ellas alguna flexibilización¹⁴⁴.

Hay, en suma, dos problemas desde la perspectiva de género en la actual regulación de las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial. Uno es la ausencia de límites explícitos. Lo cual no impide que, aplicando normas constitucionales, algunos límites puedan ser inferidos. Así, el derecho al trabajo, en su faceta de búsqueda de un segundo empleo, y el derecho al ocio –artículos 35 y 43 de la CE-, conducen a la ilicitud –por abusivos ex artículo 7 del CC- de contratos de trabajo con pactos de horas extraordinarias obligatorias y con amplios periodos de disponibilidad –en especial, cuando estos superen 1,5 veces la duración de la jornada pactada, y cuanto más la superen, será más factible apreciar la ilicitud de los pactos-.

El otro es la fragmentación del colectivo de trabajadores/as a tiempo parcial en indefinidos/as, que pueden hacer horas extraordinarias y complementarias, y temporales, que pueden hacer horas extraordinarias, pero se les prohíbe hacer horas complementarias. Si ponemos la atención en esa distinta situación de los indefinidos/as en relación con los temporales, y todos ellos en relación con los a tiempo completo, se aprecia una colisión más que evidente con el principio de igualdad entre trabajo a

¹⁴⁴ Como afirma Jaime Cabeza Pereiro, las horas complementarias son rígidas para “*las necesidades de la empresa, pero también de la parte trabajadora*”. Aunque “*con el retorno de las horas extraordinarias se ha atendido el primer problema, pero no el segundo*”. Primero, porque su carácter voluntario es un “*sofisma*” en un contrato atípico, máxime dada la tendencia de la negociación colectiva a pactar la obligatoriedad de las horas extraordinarias. Y, segundo, porque su admisibilidad es “*sumamente lesiva de derechos en los términos tan escuetos en los que ha sido introducida, sin ningún requisito de preaviso, también para el caso de contratos temporales y sin derogar el régimen de las horas complementarias*”, “*Nuevos interrogantes en torno al contrato a tiempo parcial*”, *Aranzadi Social*, número 2, 2012.

tiempo completo y trabajo a tiempo parcial y entre trabajo indefinido y trabajo temporal, añadiéndose la feminización del trabajo a tiempo parcial y entrando así en juego la prohibición de discriminación sexista indirecta.

e) Acceso al empleo.

Con la excepción del artículo 22 bis de la Ley de Empleo –cuyos destinatarios no son las empresas, sino los intermediarios en el mercado de trabajo-, la legislación no contempla específicamente la discriminación sexista en el acceso al empleo a pesar de que la mecánica de la contratación laboral –usualmente precedida de una oferta colectiva de empleo y de procesos de selección que no tienen que ser objetivos- y la libertad de contratación de la empresa –en el doble aspecto de decidir si contrata a alguien y, entonces, a quien contrata- facilitan discriminaciones colectivas, ocultas y habitualmente indirectas. Así las cosas, una intervención legal debería establecer con claridad los derechos de las personas implicadas.

Tal laguna legal dificulta las demandas, pero no ha impedido el éxito de algunas. El caso más relevante –un Caso Griggs a la española- ha sido el Caso Fasa Renault, al haber allanado los obstáculos teóricos y prácticos de una demanda en la materia: la STS de 18.2.1994, RCO 1735/1992, admitió la legitimación sindical, la STC 41/1999, de 22 de marzo, analizó el aspecto probatorio, y la STS de 4.5.2000, RCO 3708/1999, manejó prueba estadística para considerar discriminatoria la exigencia de formación profesional segundo grado en ramas técnicas para un trabajo de especialista en la cadena de montaje porque perjudica más a las mujeres y porque es desproporcionada al no exigir ninguna titulación en convenio colectivo¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Analizaremos las cuestiones sobre la legitimación sindical y sobre la prueba de la discriminación planteadas en el Caso Fasa-Renault en los Capítulos Décimo Primero y Décimo Segundo. Más ampliamente, sobre el Caso Fasa-Renault he escrito varios trabajos comentando las diversas sentencias recaídas: (1) “La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de las Sentencias de 18 de febrero 1994 y de 4 octubre 1995 del Tribunal Supremo)”, Aranzadi Social, número 17, 1996. (2) “La

Siguiendo sus enseñanzas, la STSJ/País Vasco de 30.1.2001, RS 3009/2000, considera discriminatorio no contratar mujeres en empresa de limpieza viaria con gran número de hombres en plantilla. O las SSTSJ/Cantabria de 14.11.2005, RS 905/2005¹⁴⁶, y de 23.5.2007, RS 417/2007, consideran discriminatorio exigir titulación de formación profesional segundo grado en ramas técnicas para un trabajo sin exigencia de titulación en convenio colectivo. Ahora bien, la STSJ/Cantabria de 6.9.2006, RS 649/2006, no considera discriminatorio exigir experiencia en manejo de cloro cuando en el trabajo se maneja cloro y la exigencia nace de un pacto con sindicatos para convertir en fijos a trabajadores temporales.

Además de los expuestos casos judiciales de imposición de una condición de empleo productora de impacto adverso o desventaja particular sin justificación suficiente –discriminación por acción-, la discriminación en el acceso al empleo se puede generar por no informar en la oferta de empleo de alguna condición productora de impacto adverso o desventaja particular sin justificación suficiente –discriminación por omisión-. Por ejemplo, no informar de las exigencias de fuerza física de algunas plazas ofertadas en un concurso, propiciando el posterior incumplimiento de las mujeres –aunque el único precedente judicial no es muy afortunado, véase la STC 198/1996, de 3 de diciembre, en el caso llamado de la basculera¹⁴⁷-.

tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de la Sentencia 41/1999, de 22 de marzo, del Tribunal Constitucional)”, Aranzadi Social, número 12, 1999. (3) “La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de la Sentencia de 4 mayo 2000 del Tribunal Supremo)”, Aranzadi Social, número 12, 2000. (4) A modo de recapitulación, “Discriminación indirecta: Una aproximación a la Sentencia de 4 de mayo de 2000 del Tribunal Supremo”, Revista de Derecho Social, número 12, 2000.

¹⁴⁶ Comentada esta sentencia por Miguel Ángel Purcalla Bonilla, “Desigualdad de trato por razón de sexo en proceso de selección de personal”, Aranzadi Social, número 19, 2005, BIB 2005 2635.

¹⁴⁷ Se trataba de una trabajadora que, superada una oposición, optó a una plaza de auxiliar administrativo –sin más detalle-, donde se le obligaba a realizar esfuerzos físicos –en tareas de basculera-, siendo rescindido su contrato por no superar el periodo de prueba. La STC 198/1996, de 3 de diciembre, no apreció discriminación sexista indirecta. El Magistrado Vicente Gimeno Sendra, en su voto particular, entendió que sí la había porque, si no se detallan en las ofertas de empleo las exigencias físicas superiores a las asumibles por la media de las mujeres, estas podrían optar al trabajo sin saberlo y después generar escaso rendimiento, mientras los varones se verían menos afectados dado que, en promedio, es mayor su fuerza física. Véase la crítica –alineándose con el voto particular- de Teresa Pérez del Río, “El principio

f) Promoción profesional.

Presenta la discriminación en la promoción profesional notorias semejanzas con la discriminación en el acceso al empleo –suele afectar a un colectivo, estar oculta y habitualmente es indirecta-, aunque algunas dificultades aquí se allanan dada la mejor situación del trabajador/a –está dentro de la empresa y presumiblemente con el apoyo de la representación del personal-. También la existencia de una norma específica, como es el artículo 24.2 del ET según el cual “*los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres*”, ayuda a aplicar la igualdad de trato en este ámbito concreto.

La STS de 1.6.1999, RCO 4521/1998, confirmatoria de la sentencia de instancia proveniente del TSJ/Cataluña¹⁴⁸, es la primera en casación sobre promoción profesional. Caixa d’Estalvis de Catalunya promocionó al cargo de delegado a más hombres –un 5% de la plantilla de hombres- que a mujeres –un 1,5% de la plantilla de mujeres- a través de una práctica no reglada de recomendaciones que beneficiaba a los hombres. Estimando la demanda de conflicto colectivo planteada por un sindicato, se consideró esa práctica discriminación indirecta y se condena a la empresa a abstenerse de reiterarla. Otro caso de discriminación indirecta en otra entidad bancaria – la Caja de la Inmaculada- es la STSJ/Aragón de 19.12.2008, RS 944/2008.

Más actual –y de una excelente factura técnico jurídica- es la STS de 18.7.2011, RCO 133/2010, que condena a El Corte Inglés al detectar la

de no discriminación por razón de sexo”, en “Derechos fundamentales y contrato de trabajo”, coordinado por Matías Movilla García y quien esto escribe, Editorial Comares, Granada, 1998, páginas 158 a 166.

¹⁴⁸ Se trata de la muy razonada STSJ/Cataluña de 21.10.1998, Pto. 8/1998. Véase el comentario que sobre ella realizó María Belén Cardona Rubert, “Discriminación por razón de sexo: discriminación indirecta en promoción profesional por práctica de empresa”, Aranzadi Social, volumen IV, 1998, BIB 1998 1648.

existencia de una discriminación sexista indirecta en la promoción interna en unos centros de trabajo radicados en la Provincia de Barcelona. Una peculiaridad procesal de interés es la iniciación de oficio del proceso. Todas las sentencias recaídas¹⁴⁹, y específicamente la de casación, analizan las estadísticas sobre composición de la plantilla y valoran, como indicios adicionales de discriminación, el secretismo en el procedimiento de promoción profesional. Igualmente coinciden en descartar como justificación una supuesta mayor disponibilidad de jornada de los hombres.

g) Derechos de conciliación.

Ya hemos avanzado –al analizar la discriminación sexista directa en este mismo Capítulo y sobre ello volveremos en el Capítulo Séptimo– nuestra opinión de que los tratos perjudiciales en relación con el ejercicio de derechos de conciliación son discriminaciones sexistas directas a consecuencia de la feminización de los roles de cuidado, lo cual conduce a una protección más amplia frente a esos tratos perjudiciales que si la calificamos de indirecta. De todos modos, su calificación como discriminación sexista indirecta en la jurisprudencia constitucional supone un evidente avance respecto a situaciones anteriores donde la regulación de los derechos de conciliación se desvinculaba de la tutela de la igualdad.

Así las cosas, las SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, y 203/2000, de 24 de julio, merecen crítica positiva al considerar discriminación sexista indirecta la denegación al personal sanitario interino –en un caso

¹⁴⁹ Inicialmente la demanda de oficio se presentó ante los Juzgados de lo Social de Barcelona, recayendo la SJS 13 Barcelona de 30.7.2007, Pto. 50/2006, que ya declaró la existencia de discriminación indirecta. La comenté en “Discriminación indirecta por razón de género en la promoción profesional”, en Aranzadi Social, número 21, 2007, BIB 2007 3334. Pero el TSJ/Cataluña la anuló al considerar la incompetencia de los Juzgados de lo Social de Barcelona, pues uno de los centros se radicaba en Granollers, lo que determinaba la competencia de la Sala de lo Social. De ahí una segunda demanda de oficio, ahora ante la Sala de lo Social del TSJ/Cataluña, que también declaró, en Sentencia de 9.6.2010, la existencia de discriminación indirecta. Siendo esta Sentencia la confirmada en la STS de 18.7.2011, RCO 133/2010.

funcionario y en el otro estatutario- de la excedencia para el cuidado de hijos porque ello afecta a un colectivo feminizado –quienes habitualmente concilian y el personal sanitario interino- sin que se justifique ese impacto en el interés público en la cobertura urgente de una plaza de una interina con una larga antigüedad¹⁵⁰. En todo caso, la discriminación sexista indirecta se construye, no solo sobre la feminización de los derechos de conciliación, también sobre la feminización del personal sanitario interino.

Continuando esta doctrina –en especial se insiste en el ejercicio feminizado de los derechos de conciliación para concluir la discriminación sexista indirecta-, la STC 3/2007, de 15 de enero, anuló una sentencia denegatoria de una reducción de jornada por guarda legal porque no consideró la dimensión constitucional de la conciliación que se fundamenta en la eventualidad de una discriminación sexista indirecta y la protección de la familia –artículos 14 y 38 de la CE-. El ATC 1/2009, de 12 de enero, apuntilla que no vale una “*consideración meramente aparente o formal de los intereses en juego*”, declarando mal ejecutada la referida STC 3/2007 cuando, devueltos los autos, el Juzgado de lo Social volvió a desestimar.

Una lectura más sosegada de la STC 3/2007, de 15 de enero, obliga a reparar en que la tacha de inconstitucionalidad no se detecta en la actuación empresarial, sino en la ausencia de motivación judicial sobre la dimensión constitucional de la conciliación –de ahí que se anule la sentencia para que la motive adecuadamente el Juzgado de lo Social-. Bajo esta óptica, lo trascendente de la sentencia es reconocer la dimensión constitucional de la

¹⁵⁰ Comentadas estas sentencias por Yolanda Cano Galán, “Discriminación laboral y reconocimiento a los médicos interinos del derecho a la excedencia por cuidado de hijos”, *Aranzadi Social*, volumen IV, 1999, BIB 2000 206, y por Ana Marrades Puig, “Interinidad, excedencia y acción positiva: Reflexiones sobre la STC 240/1999, de 20 diciembre”, *Revista General de Derecho*, número 669, 2000, BIB 2000 881. La jurisprudencia constitucional parece hacer depender la justificación del impacto adverso de la longevidad de la relación laboral. En este sentido, la excedencia familiar se ha estimado a temporales de más de cuatro –STSJ/Burgos de 2.11.2004, RS 599/2004-, o cinco años –STSJ/Madrid de 30.4.2007, RS 5574/2006-. Yendo más allá, el principio de igualdad de los trabajadores temporales –introducido legalmente a través de la Ley 12/2001, de 9 de julio- debiera conducir a conceder la excedencia familiar a cualquier temporal al margen de la duración de su contrato –STSJ/Sevilla de 9.5.2003, RS 394/2003-.

conciliación. Ahí acierta plenamente, pero se queda corta: si hubiese concluido que los tratos perjudiciales en relación con el ejercicio de derechos de conciliación son discriminaciones sexistas directas se hubiera podido estimar directamente la reducción solicitada por la trabajadora.

h) Extinción contractual.

Una extinción contractual donde puede aflorar una discriminación sexista indirecta es el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sea colectivo o sea individual, a través de una elección empresarial discriminatoria de los trabajadores/as afectados. Si son afectadas mayoritariamente trabajadoras, se considera la existencia de indicio de discriminación, que es calificable de indirecta – STSJ/Cantabria de 25.2.2009, RS 112/2009, de excelente factura, donde se argumenta la inversión de la carga de la prueba partiendo del indicio estadístico y la insuficiencia de la justificación de la empresa, que se limitó a argumentar su libertad de designación de los trabajadores/as afectados¹⁵¹-

La existencia de enfermedades feminizadas como la fibromialgia puede generar –aunque en este aspecto no haya precedentes judiciales– discriminación indirecta por razón de sexo en el ámbito de la extinción del contrato de trabajo. Y es que, siendo la fibromialgia una enfermedad feminizada, el despido de un trabajador/a por padecer esa enfermedad podría ser considerado discriminatorio por razón de sexo si hay indicios de que la empresa despide a trabajadores/as en cuanto se les ha diagnosticado en concreto esa enfermedad¹⁵². También en relación con la fibromialgia se

¹⁵¹ Comentada la STSJ/Cantabria de 25.2.2009, RS 112/2009, por Salvador Perán Quesada, con el título “La prohibición de discriminación indirecta”, Aranzadi Social, número 11, 2009, BIB 2009 990.

¹⁵² Para un análisis más amplio véase mi estudio “El tratamiento jurídico de la fibromialgia en perspectiva de género”, Aequalitas, número 26, 2010. También es muy oportuna la cita de los estudios de Miguel

puede generar una discriminación indirecta por razón de sexo si es causante de bajas laborales suficientes para un despido objetivo por absentismo¹⁵³.

i) Seguridad Social.

(1) Quizás el impacto adverso más conocido causado por normas de protección social sobre un colectivo feminizado es el derivado del diferente cómputo de las carencias en el trabajo a tiempo parcial a efectos del acceso a prestaciones sociales. Con una ya conflictiva historia previa¹⁵⁴, el ET, a la altura de 1995, estableció, en su artículo 12.3.II, que, *“para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas”*¹⁵⁵. Tal norma fue

Ángel Falguera Baró, “Fibriomialgia. Análisis jurisprudencial”, y de María del Pilar Rivas Vallejo, “Perspectivas de género en la incapacidad permanente”, en la obra, dirigida por María del Pilar Rivas Vallejo, “Tratado médico legal sobre incapacidades laborales”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

¹⁵³ Según dice Miquel Falguera Baró, el despido objetivo por absentismo se puede aplicar a enfermedades feminizadas como la fibromialgia, de modo que *“en determinados supuestos y en función de la patología concurrente y causante del absentismo, este tipo de despidos pueden comportar afectaciones negativas al derecho a la no discriminación por razón de género”*, “Limitaciones constitucionales y legales a la flexibilidad interna y a la flexibilidad de salida”, XVI Jornadas de Outono de Dereito Social, Vigo, 2012.

¹⁵⁴ La cuestión arranca de una Resolución de 1 de febrero de 1982 de la Secretaría General de la Seguridad Social, según la cual el cómputo de las carencias debía ser por horas, de la misma manera que la cotización era por horas desde la redacción originaria del artículo 12 del ET (1980). Una práctica administrativa inicialmente corregida en la jurisprudencia de unificación –a partir de la STS de 26.5.1993 RCU 2739/1992–, lo que motivó una reacción normativa contraria, primero a través de un insuficiente sustento normativo dada su condición reglamentaria –el Real Decreto 2314/1993, de 31 de diciembre, sobre revalorización de pensiones–, y después a través de una reforma legal –la Ley 10/1994, de 19 de mayo, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, y la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado 1995, de redacción más clara en el sentido pretendido, redacción que pasó a integrarse en el artículo 12.3.II del ET según el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo–.

¹⁵⁵ En relación con esta redacción, ya argumenté en 1996 su inconstitucionalidad por contraria al principio de igualdad y por discriminación sexista indirecta. Contraria al principio de igualdad porque, determinando el menor tiempo trabajado una proporcionalmente menor base reguladora –si se trabaja la mitad de la jornada y, en consecuencia, se cotiza solo la mitad, la base reguladora será la mitad que la de quien trabajase a jornada completa–, si, además, se endureciese el acceso a las prestaciones sociales a través del cómputo por horas de la carencia, se produciría una doble penalización desproporcionada. Y la discriminación sexista indirecta viene dada por la feminización del trabajo a tiempo parcial. Véase mi estudio, donde remataba con un llamamiento a los órganos judiciales al planteamiento de cuestiones de constitucionalidad o de cuestiones prejudiciales, “El cómputo de la carencia para las prestaciones de seguridad social en los contratos de trabajo a tiempo parcial”, Poder Judicial, números 43/44, 1996.

declarada inconstitucional, por contraria al principio de igualdad y por discriminatoria sexista indirecta, en STC 253/2004, de 22 de diciembre¹⁵⁶.

Pero el Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre, aunque mantuvo la norma –ahora en la disposición adicional 7ª.1.2 de la LGSS-, introdujo una dulcificación consistente en que, *“para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización ... se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización”*. Dulcificación que sirvió al Tribunal Supremo para considerar no discriminatoria la nueva situación normativa¹⁵⁷. Aunque nada de esto se aplica a la prestación de desempleo, al tener una regulación propia que, además, no discrimina¹⁵⁸.

¹⁵⁶ La cuestión de constitucionalidad resuelta en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, se planteó en el Auto JS 1 Pontevedra de 8.5.1998, Pto. 809/1997, donde se apuntaba la doble argumentación de inconstitucionalidad por ser la norma contraria al principio de igualdad y por suponer una discriminación sexista indirecta. En la STC 253/2004, de 22 de diciembre, se acogieron ambas líneas argumentales para acabar apreciando la inconstitucionalidad de la regla del artículo 12.3.II del ET. Sobre la STC 253/2004, de 22 de diciembre, véanse los comentarios de José Tárrega Póveda, “La inconstitucional penalización del trabajo a tiempo parcial. Comentario de la STC 253/2004, de 22 de diciembre”, Revista de Derecho Social, número 28, 2004, de Faustino Cavas Martínez, “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: Historia de un desagravio”, Aranzadi Social, número 1, 2005, y mi propio estudio “El contrato de trabajo a tiempo parcial y la Seguridad Social: Puntos críticos”, Aranzadi Social, número 13, 2005.

¹⁵⁷ Las SSTs de 11.2.2008, RCUd 2706/2007, de 23.10.2008, RCUd 3289/2007, y de 23.2.2009, RCUd 1299/2008, citando a su vez otras previas sobre el subsidio de incapacidad temporal –SSTs de 10.7.2007, RCUd 3743/2005, y de 16.10.2007, RCUd 127/2007-, se construyen sobre una afirmación contenida en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, según la cual *“no en vano el propio legislador ha venido a reconocer implícitamente el resultado desproporcionado a que conducía en muchos casos la aplicación de la regla contenida en la norma cuestionada ... al introducir ... una nueva regulación en la materia, inspirada en el mantenimiento del criterio de proporcionalidad, pero atenuada mediante diversas reglas correctoras, en aras a facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a las prestaciones de la Seguridad Social”*. Pero estamos ante un argumento obiter dicta, no ante una ratio decidendi, del cual no se puede a contrario sensu deducir con seguridad que, introducida esa atenuación, no hay discriminación.

¹⁵⁸ Según se deduce de la muy atinada STS de 10.11.201, RCUd 3600/2009. Y es que, como dice Jaime Cabeza Pereiro, *“el artículo 3.4 del Reglamento de Protección por Desempleo (que, desde 1985, establece el cómputo de la carencia por cada día trabajado) nunca dejó de estar en vigor”*, “La carencia en el acceso a la protección por desempleo en el contrato a tiempo parcial”, Aranzadi Social, número 20, 2011, BIB 2010 3245. Tal conclusión de vigencia de esa norma la sostuvimos, ya en su momento, Jaime Cabeza Pereiro y quien esto escribe en nuestro libro “El nuevo ...”, obra citada, páginas 178 y siguientes.

Sin embargo, esa dulcificación ni se aplicaba a todas las prestaciones sociales, ni eliminaba el impacto adverso¹⁵⁹. Algunos órganos judiciales reaccionaron con nuevas cuestiones de constitucionalidad y con una cuestión prejudicial¹⁶⁰. Finalmente, la STJUE de 22.11.2012, Caso Elbal Moreno, C-385/11, ha considerado discriminatoria “*una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en una cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada*”.

El punto final –salvo que el legislador introduzca una nueva regulación que, si insiste en establecer un cómputo de carencias en el trabajo a tiempo parcial diferente al del trabajo a tiempo completo, incurriría de nuevo en dudas de constitucionalidad- lo ha puesto la STC 61/2013, de 14 de marzo, que resuelve la más antigua de las cuestiones de constitucionalidad planteadas y que, siguiendo la doctrina Elbal Moreno, resuelve con argumentos contundentes que avalan tanto la vulneración del principio de igualdad como la vulneración de la prohibición de discriminación sexista indirecta, y la inconstitucionalidad de la regla de cálculo por horas y, por conexión, de todas las reglas relativas al cálculo¹⁶¹.

¹⁵⁹ Con lo cual se mantenía la discriminación sexista indirecta, según sostuvimos en “El contrato ...”, obra citada. Una opinión semejante fue la de José Tárrega Póveda, “La inconstitucional ...”, obra citada. A Jaime Cabeza Pereiro no le cabían dudas acerca de que el TC decidiría la inconstitucionalidad, haciendo un llamamiento al cuerpo legislativo para que “*entretanto fuera planteándose ciertos cambios en la materia*”, “La carencia ...”, obra citada. Igualmente se manifestaba por la inconstitucionalidad Emma Rodríguez Rodríguez, “Las debilidades del contrato a tiempo parcial como instrumento de conciliación”, en el libro colectivo dirigido por Marta Fernández Prieto / Jaime Cabeza Pereiro, “Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012, páginas 356 a 362.

¹⁶⁰ La más antigua de las cuestiones de constitucionalidad la planteó el TSJ/Galicia en Auto de 13.9.2003, RS 5169/2000. También el TSJ/Murcia en Auto de 8.1.2007, RS 1073/2006. Más tardía fue la cuestión prejudicial, aunque más rápidamente resuelta –lo que demuestra el acierto en utilizar esta vía frente a la cuestión de constitucionalidad-, que la planteó el JS 33 Barcelona en Auto de 4.7.2011, Pto. 115/2010.

¹⁶¹ Véase el comentario de Ricardo Pedro Ron Latas, quien destaca como la STC 61/2013, de 14 de marzo, es una llamada de atención al legislador, porque “*la infraprotección de las trabajadoras a tiempo parcial no se limita al aspecto carencial en materia de Seguridad Social, sino que va más allá, llegando a*

Resulta oportuno destacar, dentro de los razonamientos del Caso Elbal Moreno –que luego se reiteran en la STC 61/2013, de 14 de marzo-, el que rechaza la argumentación del Gobierno español de que la medida es necesaria para la salvaguarda del principio contributivo del Sistema de Seguridad Social, porque *“los trabajadores a tiempo parcial de que se trata han pagado cotizaciones dirigidas, en particular, a financiar el sistema de pensiones ... (cuando) si recibieran una pensión, el importe de esta se reduciría proporcionalmente en función del tiempo de trabajo y de las cotizaciones pagadas”*. Y además se añade que son irrelevantes medidas correctoras no aplicables a todos quienes trabajan a tiempo parcial.

(2) La infraprotección del trabajo a tiempo parcial no se limita, desgraciadamente, al cómputo de las carencias para el acceso al derecho a prestaciones sociales. Hay otros supuestos de infraprotección. Un supuesto histórico de infraprotección se produjo cuando, a través de las normas constitutivas de la Reforma de 1994 –y, más en concreto, en el artículo 4.3 del Real Decreto Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, de donde pasó al homónimo de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, de igual título-, se redujo significativamente la protección

afectar al cálculo de las bases reguladoras de los subsidios de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, o incluso a la integración de lagunas cuando se trata de calcular la cuantía de pensiones por jubilación o incapacidad permanente, derivadas de enfermedad común – y todo ello, sin olvidar el aspecto laboral del trabajo a tiempo parcial, también necesitado de una revisión constitucional – el contrato de trabajo a tiempo parcial necesita, en efecto, ser igualmente tamizado por el cedazo del artículo 14 de la CE, con la finalidad de evitar la invisibilidad que en estos casos se produce con relación a la discriminación por razón de género”, “Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad de género (año 2012 y STC 61/2013, de 14 de marzo, sobre el cómputo de carencias en el trabajo a tiempo parcial)”, pendiente de publicación en la Revista Aequalitas.

social de los trabajos de escasa jornada¹⁶². Afortunadamente, este supuesto de infraprotección lo derogó el Real Decreto Ley 8/1997, de 16 de mayo¹⁶³.

(3) Más interés actual presentan otros supuestos de infraprotección en el trabajo a tiempo parcial relativos al cálculo de las bases reguladoras. Así, cuando se establece un periodo trimestral o anual para el cálculo de las bases reguladoras de los subsidios de incapacidad temporal, maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo o la lactancia natural¹⁶⁴. O cuando se establece que, para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, la integración de los periodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento correspondiente el número de horas contratadas en un último término¹⁶⁵.

Todas las infraprotecciones hasta ahora examinadas son causantes del efecto Mateo. Las cotizaciones realizadas por los trabajadores a tiempo parcial, mayoritariamente mujeres, devienen inservibles para quienes las

¹⁶² Según el artículo 4.3 de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, “*en el supuesto de trabajadores cuya prestación de servicios sea inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho horas al mes ... los derechos de protección social solo incluirán las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, asistencia sanitaria por contingencias comunes, la prestación económica correspondiente a los periodos de descanso por maternidad y FOGASA*”. O sea, se excluía el subsidio de incapacidad temporal común y el desempleo.

¹⁶³ Sobre la infraprotección del trabajo de escasa jornada, véanse mis estudios “El colectivo de trabajadores a tiempo parcial con derechos reducidos de protección social”, Relaciones Laborales, número 18, 1995, y “La prohibición de la discriminación sexual indirecta y su aplicación al Derecho de la Seguridad Social”, Actualidad Laboral, número 9, 1996, páginas 223 a 225. Acerca de los problemas de derecho transitorio tras la derogación de la infraprotección y, en general, sobre el trabajo marginal, me remito al libro que he escrito con Jaime Cabeza Pereiro, “El nuevo ...”, obra citada, páginas 187 a 215.

¹⁶⁴ Norma contenida en la disposición adicional 7ª.1.3.a) de la LGSS y los artículos 4, 5 y 6 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que, así las cosas, establece el cálculo sobre periodos temporales más amplios que el de un mes que se aplica, para todos esos subsidios, cuando se trata de trabajadores a tiempo completo –y la consideración de periodos más amplios tiende siempre a la reducción de las bases reguladoras-. Me permito remitir para más amplitud a mi estudio “El cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones sociales de los trabajadores a tiempo parcial”, Tribunal Social, número 158, 2004.

¹⁶⁵ Norma contenida en la disposición adicional 7ª.1.3.b) de la LGSS, desarrollada en el artículo 7.2 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre. Y es que, aunque tenga una larga carrera profesional a tiempo completo, un pequeño periodo a tiempo parcial al final de la misma puede llevar a un trabajador/a a una merma significativa de su pensión. Ver las críticas de Remedios Roqueta Buj, “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, página 140. Por ello, el Tribunal Supremo ha planteado cuestión de constitucionalidad en Auto de 26.4.2012, RCU 1480/2011.

realizaron si no se alcanza la carencia legalmente establecida y, en caso de alcanzarse, no presentan la misma incidencia sobre la base reguladora que las de los trabajadores a tiempo completo, mayoritariamente hombres, cuyas prestaciones se abonarán –a lo menos en parte- con esas cotizaciones inservibles o con su defecto de incidencia. De este modo, y siguiendo la cita bíblica del Evangelio de San Mateo –de ahí lo del efecto Mateo-, se acaba dando más a quien más tiene y ello es a costa de quien menos tiene.

(4) La valoración de la incapacidad permanente contributiva puede canalizar una discriminación sexista indirecta, bien porque se minusvaloran las dolencias feminizadas –como la fibromialgia o determinadas dolencias psíquicas-, bien porque se minusvaloran las tareas feminizadas –como las tareas del hogar o las de la limpieza-. Pero es casi imposible detectar estas discriminaciones dado el carácter esencialmente valorativo de la declaración de incapacidad permanente por el órgano administrativo o por el órgano judicial, con la dificultad añadida de que el uso de algunos argumentos que pudieran delatar la minusvaloración es, en muchas ocasiones, simple formulismo sin existir un real enjuiciamiento erróneo¹⁶⁶.

(5) El subsidio de desempleo –y otras prestaciones asistenciales- causan ciertas disfunciones en el plano de la igualdad. Aunque, al ser prestaciones asistenciales, el Estado tiene amplias facultades para definir las exigencias de la situación de necesidad, ello no le exime de establecerlas con la debida proporcionalidad. Bajo esta premisa, el artículo 215.2 de la LGSS, que exige que algún miembro de la unidad familiar de la persona solicitante del subsidio de desempleo no tenga ingresos o sean

¹⁶⁶ Pilar Rivas Vallejo indaga en los criterios de las sentencias judiciales, destacando, en cuanto a la valoración de ciertos trabajos feminizados como es el de la limpieza, que, aunque existe algún ejemplo de aparente minusvaloración, la regla general es la ausencia de interpretaciones peyorativas, y, en cuanto a la valoración de dolencias con una mayor incidencia femenina como la fibromialgia o el síndrome de fatiga crónica, destaca como las mayores dificultades no se encuentran tanto en la valoración judicial como en la circunstancia de las dificultades médicas en orden a su correcto diagnóstico, “Las incapacidades laborales de las mujeres”, en el libro colectivo dirigido por Josefina Birulés Bertrán / María Ángeles Vivas Larray, “Mujer y trabajo: entre la precariedad y la desigualdad”, CGPJ, Madrid, 2007, páginas 235 a 238.

inferiores al 75% del SMI, y que la renta per cápita de los miembros de su unidad familiar sea inferior al 75% del SMI, puede ser desproporcionado, pues debiera bastar solo lo último para definir la situación de necesidad¹⁶⁷.

(6) También en relación con las prestaciones asistenciales, se planteó la cuestión de si, para cuantificar los ingresos de la persona solicitante, los créditos a su favor deberían ser siempre computados o solo si eran efectivamente abonados. La cuestión se planteó en particular en relación con pensiones derivadas de las crisis matrimoniales, y la persona solicitante de la prestación era siempre una mujer. Según la STS de 22.5.2000, RCU 3544/1999, se exige el efectivo abono del crédito si se había reclamado de manera diligente. Una solución correcta desde una perspectiva de igualdad de trato, pero que podría ser más completa si la legislación acometiese una regulación detallada desde una perspectiva de igualdad de oportunidades¹⁶⁸.

(7) La regulación de la afiliación en el Régimen Especial Agrario generaba hasta no hace mucho una importante discriminación sexista indirecta en la medida en que se exigía, para la afiliación como autónomo, que los ingresos agrarios fueran los principales de la economía familiar, lo

¹⁶⁷ Veamos un ejemplo donde se aprecia el efecto desproporcionado de la doble exigencia. Por un lado, una familia con cuatro miembros, la persona solicitante y su cónyuge, sin ingresos, y dos hijos, ambos con ingresos. Como el cónyuge no tiene ingresos, hay cargas familiares si los ingresos per cápita son inferiores al 75% del SMI. En estos casos, la persona solicitante es usualmente un hombre cuya esposa no trabaja. Por otro lado, una familia con cuatro miembros, uno es la persona solicitante, sin ingresos, y los otros son su cónyuge y dos hijos, todos con ingresos superiores al 75% del SMI. En estos casos, la persona solicitante es usualmente una mujer cuyo esposo trabaja. Como no hay ningún miembro sin ingresos, no hay cargas familiares, aunque los ingresos per cápita pueden ser inferiores al 75% del SMI, e incluso a los ingresos per cápita de la otra familia. Más ampliamente, mi estudio “La prohibición ...”, obra citada, páginas 227 a 229, y Nuria Pumar Beltrán, “La igualdad ...”, obra citada, páginas 302 a 305.

¹⁶⁸ Por un lado, la legislación debería determinar los parámetros fácticos para considerar diligente la gestión de cobro del acreedor: ¿Basta la solicitud de ejecución civil o sería necesaria, además, la acreditación judicial de la insolvencia del deudor? ¿Resulta necesaria la denuncia penal? Por otro lado, la posibilidad de que el deudor pueda alegar como cargas las derivadas de pensiones matrimoniales se debería vincular a su cumplimiento efectivo del mismo modo que, para considerar como ingresos del acreedor los derivados de pensiones matrimoniales, estos deben ser efectivos. Véase mi estudio “El principio de transversalidad y el Derecho de la Seguridad Social”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 106, 2001. En los documentos de trabajo previos a la redacción del Anteproyecto de LOIEMH se planteó una reforma legal que, además de fijar los parámetros de la diligente gestión de cobro del acreedor, vinculaba las prestaciones del deudor a un riguroso cumplimiento de sus obligaciones.

cual cumplían con mayor dificultad las mujeres¹⁶⁹. Fue una cuestión destapada judicialmente en la Comunidad Autónoma de Galicia generando numerosas condenas a la Tesorería General de la Seguridad Social¹⁷⁰, lo que motivó la movilización de los Poderes Públicos primero a nivel gallego y después a nivel estatal¹⁷¹. Al final, la discriminación sexista la corrigió la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica¹⁷².

(8) El Régimen Especial de Empleados de Hogar siempre se ha puesto como ejemplo de discriminación indirecta dada su notoria

¹⁶⁹ En desarrollo del artículo 2 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio, que establecía como exigencia de afiliación de los trabajadores al Régimen Especial Agrario “*que en forma habitual y como medio fundamental de vida realicen labores agrarias*”, el artículo 2.2 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, entendía concurren esas exigencias “*cuando el trabajador dedique su actividad predominante a labores agrícolas, forestales o pecuarias y de ella obtenga los principales ingresos para atender a sus propias necesidades y a los de familiares a su cargo*”. Fácilmente se constata en la realidad social española que, en la mayoría de las familias en las cuales trabajan ambos cónyuges, el ingreso principal es el del hombre, y ello es especialmente cierto en los sectores económicos menos estructurados, como el agrario, de modo que, si para afiliarse al Régimen Especial Agrario se exige que los ingresos de la actividad incluida sean los principales de la familia, se dificulta notablemente la afiliación de las mujeres.

¹⁷⁰ La primera sentencia dictada en la materia fue la SJS 1 Pontevedra de 5.4.1995, Pto. 53/1995. Muy pronto la tesis de la existencia de discriminación sexista indirecta fue asumida por otros JS de la Comunidad Autónoma de Galicia. Véase al respecto mi estudio “La prohibición ...”, obra citada, páginas 225 a 227, y, más específicamente sobre esta cuestión, mi estudio “A parcial inconstitucionalidade e inadecuación ó dereito comunitario, por constituír una discriminación sexual indirecta, do artigo 2.2 do Regulamento Xeral do Réxime Especial Agrario da Seguridade Social”, Revista Galega de Dereito Social, Tomo I, 1995. Con igual doctrina sustentadora de la existencia de discriminación, véase también el análisis acometido por Juan José Fernández Domínguez, “La mujer ...”, obra citada, páginas 235-238.

¹⁷¹ Por Acuerdo de 5 de marzo de 1997 del Pleno del Parlamento de Galicia se solicitaba a la TGSS que dejase de discriminar a las mujeres en el REA, y en el Informe Extraordinario del Valedor do Pobo sobre “Discriminación, marginación y exclusión social en Galicia” (1998), se mostraba preocupación por la actuación de la Seguridad Social –páginas 238 y 239-. Posteriormente, las denuncias a nivel gallego tuvieron su eco a nivel estatal, y así en el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de la Seguridad Social, de 9 de abril de 2001, firmado entre el Gobierno de la Nación, la CEOE y la CEPYME y el Sindicato CCOO, se establecía, en el Punto VII, que “*se adoptarán las medidas necesarias para evitar la discriminación de la mujer agraria en orden a su inclusión en el Régimen Especial Agrario*”.

¹⁷² Que –en su artículo 10- reformó el artículo 2 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio, con la finalidad, expresada en su Exposición de Motivos, de “*facilitar la incorporación de la mujer que realiza labores agrarias al citado Régimen Especial*”. El Acuerdo sobre encuadramiento y cotización a la Seguridad Social de los trabajadores agrarios por cuenta propia firmado a 20.10.2005 por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales y la Ministra de Agricultura, Pesca y Alimentación con diversas asociaciones de agricultores y ganaderos, contempló la integración de los trabajadores por cuenta propia del REA en un Sistema Especial del RETA. Todas las referencias a la unidad familiar quedaban eliminadas porque la situación familiar no debe influir en la afiliación en el Sistema Especial. Y la lectura del artículo 2 de la Ley 18/2007, de 4 de julio, nos permite constatar la ausencia de referencias a la unidad familiar. Véase Francisco Javier Hierro Hierro / Miguel Cardenal Carro, “Un paso más en la integración laboral femenina en el sector agrario”, en el libro colectivo dirigido por Carmen Sánchez Trigueros “La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, páginas 279 a 281.

feminización y su carácter deprimido con respecto al Régimen General¹⁷³. Sin embargo, la STC 268/1993, de 20 de septiembre, negó, en relación con una concreta infraprotección, la vulneración del principio de igualdad sin analizar la cuestión –ciertamente porque no se alegó– desde la perspectiva de la discriminación sexista indirecta. Hemos esperado hasta la disposición adicional 39ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, para la integración del Régimen Especial en el Régimen General a través de la creación de un Sistema Especial. Con todo, la protección no abarca todavía al desempleo.

(9) El extinto –aunque transitoriamente vigente– Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez ha planteado varios problemas en óptica de género al ser un seguro muy feminizado¹⁷⁴. Sin duda el más significativo era la incompatibilidad de la pensión con la pensión de viudedad del Sistema de la Seguridad Social, con la paradoja de que, mientras el cónyuge vivía, se podía percibir el SOVI, pero no cuando, por su fallecimiento, se devengaba una pensión de viudedad, generando así un colectivo de viudas con escasos recursos económicos. Para remediarlo, la Ley 9/2005, de 6 junio, estableció la compatibilidad de las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez y las pensiones de viudedad del Sistema de la Seguridad Social.

¹⁷³ Ya en 1992, Juan Pablo Landa Zapiraín se refería a “*la impresentable regulación que nuestro país ofrece a los empleados de hogar, que sin rubor cabría calificar más propiamente como Régimen Especial de las Empleadas de Hogar ... existen varias discriminaciones indirectas en relación con los empleados de hogar que (se integran en el más favorable Régimen General) ejerciendo funciones y trabajos de igual valor (chóferes, jardineros, porteros) ... (lo que se justifica en) la consideración de menor valor que se atribuye a las mujeres sin cualificación en el mercado laboral, al estar destinadas a cubrir funciones de asistencia a la familia patriarcal, y solo de manera secundaria como mano de obra barata para trabajos considerados femeninos, como resulta por excelencia el empleo en el hogar*”, “Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad de trato por razón de sexo: su significado para el derecho español de la Seguridad Social”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 55, 1992, página 688.

¹⁷⁴ Jaime Cabeza Pereiro nos explica la feminización del SOVI en los siguientes e instructivos términos: “*hay un gran número de mujeres que trabajaron y cotizaron durante un prolongado periodo de tiempo hace bastantes años y no volvieron a hacerlo más tarde ... (porque) las normas del régimen político anterior propiciaban que la mujer dejara el trabajo cuando contraía matrimonio, mediante instituciones afortunadamente hoy superadas, como la dote por matrimonio o la excedencia forzosa por matrimonio ... en este contexto, una situación bastante habitual es la de las mujeres que antes del 1 de enero de 1967 (es la fecha de implantación del Sistema de la Seguridad Social) hubiesen cotizado durante un periodo de 1.800 días (necesarios para acceder a una pensión SOVI), pero que, cuando alcanzan la edad 65 años no ostentan derecho a la pensión de jubilación de acuerdo con los requisitos del actual Sistema de Seguridad Social (cotización de 15 años)*”, “La pensión de viudedad”, BOE, Madrid, 2004, página 64.

IX. MANIFESTACIONES COMPLEJAS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO:

a) Aproximación dogmática a la discriminación múltiple.

Las pioneras en el análisis de la discriminación múltiple han sido las feministas afroamericanas¹⁷⁵ tras constatar la insuficiencia de las teorías tradicionales sobre la discriminación sexista y racial para explicar adecuadamente la interacción entre sexo / género y raza porque, aunque sirven para explicar la discriminación que puede sufrir una mujer negra en su condición de mujer –como la sufriría una mujer blanca- o racial –como la sufriría un hombre negro-, o simultáneamente en su condición de mujer y racial –como la sufriría una mujer blanca y un hombre negro-, no sirven para explicar la discriminación –denominada interseccional- que no sufriría una mujer blanca o un hombre negro, pero sí puede sufrir una mujer negra.

Inspirándose en esa inicial aproximación a la discriminación de las mujeres negras, que pronto se extendió a mujeres asiáticas¹⁷⁶ y latinas¹⁷⁷, se han analizado otras situaciones de doble discriminación con componente de

¹⁷⁵ El primer estudio relevante sobre la cuestión fue el de Kimberlé Williams Crenshaw: “Demarginalizing the intersection between race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and anti-racist politics”, University of Chicago Legal Forum, 1989, páginas 139 a 167, accesible on line en www.yale.edu/wff/pdf/Crenshaw_article.pdf . De esta misma autora véase “Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color”, Stanford Law Review, volumen 43, 1991, páginas 1241 a 1299, accesible on line en http://socialdifference.columbia.edu/files/socialdiff/projects/Article_Mapping_the_Margins_by_Kimberle_Crenshaw.pdf . También entre estos estudios pioneros el de Angela P. Harris “Race and Essentialism in Feminist Legal Theory”, Stanford Law Review, volumen 42, número 3, 1990, páginas 581 a 616, accesible on line en http://www-polisci.tamu.edu/upload_images/4/Harris-Race_and_Essentialism.pdf .

¹⁷⁶ Véase el análisis de Virginia W. Wei, “Asian women and employment discrimination: Using Intersectionality Theory to address Title VII claims based on combined factors of race, gender and national origin”, Boston College Law Review, volumen 37, issue 4, número 4, artículo 5, 7.1.1996, accesible on line en <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2051&context=bclr> .

¹⁷⁷ Véase el análisis de Julissa Reynoso, “Perspectives of intersections of race, ethnicity, gender and other grounds: Latinas at the margins”, Harvard Latino Law Review, volumen 7, 2004, páginas 63 a 73.

sexo / género dada la facilidad con la cual otras discriminaciones tienden a acumularse a la discriminación contra la mujer, generando, más allá de un mero sumatorio de causas discriminatorias, otras nuevas formas de discriminación que conjugan el sexo / género con la nacionalidad¹⁷⁸, con la discapacidad¹⁷⁹, con la edad¹⁸⁰, con la religión¹⁸¹ o con la orientación sexual¹⁸². Naturalmente, son factibles discriminaciones múltiples con más de dos causas de discriminación, multiplicándose los colectivos protegidos.

Resulta necesaria antes de continuar una precisión terminológica dada la multiplicidad de términos utilizados en la doctrina científica: discriminaciones dobles, triples o múltiples, acumulativas, aditivas, compuestas, superpuestas o interseccionales. Aunque autorizada doctrina

¹⁷⁸ La interseccionalidad entre el sexo / género y la nacionalidad se manifiesta en relación con las mujeres inmigrantes. En la doctrina española, véase María Martín Sánchez, “La mujer inmigrante: espacios de doble discriminación”, en la obra colectiva editada por Cristina Rodríguez Yagüe y coordinada por Jesús de Paz Martín “Estudios sobre género y extranjería”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2011, y María Elena Cobia Cobiella / Alexis Cloquell Lozano / Raquel Guillén Catalán, “La mujer inmigrante ¿invisible para el Derecho”, en la obra colectiva, coordinada por Laura López de la Cruz / Marta Otero Crespo, y dirigida por María Paz García Rubio / María del Rosario Valpuest Fernández, “El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, páginas 125 a 150.

¹⁷⁹ La interseccionalidad entre el sexo / género y la discapacidad ha sido analizada en la doctrina extranjera en relación con determinadas enfermedades –enfermedades psíquicas o crónicas, o sordera-. Resulta oportuno recordar que Charlotte Perkins-Gilman ya en 1892 denunció, desde una perspectiva autobiográfica, el tratamiento de las enfermedades psíquicas de las mujeres en su libro “El papel pintado amarillo”. En la doctrina española, véase María Pilar Rivas Vallejo, “Trabajadoras con enfermedades crónicas y discriminación múltiple”, Revista de Derecho Social, número 54, 2011, páginas 83 a 114.

¹⁸⁰ La interseccionalidad entre el sexo / género y la edad plantea problemas tanto en la infancia como en la madurez / vejez. En la infancia porque la discriminación contra las niñas presenta especificaciones propias con relación a los niños dado, entre otros motivos, el mayor riesgo de explotación sexual de las niñas. Y en la madurez / vejez porque los estereotipos contra las personas mayores –o edadismo, una traducción un tanto forzada del término inglés “ageism”- presentan importantes connotaciones de género.

¹⁸¹ La interseccionalidad entre el sexo / género y la religión, que ha sido muy analizada en la doctrina extranjera, la ha analizado en la doctrina española Alejandra de Lama Aymá, “Discriminación múltiple: género y religión”, en la obra colectiva, coordinada por Laura López de la Cruz / Marta Otero Crespo, y dirigida por María Paz García Rubio / María del Rosario Valpuest Fernández, “El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, páginas 485 a 516. Véase también el estudio de Guillermo Leandro Barrios Badour, “Mujer, trabajo y libertad religiosa”, en el libro colectivo dirigido por Carmen Sánchez Trigueros, “La presencia ...”, obra citada, páginas 107 a 118.

¹⁸² La interseccionalidad entre el sexo / género y la orientación sexual presenta una especificidad tan marcada que tiene un nombre propio: lesbofobia. Se manifiesta en las violaciones correctivas dirigidas a corregir la orientación lésbica de la violada y en los perjuicios a los matrimonios o las parejas de mujeres.

introduce matices diferenciales¹⁸³, la tendencia es distinguir dos fenómenos diferentes¹⁸⁴ según si la discriminación se aprecia manejando cualquiera de las causas que concurren –discriminación aditiva o acumulativa- o si solo se aprecia conjugando las causas –discriminación compuesta, superpuesta o interseccional-. Tales fenómenos se pueden considerar especies del género discriminación doble, triple o, atendiendo a su mayor amplitud, múltiple¹⁸⁵.

A la vista de estas aproximaciones dogmáticas, la discriminación múltiple adquiere su significado más pleno cuando se trata de discriminación interseccional. La discriminación múltiple acumulativa no aporta excesivas ventajas y sí aporta algunos inconvenientes. No aporta excesivas ventajas porque la discriminación se podría apreciar manejando cualquiera de las causas que concurren. Pero ello no quiere decir que la categoría sea, desde la óptica jurídica, totalmente irrelevante porque puede servir para definir con más detalle políticas de igualdad de oportunidades, y, en supuestos de vulneración de la igualdad de trato, hasta puede justificar una agravación de las sanciones o indemnizaciones aplicables¹⁸⁶.

¹⁸³ Timo Makkonen distingue hasta tres fenómenos diferentes: la discriminación múltiple, cuando una persona es discriminada a lo largo de su vida por diferentes causas; la discriminación compuesta, cuando una persona es discriminada en un mismo momento por diferentes causas sin que estas interacciones; y la discriminación interseccional, cuando una persona es discriminada en un mismo momento por diferentes causas que interaccionan todas entre sí, “Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore”, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2002, accesible on line en <http://cilvektiesibas.org.lv/site/attachments/01/02/2012/timo.pdf>.

¹⁸⁴ Planteamiento mucho más sencillo acogido por Colleen Sheppard, “Multiple Discrimination in the World of Work”, Working Paper número 66, OIT, Ginebra, 2011, accesible on line en www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_170015.pdf.

¹⁸⁵ Fernando Rey Martínez propone una mayor simplificación conceptual. Después de recordar la trilogía de Timo Makkonen –discriminación múltiple, compuesta e interseccional-, la crítica, en primer lugar, porque considera que lo que se denomina discriminación múltiple no aporta ninguna novedad conceptual, y, en segundo lugar, porque la diferencia entre lo que se denomina discriminación compuesta y discriminación interseccional es imposible de apreciar. Por ello hace tres propuestas: (1) la reivindicación del uso de la expresión discriminación múltiple “*para describir el fenómeno de las discriminaciones en las que intervienen a la vez dos o más factores de discriminación*”, (2) la fungibilidad semántica de los demás calificativos, “*una realidad, muchos calificativos*”, y (3) la consideración de discriminación múltiple e interseccional como si son dos “*palabras ... sinónimas*”, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, Revista Española de Derecho Constitucional, número 84, 2008.

¹⁸⁶ La posibilidad de una mayor indemnización derivada de la eventualidad de unos mayores daños y perjuicios la apuntan Pilar Rivas Vallejo, “Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las

Entre sus inconvenientes, la doctrina más autorizada se refiere a *“una fragmentación potencialmente infinita de los grupos discriminados de graves consecuencias tanto a nivel de acción política (fragmentación del sujeto emancipatorio que puede ser indefinida) como de normativa jurídica (inflación del derecho antidiscriminatorio)”*¹⁸⁷. Parecidamente, otra doctrina igualmente autorizada destaca, de un lado, que *“la identificación de una lista enorme de discriminaciones múltiples ... amenaza con disolver el concepto de discriminación múltiple”*, y, de otro lado, que *“el desarrollo teórico en este campo puede conducir a creación de jerarquías entre y dentro de los diferentes grupos de intersección”*¹⁸⁸.

Y es que la utilidad de la discriminación múltiple se encuentra no tanto en la acumulación de causas de discriminación, sino en la identificación de las interseccionalidades. Se trata de *“superar las formas contextuales o puntuales de discriminación para encontrar nexos en las estructuras o categorías (de los sistemas de opresión) que puedan explicar sus manifestaciones culturales, de clase, religiosas, etc.”*¹⁸⁹. Porque *“no cualquier combinación de factores permitirá identificar (a través de la interseccionalidad) un grupo (discriminado) ... cabrá exigir que la discriminación de sus miembros se base en estereotipos sociales negativos, lesivos para su dignidad, que tengan un perfil propio o genuino”*¹⁹⁰.

Directivas antidiscriminación”, Comunicación presentada en las Jornadas “El Dret del Treball en el Segle XXI”, disponible en <http://www.jornadasiuslaboralistes.org/comunicacion.php?id=9> , y Antonio Álvarez del Cuervo, “El género como categoría y las categorías de género”, Revista de Derecho Social, número 52, 2010, página 109, aunque, obviamente, la importancia de los daños y perjuicios depende de cada caso.

¹⁸⁷ María Ángeles Barrère Unzueta / Dolores Morondo Taramundi, “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, número 45, 2011, página 35.

¹⁸⁸ Fernando Rey Martínez, “La discriminación ...”, obra citada.

¹⁸⁹ María Ángeles Barrère Unzueta / Dolores Morondo Taramundi, “Subordinación ...”, obra citada, ibídem.

¹⁹⁰ Fernando Rey Martínez, “La discriminación ...”, obra citada.

Todo ello nos permite concluir que, sin despreciar la utilidad –que alguna tiene- del concepto de discriminación acumulativa, lo realmente importante del concepto de discriminación múltiple se encuentra en la idea de interseccionalidad, que, al sustentar la apreciación de la desigualdad en la identificación de los prejuicios derivados de la concurrencia de dos o más causas de discriminación más que en la comparación de situaciones, supone un nuevo avance dogmático en el tránsito desde una concepción de la igualdad de trato basada en un test de comparación hacia una concepción de la igualdad de trato basada en un test de perjuicio, que, adecuadamente utilizado, permitirá mejorar la aplicación práctica de la igualdad de trato.

b) Reconocimiento normativo.

A causa de estos análisis, la discriminación múltiple comienza a aparecer en textos internacionales de derechos humanos. La Declaración emitida tras la Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, celebrada en Durban – Sudáfrica (2001), contiene importantes referencias¹⁹¹, que toman más cuerpo en la Conferencia de Examen de la Declaración de Durban, celebrada en Ginebra (2009)¹⁹². También aparecen referencias a la

¹⁹¹ En su párrafo 2 se reconoce que “*las víctimas (del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia) pueden sufrir formas múltiples o agravadas de discriminación por otros motivos conexas, como el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de otra índole, el origen social, la situación económica, el nacimiento u otra condición*”. En el párrafo 69 se manifiesta el convencimiento de que “*el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia se manifiestan en forma diferenciada para las mujeres y las niñas*”, lo que obliga a integrar en las medidas una perspectiva de género. Y en el párrafo 70 se reconoce la “*la necesidad de elaborar un enfoque más coherente y sistemático para evaluar y vigilar la discriminación racial contra las mujeres*”.

¹⁹² El Documento Final de la Conferencia contiene varias referencias a la discriminación múltiple y, más en concreto, tres declaraciones específicas sobre sexo / género, donde la Conferencia “*expresa su preocupación por la persistencia de la discriminación contra las mujeres y las niñas por motivos de raza, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia*”, “*destaca, en el contexto de la discriminación múltiple, la necesidad de tipificar como delito, punible por ley, todas las formas de violencia contra la mujer y de violencia contra los niños*”, y “*exhorta a los Estados a ... incorporar una perspectiva de género en todos los programas y planes de acción de lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia*” –véanse numerales 86 a 88-.

discriminación múltiple con componente de sexo / género en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006)¹⁹³, y en la Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (2007)¹⁹⁴.

Pero en los derechos nacionales el reconocimiento de la interseccionalidad aún está comenzando. En los Estados Unidos, con fundamento en la discriminación “*sex-plus*” –según la cual es discriminación sexista el trato diferencial dirigido contra un subgrupo de mujeres definido por una circunstancia como ser madre¹⁹⁵-, los tribunales federales suelen admitir a las mujeres negras y de otras razas como colectivos protegidos¹⁹⁶. También existen avances importantes en el reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en Canadá o en

¹⁹³ En el párrafo p) del Preámbulo se manifiesta la preocupación por “*la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación*”. Su artículo 6, “*mujeres con discapacidad*”, obliga a los Estados Partes a reconocer que “*las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación ... (adoptando) medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*”, y a tomar “*todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención*”.

¹⁹⁴ Con carácter general, el artículo 22 establece que “*en la aplicación de la presente Declaración se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de ... las mujeres*”, y que “*los Estados adoptarán medidas, conjuntamente con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación*”. Una referencia más específica aparece en el artículo 21.2 que, en relación con el compromiso de mejoramiento continuo de las condiciones económicas y sociales de los pueblos indígenas, obliga a considerar la situación de las mujeres. Y en el artículo 44 se garantiza la igualdad del hombre y de la mujer indígena respecto a los derechos y libertades reconocidos en la propia Declaración.

¹⁹⁵ La noción de discriminación “*sex-plus*” arranca del Caso Phillips vs Martin Marietta Corp. 400 US 542 (1971), del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Una empresa rechazó la contratación de una mujer porque tenía hijos en edad escolar, mientras contrataba varones con hijos en edad escolar, alegando la ausencia de discriminación sexista dado que la mayoría de su plantilla estaba compuesta por mujeres. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos consideró la existencia de discriminación sexista en la política de contratación de la empresa. De este modo, se habilitaba la posibilidad de comparar subgrupos dentro del grupo protegido con esos mismos subgrupos del grupo no protegido, y, a la vez, se frustraba el intento de justificar el perjuicio del subgrupo en que no se discrimina al resto del colectivo protegido.

¹⁹⁶ El Caso Jefferies vs. Harris County Community Action Association, 615 F.2d 1025 (5th Cir. 1980), consideró discriminada por sexo y por raza a una mujer negra por una empresa que, sin embargo, contrató hombres negros y mujeres blancas, afirmando que, aún sin discriminación de hombres negros o mujeres blancas, “*la discriminación contra las mujeres afroamericanas puede existir*”. A partir de aquí, los casos enjuiciados han girado en torno a diferencias de trato –como el Caso Lam vs University of Hawaii, 40 F.3d 1551 (9th Cir. 1994), referido a una profesora de ascendencia francesa / vietnamita, a quien se le denegó una promoción-, o en torno a acosos discriminatorios –como el Caso Hicks vs Gates Rubber Co., 833 F.2d 1406 (10th Cir. 1987), donde se agregan las evidencias de hostilidad racial y hostilidad sexista-.

Sudáfrica¹⁹⁷. Recientemente, la Equality Act de 2010 del Reino Unido define, con límites, la “*combined discrimination: dual characteristics*”¹⁹⁸.

En la Unión Europea, la doble discriminación sexo / raza aparece en el Considerando (14) de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, donde se afirma que, “*en la aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, la Comunidad ... debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples*”. Al respecto, se han realizado estudios¹⁹⁹, aunque no se ha aprobado ningún acto de carácter normativo.

Nuestra LOIEMH no desconoce la categoría. Su Exposición de Motivos se refiere a la “*especial consideración con los supuestos de doble discriminación*”. Su artículo 14.6º incluye, como criterios de actuación de los Poderes Públicos, “*la consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas,*

¹⁹⁷ Referencias al reconocimiento de la discriminación múltiple en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, de Canadá y de Sudáfrica, y destacando como el concepto no ha llegado todavía a la India, en Sandra Fredman – Red Europea de expertos legales en el campo de la no discriminación, “Comparative study of anti-discrimination and equality laws of the US, Canada, South Africa and India”, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2012, páginas 37 a 39.

¹⁹⁸ La Equality Act de 2010 establece, en su Sección 2.14, que “*una persona (A) discrimina a otra (B) si, debido a una combinación de dos características relevantes protegidas, A trata a B menos favorablemente que A trata o trataría a una persona que no comparte ninguna de esas características*”, especificando que “*las características relevantes protegidas son: (a) edad; (b) discapacidad; (c) cambio de sexo; (d) raza; (e) religión o convicciones; (f) sexo; (g) orientación sexual*” (la traducción es propia). Obsérvese solo se alude (1) a dos causas de discriminación, (2) debiendo ser la dos directas, y (3) dentro de una lista cerrada de causas de discriminación. Una crítica más profunda destaca como el concepto legal, si bien adecuado para la discriminación acumulativa, no refleja la esencia de la interseccionalidad al no acoger la idea de “*stigma*” –que yo traduciría aquí por prejuicio-. Véase Iyiola Solanke, “Multiple discrimination: Immutability and its alternative” (2010), documento accesible en www.era-comm.eu.

¹⁹⁹ La Comisión Europea ha publicado un informe titulado “Tackling multiple discrimination: Practices, Policies and Laws”, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades, publicado en Italia, 2007, y accesible en www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=776&langId=en.

las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los Poderes Públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva". Y su artículo 20.c) obliga a adecuar estadísticas y estudios para la detección de las "*situaciones de discriminación múltiple*".

Merecen estas normas algún comentario. Primero, la amplitud de la expresión "*colectivos de especial vulnerabilidad*" no solo comprende colectivos sufridores de discriminación múltiple. Segundo, todos los colectivos enunciados han sido contemplados en actuaciones de los Poderes Públicos. Tercero, la enunciación de colectivos es ejemplificativa, quedando abierta la identificación de nuevos colectivos vulnerables. Cuarto, el sentido de las normas es instigar a la actuación de los Poderes Públicos en el ámbito de la igualdad oportunidades. Y quinto, le faltan a esas normas los desarrollos –por ejemplo, una definición de discriminación múltiple- que faciliten la aplicación en el ámbito de la igualdad de trato.

Si queremos encontrar algún ejemplo de la discriminación múltiple en los tribunales españoles, y dado que nunca han aplicado el concepto, debemos acudir a ejemplos eventuales en los cuales no se aplicó el concepto pero acaso se pudo haber aplicado. La STC 69/2007, de 16 de abril, es un caso donde acaso se pudo haber aplicado la interseccionalidad, pero ni se aplicó ni se llegó a un resultado correcto. La Nena –sobrenombre de la actora- se había casado por el rito gitano con un varón gitano que, como albañil, había cotizado 20 años a la Seguridad Social. Tuvieron 6 hijos. Disponían de Libro de Familia, tenían la condición de familia numerosa y toda la familia constaba en la cartilla de la Seguridad Social.

Tal Sentencia denegó la pensión de viudedad de la actora al entender ni se la había discriminado por razón de sexo, ni por razón de raza. Sin embargo, y además de otras posibles argumentaciones –como la finalmente acogida por el TEDH-, era posible argumentar sobre la base de una

discriminación interseccional²⁰⁰. El Caso de La Nena fue finalmente fallado a su favor en la STEDH de 8.12.2009, Caso Muñoz vs. España, argumentando sobre la cláusula genérica de igualdad pues en otros casos donde mediaba buena fe de los esposos la jurisprudencia española había flexibilizado la exigencia de la forma matrimonial, trayendo a colación para subrayar dicha diferencia de trato la prohibición de discriminación racial²⁰¹.

c) La discriminación por asociación.

La Sra. Coleman, secretaria de un bufete de abogados londinense, demandó a su empleadora alegando se había visto forzada a una dimisión voluntaria por ser víctima de un trato menos favorable y de una situación de acoso respecto a otros trabajadores sin hijos con discapacidad. En la STJUE de 17.7.2008, Caso Coleman, C-303/06, se resuelve la existencia de una discriminación por razón de discapacidad amparada en la Directiva 2000/78/CEE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo

²⁰⁰ Fernando Rey Martínez argumentó, en tal sentido, que *“a la recurrente se le impidió social y culturalmente trabajar fuera de casa (por ser mujer y gitana), se le impuso culturalmente contraer matrimonio de acuerdo con los usos gitanos (por ser mujer gitana) y cuidar del marido hasta la muerte de este (por ser mujer y gitana), pero se le negó jurídicamente una pensión de viudedad (por una circunstancia que en ningún caso hubiera sido jurídicamente aplicable a una mujer paya o fácticamente aplicable a un varón gitano) – es evidente que su experiencia de discriminación no la hubiera podido haber sufrido ni una mujer paya ni tampoco un varón gitano – es específica – es una discriminación múltiple – discriminación que no ha sido judicialmente reparada”*, “La discriminación ...”, obra citada.

²⁰¹ Fernando Rey Martínez, aunque considera *“el fallo razonable”*, se lamenta de que *“la interpretación elegida limita enormemente las posibilidades futuras de aplicación de su argumentación”*, “La discriminación racial en la Jurisprudencia del TEDH”, accesible en www.procuradorageneral.es, y “La sentencia del TEDH de 8.12.2009, asunto Muñoz Díaz vs. España: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?”, Diario La Ley, número 7344, 2010. Parecidamente, Alicia Catalá Pellón limita a los casos de buena fe la aplicación de la doctrina del Caso de La Nena, “Discriminación múltiple por razón de género y pertenencia a minoría étnica”, Aequalitas, número 26, 2010, página 15. Y Cristina Sánchez-Rodas Navarro concluye que *“difícilmente el Caso Muñoz Díaz podrá ser extrapolado a futuras demandas”*, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano”, Aranzadi Social, volumen II, número 18, 2010, BIB 2009 2052.

y la ocupación²⁰². Y es que la Directiva prohíbe la discriminación por razón de discapacidad, no solo la discriminación contra personas discapaces²⁰³.

De este modo, el Tribunal de Justicia –haciendo de nuevo gala de su compromiso en la lucha contra las discriminaciones- ha introducido una nueva modalidad conceptual de discriminación –que, dicho sea de paso, ya era contemplada en algunos ordenamientos jurídicos en relación con la discapacidad²⁰⁴- caracterizada por la modificación de la referencia subjetiva del elemento comparativo, aunque de nuevo aquí es posible una explicación –que, a nuestro juicio, resulta más certera- desde la perspectiva del elemento peyorativo existente en toda discriminación en la medida en que de lo que se trata es de una suerte de contagio del prejuicio existente contra la persona discriminada que sufren quienes con ella se relacionan.

Cuestión subsiguiente –y que es la que aquí interesa- es si esa nueva modalidad de discriminación es aplicable en el ámbito de la discriminación sexista. La doctrina que tempranamente ha analizado la cuestión se ha manifestado a favor, pero la asociación no valdría en relación con cualquier mujer u hombre, sino en relación con mujeres u hombres de

²⁰² A tenor del fallo del Caso Coleman, la prohibición de discriminación directa y de acoso de la Directiva 2000/78/CE “*no se circunscriben exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas*”, de modo que constituye discriminación directa “*cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere*”, y constituye acoso “*cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere*”.

²⁰³ Véase el documentado análisis hecho por Vanessa Cordero Gordillo, “Discriminación por asociación con una persona con discapacidad”, *Revista de Derecho Social*, número 43, 2008, páginas 149 a 181.

²⁰⁴ En los Estados Unidos, la Americans with Disabilities Act de 1990 prohíbe “*excluir o denegar iguales trabajos o beneficios a un individuo cualificado a causa de la conocida discapacidad de otro individuo con el cual se sabe que tiene una relación o asociación*”, una expresión amplia que permite proteger tanto a los familiares o cuidadores de una persona discapaz, como, por ejemplo, a quien trabaja como voluntario con personas con VIH/SIDA. Referencias a la situación legal en Australia, Irlanda, Austria o Suecia, se encuentran en Vanessa Cordero Gordillo, “Discriminación ...”, obra citada, páginas 156 y 157.

“subcategorías degradadas dentro de cada género”²⁰⁵. También nuestra opinión resulta favorable a la discriminación sexista por asociación (1) cuando la relación de que se trata esté impregnada con los prejuicios de género, o (2) cuando la mujer de que se trate esté individualizada por algún prejuicio de género causante de discriminación oculta, indirecta o múltiple.

Si queremos encontrar algún ejemplo de la discriminación por asociación en los tribunales españoles, y dado que nunca han aplicado el concepto, debemos acudir a ejemplos eventuales en los cuales no se aplicó el concepto pero acaso se pudo haber aplicado. Un ejemplo de discriminación sexista por asociación cuando la relación de que se trata esté impregnada con los prejuicios de género, acaso sea la STC 109/1988, de 8 de junio. La normativa reglamentaria de la época permitía a los sacerdotes dar de alta a una familiar como empleada de hogar, pero no a las religiosas, y, en el caso allí enjuiciado, se discutía el derecho de una sobrina a estar afiliada como empleada de hogar para su tía, que era una monja teresiana.

Tal Sentencia negó la discriminación sexista porque “*se refiere a la persona discriminada ... (aquí se trataría) de una discriminación atendiendo a las condiciones del empleador*”. Afirmación que, con el nuevo concepto de discriminación por asociación, se encuentra superada. En el fondo, la norma enjuiciada presumía que un sacerdote varón nunca atiende a sus necesidades domésticas, de donde precisaba contratar a una familiar como empleada de hogar, y una religiosa mujer sí las atiende, de donde permitirle afiliar a una familiar como empleada de hogar sería abrir

²⁰⁵ Aunque “a primera vista podría parecer que la discriminación por asociación carece de sentido en el ámbito del género (porque) dado que las mujeres en realidad no constituyen una minoría social ... todos los varones presentan conexiones o vínculos sociales son mujeres y esta circunstancia, lógicamente, no produce ninguna sanción social negativa”, la discriminación por asociación, como acertadamente ha destacado Antonio Álvarez del Cuavillo, “puede tener sentido cuando se aplica a subcategorías degradadas dentro de cada género”, de modo que “un varón puede ser discriminado por su conexión con una mujer desobediente, mujer indecente o mujer no asimilada (y también) una mujer puede ser sancionada por su conexión con un varón desobediente”, “El género ...”, obra citada, páginas 107 y 108.

una puerta al fraude. O sea, el prejuicio de género impregnaba la relación entre el sacerdote o la religiosa célibes y su familiar empleada de hogar²⁰⁶.

Un ejemplo de discriminación sexista por asociación cuando la mujer de que se trate esté individualizada por algún prejuicio de género causante de discriminación oculta, indirecta o múltiple, acaso sea la STS de 23.4.2009, RCO 44/2007, donde se ha resuelto que la hospitalización por parto genera el permiso retribuido del artículo 37.3.b) del ET a favor de todos los parientes incluidos en la norma, argumentando –entre otras cosas– que *“la mujer que es hospitalizada para parir sería discriminada por su sexo caso de denegarle la posibilidad de que sus parientes la auxilien sin sufrir merma salarial”*. Y el nuevo concepto de discriminación por asociación reafirma –en este caso– la corrección de la solución alcanzada²⁰⁷.

d) Conexiones entre discriminación sexista e igualdad de trato en el trabajo atípico.

El Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, Anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, además de establecer el principio de no discriminación de los trabajadores/as a tiempo parcial –cláusula 4ª–, establece, en lo que aquí interesa, que *“el presente Acuerdo no prejuzga ... las disposiciones comunitarias relativas a la*

²⁰⁶ También María Luisa Balaguer Callejón criticó la STC 109/1988, de 8 de junio, porque *“esa falta de legitimación activa a que alude el Tribunal no es óbice procesal ni sustantivo para estimar la discriminación, pues los hechos son pura y simplemente que los sacerdotes, en cuanto hombres, pueden mantener personal familiar a su servicio cotizando a la Seguridad Social, y las religiosas, en cuanto mujeres, no pueden tenerlo”*, “Igualdad y discriminación sexual en la Jurisprudencia del TC”, Revista de Derecho político, número 33, 1991, página 116. Recoge esta crítica y se adhiere a ella Ana Carmen Azkárate-Askasua Albéniz, “Mujer y discriminación: del TJCE al TC”, IVAP, Bilbao, 1997, página 261.

²⁰⁷ Desde esta perspectiva de la discriminación sexista por asociación se puede llegar a la conclusión de que nada impide la acumulación de varios permisos por parto de familiar, incluso dentro del mismo año. Esta y otras cuestiones planteadas por la STS de 23.4.2009, RCO 44/2007, las analiza Roberto Fernández Fernández, “El juego de la igualdad en el disfrute del permiso por parto familiar”, en el libro colectivo dirigido por Efrén Borrajo Dacruz “Mujer, trabajo y Seguridad Social”, Editorial La Ley, Madrid, 2010.

igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres” –cláusula 6ª.4-. Y el Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, Anexo de la Directiva 99/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, asimismo establece el principio de no discriminación –cláusula 4ª- y asimismo salva la normativa sobre discriminación sexista –cláusula 8ª.2-.

Así las cosas, el trabajo atípico es, en sí mismo considerado, una causa de discriminación –que se puede integrar dentro de la categoría de las discriminaciones por condiciones socioeconómicas- y, además, puede operar como circunstancia interpuesta en la estructura característica de la discriminación sexista indirecta –de ahí se deje a salvo la aplicación de la normativa sobre discriminación sexista-. Se trata de un fenómeno discriminatorio complejo diferente a la discriminación múltiple porque no se trata de dos causas de discriminación que se acumulan o interseccionan –concurso de causas-, sino de una misma causa de discriminación a la que se pueden aplicar dos tutelas antidiscriminatorias –concurso de normas-.

Pero –y esto debe ser destacado- la tutela antidiscriminatoria del trabajo atípico y la tutela antidiscriminatoria por sexo / género no son idénticas. El principio de igualdad del trabajo atípico es, dentro de su ámbito de aplicación, más sencillo de aplicar que la prohibición de discriminación sexista indirecta, que obliga a la identificación de impactos adversos y a la valoración de justificaciones. Y la prohibición de discriminación sexista indirecta, acreditado el impacto adverso, ofrece a la víctima un contenido tutelar muy acabado –cláusulas de tutela judicial efectiva- dentro de un amplísimo ámbito de aplicación –no solo se aplica en la relación laboral, y, en particular, se aplica en la Seguridad Social-.

De ahí la importancia de no prescindir de ninguna de las tutelas antidiscriminatorias concurrentes cuando se analicen las desigualdades de trato en el ámbito del trabajo atípico, complementando ambas para llegar a

un mayor contenido protector, y conjurando el riesgo de debilitación mutua a través de una interferencia desventajosa –del que ya hemos alertado al analizar la jurisprudencia comunitaria sobre el trabajo a tiempo parcial-, y el riesgo de invisibilizar una tutela con la otra y, en particular, la tutela de la discriminación sexista indirecta con la tutela del trabajo a tiempo parcial –del que ya hemos alertado al analizar la modalidad contractual dentro de la aplicación de la discriminación sexista indirecta en el derecho español-.

X. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE ASPECTOS SOCIALES DE LA IGUALDAD DE LOS SEXOS.

En aplicación del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y su Protocolo 12, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene una amplia doctrina sobre el principio de igualdad que se construye sobre los tres pilares clásicos del juicio de igualdad: la existencia de dos situaciones comparables; la constatación de una diferencia de trato; la verificación de la racionalidad –o no- de la diferencia, lo que comprende tanto la existencia de un objetivo legítimo como la proporcionalidad de los medios empleados para alcanzarlo. Pero esa construcción tan clásica no le ha impedido acoger los conceptos típicos del derecho antidiscriminatorio más moderno, como el de discriminación indirecta o el de acción positiva.

Analizar la doctrina sobre el principio de igualdad del TEDH excede el objeto de estudio²⁰⁸, limitado a la igualdad de los sexos, y en especial en el ámbito del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, lo cual circunscribe

²⁰⁸ Es amplísima la bibliografía sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia europea. Por su modernidad y por abarcar tanto el Derecho Comunitario, interpretado por el TJUE, como el CEDH, interpretado por el TEDH, véase el tan interesante como instructivo “Manual de legislación europea contra la discriminación”, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea / Consejo de Europa, Luxemburgo, 2010, accesible en la página web del Consejo de Europa, www.echr.coe.int.

bastante el cuerpo de jurisprudencia porque si ya son escasas las sentencias dictadas sobre igualdad de los sexos²⁰⁹, más lo son en relación con derechos laborales y de Seguridad Social, al no estar contemplados en el CEDH, aunque la interpretación amplia del TEDH haya permitido conectarlos con derechos contemplados en el CEDH, como la vida familiar²¹⁰ o la propiedad privada²¹¹. Problema superado hacia el futuro para países, como España, que han ratificado el Protocolo 12 al CEDH²¹².

(1) En el ámbito del Derecho del Trabajo, se pueden citar la STEDH de 18.7.1994, Caso Karlheinz Schmidt vs Alemania, la STEDH de 27.3.1998, Caso Petrovic vs Austria y la STEDH de 7.10.2010, Caso Konstantin Markin vs Rusia, confirmada a 22.3.2012 por la Gran Sala.

- En el Caso Schmidt vs Alemania, al hilo de una reclamación como bombero que se le hizo al Sr. Schmidt, el TEDH considera discriminatorio sexista exigirselo solo a los hombres tras rechazar la alegación de que se correspondía con un reparto sensato de tareas entre mujeres y hombres.

²⁰⁹ Un análisis específico de esas sentencias lo acomete León García-Comendador Alonso, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la igualdad de géneros”, en el libro colectivo “Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos”, CGPJ, Madrid, 2010, 2009, páginas 263 a 306. Más moderno y analizando la jurisprudencia del TEDH y la del TJUE, Paloma Soria Montañez / Gema Fernández Rodríguez de Liébana con la colaboración de Keyna Yoshida y María Martínez Menéndez – Women´s Link Worldwide, “La jurisprudencia en materia de igualdad y no discriminación: la aportación de los tribunales europeos”, en el libro colectivo “Estudio sobre la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, Generalitat de Catalunya – Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada / Consejo General del Poder Judicial, Barcelona, 2011.

²¹⁰ Contemplada en el artículo 8 del CEDH. El TEDH ha considerado integrado dentro de ese artículo los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar –en STEDH de 27.3.1998, Caso Petrovic vs Austria, y en STEDH de 7.10.2010, Caso Konstantin Markin vs Rusia, confirmada a 22.3.2012 por la Gran Sala-.

²¹¹ La STEDH de 16.9.1996, Caso Gaygusuz vs Austria, supuso una importante novedad en la jurisprudencia europea al considerar que los derechos de Seguridad Social se encontraban protegidos por el derecho a la propiedad privada –artículo 1 del Protocolo Adicional al CEDH (1952)-. Sobre este Caso, Cristina Sánchez-Rodas Navarro, “La tutela de las prestaciones sociales como derecho de propiedad: el asunto Gaygusuz”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 95, 1999, páginas 391 a 436.

²¹² Recordemos que el Protocolo 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (2000), establece, en su artículo 1, una prohibición general de discriminación –incluyendo sexo- en relación con “*el goce de todos los derechos reconocidos por la ley*” –y no solo los reconocidos en el CEDH-. Y recordemos asimismo que España ha ratificado ese Protocolo 12, Instrumento de Ratificación de 6.3.2008, BOE de 14.3.2008.

- En el Caso Petrovic vs Austria se cuestionaba si era discriminatorio limitar a las madres una prestación por nacimiento de hijo, lo que se niega porque, aunque se constata una progresiva implantación de derechos a favor de los padres, era una evolución considerada entonces no culminada.

- En el Caso Konstantin Markin vs Rusia se cuestionaba si era discriminatorio privar a los militares varones de un permiso parental cuando se le concedía a las militares mujeres, lo que se ha considerado como discriminatorio sexista y como contrario al derecho a la vida familiar.

(2) En la Seguridad Social, STEDH de 21.2.1997, Caso Van Raalte vs Holanda, STEDH de 4.6.2002, Caso Wessels-Bergervoet vs Holanda, STEDH de 11.7.2002, Caso Willis vs Reino Unido, STEDH de 12.4.2006, Caso Stec vs Reino Unido, y STEDH de 17.2.2011, Andrle vs Chequia.

- En el Caso Van Raalte vs Holanda, sobre prestaciones familiares, en el Caso Wessels-Bergervoet vs Holanda, sobre un régimen especial de pensiones de vejez, y en el Caso Willis vs Reino Unido, sobre viudedad, se consideran discriminatorias las diferencias de trato a favor de las mujeres.

- En el Caso Stec vs Reino Unido, sobre diferencias en la edad de jubilación según el sexo, y en el Caso Andrle vs Chequia, sobre ventajas derivadas del cuidado de hijos/as a favor de las mujeres, se considera que esas diferencias y ventajas son acciones positivas a favor de las mujeres²¹³.

²¹³ Tales decisiones han generado algunos comentarios críticos. Sobre el Caso Stec vs Reino Unido, León García-Comendador Alonso afirma, en afirmación compartible, que “*desprende un cierto sabor a paternalismo hacia las mujeres*”, “El Tribunal ...”, obra citada, página 290. Y sobre el Caso Andrle vs Chequia, Jean Jacqmain destaca las divergencias con la normativa comunitaria porque “*el Tribunal de Estrasburgo aprueba la normativa checa como una acción positiva para las mujeres, mientras la Directiva 79/7/CEE, sobre la igualdad de género en la Seguridad Social obligatoria, no prevé, en principio, excepciones para justificar el principio de no discriminación*”, “Crónica ...”, obra citada, página 9. Ambos casos delatan un punto de fricción entre la Jurisprudencia Luxemburgo y Estrasburgo.

CAPÍTULO QUINTO

MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA, PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

SUMARIO: I. LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES. II. APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE ACCIÓN POSITIVA: a) Orígenes del concepto en el derecho estadounidense. b) Reconocimiento inicial en la normativa comunitaria. c) Normativa internacional. d) Jurisprudencia constitucional española. e) Jurisprudencia comunitaria. f) La recepción de la acción positiva en el derecho comunitario originario. g) Las acciones positivas en el Consejo de Europa. III. LAS ACCIONES POSITIVAS EN EL DERECHO ESPAÑOL: a) Marco legal general. b) Clasificaciones doctrinales de las medidas de acción positiva. Crítica terminológica. c) Posibles medidas de acción positiva en el ámbito social. d) Aplicación en el ámbito de la relación laboral. IV. LAS MEDIDAS DE PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA: a) Recepción normativa. b) Aproximación conceptual. c) Jurisprudencia constitucional. d) Aplicación en el ámbito social. V. LAS MEDIDAS DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES: a) Aproximación conceptual. b) Igualdad de oportunidades y empoderamiento de las mujeres. c) Igualdad de oportunidades y discriminación por indiferenciación. d) Igualdad de oportunidades y prevención de la discriminación. e) Igualdad de oportunidades y medidas de igualdad. f) Igualdad de oportunidades e individualización de derechos. g) Igualdad de oportunidades y violencia de género. VI. ALGUNOS EJEMPLOS DE APLICACIÓN DE MEDIDAS DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL ÁMBITO SOCIAL: a) Medidas dirigidas al empoderamiento del tiempo: el fomento del trabajo a tiempo parcial; el trabajo a distancia; el papel de la negociación colectiva; las políticas públicas de tiempo de la ciudad. b) Medidas de reconocimiento de derechos de las mujeres: la valoración del trabajo informal de las mujeres. c) Medidas de acomodación a la diversidad sexual: la salud laboral en perspectiva de género. d) Medidas de prevención de la discriminación sexista: la protocolización de decisiones empresariales discrecionales. e) Medidas de parificación real o acción positiva indirecta: la situación de las familias monoparentales. f) Medidas de individualización de los derechos: la problemática acerca de la pensión de viudedad. g) Medidas de erradicación de la violencia de género: los derechos laborales de las víctimas de la violencia en la pareja.

I. LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES.

A diferencia del principio de igualdad de trato, definido como ausencia de discriminación directa e indirecta –artículo 3-, que también se

definen –artículo 6-, la LOIEMH no define el principio de igualdad de oportunidades, aunque sí define uno de sus aspectos más sobresalientes: la acción positiva –artículo 11-. Una ausencia de definición explicable en dos circunstancias. La primera circunstancia es que, mientras la igualdad de trato alude a diferencias de trato reconducibles a discriminaciones directas e indirectas, la igualdad de oportunidades alude a diferencias de estado –entendibles al ser la sexista una discriminación sistémica, institucional o difusa- imposibles de reconducir a categorías dadas sus múltiples formas. Y la segunda circunstancia es el carácter abierto de las medidas dirigidas a alcanzar la igualdad de oportunidades a consecuencia, precisamente, del polimorfismo de la diferencias de estado. No basta aquí con una mera prohibición –como ocurre con la igualdad de trato-. Sin perjuicio de la existencia o de la aparición de nuevas categorías, la igualdad de oportunidades exige, a lo menos, medidas de acción positiva, de democracia paritaria y –en sentido estricto- de igualdad de oportunidades. Lo cual determina un cambio importante en el tratamiento jurídico, pues la igualdad de trato es aplicable directamente por el Poder Judicial, mientras la igualdad de oportunidades exige ser concretada por el Poder Legislativo.

Pero –y conviene precisar- esto no significa que la discriminación que se pretende corregir con la igualdad de oportunidades sea una discriminación de segundo orden con respecto a la discriminación que se pretende corregir con la igualdad de trato. Tan grave discriminación es la una como la otra. Y la legislación debe buscar la erradicación de ambas. De ahí la pertinencia de establecer, en el artículo 5.1 de la LOIEMH, la aplicabilidad en el ámbito del empleo privado y público de “*el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres*”¹. Y de ahí

¹ Según el artículo 5.1 de la LOIEMH, “*el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones*”

la pertinencia de denominar al Título IV de la LOIEMH –donde se regula la materia laboral- “*el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades*”².

II. APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE ACCIÓN POSITIVA:

a) Orígenes del concepto en el derecho estadounidense.

El origen de las medidas de acción positiva está en el proceso de construcción del derecho a la no discriminación acaecido en los Estados Unidos de América³. Precedente absoluto es la Orden Ejecutiva 8.802 de 1941 del Presidente Roosevelt, que buscaba erradicar la segregación racial en la industria armamentística. Con carácter general para el empleo público y los contratistas de la administración, la Orden Ejecutiva 10.925 de 1961 del Presidente Kennedy –que utilizó la expresión “*affirmative action*”- y, sobre todo, la Orden Ejecutiva 11.246 de 1965 del Presidente Johnson obligaban a adoptar acciones afirmativas raciales. A su vez, la Orden 11.375 de 1967 del Presidente Johnson añadió la no discriminación sexual.

sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas”. El artículo 5.1 de la LOIEMH transpone el artículo 14.1 de la Directiva 2006/54/CE con la positiva matización –que interesa ser subrayada en este momento de la exposición- de que, mientras la norma comunitaria alude solo a la prohibición de discriminación –igualdad de trato-, la norma interna asimismo incluye la igualdad de oportunidades.

² El contenido del Título IV de la LOIEMH nos permite atisbar cuáles son los aspectos que, según la LOIEMH, constituyen la igualdad de oportunidades. Su Capítulo I, que se titula “*igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral*”, contiene dos artículos, el 42, sobre “*programas de mejora de empleabilidad de las mujeres*”, y el 43, sobre “*promoción de la igualdad en la negociación colectiva*”. Su Capítulo II, que se titula “*igualdad y conciliación*”, contiene un artículo, el 44, sobre “*los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*”. Su Capítulo III, comprensivo de los artículos 45 a 49, se titula “*los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad*”. Y su Capítulo IV, comprensivo de un artículo, el 50, se titula “*distintivo empresarial en materia de igualdad*”.

³ Más ampliamente, véase el completo estudio del derecho estadounidense de Elisa Sierra Hernaiz, “Acción positiva y empleo de la mujer”, CES, Madrid, 1999, páginas 33 a 74. También Fernando Rey Martínez, “Jurisprudencia norteamericana reciente sobre la affirmative action”, *Aequalitas*, número 4, 2000, páginas 6 a 11, y María Ángeles Martín Vida, “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 68, 2003, páginas 151 a 194, disponible en www.cepc.es.

Aunque estas Órdenes Ejecutivas son “*el instrumento jurídico más representativo de lo que por acciones positivas se entiende en el ámbito jurídico y no jurídico norteamericano*”⁴, no son las únicas habilitantes de acciones positivas. Las Civil Rights Acts –de 1964 y de 1991- atribuyen a los órganos judiciales amplios poderes para fijar los remedios de una discriminación, incluyendo planes de acción positiva, y para aprobar acciones positivas entre empresa y representación del personal. Y el Reglamento de la Equal Employment Opportunity Commission admite las acciones positivas voluntarias. Tal multiplicidad de normas –cada una con sus regulaciones- constituye un “*marco normativo poco sistemático*”⁵.

Desde la perspectiva judicial, el litigio surge cuando, tras la implantación de una medida de acción positiva al amparo de alguna de esas normas, quien se cree perjudicado la impugna judicialmente. La cuestión más crucial es determinar el test a utilizar para verificar su legitimidad. Hay dos posturas posibles en los casos de raza. Una favorecedora de las acciones positivas defendió un “*intermediate test*”. Pero la consolidación de una mayoría conservadora en la década de los ochenta ha llevado a usar el mismo “*stricty scrutiny test*” exigido para justificar una discriminación racial –en *City of Richmond vs. J.A. Croson Co.*, 518 US 469 (1989), y, sobre todo, en *Adarand Constructors, Inc. vs. Peña*, 515 US 200 (1995)-.

Con esta argumentación se están equiparando las acciones positivas raciales con las discriminaciones raciales –de ahí la aparición del término “*reverse discrimination*”, traducible como discriminación inversa-⁶, y se

⁴ En palabras utilizadas por Elisa Sierra Hernaiz, “Acción ...”, obra citada, página 43.

⁵ Como lo califica Fernando Rey Martínez, “Jurisprudencia ...”, obra citada, página 7.

⁶ El Voto Concurrente del Juez Scalia en *City of Richmond vs. J.A. Croson Co.* expresa claramente esa equiparación entre acciones positivas y discriminación: “*Es rotundamente cierto que en nuestra sociedad los negros de forma considerablemente mayor que cualquier otro grupo racial. Pero aquellos que entienden que las preferencias raciales pueden ayudar a igualar el resultado refuerzan una línea de pensamiento en base a la raza que fue el origen de injusticias, y si persiste en nuestra sociedad, será fuente de más injusticias todavía*”. Citado por Barbara J. Fick, “El papel del derecho en la consecución de la igualdad: la experiencia norteamericana”, *Revista de Derecho Social*, número 21, 2003, página 86.

está obligando, para la legitimidad de las acciones positivas raciales, a acreditar un interés público primordial, habiéndose admitido como tales el remedio de discriminaciones intencionales pasadas⁷ y el fomento de la diversidad racial en determinados ámbitos⁸. Tales ideas han llevado a algunos Estados –como California, Washington o Florida- a aprobar normas prohibitivas de las medidas de acción positiva en determinados ámbitos o de las formas más incisivas de las medidas de acción positiva.

Mientras existe un buen número de casos en materia de acciones positivas basadas en la raza fallados por el Tribunal Supremo, en materia de acciones positivas basadas en el sexo la cita se limita al Caso Johnson vs. Transportation Agency, 480 US 616 (1987), que justificó una acción positiva voluntariamente adoptada por una empresa que condujo a contratar a la segunda candidata mujer frente al primer candidato varón para un trabajo de transportista por carretera, atendiendo a un manifiesto desequilibrio entre hombres y mujeres en el sector del transporte por carretera, a la no imposición de unos criterios rígidos de composición sexual de la plantilla y a la cualificación acreditada de la mujer candidata.

No es fácil establecer si se mantendrán en decisiones futuras los razonamientos de Johnson característicos de un “intermediate test” –que es el que se ha utilizado para las diferencias sexuales desde Craig vs Boren,

⁷ La legitimidad del objetivo del remedio de discriminaciones intencionales pasadas se ha admitido en *City of Richmond vs. J.A. Croson Co.*, 518 US 469 (1989), y en *Adarand Constructors, Inc. vs. Peña*, 515 US 200 (1995). Aunque estas sentencias admiten la legitimidad de ese objetivo, ambas entienden discriminatoria la acción positiva enjuiciada. En ambos litigios, una empresa impugnaba una adjudicación administrativa a favor de otra empresa que, en el Caso Croson, se había comprometido, según las bases del concurso, a subcontratar en un 30% con empresas de minorías, y que, en el Caso Adarand, disfrutaba de subvenciones federales por contratar a personas social o económicamente desventajadas definidas según criterios raciales, posibilitando una oferta menos costosa en términos económicos. En conclusión, no basta, para legitimar la medida de acción positiva, la alegación general de discriminación social hacia las personas de color, siendo exigido acreditar la existencia de violación previa del principio de igualdad.

⁸ La legitimidad del objetivo del fomento de la diversidad racial en determinados ámbitos se ha admitido en *Grutter vs Bollinger*, 539 US 306 (2003), confirmando la política de acciones afirmativas en la admisión a la Michigan University Law School (una de las más prestigiosas facultades de derecho). También se reconoce la legitimidad de ese objetivo en *Parents Involved in Community Schools vs Seattle School District No. 1*, 551 US 701 (2007), pero aquí, en decisión muy dividida, se apreció discriminación.

429 US 190 (1976)-. En primer lugar, porque la evolución en el ámbito de las acciones positivas raciales ha culminado en sentencias posteriores a Johnson en la aplicación del “stricty scrutiny test”, no pareciendo lógico el mantenimiento de un criterio más amplio para las acciones positivas a favor de las mujeres. Y, en segundo lugar, porque el mismo “intermediate test” aplicable a las diferencias sexuales se ha endurecido en sentencias posteriores a Johnson –en especial, US vs. Virginia, 518 US 515 (1996)-.

Una apreciación final. Aunque no son acciones afirmativas en los términos hasta ahora contemplados, algunas sentencias de los años setenta justificaron, en cuanto dirigidas a compensar discriminaciones pasadas, algunas diferencias a favor de las mujeres: la concesión (solo) a las viudas de una exención fiscal –Kahn vs. Shevin, 416 US 351 (1974)-, ciertas diferencias en el servicio en la Navy derivadas de las dificultades de ascenso por estar las mujeres excluidas del combate –Schlesinger vs. Ballard 419 US 498 (1975)-, o un cálculo beneficioso mantenido transitoriamente –la normativa ya había establecido un cálculo igualitario- en la pensión de jubilación –Califano vs. Webster, 430 US 313 (1977).

b) Reconocimiento inicial en la normativa comunitaria.

La recepción de las medidas de acción positiva en la normativa comunitaria fue muy rápido y vino de la mano de la igualdad de los sexos. En la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, después de definir, en el apartado 1 de su artículo 2, el principio de igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta, establecía tres excepciones: en su apartado 2 la buena fe ocupacional, en su apartado 3 las normas protectoras de la mujer, especialmente embarazo y maternidad, y en su apartado 4 *“las medidas encaminadas a promover la igualdad de*

oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres”.

Tal recepción ha merecido fundadas críticas doctrinales⁹. En primer lugar, porque la sistemática de la norma coloca a las medidas de igualdad de oportunidades en oposición a la igualdad de trato entendida como prohibición de discriminación, presuponiendo que, si no se hiciera excepción, serían discriminatorias, y propiciando su interpretación estricta. Y, en segundo lugar, porque su literalidad, calificada de “*rocambolesca*”¹⁰, no permite determinar, al no contener una definición ni de medidas de igualdad de oportunidades ni de medidas dirigidas a corregir desigualdades de hecho, y al no utilizar siquiera el concepto de medidas de acción positiva, hasta donde llega el alcance de la supuesta excepción normativa.

Más correcta es la aproximación de la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer. En primer lugar, porque la relación de las acciones positivas con la igualdad de trato se expresa en términos de complementariedad, no en términos de oposición¹¹. Y, en segundo lugar, porque se alude a la acción positiva –ya aparece en su denominación–, especificando las finalidades, contenido y objeto de la política de acción positiva que se recomienda adoptar a los Estados miembros¹². Aunque se

⁹ Véase, por todos, María Ángeles Barrère Unzueta, “La acción positiva: Análisis del concepto y propuestas de revisión”, Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, número 9, 2003 (ejemplar dedicado a los textos para la discusión en el Seminario “Violencia de género: instrumentos jurídicos en la lucha contra la discriminación de las mujeres”, Valencia, 26, 27 y 28 de noviembre de 2003), 29 páginas.

¹⁰ Como la califica María Ángeles Barrère Unzueta, “La acción ...”, obra citada, página 8.

¹¹ Según se afirma en su Considerando 3º, “*las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato, que tienen por objeto conceder derechos a los individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho si, paralelamente, no se emprenden acciones, por parte de los Gobiernos, de los interlocutores sociales y otros organismos competentes, tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres en activo, de actitudes, comportamientos y estructuras de la sociedad*”.

¹² “*Una política de acción positiva destinada a eliminar las desigualdades de hecho de las que son objeto las mujeres en la vida profesional, así como a promover la participación de ambos sexos en el empleo, y que incluya medidas generales y específicas apropiadas, en el marco de las políticas y prácticas nacionales y que respeten plenamente las competencias de las partes sociales, al objeto de: (a) eliminar o*

trata de norma no obligatoria, es muy trascendente, como lo demuestra su habitual cita en la argumentación de las sentencias del Tribunal de Justicia.

c) Normativa internacional.

La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 1979) afirma, en el apartado 1 de su artículo 4, que “*no se considerará discriminación*” la adopción de medidas especiales encaminadas “*a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer*” –apartado 1-. De nuevo, la acción positiva aparece entendida en términos de oposición con la prohibición de discriminación. Además, se contemplan dos límites explícitos: (1) “*carácter temporal*”, de modo que “*cesarán (las medidas) cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato*”, (2) “*de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas*”.

Basándonos en esta norma, las acciones positivas son unilaterales, imperfectas y extraordinarias. Son unilaterales porque si buscan “*acelerar la igualdad de facto*” es porque se presupone la desigualdad de facto de la mujer respecto al hombre. Son imperfectas porque no se contempla a los hombres y a las mujeres, sino a “*el hombre y la mujer*” en un sentido colectivo que conduce a no beneficiar a la totalidad de las víctimas individuales de la discriminación y a no perjudicar individualmente solo a quienes discriminaron. Y son extraordinarias como lógica consecuencia de su carácter imperfecto –de ahí su carácter estrictamente temporal y la prohibición de regulaciones separadas constitutivas de un apartheid sexual-.

compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres que trabajan o que buscan un empleo, de actitudes, comportamientos y estructuras basadas en la idea de una distribución tradicional de funciones entre hombres y mujeres, en la sociedad; (b) estimular la participación de la mujer en las distintas actividades de los sectores de la vida profesional en los que actualmente se encuentran infrarrepresentadas, en particular, los sectores de futuro, y en los niveles superiores de responsabilidad, con el fin de lograr una mejor utilización de todos los recursos humanos” –Recomendación Primera-.

A la altura de 1988, el Comité instaurado en la Convención, en su Recomendación General número 5, después de constatar avances en la eliminación de disposiciones discriminatorias, apuntilló la necesidad de completar ese esfuerzo con *“medidas tendentes a promover de facto la igualdad entre el hombre y la mujer”*, y, a esos efectos, *“recomienda que los Estados Partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo”*. Lo que supone una cierta concreción de en qué medidas puede consistir y a qué ámbitos se puede aplicar la acción positiva.

d) Jurisprudencia constitucional española.

Después de las normas comunitarias e internacionales analizadas en las precedentes páginas, pero antes de las sentencias comunitarias a analizar en las siguientes páginas, se sitúan cronológicamente las tres sentencias constitucionales sobre acciones positivas basadas en el sexo. El *“leading-case”* es la STC 128/1987, de 16 de julio, que afirma que *“la actuación de los Poderes Públicos para remediar ... la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo ... y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables”* no es discriminación.

Partiendo de esa afirmación de impecable corrección, se considera, en la STC 128/1987, de 16 de julio, que un plus de guardería para el personal femenino, cuya extensión al personal masculino se niega, es una medida de acción positiva para permitir a las madres conservar su trabajo facilitándoles el cuidado de sus hijos. Siguiendo esa doctrina, nos encontramos con apenas dos sentencias posteriores. En una se justifica una

mayor pensión de jubilación mantenida transitoriamente a favor de las mujeres dirigida a compensar sus inferiores condiciones laborales –STC 19/1989, de 31 de enero-. Y en la otra se justifica la regulación del permiso de lactancia de titularidad solo femenina –STC 109/1993, de 25 de marzo-.

La doctrina científica ha acogido muy bien los planteamientos dogmáticos de esta jurisprudencia en cuanto han supuesto la introducción del concepto de acción positiva, pero muy mal su aplicación. Y es que *“resulta muy difícil hoy día mantener que determinadas normas preconstitucionales cuyo sentido dimanaba directamente de una inferior consideración social y jurídica de la mujer son ahora válidas y dignas de aplauso en cuanto expresión de un supuesto –por lo dicho, claramente inexistente- deseo de discriminación positiva en favor de la mujer”*¹³. Siguiendo esta misma línea de opinión, se ha afirmado, en conclusión compartible, que esta jurisprudencia está construida sobre una *“ficción”*¹⁴.

No es así de extrañar que esta jurisprudencia constitucional haya tenido un seguimiento contradictorio. De un lado, la STC 128/1987, de 16 de julio, es una sentencia emblemática, que se ha utilizado profusamente en el argumentario judicial y en la justificación de medidas de acción positiva. Pero, de otro lado, los casos a los cuales se refiere la misma y las otras dos que la han seguido, o bien no se han reiterado –como es la mayor pensión de jubilación-, o bien, tras la LCON, se han resuelto en sentido contrario a su doctrina, pues los tribunales suelen extender a los varones los pluses de guardería¹⁵, y la titularidad femenina del permiso de lactancia se consideró discriminatoria en la STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez, C-104/09.

¹³ Utilizo en este punto las atinadas palabras de Manuel Ramón Alarcón Caracuel, “Estado Social y Derecho del Trabajo”, en el libro, que el coordina, “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de 10 años de jurisprudencia constitucional)”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992, página 22.

¹⁴ Una correcta calificación tomada de María Amparo Ballester Pastor, “Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, página 128.

¹⁵ Ciertamente, la STS de 20.3.1997, RCU 2761/1996, desestimó la demanda de un trabajador varón reclamando las ayudas de guardería reservadas a trabajadoras aplicando la jurisprudencia constitucional.

e) Jurisprudencia comunitaria.

La STJUE de 17.10.1995, Caso Kalanke, C-450/93, fue la primera decisión de la jurisprudencia comunitaria donde se abordó la legitimidad de una acción positiva especialmente intensa, y se resolvió en un sentido negativo, lo cual generó un auténtico aluvión de comentarios doctrinales bastante críticos¹⁶, aunque, como demostró la evolución judicial posterior, el Caso Kalanke¹⁷ no estaba deslegitimando genéricamente las acciones positivas, sino una concreta acción positiva especialmente intensa, caracterizada por una preferencia absoluta en la contratación de una mujer

Pero tras la LCON, la cuestión volvió a resurgir. Así, la STSJ/Extremadura de 16.2.2001, RS 48/2001, estimó la demanda de un trabajador varón reclamando esas ayudas de guardería porque la situación contemplada en la jurisprudencia constitucional ha cambiado en cuanto la LCON *“persigue ... (la) igualdad de oportunidades al hombre y la mujer al momento de participar en plano de igualdad (en el cuidado de hijos)”*. Llegó de nuevo la cuestión al Tribunal Supremo, quien consideró no había contradicción de esta sentencia extremeña con la citada STS de 20.3.1997 porque la legislación había cambiado –STS de 30.10.2001, RCU 1062/2001-, lo que parece ser un aval del cambio de interpretación. Véase otra aplicación del nuevo criterio en la STSJ/Cataluña de 3.10.2002, RS 558/2001.

¹⁶ El Caso Kalanke fue profusamente comentado en la doctrina científica. Solo en España cabe citar –y seguramente se me olvida algún estudio- a Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva”, Relaciones Laborales, número 22, 1995, asimismo publicado en el libro colectivo coordinado por Jesús Cruz Villalón, “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, José Antonio Fernández Avilés, “La discriminación positiva en el ámbito comunitario. Notas a la Sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995”, Actualidad Laboral, número 44, 1995, María Amparo Ballester Pastor, “La Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 17 de octubre de 1995: entre la acción afirmativa y el varón discriminado”, Tribuna Social, número 58, 1995, Beatriz Quintanilla Navarro, “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el Caso Kalanke vs. Glissman”, Actualidad Laboral, número 5, 1996, Bernardo González González, “El principio de igualdad y la excepción de la discriminación inversa”, Relaciones Laborales, número 1, 1996, Fernando Rey Martínez, “La discriminación positiva de mujeres (comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de noviembre de 1995, Asunto Kalanke)”, Revista Española de Derecho Constitucional, número 47, 1996.

Imprescindible es el completo análisis de María Elósegui Itxaso, que no solo desgrana el Caso Kalanke, sino que, además, repasa las opiniones doctrinales más destacadas sobre el Caso Kalanke, antes de alcanzar conclusiones propias, “Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, páginas 119 a 184.

¹⁷ Según el fallo del Caso Kalanke, es contraria a la normativa comunitaria sobre igualdad de los sexos – y, en consecuencia, es discriminatoria- *“una normativa nacional (en el caso de autos emanada del Land alemán de Bremen) que ... en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en cada uno de los grados de la categoría de personal de que se trate y sucede lo mismo en todos los niveles de función previstos en el organigrama”*.

a igualdad de méritos profesionales con un varón mientras subsistiera una situación de infrarrepresentación en la categoría y en todas las categorías¹⁸.

Muy pronto, la STJUE de 11.11.1997, Caso Marschall, C-409/95¹⁹, introdujo la matización de que la medida es legítima cuando se introduce una cláusula de apertura –como así la denomina el propio Tribunal- según la cual *“se garantiza a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino”*, advirtiendo –eso sí- de que esos criterios no pueden ser discriminatorios²⁰.

¹⁸ A juicio de Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *“el problema de fondo no está ni en el texto de la Directiva, ni que en este caso el Tribunal excepcionalmente no haya estado a la altura de las circunstancias ni a la altura de su sólida e influyente doctrina sobre la tutela antidiscriminatoria. El problema es la dificultad de enfrentarse con temas materialmente constitucionales sin contar con los necesarios elementos de referencia e interpretación con los que cuenta el juez constitucional interno. Se confirma, una vez más, la insuficiencia de un ordenamiento como el comunitario, desconstitucionalizado, que no permite hacer justicia constitucional en sentido propio, como requeriría un tema como el examinado en la Sentencia. El remedio al respecto solo puede ser el reconocimiento de derechos y principios fundamentales a nivel de la Unión Europea. Solo entonces el TJCE podrá contar con los instrumentos indispensables para una solución satisfactoria y permanente del tema”*, “Discriminación ...”, en el libro “La igualdad ...”, obra citada, página 114. Palabras que con el tiempo se han constatado correctas dada la reforma del TCEE que propició –como se verá en el texto principal- el Caso Kalanke.

¹⁹ Que, como el Caso Kalanke, despertó la atención de la doctrina científica. En España cabe citar a Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, “Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la Sentencia Marschall del TJCE”, Relaciones Laborales, número 24, 1997, Elisa Sierra Hernáiz, “La Sentencia Marschall ¿un avance de la acción positiva en el derecho comunitario? Comentario de la STJUE de 11.11.1997, C-409/95”, Actualidad Laboral, número 22, 1998, y María Amparo Ballester Pastor, “Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (un análisis conceptual y de legalidad tras la Sentencia Marschall)”, Relaciones Laborales, número 18, 1998.

De nuevo es imprescindible María Elósegui Itxaso, “Las acciones ...”, obra citada, páginas 185 a 236.

²⁰ Según el fallo del Caso Marschall, no es contraria a la normativa comunitaria sobre igualdad de los sexos –y, en consecuencia, no es discriminatoria- *“una norma nacional (emanada de otro Land alemán, que en el caso de autos es el de Nordrhein - Westfalia) que, en caso de que candidatos de ambos sexos presenten igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obliga a conceder preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad de la administración que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, salvo que concurran en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor, siempre que (1) dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a*

El Caso Marschall supone una aceptación de todas las medidas de acción positiva que no supongan una automática atribución en función del sexo como ocurría en el Caso Kalanke, es decir de todas aquellas medidas de acción positiva que no inciden en el resultado, y de todas aquellas medidas de acción positiva que, incidiendo en el resultado, admiten una cláusula de apertura. Podemos así afirmar con la doctrina más atenta que “*la Sentencia Marschall supone un intento del Tribunal de defender el uso de medidas de acción positiva ... desde las pautas marcadas en el Caso Kalanke*”²¹. La cuestión es determinar que se entiende por válida cláusula de apertura, lo cual introduce en la cuestión una cierta inseguridad jurídica.

Dos sentencias posteriores han admitido la legitimidad de diversas medidas de acción positiva, validando, en su caso, algunas cláusulas de apertura determinadas. Al respecto, la STJUE de 28.3.2000, Caso Badeck, C-158/1997, ha admitido la validez de hasta cinco medidas de acción positiva, unas similares a las del Caso Marschall²², otras sobre cuestiones diferentes relativas al acceso a cursos de formación²³, a la convocatoria de

la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino, y (2) que tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas”.

²¹ Véase el excelente análisis de los Casos Kalanke y Marschall, y, en general, del derecho comunitario sobre la acción positiva, que realiza Elisa Sierra Hernaiz, “Acción ...”, obra citada, páginas 135 a 164.

²² Según el Caso del fallo Badeck, no es contraria a la normativa comunitaria sobre igualdad de los sexos –y, en consecuencia, no es discriminatoria- una normativa nacional –emanada de otro Land alemán, que en el caso de autos es el de Hesse- donde se establece: “(1) que en los sectores de la función pública en que las mujeres están infrarrepresentadas, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, otorga preferencia a las candidatas femeninas siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos del plan de promoción de la mujer, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior, a condición de que dicha normativa garantice que las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos, (o 2) que establece que los objetivos vinculantes del plan de promoción de la mujer para puestos de provisión temporal pertenecientes al sector científico o para los auxiliares científicos deben prever un porcentaje mínimo de personal femenino equivalente al menos a la proporción que las mujeres representan entre los licenciados, los doctorados o los estudiantes de la respectiva especialidad”.

²³ Según continua expresando el fallo del Caso Badeck, no es contraria a la normativa comunitaria sobre igualdad de los sexos –y, en consecuencia, no es discriminatoria- una normativa “que, en la medida en que tiene por objeto eliminar una infrarrepresentación de la mujer, reserve a las mujeres al menos la mitad de las plazas de formación en aquellas profesiones que requieran una formación especializada en las que las mujeres estén infrarrepresentadas y respecto de las cuales el Estado no ejerza un monopolio de formación, salvo que, pese a la adopción de medidas apropiadas para divulgar entre las mujeres la

entrevistas²⁴, o a los órganos de representación legal del personal o de gestión y de control²⁵. Y la STJUE de 6.7.2000, Caso Abrahamsson y Anderson, C-407/98, después de considerar contrarios al derechos comunitario algunas medidas de acción positiva²⁶, otra se entiende válida²⁷.

Un último tema abordado son las ayudas de guarderías. La STJUE de 19.2.2002, Caso Lommers, C-476/99, no consideró discriminatoria “una

existencia de plazas disponibles de formación profesional, las candidaturas femeninas fueran insuficientes”. Tal decisión se justifica porque “*lo que se reserva a las mujeres no son puestos de trabajo, sino plazas de formación profesional para obtener una cualificación con miras a un acceso posterior a puestos cualificados en la función pública*” y porque “*solo se aplica a las plazas de formación respecto de las cuales el Estado no ejerce un monopolio y ... (como) hay plazas disponibles en el sector privado, ningún candidato masculino queda definitivamente excluido de la formación*”.

²⁴ Según continua expresando el fallo del Caso Badeck, no es contraria a la normativa comunitaria sobre igualdad de los sexos –y, en consecuencia, no es discriminatoria- una normativa “*que, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, garantiza que las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de presentación en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas*”.

²⁵ Según continua expresando el fallo del Caso Badeck, no es contraria a la normativa comunitaria sobre igualdad de los sexos –y, en consecuencia, no es discriminatoria- una normativa “*relativa a la composición de los órganos de representación de los trabajadores y de los órganos de gestión y de control, que establece que las disposiciones legales adoptadas para su aplicación tengan en cuenta el objetivo de que la participación de la mujer en el seno de dichas instancias sea al menos igual*”.

²⁶ Según el fallo del Caso Abrahamsson y Anderson, es contraria a la normativa comunitaria sobre igualdad de los sexos –y, en consecuencia, es discriminatoria- una normativa nacional –que, en el caso de autos, es de Suecia- (1) “*según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, (aún) cuando esta medida fuere necesaria para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y (aún) cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos*”, y (2) “*(aún) en el supuesto de que (esa normativa) únicamente se aplique, bien a los procedimientos destinados a la provisión de un número previamente limitado de puestos, bien a los puestos que se crean en el marco de un programa específico de una escuela superior concreta que permite la aplicación de medidas de discriminación positiva*”. Además, se añade que “*la apreciación de la conformidad de las normas nacionales que establecen una discriminación positiva para el acceso al empleo en la enseñanza superior no puede depender del nivel del puesto que se deba proveer*”, pues –según se explica en la fundamentación jurídica- “*el derecho comunitario no hace depender en absoluto la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que respecta al acceso al empleo, del nivel de los puestos que se deban proveer*”.

²⁷ Según el fallo del Caso Abrahamsson y Anderson, no es contraria a la normativa comunitaria sobre igualdad de los sexos –y, en consecuencia, no es discriminatoria- una práctica jurisprudencial nacional “*según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos*”. Además, se añade que “*la apreciación de la conformidad de las normas nacionales que establecen una discriminación positiva para el acceso al empleo en la enseñanza superior no puede depender del nivel del puesto que se deba proveer*”, pues –según se explica en la fundamentación jurídica- “*el derecho comunitario no hace depender en absoluto la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que respecta al acceso al empleo, del nivel de los puestos que se deban proveer*”.

normativa adoptada por un ministerio ... (que) reserva a las funcionarías las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado”, siempre (1) que esa normativa se dirija a “remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre su personal”, (2) que exista “un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles”, y (3) que se permita a los funcionarios varones acceder al sistema en idénticas condiciones que a las funcionarias mujeres cuando “asumen solos la guarda de sus hijos”.

Resumiendo, la jurisprudencia comunitaria ha avalado las medidas de acción positiva, incluso las que inciden en el resultado bajo ciertas condiciones –situación de infrarrepresentación, igualdad de méritos y cláusula de apertura-. Se admiten así las mal denominadas cuotas de desempate. Mal denominadas porque, al someter las cuotas de desempate a condiciones impeditivas de una atribución automática atendiendo al sexo para respetar el principio meritocrático, no estaríamos, por definición, ante auténticas cuotas. Las medidas de acción positiva sin incidir en el resultado se sujetan a condiciones menos exigentes, pero tampoco son libérrimas, debiéndose reconocer a los varones con igual necesidad que a las mujeres.

f) La recepción de la acción positiva en el derecho comunitario originario.

El pánico post-Kalanke puso en movimiento a las instituciones de la Unión Europea, lo que fructificó en el reconocimiento de la acción positiva en el Tratado de Amsterdam (1998). Al efecto se añadió un apartado 4 al artículo 141 del TUE donde se establece que, *“con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a*

facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales” –actualmente, ver apartado 4 del artículo 157 del TFUE-.

Hay dos notas muy destacadas de este reconocimiento de la acción positiva en el derecho comunitario originario. La primera es su neutralidad en la medida en que se refiere al “*sexo menos representado*”, con lo cual las medidas de acción positiva se podrían dirigir tanto a mujeres como a hombres según cuál fuera el sexo menos representado. Ahora bien, en la Declaración número 28 del Tratado de Amsterdam se afirma que, “*al adoptar las medidas mencionadas en el apartado 4 del artículo 141 del TUE, los Estados miembros deberán en primer término aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral*”. Reaparece, de esta manera, el carácter preferentemente unilateral de las medidas de acción positiva.

Y la segunda de las notas muy destacadas en el reconocimiento de la acción positiva en el derecho comunitario originario es su generalidad en la medida en que no concreta en detalle ni en lo que consisten las medidas de acción positiva, ni en las exigencias que deben reunir, aunque, no sin echarle cierta imaginación, se atisban dos grandes grupos de medidas de acción positiva: las que no inciden en el resultado –serían las destinadas “*a evitar o compensar desventajas en (las) carreras profesionales*”- y las que sí inciden en el resultado –serían las destinadas “*a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales*”. Quedan en el aire, en todo caso, en qué consisten y cuáles son las exigencias que deben reunir.

La modificación de la Directiva 76/207/CEE hubiera sido una buena ocasión para concretar el artículo 141 del TUE. Pero la Directiva 2002/73/CE se ha limitado a eliminar el viejo artículo 2.4 y a introducir una norma de mera remisión: “*los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre*

hombres y mujeres”. El Considerando (14) de la Directiva 2002/73/CE, para explicar estas modificaciones, se ha limitado a recordar el contenido del artículo 141.4 del TUE y su Declaración número 28. Actualmente, ver el artículo 3 y el Considerando (22) de la vigente Directiva 2006/54/CE.

Por lo demás, la Directiva 2002/73/CE, en su artículo 2.3 –actual 31.2 de la 2006/54/CE-, establece que *“los Estados miembros notificarán cada 4 años a la Comisión los textos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas correspondientes a medidas adoptadas de conformidad con el apartado 4 del artículo 141 del Tratado, así como la información sobre dichas medidas y su aplicación”*. Estamos ante una norma admonitoria indirecta, porque, aunque no obliga a adoptar medidas de acción positiva, ni siquiera recomienda directamente que se haga, *“parecería poco aceptable que en el preceptivo informe cuatrienal algún Estado miembro hiciese constar que no ha adoptado medida alguna”*²⁸.

g) Las acciones positivas en el Consejo de Europa.

La Recomendación CM/Rec (2007) 17E, de 21.11.2007, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre normas y mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres, considera –en su epígrafe 15- la *“adopción / existencia de una legislación que permita utilizar acciones positivas / medidas provisionales especiales para superar los efectos de la discriminación estructural e histórica, además de acelerar la consecución de la igualdad de facto”* como un indicador principal de la voluntad política y del compromiso de los Estados. Otras referencias a las acciones

²⁸ Como agudamente ha destacado al comentar el artículo 2.3 de la 2002/73/CE Teresa Pérez del Río, “La protección frente a la discriminación en el Derecho comunitario: las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE, y 2002/73/CE, modificación de la 76/207/CEE”, Revista de Derecho Social, número 19, página 108.

positivas aparecen en el ámbito de la educación, ciencia y cultura –epígrafe 26- y para combatir situaciones de discriminación múltiple –epígrafe 60-.

Más cuestionables son las aplicaciones que el Tribunal de Estrasburgo ha realizado del concepto de medidas de acción positiva a favor de las mujeres, al considerar como tales las diferencias en la edad de jubilación, estableciendo una menor para las trabajadoras –STEDH de 12.4.2006, Caso Stec vs Reino Unido-, y las ventajas derivadas del cuidado de hijos/as aplicables solo a las trabajadoras –STEDH de 17.2.2011, Andrie vs Chequia-. Lo que tanto desprende un cierto sabor paternalista como supone una nota discordante en relación con la normativa comunitaria sobre igualdad en materia de Seguridad Social –según hemos apuntado al analizar la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en Capítulo Cuarto-.

III. LAS ACCIONES POSITIVAS EN EL DERECHO ESPAÑOL:

a) Marco legal general.

A la vista de los diferentes –cuando no divergentes- perfiles que –según hemos examinado en las páginas anteriores- se aprecian en el concepto de acción positiva en el derecho comparado, en el derecho comunitario, en los convenios internacionales, en la jurisprudencia constitucional y en la jurisprudencia europea –un auténtico rompecabezas-, la decisión legislativa –que se plasma en el artículo 11 de la LOIEMH- de establecer –como se afirma en la Exposición de Motivos de la LOIEMH- *“un marco general para la adopción de las llamadas acciones positivas”* se debe saludar muy positivamente a los efectos de mejorar la seguridad jurídica y, a la vez, de facilitar la aplicación de medidas de acción positiva.

Inspirándose claramente en la redacción del artículo 4.1 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación

contra la mujer, y con fundamento en el artículo 141.4 del TUE –actual 157.4 del TFUE-, el artículo 11, apartado 1, de la LOIEMH establece que “*con la finalidad de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres*”, añadiendo que “*tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso*”.

(1) La finalidad de las medidas de acción positiva es “*hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad*”, lo cual se verifica desde una dimensión colectiva en el determinado ámbito de aplicación de la medida de acción positiva. Tal verificación colectiva genera, cotejada con la dimensión individual, una cierta imperfección aplicativa –que se considera el más importante defecto de las medidas de acción positiva- en cuanto no necesariamente se beneficia a la totalidad de las víctimas de la discriminación existente en su ámbito, e incluso se beneficia a quien no fue discriminado dentro de su ámbito, ni necesariamente se perjudica solo a quienes fueron causantes de la discriminación existente en dicho ámbito.

(2) Como es característico de las medidas de acción positiva, se acuerdan de manera unilateral a favor del sexo excluido, lo que normalmente supone sean –y así lo refleja la ley- “*a favor de las mujeres*” –o a favor de “*las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad*”, según se puntualiza en el artículo 14.6º de la LOIEMH-. Aunque quizás se debió optar por una fórmula más abierta que contemplase a los hombres en ciertos casos destinados a remover los prejuicios de género. De todos modos, la literalidad del artículo 11.1 de la LOIEMH no resulta base asaz suficiente para excluir las acciones positivas a favor de los hombres, y lo confirma el artículo 17 del ET al hablar del “*sexo menos representado*”.

(3) Su adopción se rodea de varias cautelas: (a) son “*medidas específicas*”, en cuanto regulaciones completamente separadas según el sexo constituirían un apartheid sexual contrario a la esencia de la igualdad, (b) su presupuesto de hecho son “*situaciones patentes de desigualdad de hecho (de las mujeres) respecto de los hombres*”, (c) “*serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones*”, es decir son temporales, y (d) son “*razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido*” tomando en consideración los otros tres factores pues cuanto más específicas sean las medidas, más patente sea la desigualdad y más temporal sea su vigencia, la acción positiva se encontraría más justificada.

(4) No se dice en qué pueden en concreto consistir, pero sí que son “*para corregir*” situaciones pasadas de discriminación. De este modo, el artículo 11 de la LOIEMH solo contempla las acciones positivas de pasado, o “*back-looking*”, contrapuestas a las acciones positivas de futuro, o “*forward-looking*”, que no pretenden integrar a las mujeres en un modelo androcéntrico, sino que promueven el cambio hacia un nuevo modelo integrador, de ahí que no necesitan justificarse en la existencia de situaciones pasadas de discriminación²⁹. La categoría de las acciones positivas de futuro se corresponde con la categoría de las medidas de igualdad de oportunidades –que analizaremos más tarde en este Capítulo-.

(5) Tampoco se especifica en qué ámbitos se pueden aplicar, lo cual permite su aplicación en cualesquiera ámbitos. La LOIEMH prevé, en particular, la adopción de medidas de acción positiva en ciertos ámbitos: la creación y producción artística e intelectual de las mujeres y la adopción de medidas de acción positiva –artículo 26.1.e) y f)-; la cooperación española al desarrollo –artículo 32.3-; o las actividades de formación de los empleados públicos –artículo 60-. Además, la LOIEMH contempla

²⁹ Véase esta clasificación en Elisa Sierra Hernaiz, “Acción positiva ...”, obra citada, páginas 90 a 93.

referencias más genéricas que sin duda incluyen las medidas de acción positiva –como cuando se contemplan las medidas de promoción en, por ejemplo, los artículos 26.1.a) y b), 27.2.a), 28.3, 29.2, 30.2 y 3, ó 31.2-.

Por su lado, el artículo 11, apartado 2, de la LOIEMH establece que *“también las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley”*. De este modo, las medidas privadas de acción positiva, además de estar sujetas a las mismas exigencias de las medidas públicas de acción positiva, se caracterizan por ser voluntarias –las públicas son obligatorias- y, además, por exigir una expresa habilitación legal que se concreta en relación con la negociación colectiva –artículo 43 de la LOIEMH-, dentro de los planes de igualdad de las empresas –artículos 45 a 47 de la LOIEMH-, o a través de las acciones de responsabilidad social –artículos 73 a 75 de la LOIEMH-.

Una consideración adicional se impone en relación con las medidas privadas de acción positiva y es la de que, dada su voluntariedad, resulta imprescindible que, por los Poderes Públicos, se fomente su adopción. Consciente de esa consideración, la LOIEMH ha establecido diversos mecanismos de fomento de la igualdad especialmente aplicables a las relaciones laborales: las cláusulas de igualdad en la contratación administrativa –artículos 33 y 34-, subvenciones públicas –artículo 35-, y distintivo empresarial en materia de igualdad –artículo 50-. Su análisis se acometerá cuando se analicen los instrumentos de la actividad administrativa de fomento aplicados a la igualdad –en el Capítulo Noveno-.

b) Clasificaciones doctrinales de las medidas de acción positiva. Crítica terminológica.

La doctrina científica suele distinguir dos grandes grupos de medidas de acción positiva: las acciones positivas moderadas y las medidas de

discriminación inversa³⁰. Estas últimas “*consisten en cuotas reservadas a los colectivos estigmatizados por su sexo, raza o discapacidad en los procesos de selección para acceder a bienes escasos en la sociedad*”. Se encuentra la diferencia con las demás acciones positivas en que “*las medidas de discriminación inversa provocan un daño directo a terceros no pertenecientes al grupo*”. Pero ello “*no quiere decir que toda discriminación inversa sea inconstitucional ... (sino que) su juicio de constitucionalidad deberá ser diferente*” al de otras acciones positivas³¹.

Como especie del género acciones positivas, las discriminaciones inversas (1) “*solo se han establecido para supuestos muy particulares de discriminación, la racial, la sexual y la derivada de una minusvalía física o psíquica – tipos de discriminación caracterizados por ser transparentes e inmodificables*”, (2) “*en supuestos de especial escasez (puestos de trabajo, listas electorales, plazas educativas)*”, y (3) “*se justifican por su finalidad de remediar los efectos desfavorables de discriminaciones de hondo arraigo social ... fuera del cumplimiento de esa finalidad ... se transforman en inaceptables discriminaciones directas – por ello son de interpretación estricta ... (y) sujetas a ... (determinadas) condiciones*”³².

Tal clasificación doctrinal resulta asumible en cuanto, a los efectos de establecer las cautelas aplicables, distinguen entre acciones positivas que causan un daño directo a terceros, o que lo causan solo difuso –y sin duda alguna muy valiosas las enseñanzas de los autores que la utilizan en orden a posibilitar la válida adopción de las acciones positivas incisivas-. Pero discrepamos en cuanto a la terminología utilizada si examinamos la

³⁰ Por todos, Fernando Rey Martínez, “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1995, páginas 83 a 107, y David Giménez Gluck, “Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, que desarrolla esa distinción a lo largo de todo su estudio.

³¹ He tomado las citas de David Giménez Gluck, “Una manifestación ...”, obra citada, páginas 210 y 211.

³² He tomado las citas de Fernando Rey Martínez, “El derecho ...”, obra citada, páginas 85 a 87.

cuestión desde una perspectiva de género. Si la discriminación sexista se sustenta en los prejuicios de género, una acción positiva legítima nunca se puede tildar de discriminación. Ni siquiera será discriminación el posible exceso de una acción positiva, sino vulneración del principio de igualdad.

Algo semejante se puede decir de las denominaciones –utilizadas tanto en el lenguaje jurídico como en el vulgar- de discriminación positiva y de cuotas. Y aún se pueden añadir algunas consideraciones adicionales. Hablar de discriminación positiva es un oxímoron porque nunca una discriminación –basada en prejuicios de género- es positiva –ni siquiera cuando aparentemente beneficia a las mujeres en base a un paternalismo trasnochado-. Tampoco es técnicamente correcto hablar de cuotas –que suponen atribuir automáticamente algo a alguien al margen del mérito- porque incluso en las modalidades más incisivas admitidas –las (mal) denominadas cuotas de desempate- se respetará el principio meritocrático.

En consecuencia, y partiendo de la base de que toda medida de acción positiva a favor de las mujeres causa un daño a los varones, si el daño causado es indirecto, colectivo o difuso –por ejemplo, las subvenciones a la contratación de mujeres en cuanto suponen privar de esos recursos del presupuesto público a los varones-, hablaremos de acciones positivas moderadas, mientras si el daño es directo –por ejemplo, en las (mal) denominadas cuotas de desempate-, hablaremos de acciones positivas incisivas. Ni que decir tiene –y así es lo que se deriva de la LOIEMH- que las acciones positivas incisivas de deben someter a cautelas más estrictas mientras las acciones positivas moderadas exigen un fundamento más laxo.

c) Posibles medidas de acción positiva en el ámbito social.

La generalidad de la redacción del artículo 11 de la LOIEMH, al no expresar ni en qué pueden en concreto consistir las medidas de acción

positiva ni en qué ámbitos de pueden aplicar, es más una virtud que un defecto en cuanto habilita, dentro de las cautelas legalmente establecidas, cualquier medida de acción positiva, desde las más moderadas hasta las más incisivas sin perjuicio, naturalmente, de que las más incisivas serán sometidas a cautelas más estrictas, y en cualquier ámbito, en particular en cualquier condición de trabajo dentro de la relación laboral –ofertas de empleo, proceso de selección, contratación, ascensos, formación en la empresa, movilidad funcional o geográfica, incluso despidos colectivos³³–.

Otros pasajes de la LOIEMH expresamente acogen las fórmulas más típicas de acciones positivas admitidas en la jurisprudencia comunitaria. Así, el artículo 42.2 de la LOIEMH establece que “*los Programas de inserción laboral activa comprenderán todos los niveles educativos y edad de las mujeres, incluyendo los de Formación Profesional, Escuelas Taller y Casas de Oficios, dirigidos a personas en desempleo, se podrán destinar prioritariamente a colectivos específicos de mujeres o contemplar una determinada proporción de mujeres*”. Una norma cuya inspiración en los pasajes relativos a acciones positivas en los cursos de formación contenidos en la STJUE de 28.3.2000, Caso Badeck, C-158/1997, es bastante evidente.

Más evidente aún si cabe es la inspiración de la jurisprudencia comunitaria –Kalanke, Marschall, Badeck, y Abrahamsson y Anderson- en la reforma acometida en el artículo 17 del ET, donde se afirma que “*la negociación colectiva podrá establecer ... reservas y preferencias*” en las condiciones de contratación, clasificación profesional, promoción y formación “*de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia ... las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate*”. Se habilitan así las (mal)

³³ Tales ejemplos los contempla Gemma Fabregat Monfort en “Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, páginas 47 a 73.

denominadas cuotas de desempate en el ámbito del empleo privado. Pero, criticablemente, faltó hacer lo mismo en el ámbito del empleo público³⁴.

Con la finalidad de despejar dudas –que razonablemente no deberían ya existir con la LOIEMH- sobre la posibilidad de medidas de acción positiva, la disposición final 3ª del Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, y, de forma mucho más completa, la disposición adicional 11ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, ambas bajo el pomposo título “igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo”, han modificado diversos artículos del ET para mejorar la redacción de las cláusulas de prohibición de la discriminación en general –artículo 17.1.I³⁵-, y en relación con la clasificación profesional –artículo 22.4³⁶-, la formación profesional – artículo 23.2³⁷-, y ascensos y promoción profesional –artículo 24.2³⁸-.

³⁴ Rechazando así las propuestas contenidas en los documentos de trabajo previos a la LOIEMH y a diferencia de lo que ha ocurrido en alguna ley autonómica de igualdad, como la Ley Gallega 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres, que contempla “actuaciones especiales en casos de infrarrepresentación” –artículo 37-: “Cuando en un determinado cuerpo, escala, grupo o categoría de la Administración Pública Gallega se verificare la infrarrepresentación del sexo femenino, en la oferta de empleo público se establecerá que, de existir méritos iguales entre dos o más candidatos, serán admitidas las mujeres, salvo si considerando objetivamente todas las circunstancias concurrentes en los candidatos de ambos sexos existen motivos no discriminatorios para preferir al hombre – se entiende, a estos efectos, la existencia de infrarrepresentación cuando en el cuerpo, escala, grupo o categoría exista una diferencia porcentual de, por lo menos, 20 puntos entre el número de mujeres y el número de hombres”.

³⁵ Según la nueva redacción del párrafo primero del apartado 1 del artículo 17 del ET, “se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español”. La novedad radicó en eliminar la referencia a situaciones de discriminación “favorables”, lo que podía ser malinterpretado como prohibición o limitación de las acciones positivas.

³⁶ Según la redacción actualmente vigente del apartado 4 del artículo 22 del ET, “la definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres”. La redacción anterior, según la cual “los criterios de definición de las categorías y grupos se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo”, se podía malinterpretar en el sentido de excluir la posibilidad de acciones positivas.

³⁷ Según la nueva redacción del apartado 2 del artículo 23 del ET, “en la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores mujeres y hombres”. Una regla inexistente con anterioridad al Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio.

d) Aplicación en la relación laboral.

Antes de la LOIEMH, la polémica sobre las acciones positivas era, en el ámbito del Derecho español del Trabajo, más de Política del Derecho que de Derecho Positivo. El listado de medidas de acción positiva, aparte las cuestionablemente reconocidas como tales en la jurisprudencia constitucional, solo comprendía medidas de fomento del empleo de mujeres en sectores donde estaban infrarrepresentadas y de colectivos de mujeres con riesgo de exclusión social, que, en los años previos a la LOIEMH, se integraron en el Programa de Fomento del Empleo que fue sistematizado con un carácter tendencialmente permanente en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

La LOIEMH trazó un plan para cruzar el Rubicón. Pero su eficacia dependía tanto de las disponibilidades presupuestarias de los Poderes Públicos como del compromiso de las empresas y de los agentes sociales. Y las disponibilidades presupuestarias de los Poderes Públicos se encuentran, debido a la crisis, en mínimos históricos. El Programa de Fomento del Empleo sufrió una severa poda con el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, que, en concreto, derogó el artículo 4.2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, que regulaba las bonificaciones en las cotizaciones por reingreso tras maternidad o excedencia por conciliación.

El compromiso de las empresas y de los agentes sociales, basado en la voluntariedad, ha generado unos resultados bastante irregulares, pues

³⁸ Según la nueva redacción del apartado 2 del artículo 24 del ET, “*los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación*”. La redacción anterior, según la cual “*los criterios de ascenso en la empresa se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo*”, se podía malinterpretar como exclusión de medidas de acción positiva.

mientras algunas empresas se han comprometido de una manera ejemplar, en especial a través de sus planes de igualdad, otras se han zafado cuanto han podido. Ni siquiera los convenios colectivos sectoriales estatales –en otros aspectos con regulaciones ejemplares- se han comprometido en masa con medidas incisivas de acción positiva, aunque sí hay algunos interesantes ejemplos³⁹. Todo lo cual determina un resultado final insatisfactorio a la vista de las expectativas creadas por la LOIEMH, aunque –se insiste- existen empresas con planes de igualdad avanzados⁴⁰.

IV. LAS MEDIDAS DE PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA:

a) Recepción normativa.

El empoderamiento de las mujeres, que es la idea central de la Plataforma para la Acción de la Declaración de Beijing, es aplicado –en sus Objetivos Estratégicos G.1 y G.2- a “*el poder y la toma de decisiones*” a través de una serie de medidas con una doble funcionalidad –apartado 181-: a) Como “*exigencia básica de justicia o democracia*”, porque “*la igualdad*

³⁹ Algunos ejemplos de medidas incisivas de acción positiva en la negociación colectiva sectorial estatal son los dos siguientes: (1) El XVII Convenio Colectivo General de la Industria Química, BOE de 9.4.2013, establece en su artículo 18 que “*para contribuir eficazmente a la aplicación del principio de no discriminación y a su desarrollo bajo los conceptos de igualdad de condiciones en trabajos de igual valor, es necesario desarrollar una acción positiva particularmente en las condiciones de contratación, salariales, formación, promoción y condiciones de trabajo en general, de modo que en igualdad de condiciones de idoneidad tendrán preferencia las personas del género menos representado en el grupo profesional de que se trate*”. Más concretamente, el artículo 11 obliga a las empresas a establecer “*exclusiones, reservas y preferencias en las condiciones de contratación de forma que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o función de que se trate*”. (2) El Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, BOE de 14.8.2012, establece, en su artículo 84, que, “*en igualdad de condiciones se atribuirá el ascenso según el siguiente orden de prioridades: la persona del sexo menos representado del nivel profesional en el centro de trabajo – la persona del sexo menos representado en la empresa*”.

⁴⁰ Un análisis de las medidas de acción positiva en el acceso al empleo y en la promoción profesional vigentes en la época de su publicación es el de Francisca Fernández Prol, “Igualdad por razón de sexo/género en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesional”, en el libro que he dirigido “El principio de igualdad en la negociación colectiva”, CCNCC, Madrid, 2008, páginas 115-120.

de participación de mujeres y hombres en la toma de decisiones proporcionará un equilibrio que reflejará, de manera más adecuada, la composición de la sociedad, y además es necesario para promover el buen funcionamiento de la democracia". b) Como *"condición necesaria para que los intereses de las mujeres se tengan en cuenta"*, explicando al efecto que *"sin este equilibrio es muy poco probable la integración real de la dimensión de igualdad en la formulación de políticas gubernamentales"*. La finalidad esencial de las medidas de que se trata es aquella primera –la justicia y la democracia- y esta segunda es una finalidad estratégica –que no se cumple si las mujeres empoderadas asumen unos roles masculinos-.

Inspirándose en la Plataforma para la Acción, la LOIEMH establece una participación equilibrada en los tres siguientes ámbitos: (1) En *"las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios ... diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas"* –artículo 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, ex disposición adicional 2ª de la LOIEMH-. (2) En *"los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan"* a los Poderes Públicos –artículo 16 de la LOIEMH-, que se desarrolla específicamente para la Administración General del Estado – artículos 52, 53 y 54-, y en determinados ámbitos administrativos – artículos 24.2.d), 26.2.c), 27.3.e), 37.2 y 38.2 de la LOIEMH-. (3) En el consejo de administración de *"las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada"* –artículo 75 de la LOIEMH-.

La definición –que es una definición clave para la aplicación de todas las anteriores normas- de presencia o composición equilibrada –en

expresión muy afortunada⁴¹ - se acomete en la disposición adicional 1ª de la LOIEMH, donde se establece que, *“a efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento”*. Se trata de una norma muy flexible porque, según la mejor doctrina, *“la fórmula elegida, que permite también la paridad estricta (50%), deja una horquilla de un 20% en su aplicación que puede ser cubierta por uno de los dos sexos”*⁴².

b) Aproximación conceptual.

Tanto en la Plataforma para la Acción como en la LOIEMH, son medidas diferentes a las de acción positiva. No son medidas temporales para acelerar la igualdad real, sino medidas permanentes que instauran una igualdad real garantizando tanto la participación femenina como la participación masculina en el acceso al poder y en la toma de decisiones. Su ámbito de actuación es más limitado que el de las medidas de acción positiva, ya que únicamente se aplican en puestos de poder o de toma de decisiones donde no impera absolutamente el principio meritocrático bien porque no es relevante –como ocurre en las candidaturas electorales- bien porque existe un gran margen de discrecionalidad –en los demás casos-.

Se trata –en especial cuando se trata de candidaturas electorales y de nombramientos en cargos públicos- de una profundización en la idea de la democracia. De este modo, si la democracia es –según su etimología- el Gobierno del Pueblo, no es admisible que solo una parte del Pueblo

⁴¹ Como dice Julia Sevilla Merino, *“no se puede construir una sociedad cimentada sobre el desequilibrio ... todo el mundo entiende (el equilibrio) como algo deseable en cualquiera de sus aplicaciones”*, comentario a la disposición adicional 1ª, en “Comentarios a la Ley de Igualdad”, dirigidos por José Ignacio García Ninet, y coordinados por Amparo Garrigues Jiménez, CISS, Valencia, 2007, página 572.

⁴² Julia Sevilla Merino, comentario a la disposición adicional 1ª, en “Comentarios ...”, dirigidos por José Ignacio García Ninet y coordinados por Amparo Garriguez Giménez, obra citada, página 572.

definida por su sexo acceda al Gobierno –y es una afirmación bilateral, es decir, ni es admisible que accedan solo los hombres ni sería admisible que accedieran solo las mujeres, lo cual marca otra diferencia con las medidas de acción positiva, que son unilaterales-. Lo exigible es que el Pueblo entero, incluyendo en consecuencia a las mujeres y a los hombres, acceda al Gobierno. Lo cual supondrá el ampliar la legitimidad de la democracia.

Diferencias sustanciales con las medidas de acción positiva que aconsejan darles a estas medidas una denominación específica. Una denominación bastante extendida es medidas de democracia paritaria, aunque presenta el inconveniente de referirse solo a la participación en el poder político. Una denominación más amplia es medidas de empoderamiento decisorio, aunque presenta el inconveniente de ser un tanto rebuscada. Tales inconvenientes se superan con la denominación de medidas de participación, presencia o composición equilibrada que, además de combinar la simplicidad de la primera con la amplitud de la segunda, al aludir a equilibrio ofrece evocaciones positivas y enraíza con la LOIEMH.

c) Jurisprudencia constitucional.

Hemos de rematar con la STC 12/2008, de 29 de enero⁴³, que, en relación con las (mal) llamadas cuotas electorales (mal llamadas porque ya hemos visto que no son ni acciones positivas, ni mucho menos cuotas), las declara constitucionales con base en la igualdad sustancial del artículo 9.2 de la CE –que es, por cierto, el mismo fundamento utilizado en la Exposición de Motivos de la LOIEMH-. No se alude, además, al concepto de acción positiva como fundamento de la medida. Y lo ratifica el que, en

⁴³ Que hemos comentado apenas la sentencia fue dictada en “Unos apuntes sobre las llamadas cuotas electorales a la vista de la decisión de su constitucionalidad”, Diario La Ley, número 6918, 2008.

párrafos clave de la fundamentación jurídica, se considere la igualdad sustancial “*elemento definidor de la noción de ciudadanía*”, o se refiera a “*los valores sobre los que se sustenta la llamada democracia paritaria*”.

Sin embargo, la STC 13/2009, de 19 de enero, sobre la ley electoral vasca, que garantiza una representación femenina mínima del 50% mientras la masculina es del 40%, y la STC 40/2011, de 31 de marzo, sobre la ley electoral andaluza, que establece las listas cremallera con alternancia de hombres y mujeres, afirman ambas que es “*solo constitucionalmente aceptable en tanto que coyuntural*”. Resulta hasta cierto punto entendible considerar acción positiva una mayor garantía de representación femenina, pero no se entiende donde está la ventaja en las listas cremallera. Hubiera sido mejor respecto a las listas cremallera considerarlas constitucionales con base en su consideración como medidas de participación equilibrada⁴⁴.

d) Aplicación en el ámbito social.

La aplicación de las medidas de participación equilibrada en el ámbito social ha resultado muy limitada. Podía haber sido relevante si la LOIEMH hubiera acogido la propuesta contenida en los documentos de trabajo previos de introducir cuotas similares a las electorales en las elecciones sindicales, es decir en las elecciones a representación del personal en las empresas. Al no haber sido así, solamente afectan al ámbito social –y, en consecuencia, a ellas se limitará nuestro estudio, dejando fuera las (mal) denominadas cuotas electorales- los nombramientos equilibrados –véase el Capítulo Noveno- y la participación equilibrada de las mujeres en consejos de administración de sociedades mercantiles –véase el Capítulo Décimo-.

⁴⁴ Quede claro que lo criticable no es admitir la constitucionalidad de la ley electoral cremallera, que sí es constitucional, sino haber acudido a la idea de acción positiva –y, en consecuencia, de eficacia temporal limitada- cuando no hay preferencia a favor de ningún sexo –de donde la medida puede ser permanente-.

V. LAS MEDIDAS DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES:

a) Aproximación conceptual.

Si bien a veces se utiliza la expresión de medidas de igualdad de oportunidades en un sentido vulgar abarcando algunas medidas en materia de tutela antidiscriminatoria –como las cláusulas de tutela judicial efectiva o la flexibilización de la carga de la prueba-, o en un sentido técnico amplio abarcando todas las medidas en materia de igualdad de oportunidades –incluyendo las medidas de acción positiva y las medidas de participación equilibrada-, en un sentido técnico estricto –que es el que aquí utilizaremos- son medidas que, dirigidas a uno o a ambos sexos, pretenden eliminar las diferencias entre hombres y mujeres a través de la erradicación permanente de los prejuicios de género causantes de dichas diferencias.

Utilizando en la explicación las categorías de diferencias de trato y diferencias de estado –definidas en las conclusiones del Capítulo Primero-, las medidas de igualdad de oportunidades no operan directamente sobre las diferencias de trato –como ocurre con las medidas de tutela discriminatoria-, sino sobre las diferencias de estado para que, erradicadas estas, desaparezcan aquellas. En términos más simples, actúan sobre las causas de la desigualdad para que, gracias a su erradicación, desaparezcan sus efectos. O, dicho en otros términos igualmente simples, pretenden, no la igualación dentro de un modelo androcéntrico, sino su cambio por un modelo donde no existan prejuicios de género en contra de ningún sexo.

También podemos utilizar en la explicación la distinción doctrinal –a la que nos hemos referido en las páginas anteriores de este mismo Capítulo- entre acciones positivas de pasado, o “*back-looking*” y acciones positivas de futuro, o “*forward-looking*”. Siguiendo esta distinción

doctrinal, las medidas de igualdad de oportunidades se corresponden con las acciones positivas de futuro porque no pretenden integrar a las mujeres en un modelo androcéntrico, sino que promueven el cambio hacia un nuevo modelo integrador, de ahí que no necesitan justificarse en la existencia de situaciones pasadas de discriminación –como ocurre con las acciones positivas de pasado, que son las acciones positivas propiamente dichas-.

De este modo, las medidas de igualdad de oportunidades son diferentes, no solo de las de tutela antidiscriminatoria –que operan en el ámbito de la igualdad de trato-, también de las de acción positiva, que – aunque operan en el ámbito de la igualdad de oportunidades- se justifican en una desigualdad de trato y aceleran la igualdad de trato. Por ello, a diferencia de las de acción positiva, las de igualdad de oportunidades son permanentes. Ni siquiera en una utópica sociedad igualitaria se derogaría el permiso de paternidad si no es a riesgo del abandono masculino en el cuidado de hijos/as. Tampoco es imaginable una sociedad igualitaria si no se produce, en algún momento, una cobertura social del trabajo doméstico.

Ahora bien, como ocurre con las medidas de acción positiva, no son medidas a las cuales el Poder Legislativo –a lo menos en el momento actual de la evolución de la normativa internacional, comunitaria y constitucional- se encuentre sujeto de manera rígida, que es lo que ocurre con las medidas de tutela antidiscriminatoria. El Poder Legislativo no puede, por ejemplo, prohibir a las mujeres ser pilotos de aviones militares, o trabajar en el interior de las minas. Pero sí puede, por ejemplo, decidir regular, o no, el permiso de paternidad, y, si lo hace, concretar su duración. Naturalmente, esa afirmación se hace sin desconocer que la normativa –aún siendo muy genérica- impide al Poder Legislativo situarse en una inacción absoluta.

Las medidas de igualdad de oportunidades –según las hemos definido en sentido técnico estricto como dirigidas a erradicar los prejuicios de género contra las mujeres- son medidas potenciadas en el moderno

derecho a la igualdad vinculado al principio de transversalidad. Al integrar la dimensión de género en la totalidad de las relaciones jurídicas, se detectan donde existen prejuicios de género contra las mujeres y, en un análisis crítico, se puede concluir como erradicarlo. No quiere esto decir que, antes de la eclosión del principio de transversalidad, no existiesen esas medidas –pues estaban permitidas y efectivamente existían-, sino que este principio las ha potenciado, dándoles una centralidad que antes no tenían.

Pero las medidas de igualdad de oportunidades no pretenden erradicar los prejuicios de género de una manera única, válida en cualquier caso y ocasión, sino que, según cómo actúan en cada caso y ocasión los prejuicios de género, la medida adoptará una estructura diferente para cada caso y ocasión. Ello nos conduce a otra característica esencial de las medidas de igualdad de oportunidades: son polimórficas –como lo es la discriminación por razón de sexo / género-. Y, a los efectos de intentar identificar algunas medidas típicas de igualdad de oportunidades, es necesario establecer las conexiones conceptuales entre las medidas de igualdad de oportunidades y otros conceptos de tutela antidiscriminatoria.

b) Igualdad de oportunidades y empoderamiento de las mujeres.

La palabra empoderamiento procede del sustantivo inglés “*empowerment*” y este, a su vez, del verbo “*empower*” que, según el Diccionario Oxford, significa “*dar poder de decisión*”. En ese sentido es en el que se ha usado la palabra “*empowerment*” o empoderamiento en las ciencias sociales y en el que se ha usado en particular por el feminismo. De este modo, el empoderamiento de las mujeres se ha convertido en un concepto básico del feminismo y es la idea central de la Plataforma para la Acción de la Declaración de Beijing, que precisamente se define –en su

apartado 1- como “*un programa encaminado a crear condiciones necesarias para la potenciación del papel de la mujer en la sociedad*”.

El empoderamiento es un proceso con aspectos objetivos y subjetivos. Los aspectos objetivos tienden a otorgar a las mujeres mayor autonomía en todas las relaciones en las cuales puede participar –pareja, familia, trabajo, política-. Y los aspectos subjetivos se refieren a la propia concienciación de las mujeres en orden a su subordinación, sus deseos de superarla y la creencia en el éxito. Así entendido el empoderamiento, fácilmente se comprende que desborda el concepto de igualdad de trato y que especialmente actúa en el ámbito de la igualdad de oportunidades pues solamente se podrá empoderar objetiva y subjetivamente a las mujeres superando el modelo androcéntrico y construyendo un modelo igualitario.

No extraña en consecuencia que muchas estrategias de empoderamiento sean calificables dentro de la polimórfica batería de medidas de igualdad de oportunidades. Es el caso de las políticas dirigidas al reconocimiento de derechos, creando derechos allí donde no los hay –pero en justicia debería haberlos- bien directamente a favor de las mujeres –la tutela legal contra la violencia de género- o bien en relación con actividades feminizadas –el reconocimiento formal del trabajo doméstico-. O es el caso de las políticas de fomento de la autonomía personal dirigidas a un mayor poder de autodecisión sobre la propia vida –dentro de lo cual se inscriben las medidas de empoderamiento en el uso personal del tiempo-.

Por lo demás, no hace falta mucho esfuerzo argumental para fundamentar las estrategias de empoderamiento de las mujeres en el artículo 9.2 de la CE, donde –recordémoslo una vez más- se establece el mandato constitucional dirigido a los Poderes Públicos de “*facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida ... económica, cultural y social*”. Más concretamente, las medidas de reconocimiento de derechos a favor de las mujeres o en relación con actividades feminizadas y de

empoderamiento en el uso del tiempo han sido un motor impulsor de la LCON, la LOPIVG y la LOIEMH y, más en general, de extensos campos de la legislación estatal y autonómica de igualdad de mujeres y hombres.

c) Igualdad de oportunidades y discriminación por indiferenciación.

Es discriminación por indiferenciación la falta de atención de modo razonable a las necesidades especiales de personas o grupos fundadas en las causas de discriminación legalmente reconocidas. La jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de admitir que, al amparo del artículo 9.2 de la CE, se establezcan medidas diferenciadas para determinados colectivos en aras a una igualdad real, excluye la discriminación por indiferenciación del ámbito del artículo 14 de la CE, porque *“no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual”* –véase la STC 198/2012, de 6 de noviembre, y las que cita, STC 86/1985, de 10 de julio, STC 117/2006, de 24 de abril, STC 69/2007, de 16 de abril, y STC 30/2008, de 25 de febrero-.

De este modo, la jurisprudencia constitucional coloca a las medidas de erradicación de la discriminación por indiferenciación en el ámbito de las medidas de igualdad de oportunidades y, en consecuencia, las medidas de erradicación de la discriminación por indiferenciación se erigen en otro ejemplo de medidas de igualdad de oportunidades. Conviene precisar, en todo caso, que, aunque la discriminación por indiferenciación es una omisión, no todas las omisiones se sitúan en el ámbito de la igualdad de oportunidades, pues hay omisiones que resultan afectadas por la prohibición de discriminación –como hemos apuntado al examinar los elementos del trato discriminatorio sexista directo en el Capítulo Cuarto-.

Aplicando estas categorías al sexo, se produce discriminación por indiferenciación de las mujeres cuando no se contempla su diversidad sexual respecto a los hombres, lo que acontece, de manera prototípica, en el

ámbito de la salud a causa de la aplicación indiscriminada a las mujeres de una medicina diseñada por y para los hombres –como es el caso del protocolo de infarto, diseñado por y para los hombres, siendo poco útil a las mujeres porque sus infartos no tienen los mismos síntomas-. Las medidas de acomodación a la diversidad sexual –en especial en el ámbito de la salud- constituyen, en conclusión, otra categoría de medidas de igualdad de oportunidades con la finalidad de alcanzar la igualdad real entre los sexos.

También la discriminación por indiferenciación se puede aplicar al género, en cuyo caso la discriminación por indiferenciación se produciría cuando la legislación omitiese toda consideración a los estereotipos sociales y, de manera complementaria, serían medidas de igualdad de oportunidades todas aquellas que buscasen superar los prejuicios de género –por ejemplo, la introducción de un permiso de paternidad o de la tutela contra la violencia de género-. Aunque aquí se diluye la utilidad de la categoría a los efectos de identificar medidas específicas de igualdad de oportunidades porque toda medida de igualdad de oportunidades elimina en mayor o menor grado una discriminación por indiferenciación de género.

d) Igualdad de oportunidades y prevención de la discriminación.

Otro concepto de tutela antidiscriminatoria cercano al de medidas de igualdad de oportunidades es la prevención de la discriminación. En un sentido amplio, todas las medidas de igualdad de oportunidades son medidas de prevención de la discriminación porque se dirigen a erradicar las causas de la discriminación para prevenir la existencia de diferencias de trato. Utiliza la LOIEMH este sentido amplio cuando afirma, en su Exposición de Motivos, III, que *“la mayor novedad de esta Ley radica ... en la prevención de (las) conductas discriminatorias y en la previsión de*

políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad". Que es tanto como decir que la LOIEMH es una ley de igualdad de oportunidades.

Un entendimiento más estricto de las medidas de prevención de la discriminación se encuentra en el artículo 26 de la Directiva 2006/54/CE cuando obliga a los Estados miembros a alentar a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación a adoptar "*medidas eficaces para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo y, en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en el acceso al empleo, en la formación profesional y en la promoción*". De este modo, la protocolización de decisiones empresariales discrecionales, o los códigos de conducta sobre violencia de género, son medidas de igualdad de oportunidades catalogables de medidas de prevención de la discriminación.

e) Igualdad de oportunidades y medidas de igualación.

Las medidas de igualación se han definido doctrinalmente como "*los tratos formalmente desiguales que tienen como finalidad constitucionalmente admisible la igualdad entre los ciudadanos individualmente considerados y, por ello, basan la diferencia de trato en la situación de inferioridad del beneficiado, situación de inferioridad que viene reflejada por rasgos que objetiva e individualmente la determinan*". Por ejemplo, las becas a estudiantes sin recursos. "*El rasgo que determina la diferenciación es un signo objetivo, indubitado e intemporal de inferioridad social*". Su legitimidad constitucional resulta tan evidente que en un Estado social –como es el español– son medidas incluso exigidas⁴⁵.

Ciertamente, las medidas de igualación no son necesariamente medidas de igualdad de oportunidades de los sexos. Pero pueden serlo

⁴⁵ Consideraciones tomadas de David Giménez Gluck, "Una manifestación ...", páginas 58 a 61.

cuando el rasgo determinante de la diferenciación presenta una dimensión de género. El ejemplo paradigmático son las medidas de apoyo a familias monoparentales con escasos recursos, al ser el cabeza de familia usualmente una mujer. Autorizada doctrina ha llamado a estas medidas de igualdad con dimensión de género “*medidas indirectas de acción afirmativa*”⁴⁶. Si bien, como son bilaterales, no son auténticas medidas de acción positiva, sino de igualdad de oportunidades. Una denominación más apropiada para evitar la confusión sería la de medidas de parificación real.

f) Igualdad de oportunidades e individualización de derechos.

Determinados derechos y, en especial, los fiscales y los sociales, se han construido tomando la familia como unidad de imputación bajo la premisa de que, en cada familia, existía un único proveedor de recursos económicos –el hombre-, y los demás miembros –la esposa y los hijos/as– eran dependientes. Pero esa realidad ha cambiado. El mercado de trabajo y la actividad económica considera a las personas en su individualidad. Sin embargo, el Derecho Tributario y la Seguridad Social siguen, en numerosos países europeos y en mayor o menor medida, manteniendo la familia como unidad de imputación. Tal circunstancia crea situaciones de discriminación contra la mujer y mantiene su consideración como persona dependiente.

Por ese motivo, la Comisión Europea, desde los primeros planes comunitarios de igualdad, ha fomentado la adopción, por los países miembros, de medidas dirigidas a que, a efectos tributarios y de protección social, las personas sean consideradas de manera individualizada. Muchos países europeos han adoptado medidas de individualización de los derechos fiscales y de protección social, permitiendo la declaración de la renta

⁴⁶ Véase María Amparo Ballester Pastor, “Diferencia ...”, obra citada, páginas 150 a 154.

separada de los cónyuges, o sustituyendo la pensión de viudedad por otros derechos sociales originarios. Así entendidas, las medidas de individualización de derechos fiscales y sociales se erigen en otra categoría dogmática en el amplio abanico de medidas de igualdad de oportunidades.

g) Igualdad de oportunidades y violencia en la pareja.

Si contra la violencia de género en la relación laboral se ocupan las normas laborales, una ficticia compartimentación de la realidad social nos permitiría concluir que, contra la violencia de género en relaciones no laborales, el Derecho del Trabajo nada tiene que decir. Pero esto es algo muy erróneo. De un lado, porque la realidad social no se puede compartimentar en correlación con las distintas ramas jurídicas, de donde, aún cuando se desenvuelva en relaciones no laborales, la violencia de género puede generar implicaciones en el ámbito de una relación laboral. De otro lado, porque, encontrándose los prejuicios de género omnipresentes en la totalidad de las relaciones sociales, una víctima de violencia de género en una relación no laboral puede ser, por esos mismos prejuicios, trabajadora discriminada en el ámbito laboral –victimización secundaria-.

Por ello, el Derecho del Trabajo, además de combatir la violencia de género en la relación laboral, debe coadyuvar en el combate de la violencia de género en relaciones no laborales en cuanto se presenten implicaciones en el ámbito laboral, y la eliminación de las implicaciones negativas y la creación de otras implicaciones positivas es una nueva labor, como todas las suyas social, que le toca asumir al Derecho del Trabajo, lo que se compadece con el principio de transversalidad con su resulta de integrar la dimensión de género en la totalidad de normas del ordenamiento jurídico.

VI. ALGUNOS EJEMPLOS DE APLICACIÓN DE MEDIDAS DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL ÁMBITO SOCIAL.

No es el caso de enumerar las concretas medidas de igualdad de oportunidades adoptadas en nuestro ordenamiento jurídico social vigente, y menos aún de las que se podrían adoptar en cada uno de los ámbitos del ordenamiento jurídico social. Eso supondría realizar un repaso a todo el ordenamiento jurídico social que excede del objeto de nuestro estudio limitado al análisis de los conceptos generales sobre igualdad de los sexos. Pero sí es interesante exponer algunos ejemplos que permitan precisar el concepto de medidas de igualdad de oportunidades y, más específicamente, de las diversas modalidades de medidas que –en las páginas precedentes– hemos identificado como medidas dirigidas a la igualdad de oportunidades.

a) Medidas dirigidas al empoderamiento del tiempo: el fomento del trabajo a tiempo parcial; el trabajo a distancia; el papel de la negociación colectiva; las políticas públicas de tiempo de la ciudad.

A causa de los estereotipos sociales asociados al sexo –es decir, a causa del género–, el uso del tiempo no es igual en mujeres y hombres, ni cuantitativa ni cualitativamente⁴⁷. Cuantitativamente porque, hablando en términos de generalidad estadística, la dedicación de las mujeres al trabajo doméstico y extradoméstico supera, en cómputo global y a lo largo de la vida, a la dedicación de los hombres al trabajo doméstico y extradoméstico.

⁴⁷ Algunas de las temáticas abordadas en el texto las he abordado desde la perspectiva de la igualdad de los sexos en otros estudios, a lo cuales me permito hacer remisión, a saber, “El contrato de trabajo a tiempo parcial y la Seguridad Social: Puntos críticos”, *Aranzadi Social*, número 13, 2005, “Tiempo y género”, *Aequalitas*, número 20, 2007, “El tiempo de trabajo, la productividad y la conciliación en la negociación colectiva”, *Diario La Ley*, número 7052, 2008, asimismo incluido en el libro colectivo “El tiempo de trabajo y la seguridad y salud laboral en la negociación colectiva. XXI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva”, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos – MTIN, Madrid, 2009, y “El tiempo en las leyes con perspectiva de género”, *Revista de Derecho Social*, número 49, 2010.

Tal saldo en contra de las mujeres obedece a que, aunque estas puedan dedicar menos tiempo que los hombres al trabajo extradoméstico –el denominado, con gran dosis de prejuicio de género, trabajo productivo, como si el doméstico no lo fuese-, nunca abandonan el trabajo doméstico.

Y cualitativamente porque la distribución masculina tiende a la unificación de los tiempos de trabajo –de trabajo extradoméstico como único trabajo asumido- para conseguir, como ideal de calidad de vida, unificar y ampliar los tiempos de descanso. La distribución femenina intercala tiempos de trabajo –tanto los de trabajo doméstico como los de trabajo extradoméstico- y tiempos de descanso, e incluso se superponen en la medida de lo posible –atendiendo a varias cosas a la vez, lo que, según el imaginario social basado en los estereotipos de género, no sabemos hacer los hombres-. En suma –y hablando en términos técnicos-, los hombres distribuyen su tiempo linealmente y las mujeres lo distribuyen en estrella.

Tal distribución sexual del tiempo ha interactuado con los sistemas productivos determinando las condiciones de trabajo de las mujeres. Sobre esa distribución sexual del tiempo se construyó el sistema productivo industrial –taylorista / fordista- basado en una producción en cadena que se satisface con jornadas completas con una distribución rígida en turnos. Y la implantación del sistema productivo industrial a su vez reafirmó la distribución sexual del tiempo. Por ello, los hombres eran los trabajadores industriales prototípicos, mientras las mujeres accedían a trabajos marginales –en el doble sentido de no habituales y de minusvalorados- acomodados a su uso del tiempo, como el tiempo parcial, o el a domicilio.

La transición a un sistema productivo post-industrial –toyotista- caracterizado por grupos de trabajo autónomos a veces implantados en diferentes países, ha exigido mayor flexibilidad de la jornada de trabajo, lo que determina que las mujeres, por los condicionantes de género, encajen mejor en esas exigencias que en las rígidas de jornadas industriales. Pero

eso no ha mejorado la situación de las mujeres porque, de un lado, se sigue aprovechando la debilidad contractual del trabajo atípico, y, de otro lado, la flexibilidad que se pretende es a favor de la productividad de las empresas, no a favor de la conciliación de las personas. En todo caso, ningún sistema productivo pretende modificar a mejor la situación familiar de las mujeres.

Por ello, se hacen necesarias, tanto en las industrias aún ancladas en el fordismo, como en las empresas basadas en el toyotismo, y, en general, en todos los ámbitos del empleo público y privado, la instauración de medidas dirigidas a empoderar en el uso del tiempo a las mujeres, y también a los hombres. A esa finalidad se dirigen los derechos de conciliación en clave de corresponsabilidad –a analizar en el Capítulo Séptimo-. Siendo las medidas dirigidas a empoderar a las personas del uso de su tiempo más características, los derechos de conciliación no son, sin embargo, las únicas. De seguido, analizaremos algunas medidas que, en perspectiva doctrinal, se calificarían como de empoderamiento del tiempo.

(1) Fomento del trabajo a tiempo parcial. El trabajo a tiempo parcial ha sido tradicionalmente una fuente de discriminaciones contra las mujeres y, más ampliamente, contra las personas trabajadoras a tiempo parcial, y ello obedece –como recién se ha visto- a su inhabitualidad en el contexto de un sistema productivo industrial y a una minusvaloración que persiste en el sistema productivo post-industrial. Pero si se depura la regulación del trabajo a tiempo parcial de aspectos discriminatorios –lo que aún está lejos de conseguirse en nuestro ordenamiento jurídico y en nuestras relaciones laborales-, las medidas dirigidas a su fomento sobre la base de la voluntariedad suponen medidas de igualdad de oportunidades de los sexos.

Sobre los fundamentos de la igualdad y de la voluntariedad, se construye, precisamente, la regulación del trabajo a tiempo parcial tanto en el Convenio 175 y la Recomendación número 182 sobre el trabajo a tiempo parcial de la Organización Internacional del Trabajo (1994), como en la

Directiva 97/81/CE del Consejo de de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES. Pero la plasmación de la igualdad y la voluntariedad en la legislación laboral española ha sido siempre deficiente⁴⁸. Así, el Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre, que es la mejor regulación que hemos tenido en España, discriminaba en la regla de cómputo de carencias.

Dejando ahora al margen los defectos de aplicación del principio de igualdad –que se analizaron en el Capítulo Cuarto-, el principio de voluntariedad se reguló de una manera bastante satisfactoria en el artículo 12.4.e) del ET, en la redacción del Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre, donde, entre otras cosas y en lo que aquí interesa, se establece con contundencia que *“la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de los dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 41”*.

Pero el principio de voluntariedad ha sufrido importantes erosiones debido a la aplicación judicial y a la Reforma Laboral de 2012⁴⁹. De un lado, la STS de 7.10.2011, RCUUD 144/2011, habilita a la empresa a decidir una modificación sustancial de condiciones de trabajo para reducir temporalmente la jornada –pero sin especificar cuánto dura la reducción-

⁴⁸ Sobre el trabajo a tiempo parcial, son de interés los estudios más clásicos de Henar Merino Senovilla, “El trabajo a tiempo parcial (un tratamiento diferente del tiempo de trabajo)”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1994, y de Ignacio González del Rey Rodríguez, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, y la obra coordinada por María Emilia Casas Baamonde / Fernando Valdés Dal-Ré, “Los contratos de trabajo a tiempo parcial”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000. También remito al libro que escribí con Jaime Cabeza Pereiro, “El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”, Editorial Comares, Granada, 1999. Más actuales, José Antonio Ruíz Salvador, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2004, o Carmen Ferradans Carames, “El contrato de trabajo a tiempo parcial: difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006. Desde óptica socioeconómica y en perspectiva de conciliación, Elena Sirvent García del Valle, “El empleo a tiempo parcial como herramienta para compatibilizar la flexibilidad laboral y la conciliación de la vida personal y laboral”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2009.

⁴⁹ Ambas cuestiones las analiza Jaime Cabeza Pereiro en su excelente estudio “Nuevos interrogantes en torno al contrato a tiempo parcial”, Aranzadi Social, número 2, 2012, que he utilizado para la exposición.

argumentando que “*esa decisión empresarial y la ausencia de conformidad de las trabajadoras no determinaban la transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial*”. Así las cosas, se ha creado un *tertium genus* de contrato de trabajo a tiempo completo con jornada reducida temporalmente sin siquiera saber durante cuánto se ha reducido.

La Reforma Laboral de 2012, con su reintroducción de las horas extraordinarias tanto en el trabajo a tiempo parcial indefinido como en el trabajo a tiempo parcial temporal, unido a la posibilidad –establecida desde antes en el artículo 35 del ET- de la obligatoriedad de las horas extraordinarias –un pacto muy extendido en la negociación colectiva-, ha abierto otra fuga de agua muy importante desde la perspectiva del principio de voluntariedad del trabajo a tiempo parcial. En la misma línea se sitúa la aplicación al trabajo a tiempo parcial de la regla de distribución irregular de un 10% de la jornada que –introducida en la Reforma de 2010 y ampliada en la Reforma de 2012- se contiene actualmente en el artículo 34.2 del ET.

Todo lo expuesto explica el “*estrepitoso fracaso*” del modelo español de regulación del trabajo a tiempo parcial⁵⁰. Y es que el legislador confunde –siempre lo ha hecho- fomento del trabajo a tiempo parcial con flexibilización a favor de la empresa –lo cual mantiene el contrato de trabajo a tiempo parcial en las cercanías del contrato basura- cuando ese fomento se debe entender dentro de un contexto de respeto a la igualdad y a la voluntariedad, tanto en el ámbito laboral como en el de protección social. Cumplido ese contexto, fomentar la contratación a tiempo parcial –por ejemplo, con bonificaciones o reducciones de cotización- satisfaría a la vez ciertas necesidades productivas y los intereses de muchos trabajadores/as.

(2) Regulación del trabajo a distancia. Con la novedosa denominación de trabajo a distancia, la Reforma de 2012 abarca el viejo

⁵⁰ Como muy oportunamente lo expresa Jaime Cabeza Pereiro, “Nuevos ...”, obra citada.

trabajo a domicilio y la mayoría de modalidades del moderno teletrabajo⁵¹. Uno y otro están feminizados y, en cualquier caso, pueden suponer una alternativa para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. De ahí la importancia de una adecuada regulación que garantice la igualdad entre trabajadores a distancia y trabajadores presenciales y la voluntariedad en la realización del trabajo a distancia. La Reforma de 2012 ha supuesto mejoría de la regulación anterior, pero se ha quedado corta si se compara con el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo de 16 de julio de 2002.

El artículo 13 del ET garantiza la igualdad al establecer que *“los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial”* –como el uso del comedor de empresa-. De ahí *“(el) derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones”, “el acceso efectivo ... a la formación profesional para el empleo”, “(el) derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud”, y “los derechos de representación colectiva”*, adscribiendo al trabajador a un centro de trabajo de la empresa.

Pero en cuanto a la voluntariedad el artículo 13 del ET se limita a establecer que, *“a fin de posibilitar la movilidad y promoción, (el empresario) deberá informar a los trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo”*. Una regulación muy laxa a la vez que escasa si

⁵¹ Sobre el trabajo a domicilio y el teletrabajo antes de la Reforma de 2012, se pueden citar los estudios de Rosario Galiardo Moya, “El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador”, Editorial Ibidem, Madrid, 1998, de Javier Thibault Aranda, “El teletrabajo: análisis jurídico laboral”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, y de Jaume Arnal Maqueda, “Contrato de trabajo a domicilio”, Editorial Bosch, Barcelona, 2006. Me permito añadir mi propio estudio “El trabajo a domicilio y el teletrabajo”, Revista Técnico Laboral, número 129, 2011. Tras la Reforma de 2012, véase Miguel Angel Purcalla Bonilla / Carlos Hugo Preciado Doménech, “Trabajo a distancia vs. teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012”, Actualidad Laboral, número 2, 2013.

comparada con el Acuerdo Marco Europeo⁵². A falta de una plasmación expresa, el principio de voluntariedad se sustentaría en los artículos 1.091, 1.204 y 1.256 del Código Civil, en relación con la imposibilidad de utilizar el artículo 41 del ET para modificar las condiciones de empleo que se proyectan en el régimen contractual –STS de 11.4.2005, RCO 143/2004-.

También calla el artículo 13 del ET sobre otra serie de cuestiones contempladas en el Acuerdo Marco Europeo, como es el respeto a la intimidad del trabajador, o las normas sobre equipos de trabajo. Ciertamente, esas lagunas –como la laguna relativa al principio de voluntariedad- se pueden llenar acudiendo a normas de general aplicación vigentes en nuestro ordenamiento jurídico como serían –respectivamente- el derecho fundamental a la intimidad, o las reglas de la buena fe contractual. Pero si lo pretendido es fomentar el trabajo a distancia, lo mejor es siempre establecer de modo preciso el régimen jurídico aplicable.

(3) El papel de la negociación colectiva. La doctrina científica ha destacado la positiva trascendencia, desde una perspectiva de género, de las cláusulas de los convenios colectivos que mejoran la regulación de los trabajos atípicos, en concreto los a tiempo parcial y los fijos discontinuos, aunque asimismo se concluye, en relación con el trabajo a tiempo parcial que *“todavía queda mucho espacio por recorrer”*, y, en relación con el trabajo fijo discontinuo, que *“no son muchos los convenios que completan el régimen jurídico de esta modalidad de contratación y, mucho menos, los*

⁵² El Acuerdo Marco Europeo –en su cláusula 3ª- establece (1) que el teletrabajo es voluntario para el trabajador y el empresario afectados, pudiéndose pactar en el contrato inicial o en acuerdo posterior, (2) que si el teletrabajo no se pactó en el contrato inicial, una oferta de teletrabajo, sea del empresario o sea de trabajador, se puede rechazar sin que la negativa del trabajador sea motivo de rescisión de su contrato ni de modificación de condiciones de trabajo, y (3) que el acuerdo posterior es reversible, pudiendo la reversibilidad implicar una vuelta al trabajo en los locales de la empresa a demanda del trabajador o del empresario, estableciéndose las modalidades de dicha reversibilidad por acuerdo individual o colectivo.

que integran la perspectiva de sexo / género, lo cual es ciertamente criticable por el importante número de trabajadoras afectadas”⁵³.

(4) Políticas públicas de tiempo. Los tiempos de la ciudad –usando la expresión ciudad en un sentido amplio abarcador de cualquier población– inciden sobremanera en la vida de las personas. Sin embargo, la ciudadanía no tiene muchas posibilidades de intervención sobre su determinación. De entrada, porque los distintos tiempos de la ciudad obedecen a fines y a dinámicas diferentes. Así, los horarios comerciales buscan alcanzar más clientela, los industriales la adecuada organización de la fábrica y los horarios de las Administraciones Públicas buscan satisfacer el bien público, lo cual puede obligar a horarios especiales –escuelas, hospitales o policía–, o admite el habitual matutino –en organismos de gestión administrativa–.

Y además porque, dentro de los procesos de determinación de cada horario particular, a la ciudadanía no se le reconoce, en la calidad de ciudadano/a, una capacidad de decisión, sino, en alguna calidad más específica, una simple influencia sobre quien decide. Por ejemplo, en cuanto trabajadores/as o funcionarios/as, en la medida en que, a través de la oportuna reivindicación, se consiga un cambio en el horario de trabajo. En cuanto usuarios/as de un servicio público, en la medida en que, a través de los cauces oportunos, podamos solicitar una mejora de funcionamiento. O en cuanto consumidores/as, en la medida en que, a través de nuestras opciones de consumo, se manifieste preferencia para un concreto horario.

Tal alejamiento de la ciudadanía en la determinación global y particular de los tiempos de la ciudad explica que, en no pocas ocasiones, se aprecie una ausencia de coordinación entre los horarios de la ciudad y las necesidades de la ciudadanía. Y las más perjudicadas han sido las mujeres, que, tras su emancipación civil y política y su incorporación

⁵³ Así lo afirma Belén Fernández Docampo, “Igualdad por razón de sexo / género en las condiciones de trabajo”, en “El principio de igualdad en la negociación colectiva”, MTAS, 2008, páginas 177 y 178.

masiva al mercado de trabajo, se han encontrado con unos tiempos de la ciudad contruidos sobre un modelo tradicional. Si a ello añadimos la ausencia de una simultánea liberación de las tareas domésticas y de cuidado, comprenderemos los problemas de tiempo de las mujeres en lo cuantitativo –doble jornada- y lo cualitativo –descoordinación de horarios-.

No es extraño, en consecuencia, que las iniciativas para racionalizar los tiempos de la ciudad vengan de la mano de las leyes de igualdad entre mujeres y hombres en el contexto de las políticas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Unas iniciativas dirigidas a crear un escenario global de determinación de los tiempos de la ciudad y a atribuir a los/as ciudadanos/as, dentro de ese escenario global, un protagonismo decisivo para erigir la conciliación en una finalidad central en la determinación de todos los tiempos de la ciudad. Además, se institucionaliza –a través de los llamados bancos de tiempo- la solidaridad informal a la que, hasta el momento, han acudido, en sus rutinas diarias, las mujeres para conciliar⁵⁴.

Inspirándose en estas tendencias, la LOIEMH contempla, en su artículo 22, “*acciones de planificación equitativa de los tiempos*”, estableciendo que, “*con la finalidad de avanzar hacia un reparto equitativo de los tiempos entre mujeres y hombres, las corporaciones locales podrán establecer Planes Municipales de organización del tiempo de la ciudad*”, y que, “*sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, el Estado podrá prestar asistencia técnica para la elaboración de estos Planes*”. La norma fue objeto de un tortuoso

⁵⁴ Italia ha sido un buen ejemplo. La Ley 53/2000, de 8 de marzo, declara su finalidad de promover un equilibrio entre tiempo de trabajo, cuidado, formación y relación a través de permisos para cuidado de hijos/as, padres y discapaces, permisos para la formación y acciones de coordinación de los tiempos de la ciudad y la promoción del uso del tiempo para fines de solidaridad social. Tales acciones se regulan en el Capítulo VII, titulado “*tiempo de la ciudad*”, donde se delimitan las competencias de Regiones y Ayuntamientos y se reglamentan planes territoriales de horarios, las mesas de concertación y los bancos del tiempo. Sobre la ley italiana, véase Roberta Bortone, “La legislación en materia de trabajo femenino en Italia: tiempos de la ciudad, acciones positivas y otras medidas”, Aranzadi Social, número 6, 2002.

trámite⁵⁵ con un vago resultado final⁵⁶, contrastando con el compromiso – truncado por la crisis- de alguna Comunidad Autónoma como Galicia⁵⁷.

b) Medidas de reconocimiento de derechos de las mujeres: la valoración del trabajo informal de las mujeres.

Un lugar importante entre las medidas de igualdad de oportunidades son las medidas de reconocimiento de derechos a través de una valoración del trabajo femenino. Y es que las mujeres dedican una parte importantísima de su tiempo a trabajos no remunerados: el trabajo doméstico, el cuidado de hijos/as y de personas allegadas, el trabajo de colaboración en la explotación familiar, o el trabajo en sectores económicos no formalizados ni reconocidos profesionalmente. A pesar de lo cual la consideración tradicional del hogar como un lugar de descanso –aunque

⁵⁵ Se contemplaba en los documentos de trabajo para la elaboración del anteproyecto de ley orgánica de igualdad que las Corporaciones Locales, en ejercicio de sus competencias, podrían establecer Planes municipales de Programación del Horario de la Ciudad, colaborando el Estado en su implantación y en su mantenimiento, habilitando a estos efectos al poder reglamentario, sin perjuicio de las competencias que ostenten las Comunidades Autónomas. La norma desapareció en el proyecto de ley aprobado por el Gobierno. Pero en el trámite parlamentario se reintrodujo la norma a consecuencia de una enmienda que pretendía una regulación muy detallada, aunque la redacción final del artículo 22 de la LOIEMH ha sido mucho más vaga que los documentos de trabajo –que implicaban al Estado con las ayudas económicas-.

⁵⁶ Porque ni se obliga a las Corporaciones Locales a establecer dichos planes municipales de organización del tiempo de la ciudad, ni al Estado a convocar ayudas para su implantación y mantenimiento, limitándose la intervención estatal a la asistencia técnica y dejando eventuales ayudas de mayor calado a las Comunidades Autónomas. Como dice Santiago García Campá, “*este precepto podrá considerarse de naturaleza programática ... enuncia una política pública para la igualdad, la planificación equitativa de los tiempos, cuya puesta en práctica dependerá de criterios de oportunidad política*”, comentario al artículo 22 en “Comentarios a la Ley de Igualdad”, dirigidos por José Ignacio García Ninet, y coordinados por Amparo Garrigues Jiménez, Editorial CISS, Valencia, 2007 obra citada, página 260.

⁵⁷ La Ley Gallega 2/2007, de 28 de marzo, de trabajo en igualdad de las mujeres, regula –en su Título VI sobre la “*promoción autonómica de las medidas municipales de conciliación*”- los bancos municipales de tiempo, que “*facilitarán a las personas empadronadas en el correspondiente municipio la conciliación de su vida personal, familiar y laboral mediante la realización de labores domésticas concretas*”, y los planes de programación del tiempo de la ciudad, que “*pretenden una coordinación de los horarios de la ciudad con las exigencias personales, familiares y laborales de la ciudadanía, obligando a una permanente revisión y adaptación de tales horarios*”. Véase mi estudio “Las políticas públicas sobre tiempos de la ciudad, en especial las normas gallegas”, Aequalitas, número 23, 2008.

habría de añadirse que era de descanso para el hombre- ha llevado a no considerar como trabajo el trabajo fuera del sistema formal de producción.

(1) Haciendo algo de historia, se puede comprobar que, en no pocas ocasiones, el reconocimiento de derechos profesionales en relación con el trabajo informal de las mujeres se ha quedado en promesas. Baste recordar la disposición adicional 1ª de la Ley 24/1997, de 15 de julio, que obligaba al Gobierno a presentar, en un plazo de 8 meses, ante el Congreso de los Diputados *“un estudio técnico y económico sobre el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que contemple ... la posible inclusión en su campo de aplicación, de quienes trabajen al cuidado de su propio hogar y no estén amparados por otras prestaciones contributivas”*. ¿Se hizo algo en ejecución de esta norma o directamente durmió el sueño de los justos?

(2) Más modernamente, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, contempla, aunque solo en el caso excepcional de que *“el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar”* al darse *“condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención”*, el reconocimiento de *“una prestación económica para cuidados familiares”*, y que supondrá que *“el cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente”* – según se deduce del artículo 18, en relación con el 14.4, de la referida Ley-.

La prestación económica para cuidados familiares depende del desarrollo del Sistema de Dependencia en cada Comunidad Autónoma. Respecto a la afiliación a la Seguridad Social, el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, la instrumenta a través de un convenio especial sin exigencia de cotizaciones previas y con un tipo reducido de cotización. Su cobertura es limitada –jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia-, y subsidiaria –al no poder suscribir el convenio quien esté trabajando, en

excedencia durante los periodos asimilados a cotización, perciba prestación de desempleo, sea pensionista de jubilación o incapacidad permanente, o quien, siéndolo de viudedad o en favor de familiares, tenga 65 ó más años-.

(3) El reconocimiento de derechos profesionales a trabajadoras del sector no remunerado de la economía es un aspecto en el cual la LOIEMH aporta alguna cosa en el ámbito rural, donde, por su escasa estructuración, la escasa valoración del trabajo femenino es más acusado. Así, *“a fin de hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres en el sector agrario, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales desarrollarán la figura jurídica de la titularidad compartida, para que se reconozcan plenamente los derechos de las mujeres en el sector agrario, la correspondiente protección de la Seguridad Social, así como el reconocimiento de su trabajo”* –artículo 30-.

Desarrollando parcialmente este mandato legal, el Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias, pretende –como se afirma en su artículo 1- *“promover a efectos administrativos la titularidad compartida de las explotaciones agrarias entre los cónyuges o personas ligadas con una relación de análoga afectividad, inscritas en algún registro público, con los derechos y las obligaciones derivados del régimen de modernización de las explotaciones agrarias y otras normas del sistema de la Política Agraria Común en su aplicación en España y a efectos de extender los beneficios en la cotización a la Seguridad Social ... a las mujeres que ostenten dicha cotitularidad”*.

Se trata de un desarrollo parcial porque, según su Exposición de Motivos, *“el presente Real Decreto ... es solo la primera de las medidas destinadas a dar cumplimiento a ese mandato ... esta primera medida irá acompañada en el futuro de otras que harán necesaria o conveniente la promulgación de leyes civiles, mercantiles, fiscales o laborales cuya elaboración exige un estudio más detallado”*. De ahí que, como se

establece en su artículo 1, el Real Decreto *“no afectará a la titularidad civil de la propiedad de las explotaciones, salvo que expresamente los cotitulares sigan para ello las normas civiles y mercantiles de ámbito general e inscriban dicho régimen en el Registro de la Propiedad”*.

Aunque la titularidad compartida de explotaciones agrarias aún no se haya desarrollado legalmente en los aspectos de derecho privado, no es menos cierto que su desarrollo reglamentario en los aspectos administrativos facilita el acceso de las mujeres a la Seguridad Social Agraria –que es la finalidad del Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo-. No hace muchos años el régimen de acceso a la Seguridad Social Agraria era un (mal) ejemplo de discriminación sexista indirecta contra las mujeres en el ámbito de la Seguridad Social –véase el Capítulo Cuarto-. La LOIEMH ha supuesto, afortunadamente, un importante cambio de rumbo, y, por ello, tanto su artículo 30 como sus normas de desarrollo merecen juicio positivo.

(4) Otro ejemplo de reconocimiento de derechos del trabajo informal de las mujeres lo encontramos en la disposición adicional 52ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que, bajo el título *“cónyuges de titulares de establecimientos familiares”*, establece que *“en aquellos supuestos en que quede acreditado que uno de los cónyuges ha desempeñado, durante el tiempo de duración del matrimonio, trabajos a favor del negocio familiar sin que se hubiese cursado la correspondiente alta en la Seguridad Social, en el régimen que correspondiese, el juez que conozca del proceso de separación, divorcio o nulidad comunicará tal hecho a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al objeto de que por ésta se lleven a cabo las actuaciones que correspondan. Las cotizaciones no prescritas que, en su caso, se realicen por los períodos de alta que se reconozcan surtirán todos los efectos previstos en el ordenamiento, a efectos de causar las prestaciones de Seguridad Social. El importe de tales cotizaciones será imputado al negocio familiar y, en consecuencia, su abono correrá por*

cuenta del titular del mismo”. Aunque es loable la finalidad de la norma, la solución ofrecida es (1) incompleta al referirse solo a procesos de nulidad, separación o divorcio, (2) compleja en óptica procedimental –el Juzgado de Familia remite el tema a la Inspección de Trabajo-, y (3) parcial al aludir solo a los procesos de crisis matrimonial, pero no de las uniones de hecho.

Tras este breve repaso a las medidas de reconocimiento de derechos a las trabajadoras del sector no remunerado de la economía, la conclusión que se extrae es la de que, aunque el legislador es consciente de la necesidad de asumir este tipo de medidas –si no las normas aludidas simplemente no existirían-, o bien elude asumirlas –como ha ocurrido con el trabajo doméstico-, o bien las asume de una manera muy limitada –como ha ocurrido en los demás casos-, quedando a veces al albur de las disponibilidades presupuestarias –como ha ocurrido con la dependencia-. Hace falta una política global de reconocimiento de derechos en el sector no remunerado de la economía, y el consiguiente esfuerzo presupuestario.

c) Medidas de acomodación a la diversidad sexual: la salud laboral en perspectiva de género.

Construida la salud en general y la salud laboral en particular sobre un modelo androcéntrico⁵⁸, se comprende la oportunidad de una norma legal como es el artículo 5.4 de la LPRL –introducido en la LOIEMH- donde se establece que *“las Administraciones Públicas promoverán la*

⁵⁸ Obra pionera en la materia fue la de Teresa Pérez del Río / María Amparo Ballester Pastor, “Mujer y salud laboral”, La Ley, Madrid, 2000. También se pueden citar como más actuales Yolanda Sánchez-Urán Azaña / Rosario Cristóbal Roncero, “Salud laboral e igualdad por razón de género: en especial, sectores feminizados”, en la obra colectiva dirigida por Carmen Sánchez Trigueros, “La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006, Pilar Rivas Vallejo, “Género y salud laboral: perspectiva jurídico-social”, Tribunal Social, números 200-201, 2007, Carmen Carrero Domínguez, “La proyección de la Ley de Igualdad en la prevención de riesgos laborales”, en la obra coordinada por Jesús Ramón Mercader Uguina “Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, y Carmen Ferradans Carames, “Género y prevención de riesgos laborales”, Revista de Derecho Social, número 53, 2011.

efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objeto de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores”.

Norma tan ambiciosa como escueta, sin enumerar actuaciones preventivas concretas, que deberían abarcar, a lo menos, las siguientes⁵⁹:

a) La revisión de los sistemas de recogida y presentación de datos en todas las materias relacionadas con la salud laboral con la finalidad de desagregar los datos en función del sexo o en función de circunstancias relacionadas con el sexo –como asumir las responsabilidades familiares-.

b) El estudio multidisciplinar de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales que, por los estudios estadísticos, se manifiestan, de manera exclusiva o significativamente predominante, sobre uno solo de los sexos, con la finalidad de detectar y de prevenir sus causas.

c) La investigación de la influencia de la diferente situación de las mujeres y de los hombres en la familia y en la sociedad en la aparición de enfermedades profesionales o en la causación de accidentes de trabajo, y, en especial, valorando la influencia de la carga global de trabajo de las mujeres, incluyendo en esa carga el trabajo familiar y el comunitario.

d) La consideración especial de los riesgos psicosociales y, en particular, los riesgos derivados de situaciones de acoso sexual y sexista.

e) El establecimiento de programas de formación específica en materia de prevención de riesgos desde una perspectiva de género.

f) La adaptación de los equipos de protección individual, de las circunstancias del puesto de trabajo y de sus condiciones de ejecución a los

⁵⁹ Véase el artículo 33 de la Ley Gallega 2/2007, de 28 de marzo, de trabajo en igualdad de las mujeres.

condicionantes de género con la finalidad de evitar situaciones de desprotección efectiva con relación a la salud de las mujeres trabajadoras.

Por lo demás, la negociación colectiva tiene, en la prevención de riesgos laborales desde la perspectiva de género, mucho que decir, aunque la situación real no sea muy halagüeña, si bien tampoco decepcionante⁶⁰.

d) Medidas de prevención de la discriminación sexista: la protocolización de decisiones empresariales discrecionales.

La protocolización de decisiones empresariales discrecionales es una medida muy efectiva de prevención de la discriminación sexista en el ámbito de la relación laboral cuyas manifestaciones más sobresalientes se encuentran en los protocolos antiacoso –a examinar en el Capítulo Sexto-. Pero también pueden operar en otros ámbitos, y muy significativamente en el acceso al empleo y en la promoción profesional, sometiendo esos procesos a criterios de objetividad que eviten la discriminación sexista. Tales medidas de prevención de la discriminación sexista encuentran su natural fuente normativa en la negociación colectiva. Sin embargo, la negociación colectiva hasta ahora no ha cumplido eficazmente su función⁶¹.

⁶⁰ Siguiendo las conclusiones de Belén Fernández Docampo, “*los convenios colectivos ... al margen de los temas de embarazo, maternidad y acoso, apenas incorporan la perspectiva de sexo / género en los capítulos dedicados a la seguridad, salud y prevención de riesgos laborales*”, aunque “*el panorama no es absolutamente negativo*”, reseñando la autora varios ejemplos donde se contemplan riesgos feminizados, como los psicosociales y músculo-esqueléticos, donde se reconocen enfermedades como típicas de un sector laboral feminizado, o donde se consideran las diferencias físicas de los sexos en la vigilancia de la salud, “La salud laboral desde una perspectiva de género”, en el libro colectivo que coordiné “El principio de igualdad en la negociación colectiva”, MTAS, Madrid, 2008, páginas 349-350.

⁶¹ Francisca Fernández Prol critica “*la exigua regulación convencional del ingreso al trabajo con el consiguiente elevado margen de discrecionalidad empresarial, la omnipresencia del factor antigüedad a efectos de promoción interna, con la importante salvedad conformada por puestos de confianza o responsabilidad para los que rige la libre designación empresarial, el tratamiento aparentemente neutro de la formación ... centrado ... en el señalamiento de permisos ... con total desatención de las peculiares necesidades de las trabajadoras*”, “Igualdad por razón de sexo / género en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesional”, en el libro colectivo “El principio ...”, obra citada, página 123. Con conclusiones semejantes, véanse los análisis de Cristina Justo Suárez / José Fernando Lousada

e) Medidas de parificación real o acción positiva indirecta: la situación de las familias monoparentales.

El derecho laboral español y de protección social se ha edificado sobre el estereotipo de las familias biparentales. Hasta no hace mucho ni siquiera había ninguna norma laboral o de protección social que contemplase las peculiaridades de las familias monoparentales, que es una realidad marcadamente feminizada. Fue la Ley 3/1989, de 3 de marzo, la primera que introdujo un derecho de conciliación a favor de un progenitor único –la maternidad al padre si falleciere la madre, en una regulación muy tímida luego mejorada en la LCON y en la LOIEMH-. La contemplación de la diversidad de familias debería ser un principio inspirador de los derechos de conciliación –y así lo analizaremos en el Capítulo Octavo-.

Aún hemos de esperar mucho más para la aparición de alguna norma sobre familias monoparentales en el ámbito de la protección social. La Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado 2009, introdujo a favor de las familias monoparentales (1) una ampliación de 14 días en la duración de la prestación de maternidad especial –artículo 133 septies de la LGSS-, y (2) una prestación económica de pago único a tanto alzado (en cuantía de 1.000 euros) por nacimiento o adopción de hijo – artículos 185 y 186 de la LGSS-. Y, a estos efectos, *“se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia”*.

Otras medidas dirigidas a familias monoparentales son el fondo de garantía del pago de alimentos que, anunciado en la LOPIVG –disposición

Arochena respecto a “Acceso ao emprego”, y de Marta González Vázquez / Jaime Cabeza Pereiro respecto a “Promoción profesional” y “Formación profesional”, en libro colectivo coordinado por Jaime Cabeza Pereiro “Estudo sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia”, Xunta de Galicia, 2007.

adicional 19^a-, se reguló en el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, aunque solo beneficia a familias de escasos recursos y la cobertura es limitada –son 100 euros mes por beneficiario con un máximo de 18 meses-. También es destacable la consideración de las familias monoparentales con dos hijos –no tres como es norma general- como numerosas si el otro progenitor hubiere fallecido o un hijo es discapacitado –artículo 2 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de familias numerosas, redactado por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social-.

Hecho este muy somero repaso a la situación legislativa vigente, las conclusiones críticas resultan evidentes, y así lo han denunciado –con mucho más detalle que el que aquí se pretende- los no muy abundantes –aunque solventes- estudios doctrinales que han abordado la cuestión⁶². En líneas generales, se puede concluir, ante todo, que falta en el derecho laboral español y de protección social un tratamiento sistemático de las familias monoparentales. Solo existen regulaciones aisladas en las cuales ni siquiera se maneja un concepto uniforme de familias monoparentales, pues varía según la norma de que se trata en cada caso. Regulaciones aisladas que, además, se caracterizan todas por su escasa trascendencia económica.

f) Medidas de individualización de los derechos: la problemática acerca de la pensión de viudedad.

⁶² El estudio general pionero en la materia es el de José Luis Goñi Sein, “La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer”, *Temas Laborales*, número 82, 2005. Más actual y completa es la investigación “La revisión de la protección de las familias monoparentales por parte de la Seguridad Social” cuya responsable es Nuria Pumar Beltrán, accesible en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/146758.pdf>. Me permito asimismo citar mis estudios, sobre cuestiones puntuales de derecho laboral o protección social, “Familias monoparentales y Seguridad Social (Un supuesto de desprotección en el subsidio de desempleo)”, *Social Mes a Mes*, número 30, 1998, y “Maternidad y conciliación en familias monoparentales y parejas homosexuales”, dentro del libro colectivo dirigido por Efrén Borrajo Dacruz “Mujer, trabajo y Seguridad Social”, La Ley, Madrid, 2010.

Frente al progreso apreciable en la individualización de los derechos fiscales⁶³, el derecho español arrastra importantes rémoras en la individualización de los derechos de protección social. La más significativa es la pensión de viudedad⁶⁴. Nuestro ordenamiento jurídico construyó –en los años sesenta- la pensión de viudedad sobre el hecho matrimonial actual como si el matrimonio fuera un medio de vida –de las mujeres- y su falta fuera la pérdida del medio de vida. El Estado se hacía cargo de la mujer del trabajador fallecido a través de la pensión de viudedad, que se mantenía aunque consiguiese un trabajo –que era, y sigue siendo, compatible con la pensión de viudedad-, pero se extinguía cuando la mujer se casase de nuevo o tomase estado religioso –eran causas de extinción, y la primera lo sigue

⁶³ Inspirándose en la doctrina sentada en las SSTC 209/88, de 10 de noviembre, y 45/89, de 20 de febrero, que concedieron a los miembros de las unidades familiares la posibilidad de tributar separadamente en el impuesto de la renta de las personas físicas, el artículo 11 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, establece –aparte de reglas específicas para determinadas rentas- la regla general de que *“la renta se entenderá obtenida por los contribuyentes en función del origen o fuente de aquella, cualquiera que sea, en su caso, el régimen económico del matrimonio”*. Sobre el estado de la cuestión de la individualización de los derechos fiscales, son imprescindibles los estudios de Paloma de Villota Gil-Escoín, y, en particular, los coescritos con Ignacio Ferrari Herrero, “La individualización de los derechos fiscales y el nuevo IRPF”, en “Política fiscal y familia”, coordinado por Maximino Carpio García, Fundación Argentaria, Editorial Visor, Madrid, 1999, páginas 197 a 218, “Aproximación al análisis de las figuras impositivas del sistema fiscal español desde una perspectiva de género”, Instituto de la Mujer, Serie Estudios, número 80, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, “Reflexiones sobre el IRPF desde la perspectiva de género: la discriminación fiscal del/de la segundo/a perceptor/a”, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, accesible en <http://federacionmadresolteras.org/attachments/article/63/REflexiones%20sobre%20el%20IRPF%20desde%20la%20perspectiva%20de%20genero.pdf>, y “Aproximación al análisis del IRPF desde la perspectiva de género”, XIII Encuentro de Economía Pública, Playadulce (Almería), 2006, accesible en www.dialnet.unirioja.es. Escrito solamente por Paloma de Villota Gil-Escoín, “Análisis de un retroceso desde la perspectiva de género en la política fiscal española: Ley 35/2006, de 28 de noviembre”, Aequalitas, número 21, 2007, páginas 47 a 55, accesible en www.dialnet.unirioja.es (en esta página son accesibles on line otros estudios de la autora sobre discriminación de género en cuestiones tributarias). Otro estudio actual de interés es el de Domingo Carbajo Vasco, “Las disposiciones sobre individualización de rentas en el impuesto sobre la renta de las personas físicas”, Crónica Tributaria, número 138, 2011, páginas 55 a 73, accesible http://www.economistas.org/rea/gestor/138_Carbajo.pdf.

⁶⁴ Con anterioridad a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social, la bibliografía relativa a la pensión de viudedad es abundante. A un nivel de monografías, María Antonia Pérez Alonso, “La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, y Jaime Cabeza Pereiro, “La pensión de viudedad”, BOE, Madrid, 2004. Tras esa Ley, véase Guillermo Rodríguez Iniesta “La reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia”, dentro de la obra “La Reforma de la Seguridad Social (El Acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo)”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, Juan Molins García-Atance, “La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, Revista Aranzadi Social, número 6, 2008, BIB 2008 1180, y María Antonia Pérez Alonso, “Nueva pensión del viudedad y orfandad en el RGSS”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. También me permito citar mi propio estudio “Las últimas reformas en materia de viudedad”, Actum Social, números 29/30, 2008.

siendo, aunque con algunas matizaciones-. Parece evidente, a la vista de esa regulación, el papel social asignado a la mujer: casarse, no trabajar. Y si quedasen dudas recuérdese que entonces también era causa de extinción el adulterio, convirtiendo al Estado en garante de la fidelidad post mortem.

Si bien esa concepción trasnochada sobre la mujer definitivamente se rompió en las últimas décadas del Siglo XX, lo cierto es que, frente a la perfecta coherencia –dentro de su trasnochada concepción sobre la mujer– del clásico modelo de la pensión de viudedad, el legislador no ha sabido construir un nuevo modelo coherente asentado en valores constitucionales, que, en consecuencia, garantice –sin incurrir en defectos pero tampoco en excesos que desvirtúen la protección– la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad –artículo 41 de la CE–, en términos de igualdad entre la mujer y el hombre –artículo 14 de la CE–, y con un respeto al libre desarrollo de la personalidad –artículo 10 de la CE–.

Tal reforma integral de la pensión de viudedad queda aún pendiente, aunque la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, introdujo elementos que, se supone, son avance de la futura pensión de viudedad, como la tendencia a la asistencialidad que aparece en la nueva pensión de viudedad de parejas de hecho, o el establecimiento del carácter sustitutivo en la pensión de cónyuges históricos. Si bien es cierto que esto hace que, en el momento actual, tengamos no una sino tres pensiones de viudedad: la de cónyuges actuales vinculada al hecho matrimonial, la de cónyuges históricos vinculada a la reducción de ingresos, y la de parejas de hecho vinculada a la reducción de ingresos o a la situación de necesidad del/a beneficiario/a.

Dentro del debate sobre el destino de la viudedad, no se pase por alto la tendencia europea a potenciar derechos sociales originarios, lo que, a medio o largo plazo, podría llevar a eliminar la pensión de viudedad –como ha ocurrido en Dinamarca–, y que se complementarían, entre otras medidas,

con la protección de situaciones de necesidad de familias monoparentales – la allocation de parent isolé de Francia, o el subsidio temporal de viudedad de Suecia-, el reparto de las cotizaciones sociales constante matrimonio – como el splitting de pensiones de Alemania⁶⁵-, o el reconocimiento de cotizaciones por los periodos de cuidado de hijos/as o de otros/as familiares –un aspecto sobre el cual hay medidas de alcance variable en toda Europa-.

En todo caso, cualquier modificación legislativa deberá tomar en consideración que, durante mucho tiempo, nuestro legislador potenció un modelo familiar tradicional que apartaba a la mujer del mercado de trabajo –basta recordar la institución de la dote, o la excedencia por matrimonio-, y la beneficiaba si se dedicaba a las labores domésticas, y uno de esos beneficios era, justamente, la pensión de viudedad. Por lo tanto, cualquier modificación legislativa –sea para cambiar el modelo de pensión de viudedad, sea para reducir progresivamente la pensión de viudedad- deberá evitar cambios bruscos que llevarían a la indigencia a mujeres que, en su momento, actuaron de acuerdo con los roles sociales y legales imperantes.

g) Medidas de erradicación de la violencia de género: los derechos laborales de las víctimas de la violencia en la pareja.

La LOPIVG ha regulado, en sus artículos 21 a 23, los aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja. No es el caso de acometer su análisis en profundidad, sobre lo cual, dicho sea de paso, hay ya mucho escrito⁶⁶, porque ello choca con los

⁶⁵ A favor de la introducción del reparto de las cotizaciones sociales realizadas constante matrimonio en el derecho español en supuestos de nulidad matrimonial, separación o divorcio, resolviendo los problemas que en la actualidad se plantean, me pronuncié en “La individualización de los derechos a la pensión de vejez en Alemania y en España”, Claridad, 4ª etapa, número 2, 2005. En los documentos de trabajo previos a la redacción del Anteproyecto de la LOIEMH se preveía una regulación de splitting de pensiones para supuestos de nulidad matrimonial, separación o divorcio, pero, sin embargo, no prosperó.

⁶⁶ La bibliografía sobre los derechos sociales y de protección social de las víctimas de violencia de género en la relación de pareja es actualmente muy abundante. Merece ser destacada dada su exhaustividad la

objetivos conceptuales de nuestro estudio que evitan regímenes jurídicos. Pero sí se puede afirmar, con carácter general, que los derechos de que se trata obedecen a alguna de las siguientes finalidades: (1) la acomodación de la relación laboral a la situación de la violencia de pareja, (2) el reconocimiento de ciertas prestaciones sociales y medidas de fomento del empleo, y (3) la eliminación de los efectos perversos de normas neutrales.

(1) Dentro de las medidas dirigidas a la acomodación de la relación laboral a la situación de la violencia de pareja, el artículo 21.1 de la LOPIVG establece que *“la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción de jornada o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo”*. Y la disposición adicional 7ª de la LOPIVG concreta estos derechos de la víctima a través de las oportunas modificaciones en el ET –artículos 37.7, 40.3 bis, 45.1.n), 48.6 y 49.1.m)-.

Como compensación a los esfuerzos organizativos que las empresas deben realizar a causa de determinados derechos de acomodación, el artículo 21.2 de la LOPIVG establece la bonificación completa de la cotización de las cuotas empresariales por contingencias comunes cuando se realiza un contrato de interinidad en sustitución de la trabajadora que

obra colectiva dirigida por Lourdes Mella Méndez, “Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos”, Editorial La Ley, Madrid, 2012. Imprescindible es el temprano libro de María Fernanda Fernández López, “La dimensión laboral de la violencia de género”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2005. Más actual, y también muy interesante, es el libro de José Luis Monereo Pérez / Luis Ángel Triguero Martínez, “La víctima de violencia de género y su modelo de protección social”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. A nivel de estudios monográficos, es oportuno destacar los de Cristina Faraldo Cabana, “El derecho a la reducción de la jornada laboral o a la reordenación del tiempo de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género”, Aranzadi Doctrinal, número 6, 2011, “El derecho de las trabajadoras víctimas de violencia de género al cambio de lugar de trabajo y a la movilidad geográfica”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 153, 2012, y “La pérdida de la condición de beneficiario de la pensión de viudedad del condenado por homicidio o lesiones en el contexto de la violencia doméstica y de género”, Relaciones Laborales, número 28, 2012. Por último, me permito citar dos estudios propios, “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, Actualidad Laboral, número 7, 2005, y su actualización “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, Revista del Poder Judicial, número 88, 2009.

haya suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo. Por otro lado, en el artículo 21.4 de la LOPIVG –sin acometer ninguna modificación en el ET– se justifican *“las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género”*.

(2) Dentro de las medidas dirigidas al reconocimiento de ciertas prestaciones sociales y medidas de fomento del empleo, el artículo 21 de la LOPIVG reconoce, en su apartado 2, los supuestos de suspensión y extinción como situación legal de desempleo, y, en el 6, ciertos derechos de protección social cuando la trabajadora que cese sea un autónoma en su actividad. Por otro lado, el artículo 22 de la LOPIVG establece que *“en el marco del Plan de Empleo del Reino de España, se incluirá un programa de acción específico para las víctimas de violencia de género inscritas como demandantes de empleo”*, y que *“este programa incluirá medidas para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia”*.

(3) Dentro de las medidas dirigidas a la eliminación de los efectos perversos de normas neutrales, la disposición adicional 1ª de la LOPIVG garantiza que quien fuera condenando, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, pierda la pensión de viudedad y orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos dentro del Sistema Público de Pensiones, salvo que hubiera mediado reconciliación. También se ajustan las obligaciones derivadas del compromiso de actividad de las personas desempleadas a la situación de violencia –disposición adicional 8ª LOPIVG y artículo 231.2 de la LGSS–.

(4) Como complemento de los derechos legales, la negociación colectiva está destinada a ocupar, en la tutela laboral de la violencia doméstica, un importante protagonismo adaptando los derechos legales y

mejorándolos⁶⁷. Pero se trata de una materia sin tradición en la práctica negocial, y cuyo desenvolvimiento ha venido de la mano de la intervención legislativa. Y aún así, actualmente existe ya una muestra significativa de productos negociales con regulaciones en la materia –en especial en planes de igualdad grandes empresas y en convenios colectivos de sector estatal-. Todo lo cual nos dibuja un paisaje en la negociación colectiva que, sin ser ni muy de lejos el más ideal, sí demuestra interés y una cierta progresión⁶⁸.

Hecha esta aproximación muy general a la situación en la ley y en la negociación colectiva de los derechos de las víctimas de la violencia de género en la relación de pareja, estamos en condiciones de apreciar la existencia de un marcado paralelismo con los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral: en su mayoría afectan al tiempo de trabajo, y también al lugar de trabajo; intentan facilitar la reintegración en la vida laboral y evitar la desprofesionalización; contemplan aspectos de protección social para evitar la ruptura de la carrera de seguro. Tan

⁶⁷ Djamil Tony Kahale Carrillo, en un interesante estudio sobre la violencia de género en la negociación colectiva, enumera las siguientes posibilidades de mejora: “a) Ofrecer ayudas económicas para las situaciones de emergencia en caso de violencia de género, mediante la creación de un fondo monetario. b) Anticipar el período vacacional. c) Conceder préstamos con facilidades de pago. d) Permisos de trabajo retribuidos con duración determinada. e) Conceder jornadas flexibles durante el tiempo necesario, a las trabajadoras víctimas de violencia de género, para normalizar su situación. f) Posibilidad de suspender la relación laboral con reserva del puesto de trabajo con independencia de la modalidad contractual y antigüedad en la empresa, hasta que se normalice su situación. g) Mejorar las condiciones temporales de reserva de empleo en los supuestos de movilidad geográfica. h) Derecho preferente de ocupar puestos de trabajo de igual categoría en otros centros de trabajo del mismo empresario, cuando requieran cambiar de residencia. i) Crear una comisión especial en la materia, que informe a la víctima de malos tratos de sus derechos y las acciones judiciales que puede interponer, poniéndola en contacto con los organismos públicos, ONGs, asociaciones o grupos de mujeres especializados en la materia, garantizándole la discreción y el sigilo del asunto que tendrán los miembros que compongan dicha comisión. j) Aparte de reconocerse la orden de protección a favor de las víctimas y el informe del Ministerio Fiscal, para el reconocimiento de los derechos a que hace mención el texto legal, se deben flexibilizar las vías de acreditación a través de un dictamen de los servicios sociales, la denuncia ante el juzgado o cualquier otro informe probatorio, como el suscrito por una ONG o fundaciones ... k) Implementar un plan de igualdad que garantice el derecho fundamental a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo, que englobe a las mujeres víctimas de violencia de género”, “El reconocimiento de derechos laborales a las mujeres víctimas de violencia de género en los convenios colectivos”, Aranzadi Social, número 14, 2007, BIB 2007 1777.

⁶⁸ Como en todas las materias relativas al tratamiento de la igualdad en la negociación colectiva, me permito remitir al lector/a al estudio que dirigí “El principio ...”, obra citada, y, en concreto, al capítulo, que es de mi autoría, “La protección de las víctimas de violencia de género en la negociación colectiva”.

marcado paralelismo justifica, en concreto, que su tutela se reconduzca a la modalidad procesal de derechos de conciliación –artículo 139.2 de la LJS-.

CAPÍTULO SEXTO

EL DERECHO DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS A UN AMBIENTE LABORAL SIN ACOSO SEXUAL O SEXISTA

SUMARIO: I. VIOLENCIA Y GÉNERO EN LA NORMATIVA LABORAL: a) De la invisibilidad de la conducta de acoso sexual a la tutela contra la violencia de género en el trabajo. b) Autonomía de la tutela contra la violencia de género en el trabajo. II. EL ACOSO SEXUAL: a) Los comportamientos verbales o físicos. b) El carácter sexual. c) Lo objetivo y lo subjetivo como elementos constitutivos de la antijuridicidad. d) La postura existente antes de la ley de igualdad. e) La postura acogida en el derecho comunitario. f) La postura acogida en la ley de igualdad. g) Comportamientos ofensivos constitutivos de acoso sexual. h) Tratamiento conceptual en la aplicación judicial. III. EL ACOSO SEXISTA: a) Delimitación con el acoso sexual y con la discriminación sexista. b) Delimitación con el acoso moral. c) Manifestaciones del acoso sexista. d) Tratamiento conceptual en la aplicación judicial. IV. ACTOS DE CHANTAJE Y ACOSO AMBIENTAL. V. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS. VI. EL DERECHO A NO SUFRIR ACOSO SEXUAL O SEXISTA EN LAS RELACIONES LABORALES. VII. EL CORRELATIVO DEBER EMPRESARIAL DE PROTECCIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL Y SEXISTA: a) Las medidas de prevención en el empleo privado. b) Tratamiento del acoso en la negociación colectiva. c) Las medidas de prevención en el empleo público estatal. d) La sanción del acoso a través de la potestad disciplinaria empresarial. e) Aproximación a las consecuencias del incumplimiento del deber empresarial de protección frente al acoso sexual y sexista. Autodefensa. VIII. ACOSO DE GÉNERO Y ACCIDENTE DE TRABAJO.

I. VIOLENCIA Y GÉNERO EN LA NORMATIVA LABORAL:

a) De la invisibilidad de la conducta de acoso sexual a la tutela de la violencia de género en el trabajo.

No se comprende la violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer, en ninguna de sus manifestaciones¹, si no es atendiendo al concepto

¹ Un recordatorio no exhaustivo de sus manifestaciones permite comprender lo arraigado del problema: maltrato físico, psíquico, sexual, social o económico por la pareja o familiares; matrimonios forzosos;

de género, o sea a los estereotipos sociales y culturales asociados al sexo de una persona, porque la mujer no sufre violencia por su sexo entendido como mera diferencia física, sino por los estereotipos sociales y culturales asociados a su sexo, y de ahí la corrección técnica de la denominación de violencia de género. Y no solo la violencia de género está causada por los estereotipos sociales y culturales asociados a su sexo, además los transmite y los perpetúa de la manera más reprobable. Género y violencia son dos conceptos de estrecha conjugación y que se retroalimentan mutuamente.

Quizás el acoso sexual sea el mejor ejemplo de ese esquema teórico porque obedece, no –como aparentemente se pudiera pensar- a las apetencias del agresor, sino a un determinado estereotipo de entendimiento de la sexualidad en el cual el hombre es el cazador –es activo- y la mujer es la presa –es pasiva-, y porque los estereotipos sexuales son elemento fundamental del género, de manera que, en nuestro entorno sociocultural, un hombre es tratado como hombre y una mujer es tratada como mujer si su comportamiento sexual es el definido por el estereotipo sexual del hombre o de la mujer. Dicho en resumen, el acoso sexual conecta directamente con la esencia del género como estructura de dominación.

Por ello, los acosos sexuales solo se visibilizan en clave de género de modo que, sin esa clave, muchos serían invisibles y los visibles se canalizarían a través de otros ilícitos. Y por ello, la lucha jurídica contra el acoso sexual no comienza hasta que, en la década de los setenta, se elabora el concepto de género, que –con la decisiva aportación de Catharine Alice

violencia relacionada con la dote; lapidación u otros castigos de las adúlteras; crímenes de honor; inmolación de la viuda –sati hindú-; abortos forzados; abortos selectivos e infanticidio femenino; abandono de niñas; sustracción de bebés a madres solteras; violaciones, agresiones, abusos sexuales e imposición de relaciones sexuales no deseadas; rapto; tournantes, o violaciones múltiples correctivas; ablación del clítoris y otras mutilaciones genitales; esterilización forzada; exclusión de mujeres con fístula obstétrica; abuso de medicalización de procesos naturales; trata de mujeres, adolescentes y niñas; venta de niñas; prostitución; esclavitud sexual; violaciones de guerra, campos de violación y mujeres de solaz; feminicidio –los crímenes de Ciudad Juárez-; lesbofobia y violaciones correctivas; acoso sexual y sexista.

MacKinnon²- permite visibilizarlo y considerarlo discriminatorio. De las elaboraciones doctrinales pasó a los reglamentos de la Equal Employment Opportunities Commission³, y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo – Caso Meritor Savings Bank vs Vinson, 477 US 57 (1986)⁴-. Incluyendo en el concepto de acoso sexual todo acoso basado en estereotipos de género⁵.

² Quien calificó el acoso sexual como discriminación sexista porque “*el acoso sexual ocurre no porque (la acosada) es una persona, sino porque es mujer*”, porque la consideración del acoso sexual como una cuestión de sexualidad, no de sexismo, “*ignora la substancia del significado social de pertenecer al sexo femenino, por el cual en gran medida se define a una persona como perteneciente a dicho sexo desde la perspectiva de su sexualidad*”, porque “*el acoso tiene lugar principalmente porque las mujeres ocupan posiciones y funciones laborales inferiores (y) al mismo tiempo el acoso sexual coadyuva a mantener a las mujeres en tales posiciones*”, y porque “*el acoso sexual impone restricciones a las mujeres que no se aplican a los hombres ... crea dos normas para el empleo: la una para las mujeres, comprensiva de exigencias sexuales, la otra para los hombres, sin estas exigencias*”, “Sexual harassment of working women”, Yale University Press, New Haven and London, 1979, páginas 9, 147 y 193, passim.

³ La Equal Employment Opportunities Commission ha regulado el acoso sexual laboral en la Sección 1604.11 del Título 29 del Código de Reglamentaciones Federales, que se puede consultar en el Código Electrónico de Reglamentaciones Federales, y, en concreto, en el siguiente link: <http://ecfr.gpoaccess.gov/cgi/t/text/text-idx?c=ecfr&sid=6ed37a1f2b82058b71ed6bac8b3993c2&rgn=div8&view=text&node=29:4.1.4.1.5.0.21.11&idno=29>. Aparece reproducido en Lawrence Friedman “Introducción al Derecho Norteamericano”, traducción de Joan Vergé i Grau, Editorial Bosch, Zaragoza, 1998, páginas 372 y 373. Si se maneja esa traducción, se deberá tomar en consideración que el apartado (c) –sobre responsabilidad del empleador por acoso sexual cometido por directivos sobre empleados subordinados- ha sido rescindido en la aplicación de las Sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el Caso Burlington Industries Inc. vs Ellerth, 524 US 742 (1998), y en el Caso Faragher vs City of Boca Raton, 524 US 775 (1998).

⁴ Mechelle Vinson acusó al vicepresidente del Banco de Ahorros Meritor de haberla forzado a tener relaciones sexuales entre 40 y 50 veces. Como no había pérdida tangible de derechos laborales a causa del acoso sexual, la cuestión litigiosa central era si el Título VIII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, donde se declara la ilicitud de la discriminación en el empleo, solo contemplaba actos con pérdida tangible de derechos laborales. El Tribunal Supremo –de manera unánime- considera el acoso sexual discriminación sexista aunque no haya pérdida tangible de derechos laborales siempre que sean conductas graves o frecuentes, que han creado un ambiente hostil o abusivo, que no han sido bien recibidas y que están basadas en el sexo de la víctima. Mackinnon colaboró en la defensa de Vinson. Se trata de un precedente decisivo, que influyó tanto en sentencias posteriores como en el planteamiento de asuntos públicos relevantes como el de Anita Hill / Clarence Thomas o el impeachment al Presidente Clinton.

⁵ El Caso Mc Williams vs Fairfax County Board of Supervisors, 72 F.3d 1191 (4th Cir. 1996), consideró acoso un ambiente de bromas obscenas a un trabajador por sus compañeros heterosexuales. Y el Caso Steiner vs Showboat Operating Co., 25 F.3d 1459 (9th Cir. 1994), se refiere a una jefa de planta en un casino de Las Vegas que era ofendida por el supervisor buscando volviera a su puesto de camarera objeto sexual de los clientes. Citados por Jaime Cabeza Pereiro, para quien “*Mc Williams fue perseguido por no cumplir el canon varonil que de él se esperaba, Steiner, porque ejemplificaba la mujer que logra escapar de su destino de sumisión*”, “El derecho de la mujer a trabajar en igualdad: apuntes sobre el estado de la cuestión”, REDT, número 104, 2001, página 223. La consideración sexista de un acoso entre hombres sin deseo sexual –con humillaciones públicas, la sodomización con un jabón y con amenazas de violación- fue avalada por el Tribunal Supremo en Oncale vs Sundowner Offshore Services, 523 US 75 (1998).

Muy pronto la teorización recibió aportes ideológicos⁶ y reconocimientos legales en Europa⁷. En el ámbito comunitario, la preocupación por el acoso sexual se entronca, desde sus primeras referencias en los ochenta⁸, con la igualdad de los sexos, y el primer logro relevante fue la Recomendación de 27.11.1991 de la Comisión de las Comunidades Europeas, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incorporando, en su Anexo, el Código de Conducta para combatir el acoso sexual, que busca “(el) proporcionar una orientación práctica para empresarios, sindicatos y trabajadores acerca de la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo”.

Aún se esperó más de diez años para aprobar una norma comunitaria vinculante, que, además del acoso sexual, contempló el acoso relacionado con el sexo, una figura entroncada con los acosos de las directivas

⁶ Son especialmente interesantes las aportaciones de autoras feministas francesas que, realizando investigaciones históricas sobre la situación de las obreras en los Siglos XIX y XX, consideraron el acoso sexual como una reminiscencia en las sociedades industriales del derecho de pernada medieval. En esta línea se sitúa Marie-Victoire Louis, “Le droit de cuissage: France 1860-1930”, Editions de l’Atelier, Paris, 1984. Los contenidos de este libro son accesibles en su totalidad en la página web de la autora <http://www.marievictoirelouis.net>. También Anne Zelensky y Mireille Gausson analizan diversos documentos donde se relatan actuaciones judiciales sobre abusos sexuales en las empresas y varias huelgas de trabajadoras por abusos sexuales de sus superiores –siendo especialmente destacables las huelgas de 1882 y de 1887 en la Fábrica de Tabacos de Marsella y la huelga de 1905 en la Fábrica de Porcelanas de Limoges-, “Le harcèlement sexuel: Scandales et réalité”, Garancière, Paris, 1986.

⁷ En el Reino Unido se dictó en 1986 la primera sentencia de un tribunal de apelación amparando el acoso sexual en la Sex Discrimination Act. En Europa, las primeras leyes sobre acoso sexual se produjeron en España –la Ley 3/1989, de 3 de marzo-, en Suecia –la Ley de 30.5.1991-, en Bélgica –el Decreto Real de 18.9.1992-, en Francia –la Ley 92-1179, de 2 de noviembre-, y en Alemania –la Ley sobre Igualdad de Hombres y Mujeres, de 24.6.1994-. Sobre la situación comparada en los años noventa, Robert Husband, “Análisis internacional de las leyes que sancionan el acoso sexual”, Revista Internacional del Trabajo, volumen 112, número 1, 1993, y Jane Aeberhard-Hodges, “Jurisprudencia reciente sobre el acoso sexual en el trabajo”, Revista Internacional del Trabajo, volumen 115, número 6, 1996. También mi obra “El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual”, Editorial Comares, Granada, 1996, y Juan Antonio Altés Tárrega, “El acoso sexual en el trabajo”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

⁸ La primera referencia comunitaria sobre el acoso sexual es la Resolución de 11.6.1986 del Parlamento Europeo, sobre agresiones a la mujer, donde se “pide a la Comisión que examine las legislaciones laborales y antidiscriminatorias nacionales con vistas a determinar su aplicación a tales casos y, cuando la legislación existente pueda considerarse inadecuada, proponga una directiva que complete la legislación existente”. De ese examen surgió el “Informe sobre el problema del acoso sexual en los Estados Miembros de las Comunidades Europeas”, elaborado por Michael Rubenstein, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1987. Se acompañó con una propuesta de directiva sobre prevención y sanción del acoso sexual en el trabajo que comenta Teresa Pérez del Río, “El acoso sexual en el trabajo: su sanción en el orden social”, Relaciones Laborales, Tomo Segundo, 1990, páginas 197 a 199. No se llegó a aprobar, pero abrió el camino para aprobar el Código de Conducta.

hermanas sobre otras igualdades –la 2000/43/CE y la 2000/78/CE-. Tal norma fue la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que define ambos acosos, los considera discriminatorios sexistas y prohibidos, y establece la obligación de alentar a empresarios y responsables del acceso a la formación a adoptar medidas para la prevención –actuales artículos 2.1.c) y d), 2.2.a) y 26 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006-.

En España, la redacción originaria del Estatuto de los Trabajadores (1980) no contenía ninguna referencia al acoso sexual en el trabajo, aunque su protección se podía sustentar, al amparo de su artículo 4.2.e), en el derecho de los trabajadores “*en la relación de trabajo ... al respeto a su intimidad y a la consideración debida de su dignidad*”. La Ley 3/1989, de 3 de marzo, con la finalidad, declarada en su Exposición de Motivos, de dar “*efectividad de estos derechos genéricos*”, añadió, como un inciso final del artículo 4.2.e) del ET, “*comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual*”. Y algo igual se hizo en la función pública –artículo 63.1 de la vieja Ley de Funcionarios Civiles del Estado-⁹.

Con posterioridad, la legislación estatal se preocupó de completar la normativa antiacoso con instrumentos sancionadores penales y administrativos específicos del acoso sexual para evitar vacíos de punibilidad. En lo penal, el Código Penal, aprobado a través de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, introdujo un tipo penal en el artículo 184, cuya tipificación fue ampliado en la Ley Orgánica 11/1999, de

⁹ La introducción del acoso sexual en la Ley 3/1989, de 3 de marzo, fue valorada positivamente, en especial, porque, al entroncar su protección en el derecho a la dignidad e intimidad reconocido como fundamental en el artículo 18 de la CE, se aplicaba la tutela de los derechos fundamentales. Con todo, se le criticó la falta de una definición que distinga chantaje y acoso ambiental, de la consideración como discriminación sexista, y de mecanismos de prevención. Véase Ricardo Escudero Rodríguez, “La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros”, Relaciones Laborales, Tomo Segundo, 1989, página 1148, Teresa Pérez del Río, “El acoso sexual ...”, obra citada, página 183, Salvador del Rey Guanter, “Acoso sexual y relación laboral”, Relaciones Laborales, Tomo Primero, 1993, página 233, y Antonio Vicente Sempere Navarro, “La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica”, Relaciones Laborales, Tomo Primero, 1989, página 87.

30 de abril, viniendo la redacción actual de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Y en la infracción administrativa, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, introdujo una infracción autónoma de acoso sexual tipificada dentro de las muy graves¹⁰, actualmente en el artículo 8.13º de la LISOS.

Los cambios acaecidos a nivel comunitario a través de la Directiva 2002/73/CE –con su refundición la 2006/54/CE- obligaban a una mejora de la regulación española en materia de acoso sexual, y a la contemplación del acoso por razón de sexo, considerándolos discriminatorios y alentando la adopción de medidas de prevención, lo que se acomete en la LOIEMH. Dentro del análisis de los conceptos generales de la igualdad, entraremos a analizar, como premisa previa, los conceptos de acoso sexual y del que convencionalmente denominaremos acoso sexista, para abordar después el contenido del derecho a no sufrir acoso sexual o sexista en las relaciones laborales y el contenido del correlativo deber de protección empresarial.

b) Autonomía de la tutela contra la violencia de género en el trabajo.

A la vista de las premisas ideológicas –utilización de la perspectiva de género- y sociológicas –afectación casi exclusiva de mujeres- de la violencia de género que recién hemos analizado, esta se individualiza frente a otras formas de violencia conceptualmente cercanas con la consecuencia de una tutela jurídica autónoma. En el ámbito laboral, la reciente eclosión

¹⁰ Aunque en el ámbito sancionador administrativo, a diferencia del penal, no existía tanto un vacío de punibilidad, como una deslocalización en cuanto el acoso sexual se podía sancionar como atentado a la dignidad del trabajador o como acto discriminatorio sexista, que también son infracciones muy graves. Lo que no le resta mérito a la reforma, que fue bien recibida, véase Jaime Cabeza Pereiro, “El ejercicio del derecho a un ambiente laboral libre de acoso sexual”, en “El derecho a trabajar en igualdad”, Instituto Andaluz de la Mujer, Málaga-Sevilla, 1999, página 130. También mi estudio “La sanción administrativa del acoso sexual tras la Ley 50/1998, de 30 de diciembre”, Revista de Derecho Social, número 10, 2000, y Aequalitas, número 5, 2000. Un interesantísimo estudio conjunto de las reformas penal y sancionadora administrativa 1998/1999 es el de Esther Sánchez Torres y Elena Larrauri Pijoan, “El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

del “*mobbing*”, o acoso moral, ha determinado un riesgo de globalización de ambos fenómenos que, en el ámbito conceptual –que es el que nos ocupa-, podría llevar a exigir a los acosos de género los requisitos propios del acoso moral, o al revés a exigir a este los requisitos propios de aquellos.

Coincidimos así con quien afirma que, aunque “*el aparataje jurídico desarrollado especialmente para la tutela frente al acoso sexual ... puede ser utilizado, y de hecho lo ha sido, como precursor de los procedimientos de tutela frente al acoso moral*”, hay riesgo de que “*el mayor avance y desarrollo alcanzado en la tutela frente al acoso sexual (se vea amenazado) por tentativas imprudentes de globalización*”¹¹. Podemos, en suma, concluir –siguiendo a la mejor doctrina- que “*la violencia de género en el ámbito laboral no es un tipo de acoso moral, tiene las mismas causas que el resto de manifestaciones de violencia contra la mujer y presenta rasgos de importancia que hacen incorrecto un tratamiento conjunto*”¹².

II. EL ACOSO SEXUAL.

La LOIEMH, artículo 7.1, define, con clara –aunque no literal- inspiración en el artículo 2.1.d) de la Directiva 2006/54/CE¹³, el acoso sexual, que, “*sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal (y) a los*

¹¹ Tomo esta cita de Jean Jacqmain, “Le Droit du Travail comme insecticide: le harcèlement professionnel”, en “Le contrat du travail et la nouvelle économie”, Editoriel du Jeune, Bruselas, 2001.

¹² Tomo esta cita de Teresa Pérez del Río, “La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, páginas 15 a 22.

¹³ De conformidad con el artículo 2.1.d) de la Directiva 2006/54/CE, “*acoso sexual (es) la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*”. Una idéntica definición de acoso sexual la encontramos en el artículo 2.d) de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. La única diferencia trascendente con las normas comunitarias es que la norma española elimina el calificativo “*no deseado*”. Pero la diferencia en la acotación de los comportamientos –en la norma comunitaria “*cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico*”, en la norma interna “*cualquier comportamiento, verbal o físico*”- no debe ser interpretada como una auténtica diferencia.

efectos de esta Ley”, es “*cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*”. A la vista de esta definición, son elementos del acoso sexual –dejando de momento la producción del acoso en el ámbito de la relación laboral- los tres siguientes: (1) comportamientos verbales o físicos; (2) carácter sexual; y (3) ofensivos.

a) Los comportamientos verbales o físicos.

Aunque el artículo 7.1 de la LOIEMH dice “*cualquier comportamiento, verbal o físico*”, ello no excluye otros comportamientos no verbales ni físicos –colocación de pósters pornográficos u observación de personas en un espacio reservado- porque el indefinido “*cualquier*” permite entender que un comportamiento constitutivo de acoso puede ser cualquiera, y porque la colocación entre comas de “*verbal o físico*” hace que estos se entiendan más como adjetivos explicativos que especificativos, no excluyentes de otros comportamientos. En todo caso, la norma española se debe ajustar al artículo 2.1.d) de la Directiva 2006/54/CE, donde el acoso contempla “*cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico*”.

La expresa referencia legal a “*cualquier comportamiento*” –que procede de la norma comunitaria- debería conjurar cualquier interpretación tendente a exigir, para la existencia de un acoso sexual, la reiteración de conductas. Naturalmente, la reiteración de conductas facilita la calificación y la prueba de un comportamiento como acoso sexual. Pero dentro del concepto legal también cabe el acoso sexual sin reiteración de conductas. Obviar esta conclusión sería revivir en el ámbito del acoso sexual laboral el

problema, superado en el ámbito de la violencia de pareja, de “*que las formas de discriminación y/o violencia contra las mujeres suelen ser banalizadas y consideradas poco graves*”, de ahí exigir una reiteración¹⁴.

Por lo demás, la inclusión de cualesquiera conductas en el ámbito de protección no significa ni linealidad de supuestos fácticos ni uniformidad en su protección, pues el acoso sexual abarca supuestos muy distintos, y la protección de cada uno dependerá del comportamiento de que se trate y de las circunstancias en las cuales se manifieste. El comportamiento de que se trate tiene diferente gravedad según si es agresión física, solicitud sexual o sumisión a un acoso ambiental sin requerimiento ni solicitud. La reiteración del comportamiento –no exigida para hablar de acoso- supone una mayor gravedad. Además, las circunstancias en las cuales se manifieste el comportamiento son decisivas para acabar de definir la gravedad del caso¹⁵.

b) El carácter sexual.

¹⁴ Ana Rubio Castro / Juana María Gil Ruíz destacan que “*las definiciones introducidas por la Ley de Igualdad son claras al respecto y no exigen, en ningún caso, reiteración, habitualidad, ni permanencia del asedio sexual y/o sexista ... la fórmula utilizada por el artículo (7 de la LOIEMH) alude a cualquier comportamiento no exigiendo, para considerarlo forma de acoso sexual o sexista, la reiteración de conductas*”, de donde la exigencia de reiteración que a veces aparece en algunas sentencias judiciales para rechazar la existencia de acoso sexual o sexista es una exigencia “*inventada*”, aunque afortunadamente es una línea jurisprudencial minoritaria porque, en el polo opuesto, hay “*una línea mayoritaria que argumentando de acuerdo a la LOIEMH establece claramente que para apreciar acoso sexual o acoso por razón de sexo no es necesaria una reiteración de la conducta*”, “Dignidad e igualdad en derechos. El acoso en el trabajo”, Editorial Dykinson, Madrid, 2012, páginas 168 a 171, *passim*.

¹⁵ Una clasificación doctrinal muy extendida sistematizadora de los grupos de conductas de acoso sexual en función de la intensidad y/o de la gravedad de la acción distingue hasta cuatro grupos distintos de conductas: a) “*Requerimiento de favores sexuales, acompañado de promesas explícitas o implícitas de un trato preferencial, o de amenazas en caso de no acceder al requerimiento (chantaje sexual)*”. b) “*Contacto de carácter físico de carácter sexual, generalmente acompañado de comentarios o gestos ofensivos, no deseado por la acosada (o acosado), sin empleo de fuerza ni intimidación*”. c) “*Invitaciones impúdicas o comprometedoras, o uso de material pornográfico en el centro de trabajo*”. d) “*Bromas sobre el sexo, o abuso del lenguaje, con comentarios sobre la apariencia, el aspecto o con algunas observaciones sugerentes y desagradables*”. Enumeración que debemos considerar como ejemplificativa. Ignacio Serrano Butragueño, “El acoso sexual”, Revista Tapia, Febrero, 1995, página 20.

El carácter sexual a que se alude en el artículo 7.1 de la LOIEMH, y que ya aparecía en la redacción anterior del artículo 4.2.e) ET, nos conduce tanto a conductas dirigidas a la realización de un acto carnal –conductas libidinosas-, como a otras conductas que, aunque no se dirigen a la realización de un acto carnal, son, dicho en general, obscenas o impropias al introducir un elemento sexual en la relación laboral –por ejemplo, la utilización de pornografía en el trabajo, o las bromas de mal gusto-. Analizadas sin mayor profundidad, su motivación es diferente al “*acoso por razón de sexo*” usado en el artículo 7.2 de la LOIEMH –que existiría, por ejemplo, no ascendiendo a las trabajadoras por motivos misóginos-.

No obstante, la diferencia entre lo sexual y lo sexista tiende a diluirse cuando se analiza la cuestión desde una perspectiva de género porque los estereotipos de género, sean sexuales o sexistas, interactúan, incluso en los supuestos más claros de acoso sexual –por ejemplo, una violación no es tanto cuestión de sexualidad como de reafirmación del poder del hombre sobre la mujer- o acoso sexista –por ejemplo, la misoginia suele focalizar su desprecio a las mujeres en la sexualidad femenina, o en los estereotipos a ella asociados-, hasta el extremo de que, en muchas ocasiones, se mezclan lo sexual y lo sexista –por ejemplo, los comentarios obscenos sobre la apariencia física de una mujer son simultáneamente sexuales y sexistas-.

Que esto sea así en un planteamiento más profundo no significa que, a efectos legales, se pueda prescindir de la “*índole sexual*” del acoso sexual. Como se comprueba con la lectura comparada de las dos definiciones contenidas en el artículo 7 de la LOIEMH, la de acoso sexual no es paralela a la definición de acoso sexista, o, dicho en otros términos, hay otras diferencias aparte la “*índole sexual*”, y se justifican precisamente en la “*índole sexual*”. Pospondremos el análisis de esta cuestión al análisis del acoso sexista y sus diferencias con el sexual. Baste ahora decir que, a

los efectos legales, concurre la “*índole sexual*” del acoso cuando los estereotipos sexuales están implicados preponderante o significativamente.

c) Lo objetivo y lo subjetivo como elementos de la antijuridicidad.

Al momento de concretar el elemento antijurídico en el concepto de acoso sexual laboral, son posibles dos posicionamientos teóricos. Según un estándar objetivo, es antijurídico solo aquello que socialmente, con criterio de razonabilidad, se considere atentatorio a la dignidad de la persona. El inconveniente es que obliga a realizar un juicio de valor, a dejar en manos del juez, de donde, si la valoración judicial no coincide con la de la víctima, un comportamiento para ella ofensivo quedará impune. Buscando evitar esta situación, se sostiene que, al ser distinta la percepción masculina del acoso sexual, el criterio debe ser el de la mujer razonable. No obstante, la situación se producirá aunque solo sea respecto a personas susceptibles.

Según un estándar subjetivo, la determinación de lo antijurídico queda a la decisión de la víctima. Aunque el estándar subjetivo permite proteger aún a las personas más susceptibles, (a) impone a la víctima, si ha sufrido o prevé va a sufrir un acto de acoso, la carga de decir no, (b) más la carga de probarlo, (c) deja impunes los actos anteriores a la negativa, y (d) desprotege a aquellas mujeres que, asumiendo su rol en un contexto machista, admiten ciertos comportamientos como inevitables de trabajar fuera de casa. Para evitar los inconvenientes más llamativos, se suele matizar que, aún faltando una negativa, un comportamiento aislado puede ser acoso sexual si media un componente coactivo especialmente fuerte.

d) La postura existente antes de la ley de igualdad.

En la redacción estatutaria previa a la LOIEMH, el artículo 4.2.e) del ET, donde se hablaba ampliamente de “*ofensas*”, seguía, a nuestro juicio¹⁶, un estándar mixto alternativo, esto es, considerando tan antijurídico lo que sea ofensivo en sentido objetivo –porque se considera ofensivo conforme a la conciencia social imperante- y en sentido subjetivo –porque la víctima ha manifestado su oposición a la conducta sexual-, como lo que sea ofensivo solo en sentido objetivo –aunque la víctima no hubiese manifestado su oposición-, o solo en sentido subjetivo –aunque la conducta a la que la víctima haya manifestado su oposición no sea objetivamente ofensiva-, salvo consentimiento, que excluiría, bajo ciertos casos, la antijuridicidad.

Una solución que –asimismo a nuestro juicio- encontraba un apoyo importante en la STC 224/1999, de 13 de diciembre, que, siguiendo una línea de mixtura de elementos objetivos y subjetivos, matiza el estándar subjetivo puro al no exigir un no rotundo para considerar la existencia de acoso sexual, bastando manifestar incomodidad ante la aproximación sexual. Se trata, además, de una solución armónica con el delito de acoso sexual recogido en el artículo 184 del Código Penal, que no contiene en su tipificación ninguna alusión al carácter no deseado. Casi huelga decir que el principio de norma mínima rector del derecho penal impide que el tipo penal de acoso sexual más amplio que su concepto en el ámbito laboral.

e) La postura acogida en el derecho comunitario.

¹⁶ Véase mi libro “El derecho de los trabajadores ...”, obra citada, páginas 105 a 112. Con mayor amplitud en cuanto al tema conceptual, véase mi estudio “El concepto de acoso sexual laboral según la Sentencia de 13 de diciembre de 1999 del Tribunal Constitucional”, Relaciones Laborales, número 3, 2000. Tal estándar mixto es el que acepta Teresa Pérez del Río, “La violencia ...”, obra citada, páginas 34 y 35. Igualmente véase Ana Rubio Castro / Juana María Gil Ruíz, “Dignidad ...”, obra citada, página 132.

Al definir el acoso sexual, la Directiva 2006/54/CE, artículo 2.1.c), se refiere a un comportamiento “*no deseado ... con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*”. Se acoge así un concepto acumulativo de los estándares subjetivo –no deseado- y objetivo –ofensivo-, que conduce al sinsentido de literalmente admitir, si la víctima no manifiesta su negativa –porque si no la manifiesta no es algo “*no deseado*”-, la licitud de un comportamiento “*con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*”.

Si bien se mira, aparenta subyacer la idea de que a las mujeres les gusta ser ofendidas –una reminiscencia de la odiosa doctrina de la *vis grata mulieris* justificativa de la violación-, y los hombres pueden ofenderlas –respondiendo a una supuesta provocación-, de ahí deban de decir no para convertir un acto ofensivo en ilícito¹⁷. Así las cosas, los tribunales han tenido que atemperar la intensidad de la negativa de la víctima, afirmando que, si los hechos no se correspondan a “*una manera corriente de expresar un interés sexual*”, la víctima no necesita manifestar claramente el carácter indeseado –Sentencia de 26.1.1995, Caso D. versus Comisión, del Tribunal de Primera Instancia, confirmada mediante Auto de 11.1.1996 del TJUE-¹⁸.

De matizarse el elemento subjetivo hasta prácticamente presumir el carácter indeseado del carácter ofensivo de un comportamiento sexual, y sin duda así se tiene que hacer, no existirían diferencias prácticas relevantes

¹⁷ Parecidamente, Teresa Pérez del Río explica que “*la insistencia histórica en el requisito conceptual de que la víctima de acoso sexual haya de demostrar de alguna forma que la actuación del sujeto activo le resulta indeseada, deriva de la inaceptable duda sobre la existencia de negligencia o culpa, cuando no previa provocación, por parte de la víctima ... este tipo de discursos ... no son en absoluto sostenibles ni jurisdiccionalmente ni socialmente en la actualidad*”, “La violencia ...”, obra citada, página 20.

¹⁸ Ricardo Alonso García, de quien tomo la cita del Caso D. versus Comisión, aporta, después de explicar mi opinión, una serie de sugerentes argumentos para flexibilizar el elemento indeseado, “El Juez español y el Derecho Comunitario”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, páginas 200 a 208.

entre el concepto acumulativo de los estándares subjetivo y objetivo que se recoge en la normativa comunitaria y la aplicación alternativa del estándar objetivo y del estándar subjetivo que se recogía en la normativa española. Aunque sí se mantendrían las diferencias teóricas, y, desde esa perspectiva teórica, la aplicación alternativa del estándar objetivo y del estándar subjetivo para configurar la antijuridicidad es, a nuestro juicio, más coherente en el discurso jurídico y más acorde con la ideología igualitaria.

f) La postura acogida en la ley de igualdad.

La LOIEMH, artículo 7.1, define la antijuridicidad del acoso sexual cuando *“tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”*. Se elimina, en consecuencia, la referencia a *“no deseado”*, con evidente separación de la norma comunitaria –lo que no es un incumplimiento de la norma comunitaria, sino como una mejora de la norma española perfectamente admisible- y con consolidación de la interpretación que, a nuestro juicio, se derivaba de la literalidad del derogado artículo 4.2.e) del ET, y que se compadece con la no contemplación de la negativa de la víctima en el artículo 184 del CP¹⁹.

g) Comportamiento ofensivos constitutivos de acoso sexual.

¹⁹ Nuestra mejor doctrina científica ha recibido muy positivamente la eliminación del *“no deseado”*. Como dice Teresa Pérez del Río, *“suele subsistir la reiterada sospecha de que la víctima puede aceptarlo o desearlo, o incluso provocarlo, lo cual eliminaría la ofensividad del acto – es necesario señalar que si una actuación resulta ofensiva, debe entenderse, sin sospechas de ninguna clase, que, por ello mismo, es indeseada – hacer referencia específica a la violación de la libertad y por tanto a la indeseabilidad del acoso sexual constituye además un insulto a la víctima”*, *“La violencia ...”*, obra citada, página 32.

¿Qué comportamientos tienen el propósito o producen el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo? En primer lugar, aquellos que el acosador sabe que son ofensivos para la víctima porque esta se lo manifestó expresamente o mediante actuación de contenido inequívoco. Si la víctima ha dicho no y el acosador lo sabe, aunque el comportamiento no fuese objetivamente ofensivo, su reiteración sí lo sería. Por ejemplo, una mirada, aún de una cierta persistencia, no es objetivamente ofensiva, pero, si a su receptor/a le es molesta y así se lo manifiesta al emisor/a, su reiteración sí resultaría antijurídica y sería constitutiva de un acoso sexual.

En segundo lugar, aquellos que el acosador, aunque nada le manifestara la víctima, debiera saber que son ofensivos en atención a su gravedad –no se trata de un juicio de moralidad sino de un juicio realizado sobre valores constitucionales- y a las circunstancias concurrentes, de las cuales destacan dos por su conflictividad: la previa actuación de la víctima, que solo debe ser relevante cuando, mediante insinuación de contenido inequívoco, se manifieste libre consentimiento a la aproximación sexual²⁰; y la existencia de una previa relación sexual consentida, en cuyo caso es razonable exigir la negativa de quien la rompe –salvo si se tratase de una aproximación sexual con un componente coactivo especialmente fuerte-.

h) Tratamiento conceptual en la aplicación judicial.

²⁰ El consentimiento a la aproximación sexual debe ser libre –no siéndolo cuando hay un chantaje sexual porque siempre media intimidación al existir un temor racional y fundado, basado en el poder del acosador dentro de la organización empresarial, a un mal inminente y grave, como es la pérdida del empleo o de una condición de trabajo- y manifestado claramente –apreciando la manifestación con criterios objetivos y nunca con el subjetivo del acosador-, como ya apuntamos en “El derecho ...”, obra citada, páginas 111 y 112. Igualmente, Teresa Pérez del Río, “La violencia ...”, obra citada, página 33. Además, se debe tener en cuenta, como apunta Francisco Marín Martínez, que “*en el seno de una relación laboral vertical ... la subordinación podría llevar a apariencias no deseadas*”, “El despido discriminatorio de trabajadora víctima de acoso sexual”, Revista de Derecho Social, número 52, 2010.

El tratamiento conceptual del acoso sexual en la aplicación judicial ha mejorado a medida que se ha consolidado la jurisprudencia y el acervo normativo en la materia. Vaya por delante que, en la actualidad, la gran mayoría de las sentencias manejan bien el concepto de acoso sexual –véase la abundante masa jurisprudencial citada al tratar de la potestad disciplinaria empresarial en este Capítulo y del contenido de la sentencia en el Capítulo Décimo Primero-. Pero no es menos cierto que hay otras sentencias –que ocuparán ahora nuestra atención- que introducen en el concepto de acoso sexual elementos que, antes de la LOIEMH, no debieron estar ahí y que, tras la LOIEMH, no aparecen ya en la definición legal.

Quizás el elemento más discutible provenía de una interpretación excesivamente rígida del carácter no deseado del acoso sexual, que claramente mitigó la STC 224/1999, de 13 de diciembre, al no exigir un no rotundo para considerar la existencia de acoso sexual, bastando al efecto el manifestar incomodidad ante la aproximación sexual, y que la LOIEMH ha eliminado de raíz al prescindir de ese carácter en su misma definición²¹. Otras sentencias posteriores han partido de una lectura restrictiva de la STC 224/1999, de 13 de diciembre, negando el acoso sexual cuando falta la libidinosidad y dejando fuera del concepto tanto a los comportamientos supuestamente amorosos como a los comportamientos obscenos graves²².

²¹ Por ejemplo, las SSTSJ/Murcia de 16.3.1998, RS 797/1997, y de 6.4.1998, RS 1083/1997, fueron dictadas siguiendo la doctrina que, siguiendo un estándar subjetivo puro, obligaba a una negativa expresa de la víctima para considerar la existencia de acoso sexual, y que tuvo su más acabada manifestación en la STSJ/Galicia de 9.2.1995, RS 320/1995, la cual fue anulada en la STC 224/1999, de 13 de diciembre.

²² Valen como ejemplos, dentro de las sentencias citadas al tratar de la potestad disciplinaria empresarial en este Capítulo, aquellas que, apreciando la falta de gravedad y/o culpabilidad en el comportamiento del supuesto acosador, niegan la existencia de acoso sexual y, en consecuencia, declaran la improcedencia del despido del supuesto acosador. A esos ejemplos aún se pueden añadir –en juicios canalizadores de otras acciones judiciales diferentes a la impugnación del despido del supuesto acosador- la STSJ/Galicia de 27.1.2005, RS 5354/2004, donde –en relación aquí con comportamientos obscenos graves- se afirma que *“el acoso laboral –como ha quedado previamente transcrito- exige una intención de dañar, y todos los comentarios que hacía el codemandado, aunque eran de pésimo gusto y en todo caso de absoluta improcedencia, de todas formas fueron hechos con el simple ánimo de bromear –zafiamente, añadiríamos- y como dotados de tal intención eran recibidos, a lo que parece, por la generalidad del personal; a excepción de la actora, comprensiblemente”*, o la STSJ/Canarias – Tenerife de 12.1.2006, RS 243/2005, donde –en relación aquí con comportamientos supuestamente amorosos-, se afirma que *“tales*

Después de la LOIEMH, el acoso sexual no se define sobre el carácter libidinoso, sino sobre el carácter sexual, que es un término más amplio –porque la naturaleza sexual no implica una actuación dirigida a la realización de un acto carnal, que es a lo que alude el carácter libidinoso-, no siendo así factible justificar la conducta en supuestas manifestaciones de cariño cuando esas manifestaciones tienen un carácter sexual, o dejar fuera del concepto comportamientos obscenos graves, menos cuando podrían constituir un acoso sexista, que viene a equipararse en la protección legal, de modo que, si ya era criticable antes de la LOIEMH, esa corriente judicial se convierte, después la LOIEMH, en completamente inasumible.

III. EL ACOSO SEXISTA.

La LOIEMH, artículo 7.2, define, con clara –aunque no literal– inspiración en la definición de acoso del artículo 2.1.c) de la Directiva 2006/54/CE²³, que a su vez se inspira en la definición de acoso de las directivas sobre otras igualdades –la 2000/43/CE y la 2000/78/CE²⁴–, el

hechos se reducen a unas ocasionales muestras de cariño más bien platónico o a una especie de enamoramiento senil, siendo de destacar que los supuestos actos de acoso se comenten sobre una joven por una persona de avanzada edad, concretamente de 76 años, en cuyo caso, esas muestras no tendrían, en una razonable reacción, la relevancia que le da la denunciante, desde una perspectiva objetiva”.

²³ De conformidad con el artículo 2.1.c) de la Directiva 2006/54/CE, “*acoso (es) la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*”. Una idéntica definición de acoso la encontramos contemplada en el artículo 2.c) de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. La única diferencia trascendente entre las normas comunitarias y la norma española es que, en la norma española se elimina el calificativo “*no deseado*”. Como veremos en el texto principal, la diferencia en la definición de la conexión del comportamiento con el sexo –en la norma comunitaria “*relacionado con el sexo*”, en la norma interna “*en función del sexo*”– no supone una diferencia ni sustancial ni de detalle.

²⁴ Tanto el artículo 2.3 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 27 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, como el artículo 2.3 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, definen el acoso –se sobreentiende el acoso discriminatorio– como “*la situación en que se produce un comportamiento no deseado (relacionado con los motivos de discriminación protegidos) ... que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio,*

acoso por razón de sexo como “*cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*”. A la vista de esta definición, su comprensión teórica obliga a un deslinde con otras figuras cercanas como son, de un lado, el acoso sexual y la discriminación sexista, y, de otro lado, el “*mobbing*” o acoso moral.

a) Delimitación con el acoso sexual y con la discriminación sexista.

Si comparamos la definición de acoso sexual del artículo 7.1 de la LOIEMH con la de acoso sexista de su artículo 7.2, la diferencia más aparente radica en la causa, que en aquel es la “*naturaleza sexual*” de “*cualquier comportamiento, verbal o físico*”, mientras en este se alude a “*cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona*”, aunque –según hemos concluido en páginas anteriores- los estereotipos socioculturales asociados al sexo son la causa de ambos acosos. Por lo demás, es intrascendente la aparentemente distinta acotación de los comportamientos una vez hemos concluido –también en páginas anteriores- que el acoso sexual comprende cualesquiera comportamientos.

Una lectura más detenida nos delata otra diferencia entre ambas definiciones. En la definición de acoso sexual, se dice “*tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*”. Mientras en la definición de acoso sexista se dice “*con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*”. De este modo, el acoso sexista

hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Tales definiciones están literalmente traspuestas en el artículo 28 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

exige, además del propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona –lo que ya define el acoso como sexual-, la creación de un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo –que no se exige en el acoso sexual-.

El sentido de la diferente redacción no se encuentra en considerar lícitos aquellos comportamientos de naturaleza no sexual que tengan el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona por causa de su sexo pero que no creen un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Tales comportamientos no serían ni acoso sexual ni acoso sexista, pero sí serían, en todo caso, constitutivos de discriminación sexista. De este modo, el sentido de la diferente redacción es distinguir el acoso de la discriminación directa e indirecta²⁵, lo que se confirma si nos remontamos a la Directiva 2006/54/CE –en cuyo artículo 2.1.a), b) y c) se definen sucesivamente discriminación directa, discriminación indirecta, y el acoso-.

¿Por qué el acoso sexista, además de que *“tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona”*, necesita crear un *“entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”* para constituir acoso, mientras al acoso sexual le basta con que *“tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona”* para constituir acoso? Porque el acoso sexual tiene *“naturaleza sexual”*. Y la implicación de los estereotipos sexuales supone que, por su conexión con la indemnidad sexual, la libertad sexual y la intimidad sexual, toda acción que *“tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona”*, creará un *“entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”*.

²⁵ Quizás convenga precisar que el tratamiento jurídico del acoso no es igual al de la discriminación, aunque ambas sean sexistas, y sus diferencias se justifican precisamente en las singularidades del acoso. Un ejemplo claro son las medidas cautelares de los artículos 79.7 y 180.4 de la LJS, que están pensadas para evitar los efectos sobre la víctima de *“un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”* mientras se tramita el juicio. Pero de la distinción entre acoso y discriminación no cabe derivar que, si no es acoso sexista, es lícito, ni siquiera cabe derivar una supuesta menor gravedad de la mera discriminación frente al acoso, pues, aunque normalmente este sea más grave que aquella, habrá de estarse a cada caso concreto.

b) Delimitación con el acoso moral.

Si comparamos la definición de acoso (sexista) contenida en el artículo 7.2 de la LOIEMH –que traspone el artículo 2.1.c) de la Directiva 2006/54/CE- con la definición de acoso (discriminatorio) contenida en el artículo 28 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social –que traspone las directivas sobre otras igualdades, la 2000/43/CE y la 2000/78/CE-, podemos identificar como elemento común el “*crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*”, lo que conecta el acoso sexista y, más ampliamente, el acoso discriminatorio, con el fenómeno del “*mobbing*” o acoso moral porque con este siempre se creará un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo²⁶.

Hechas estas apreciaciones, debemos concluir, con la mejor doctrina científica española²⁷ y europea²⁸, que en el acoso sexista confluyen la discriminación sexista con el acoso moral. Pero el acoso sexista no es una intersección según la cual el conjunto resultante contiene los elementos comunes a los conjuntos de partida –si esto fuera así el concepto sería de nula o muy escasa utilidad al no aportar nada nuevo-. El acoso sexista es

²⁶ Heinz Leymann define el mobbing como “(la) situación en la que una persona (o, en raras ocasiones, un grupo de personas) ejercen una violencia psíquica extrema, de forma sistemática y recurrente, durante un tiempo prolongado, sobre una persona o personas en el lugar de trabajo”, “*Mobbing*”, Editorial Seuil, Paris, 1996. Marie-France Hirigoyen vincula el fenómeno del acoso moral a la perversidad humana, afirmando que “*mediante un proceso de acoso moral, o de maltrato psicológico, un individuo puede hacer pedazos a otro*”, añadiendo que “*el ensañamiento puede conducir incluso a un verdadero asesinato psicológico*”, “El acoso moral”, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1999.

²⁷ Teresa Pérez del Río dice que “(el acoso relacionado con el sexo) se trata ... de un tipo de actuación ... cuyo concepto sería próximo al de mobbing o acoso moral en los términos definidos por la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales ... cuando este tipo de actuación tiene su causa en el género de la persona, se entiende como una acción discriminatoria y como tal se debe perseguir y sancionar”, “La protección frente a la discriminación en el Derecho Comunitario: las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE, y 2002/73/CE, modificación de la 76/207/CEE”, Revista de Derecho Social, número 19, páginas 100-101.

²⁸ Jean Jacqmain dice que “las Directivas 2000/43 y 2000/78 habían considerado que las diversas formas de persecución en el trabajo que se denominan hostigamiento, o más precisamente hostigamiento moral, podían constituir una forma de discriminación cuando su blanco era una persona caracterizada por uno de los criterios considerados en esas Directivas (y) por ello es lógico que la Directiva 2002/73 haga lo mismo”, “L’égali   entre femmes et hommes dans les conditions de travail: amendements   la directive europ  enne 76/207”, Contrats de travail, n  mero 276, Kluwer, Bruselas-B  lgica, 2003, p  gina 9.

una interacción según la cual algunos de los elementos de los conjuntos de partida resultan modificados. O, más precisamente, los que resultan modificados son los provenientes del acoso moral, en la medida en que la discriminación sexista es el conjunto de partida con obvia predominancia.

Tal circunstancia explica que, ni en la norma comunitaria ni en la norma interna, se aluda, al definir el acoso sexista, a algunos elementos característicos del acoso moral, como su intencionalidad destructiva de la personalidad de la víctima, su carácter reiterado y prolongado en el tiempo, o su carácter predeterminado, complejo y sistemático. Esos elementos suelen aparecer en el acoso sexista porque crear “*un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*” normalmente irá asociado a uno o a varios de esos elementos –intencionalidad, reiteración y sistematicidad-. Pero la ausencia de alguno de ellos en un caso concreto, o su apreciación de manera muy genérica, no necesariamente excluirá la existencia de un acoso sexista.

Dicho más resumidamente, la intención perversa, la reiteración de conductas o el planeamiento sistemático no son exigencias constitutivas del acoso sexista pues, para que este concorra, basta con que se realice “*en función del sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*”. Si el comportamiento es de “*índole sexual*”, basta para ser acoso sexual con que se realice “*con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad*”. Y si el comportamiento no es “*en función del sexo de una persona*”, entonces estaríamos ante un “*mobbing*” o acoso moral, que sí exige la concurrencia de los requisitos propios de tal modalidad de acoso.

c) Manifestaciones del acoso sexista.

A diferencia del acoso sexual, en el cual el sexo no se manifiesta abiertamente como su causa, sino que su causa aparente es la atracción sexual –en consecuencia, es una discriminación sexista directa oculta-, el acoso sexista puede ser abierto u oculto –en paralelo a la discriminación directa, que también puede ser abierta u oculta, véase el Capítulo Cuarto-. En el acoso sexista abierto –como en la discriminación sexista directa abierta- quien acosa toma abiertamente en consideración, con el trasfondo de los prejuicios de género, el sexo de la víctima. Precisamente, son los prejuicios de género los que explican por qué a una mujer se le impide²⁹ o se le impone una conducta³⁰. Un caso específico es el acoso misógino³¹.

En el acoso sexista oculto –como en la discriminación sexista directa oculta- quien acosa toma en consideración alguna circunstancia que encubre la consideración del sexo de la víctima y que es un elemento esencial dentro de la construcción social y cultural del género. Los supuestos más típicos –en términos paralelos a la discriminación directa oculta- son el acoso por maternidad –que, en su manifestación más pura, solo lo sufren las mujeres³²- y el acoso por conciliación –que se suele

²⁹ Un ejemplo de acoso sexista consistente en impedir a una mujer una conducta no incluida en los estereotipos sociales asociados a su sexo es el cercenar su acceso al empleo o su ascenso buscando reintegrar a la mujer al trabajo doméstico o mantenerla en un trabajo de segunda –empleos atípicos, bajas categorías, trabajos segmentados-. Se trata de una manifestación muy típica del acoso sexista porque, como oportunamente razonan Ana Rubio Castro / Juana María Gil Ruíz, “*la presencia femenina en el entorno de trabajo es percibida con desagrado y hostilidad en un contexto de dominación tradicional masculina, donde además la mujer se erige como potencial competidora ... en consecuencia la mujer se convierte en un blanco fácil ... para normalizados comentarios hirientes, burlas, mofas, o incluso ataques directos a su profesionalidad y valía, persiguiendo el abandono o autoeliminación profesional, y el mantenimiento de la estratificación laboral patriarcal*”, “Dignidad ...”, obra citada, páginas 132 a 134.

³⁰ Un ejemplo de acoso sexista consistente en imponer a una mujer una conducta incluida en los estereotipos sociales asociados a su sexo nos lo ofrece Jean Jacquain: “*Supongamos una pequeña empresa que emplea diez obreros y una obrera; cada mediodía, todos ellos comen juntos, después de lo cual los diez hombres se apresuran todos ellos a abandonar el local, dejando a la mujer sola con la vajilla*”, “L'égalité entre femmes et hommes ...”, obra citada, página 9. La traducción es propia.

³¹ La misoginia es la aversión u odio a las mujeres. El acoso laboral misógino se produce cuando la persona misógina –en la gran mayoría de los casos un hombre, aunque también hay mujeres misóginas- actúa con esa aversión u odio en su condición de empleador, directivo, trabajador o cliente de la empresa.

³² Un interesante ejemplo de acoso sexista por razón de maternidad –que, en su momento, tuvo mucha repercusión mediática- nos lo ofrece la STSJ/Galicia, Sala Contencioso Administrativo, de 29.11.2000,

entremezclar con el acoso por maternidad-. También los hombres pueden sufrir acoso por conciliación y, en general, por no cumplir con los estereotipos asociados a su sexo, o sea por ser hombres poco masculinos³³.

No es inoportuno destacar que ambas clases de acoso sexista –el abierto y el oculto- entran dentro del concepto de “*acoso por razón de sexo*” del artículo 7.2 de la LOIEMH. Quizás la denominación legal no sea la más afortunada. Hubiera sido mejor aludir de algún modo al término género –como, por cierto, se hace en alguna ley autonómica de igualdad³⁴-. Pero, en todo caso, el “*acoso por razón de sexo*” a que se refiere el artículo 7.2 de la LOIEMH no puede ser una cosa diferente al acoso “*relacionado con el sexo*” a que se refiere el artículo 2.1.d) de la Directiva 2006/54/CE. Y esa denominación de acoso “*relacionado con el sexo*” es mucho más clara en su literalidad en orden a incluir ambas clases de acosos sexistas.

d) Tratamiento conceptual en la aplicación judicial.

El tratamiento conceptual del acoso sexista en la aplicación judicial se resiente de la novedad de esta figura jurídica y de su cercanía conceptual con el acoso moral. Por ello, los problemas apreciados en el tratamiento

Pto. 1872/1997. Se trataba de una soldado a la cual, tras quedar embarazada y a pesar de su brillante historial, no se le renueva el compromiso por informe desfavorable de su comandante. El comandante llamaba despectivamente a la actora “albóndiga o albondiguilla”, la recomendaba dedicarse a su maternidad, la obligaba a desempeñar tareas contraindicadas para su estado, tales como subirse a una escalera para limpiar una estantería elevada, o salir al exterior a pesar de las inclemencias del tiempo, y sin suministrarle un uniforme adecuado a su estado hasta cinco meses después de ella haberlo solicitado.

³³ Al realizar unos apuntes sobre el derecho estadounidense –en el comienzo de este Capítulo- aludimos al Caso *Mc Williams vs Fairfax County Board of Supervisors*, 72 F.3d 1191 (4th Cir. 1996), que consideró acoso un ambiente de bromas obscenas a un trabajador por sus compañeros heterosexuales. Se trataría de un claro caso de acoso sexista porque, como explica Jaime Cabeza Pereiro, “*Mc Williams fue perseguido por no cumplir el canon varonil que de él se esperaba*”, “El derecho ...”, obra citada, página 223.

³⁴ Como la Ley Gallega 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres, que habla de “*acoso moral por razón de género*” y lo define como “*cualquier acción u omisión relacionada con el género y, en especial, con las situaciones de maternidad o de asunción de otras cargas familiares que tengan como finalidad o como consecuencia atentar contra la dignidad de la persona, sea mujer u hombre, a través de la creación de un entorno intimidatorio, hostil, humillante u ofensivo*” –artículo 53-.

conceptual del acoso sexual en la aplicación judicial –que se manifiestan en sentencias aisladas- aquí alcanzan mayor intensidad, adhiriendo al concepto de acoso sexista elementos que no aparecen en el concepto legal. Nuestra mejor doctrina científica, analizando los casos judicializados, alerta sobre los riesgos que se ciernen sobre el acoso sexista, que puede ser fagocitado por el concepto de acoso moral, con todas sus negativas consecuencias³⁵.

IV. ACTOS DE CHANTAJE Y ACOSO AMBIENTAL.

La LOIEMH, artículo 7.4, establece, siguiendo lo establecido en el artículo 2.2.a) de la Directiva 2006/54/CE, que “*el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo*”. Se está presuponiendo en estas normas comunitaria e interna la distinción conceptual, básica en la materia, entre chantaje sexual o sexista –que es el acto de discriminación por razón de sexo que cumple con las exigencias del artículo 7.4 de la LOIEMH-, y acoso ambiental sexual o sexista –que es el acoso sexual o sexista que no cumple con las exigencias del artículo 7.4 de la LOIEMH-.

1º. El chantaje sexual / sexista o acoso de intercambio o “*quid pro quo*” se produce cuando el sujeto activo del acoso sexual condiciona el acceso al empleo, una condición laboral o el cese del trabajador, a la realización de un acto de contenido sexual o sexista. Por consiguiente, solo el empresario físico, el representante legal del empresario jurídico o un

³⁵ Tanto desde un punto de vista pedagógico, porque invisibiliza la violencia de género, como desde un punto de vista jurídico estricto, porque permite dejar fuera del concepto de acoso sexista a aquellos comportamientos que, cumpliendo todas las exigencias legalmente establecidas en el artículo 7.2 de la LOIEMH, no cumplen, sin embargo, las exigidas para un acoso moral. Más ampliamente sobre esta cuestión, véase Ana Rubio Castro / Juana María Gil Ruíz, “Dignidad ...”, obra citada, páginas 155 a 171.

directivo con competencia delegada para decidir el acceso al empleo, una condición laboral o el cese del trabajador, pueden ser los sujetos activos de un chantaje sexual. Habitualmente, está orientado a un acto carnal, pero no es así siempre, y asimismo se puede orientar a otras ofensas sexuales o sexistas –por ejemplo, imponer un uniforme sexualmente provocativo-.

A) Por su forma, los actos de chantaje pueden ser explícitos, directos o expresos, como es el caso de la proposición o solicitud sexual, si no se prescinde de la voluntad de la víctima, o el requerimiento sexual, con o sin compulsión física, si se prescinde de la voluntad de la víctima, y la imposición de condiciones de trabajo sexuales o sexistas. El chantaje implícito, indirecto o tácito, se produce cuando la víctima nunca ha sido solicitado o requerido sexualmente, ni se le imponen condiciones de trabajo sexistas, pero otros/as trabajadores/as de su mismo sexo, en idénticas circunstancias profesionales reciben ventajas por aceptar las condiciones de un chantaje sexual o sexista, incitando a la aceptación por el/a trabajador/a.

B) Por sus efectos, el chantaje sexual puede conllevar o no una pérdida tangible de derechos laborales. Aunque no sea lo habitual, el chantaje sexual puede no conllevar dicha pérdida cuando, a pesar de la negativa de la víctima, el sujeto activo del chantaje sexual no cumple su amenaza, o en el chantaje implícito, donde, más que pérdida de derechos, lo que hay es una no adquisición o una pérdida de expectativas. Sin embargo, lo habitual es, en los casos de chantaje, la pérdida tangible de derechos laborales, como represalia a la negativa de la víctima. Realmente, el ilícito, en este supuesto, se duplica, siendo ilícito, de un lado, el chantaje sexual, y de otro, la pérdida tangible de derechos laborales de la víctima.

2º. El acoso ambiental se produce cuando el sujeto activo del acoso sexual –que puede ser un colectivo indeterminado- crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la víctima sin existir

condicionamiento para el acceso al empleo, una condición laboral o el mantenimiento del empleo. De este modo, se multiplican los sujetos activos que, además de los antes señalados, pueden ser compañeros de trabajo, clientes o terceros. Asimismo, las conductas ofrecen una mayor variedad, ya que, tanto pueden ser las mismas definidas de chantaje, siempre que no medien condicionantes, como otras diferentes conductas –por ejemplo, las ofensas verbales, incluidas las bromas o comentarios sobre la vida íntima-.

Una distinción muy extendida distingue entre acoso vertical descendente –de superior jerárquico a trabajador subordinado, supuesto muy habitual al acumularse el poder informal de género con el poder formal derivado de la organización de la empresa-, acoso vertical ascendente –de trabajador subordinado a superior jerárquico, supuesto muy excepcional pero que resulta factible en cuanto el poder informal de género puede subvertir el poder formal derivado de la organización de la empresa-, acoso horizontal –entre personas sin ninguna relación jerárquica-, y acoso mixto –cuando la superioridad incita al acoso horizontal o ascendente-³⁶. Por el contrario, el chantaje sexual / sexista solo es un acoso descendente.

V. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS.

La consideración del acoso sexual como vulnerador de la prohibición de discriminación sexista fue una cuestión tiempo atrás sometida a gran discusión: desde quienes negaban fuese una discriminación sexista porque lo relevante no era el sexo sino las preferencias del agresor, aunque se admitía que podría haber un trato desigual o arbitrario si se trataba de un chantaje, a quienes consideraban era discriminación sexista indirecta

³⁶ He tomado esta clasificación de Teresa Pérez del Río, quien completa la tradicional trilogía acoso vertical descendente / acoso vertical ascendente / acoso horizontal, con la categoría del acoso mixto, que es vertical descendente y horizontal e incluso ascendente, “La violencia ...”, obra citada, páginas 22 y 23.

porque las víctimas eran mayoritariamente mujeres, y a quienes –como quien suscribe- consideraban era directa porque la elección del sexo de la víctima era intencional, o porque el acoso sexual es la forma de mantener la dominación de los hombres creando dos ambientes separados de trabajo³⁷.

Solventó la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, modificativa de la Directiva 76/207/CEE, de modo definitivo la cuestión: el acoso sexual y el acoso discriminatorios por razón de sexo –actual artículo 2.2.a) de la Directiva 2006/54/CE-. Y la LOIEMH, artículo 7.3, se limita, en este aspecto, a transponer la norma comunitaria, estableciendo que “*se considerarán en todo caso discriminatorios (por sexo) el acoso sexual y el acoso por razón de sexo*”. No se aclara si se trata de una discriminación directa o indirecta, pero si asumimos la lectura de género –como creemos se debe de asumir- debemos de concluir estamos ante una discriminación sexista directa.

Ahora bien, la consideración del acoso sexual y sexista como discriminaciones sexistas no quiere decir que ese sea el único bien jurídico protegido, pues son ilícitos pluriofensivos. También se vinculan con el derecho a la salud³⁸, atacando, en suma, la integridad física o moral, que es otro derecho fundamental recogido en el artículo 15 de la CE. Por su lado, el acoso sexual asimismo ataca la indemnidad sexual, la libertad sexual y la intimidad sexual³⁹, y el derecho al honor, que son manifestaciones de derechos fundamentales básicamente recogidos en el artículo 18 de la CE⁴⁰.

³⁷ Véase esta discusión doctrinal, cuyo valor es ya histórico dada la calificación del acoso como discriminatorio actualmente vigente, en mi estudio “El derecho ...”, obra citada, páginas 133 a 149.

³⁸ Imprescindible, en este aspecto de la salud, es Teresa Pérez del Río / Amparo Ballester Pastor, “Mujer y salud laboral”, Biblioteca de Prevención de Riesgos Laborales, La Ley, Madrid, 1999, páginas 99 ss.

³⁹ Por ello lo estudia Fernando de Vicente Pachés en su libro “El derecho del trabajador al respeto a su intimidad”, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, Madrid, 1988, páginas 180 a 223.

⁴⁰ Por ello lo estudia María José Nevado Fernández en su libro “El ejercicio del derecho al honor (por el trabajador) en el contrato de trabajo”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, páginas 65 a 69.

Si el acoso sexual y el acoso sexista aparecen en el ámbito de una relación laboral, además vulneran el derecho al trabajo del artículo 35 de la CE.

VI. EL DERECHO A NO SUFRIR ACOSO SEXUAL O SEXISTA EN LAS RELACIONES LABORALES.

El artículo 4.2.e) del ET considera la “*protección frente ... al acoso sexual y al acoso por razón de sexo*” comprendida en el derecho de los trabajadores en la relación de trabajo “*al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad*”. Como el artículo 4 del ET contempla una auténtica “*carta*” de derechos del trabajador, la protección frente a los acosos sexual y sexista en la relación de trabajo es “*un auténtico derecho subjetivo laboral*”⁴¹. Una consideración expresa como derecho que se debe saludar muy positivamente desde la óptica de la pedagogía legal. Además, los bienes jurídicos protegidos lo enraízan dentro de los derechos fundamentales –igualdad de los sexos, integridad, intimidad sexual, honor-

Al proteger el acoso sexual o sexista “*en la relación laboral*”, el artículo 4.2.e) del ET no restringe el círculo de posibles sujetos activos, de modo que un acoso sexual o sexista se califica como laboral “*cuando, de una u otra forma, (el trabajador) se encuentra dentro del ámbito de organización y dirección del empresario*”, independientemente de si el acosador es el empresario físico, un directivo, un compañero de trabajo o un tercero relacionado con la empresa⁴². De ahí la exquisita corrección del

⁴¹ Salvador del Rey Guanter, “Acoso sexual ...”, obra citada, página 246, y Luis Fernando de Castro Fernández, “O acoso sexual no trabalho”, Revista Galega de Dereito Social, número 8, 1993, página 80.

⁴² Como explica Salvador Del Rey Guanter, “(el sujeto (activo) puede ser el empresario, en los términos del artículo 1.2 del ET –empresario en cuanto persona física- o, más frecuentemente, sus representantes, en los términos esta vez del artículo 20.1 del ET –persona en quien este delegue- ... pueden existir dos sujetos activos más ... otros trabajadores de la empresa no comprendidos dentro del ámbito personal al que se refiere el artículo 20.1 del ET ... también pueden ser sujetos activos del acoso personas relacionadas con el trabajador con motivo de cualquier tipo de conexión de aquellas con la empresa –el caso paradigmático es el de los clientes de la empresa-”, Acoso sexual ...”, obra citada, página 24.

artículo 8.13º de la LISOS al tipificar como muy grave *“el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma”*.

Tanto el artículo 4.2.e) del ET como el 8.13º de la LISOS, nos ofrecen, con la exigencia de conexión entre acoso sexual o sexista y relación laboral, una clave esencial para resolver algunos supuestos conflictivos, como es el acoso de terceros ajenos relacionados con la empresa, del cual será responsable el empresario si se produce en el ámbito de la relación laboral y lo ha propiciado –por ejemplo, un empresario celestino o que obliga a la utilización de ropa provocativa-, o conociéndolo o pudiéndolo conocer no lo impide –por ejemplo, una empleada municipal obligada a realizar desplazamientos en taxi, siendo el taxista quien la acosa, y, ante la denuncia de la situación, el ayuntamiento no cambia al taxista-.

Otros supuestos conflictivos son la concurrencia de empresarios. En los supuestos de empresa de trabajo temporal, esta puede ser responsable en su calidad de empleadora y, además, puede serlo también la empresa usuaria mientras el trabajador esté puesto a su disposición –ex artículo 15.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio-, incluso si el agresor es trabajador de otra empresa de trabajo temporal, sea la misma de la cual es empleada la víctima o sea otra distinta –porque la ley no distingue-, en cuyo caso la responsabilidad se puede extender a la empresa de trabajo temporal empleadora del agresor si hiciese dejación de las facultades disciplinarias, que le están legalmente reservadas –según el artículo 15.2 de dicha Ley-.

Idéntica solución de posible responsabilidad de la empresa principal y eventualmente, según el caso, de las contratistas empleadoras del acosador y/o de la víctima, resulta adecuada, a nuestro juicio, en los supuestos de contratas, aunque aquí es total la imprevisión legislativa. Acaso la responsabilidad de la empresa principal se pueda sostener en la

medida en que, por sus facultades reales de dirección de la actividad, dicha empresa puede evitar el acoso, con más razón si el agresor es un empleado suyo, pero también si lo es de una contratista, sea la misma de la cual es empleada la víctima, u otra distinta. Su responsabilidad dependería de un juicio de evitabilidad del acoso con relación a sus facultades directivas⁴³.

VII. EL CORRELATIVO DEBER EMPRESARIAL DE PROTECCIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL Y SEXISTA.

El derecho a un ambiente de trabajo sin acoso sexual o sexista ostenta un enunciado simple. Sin embargo, el correlativo deber del empresario se caracteriza por su complejidad, comprendiendo un aspecto de negatividad –deber de abstención: no acosar a sus trabajadores/as- y otro de positividad –deber de protección: no permitir que otras personas acosen a sus trabajadores/as-, que en los artículos 48 y 62 de la LOIEMH es objeto de un desarrollo básico, dejando a la negociación colectiva su desarrollo completo, siendo su intervención de “*enorme importancia*”, “*casi imprescindible*” para “*la configuración del acoso sexual en el trabajo como un derecho de protección del trabajador frente al empresario*”⁴⁴.

⁴³ Como afirman Esther Sánchez Torres / Elena Larrauri Pijoan, “*la trascendencia práctica de la expresión dentro del ámbito que alcanzan las facultades de dirección empresarial (a que se refiere el artículo 8.13º de la LISOS), si se adopta una interpretación aislada y restrictiva, puede generar alguna disfunción ante supuestos de acoso en los que resulten implicadas: (1) una ETT y la empresa usuaria o (2) una empresa principal y una contratista ... La alternativa en estos casos pasa ... por acoger una interpretación amplia de la expresión poder de dirección y tomar como criterio prevalente ... el ámbito locacional en el marco del cual se produce el acoso, si bien la extensión solidaria de la responsabilidad administrativa debería producirse en los supuestos de uso fraudulento de los fenómenos de descentralización productiva y en los casos en los que no se haya actuado correctamente en el ejercicio de los poderes empresariales correspondientes*”, “El nuevo delito ...”, obra citada, páginas 60 a 62.

⁴⁴ Ya Teresa Pérez del Río / María Fernanda Fernández López / Salvador del Rey Guanter manifestaban, en 1993, que “*la inclusión de la negociación colectiva en la ordenación de la protección contra el acoso sexual tiene una enorme importancia*”, “Discriminación e igualdad en la negociación colectiva”, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993, páginas 291 y 292, passim. Una opinión que compartí en “El derecho ...”, obra citada, páginas 275 y 276. También Dolores de la Fuente Vázquez en “Acoso sexual”, dentro de “La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva”, coordinado por Teresa Pérez del Río, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, página 253. Y también Juan Antonio Altés Tárrega, quien concluía, en 2002, que “*la configuración del acoso sexual en el trabajo como un derecho de protección del*

a) Las medidas de prevención en el empleo privado.

El artículo 48 de la LOIEMH, “*medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo*”, establece una serie de obligaciones de las empresas, las cuales “*deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo ... con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación*” –en su apartado 1-.

Mientras el primer inciso establece una obligación de las empresas –deberán- sin referirse a ninguna medida concreta y sin exigir negociación con la representación del personal, el segundo inciso refleja una facultad de las empresas –podrán- respecto a concretas medidas –códigos de buenas prácticas, campañas informativas, acciones de formación- que se obliga a negociar con la representación del personal. De este modo, las obligaciones del primer inciso son responsabilidad exclusiva de la empresa, sin que, en el caso de fracaso de la negociación con la representación del personal, aquella pueda alegar esta circunstancia buscando la exoneración o atenuación de su responsabilidad ante una reclamación de una víctima.

¿Cuáles son esas medidas cuya ausencia o insuficiencia determina la responsabilidad de la empresa? Las que debería de adoptar un buen empresario. Y, en la aplicación de ese estándar, se tornan decisiva la

trabajador frente al empresario hace casi imprescindible que el mismo se regule a través de la negociación colectiva”, “El acoso ...”, obra citada, página 139.

Recomendación de 27.11.1991 de la Comisión de las Comunidades Europeas, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, la cual sintéticamente exige: (1) una declaración de principios con un compromiso de tolerancia cero del acoso sexual, (2) su comunicación eficaz a la totalidad del personal, (3) la formación de los directivos, (4) un procedimiento informal de solución a gestionar por un asesor confidencial –o mejor asesora-, y (5) un procedimiento formal de carácter disciplinario.

Satisfecho ese nivel mínimo exigible –cuya concreción dependerá de las circunstancias de cada empresa concreta atendiendo a su tamaño, la composición de su personal, o la existencia o no de antecedentes de acoso-, las demás medidas a adoptar son facultativas, y si para esas medidas facultativas se exige legalmente una negociación es porque su implantación efectiva requiere la colaboración de la representación del personal. El ejemplo paradigmático de medidas facultativas son las denominadas medidas de prevención terciaria⁴⁵. Otras posibles medidas facultativas pueden provenir de la extensión a la empresa privada de las medidas establecidas para empleadores estatales en el artículo 62 de la LOIEMH.

Al lado del anterior grupo de obligaciones dirigidas a las empresas, el artículo 48 de la LOIEMH contiene otro grupo de obligaciones –apartado 2- de los representantes de los trabajadores, los cuales “*deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o*

⁴⁵ La prevención primaria se dirige a combatir en su origen el riesgo de acoso a través de una serie de medidas estrictamente preventivas, como la declaración de principios con un principio de tolerancia cero del acoso, su comunicación al personal, o la formación de los directivos. La prevención secundaria se dirige a solucionar, a través de procedimientos informales y/o formales, los conflictos surgidos. Las medidas de prevención primaria y secundaria se corresponden básicamente con el nivel mínimo exigible, pero también incluyen contenidos facultativos. La prevención terciaria se dirige, una vez constatado el acoso, a recuperar el proyecto profesional de la víctima en la empresa. Es un contenido facultativo. Acerca de esta categorización, Ana Martín Muñoz, “Procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos de intervención pública”, en “Las medidas disuasorias frente al acoso sexual y por razón de sexo”, Ana Rubio Castro / Juana María Gil Ruíz, Editorial Dykinson, Madrid, 2012, páginas 62 a 68.

comportamientos de que tuvieren conocimiento y que pudieren propiciarlo". También la Recomendación de 27.11.1991 de la Comisión de las Comunidades Europeas dirige diversas recomendaciones a los sindicatos en su relación con la empresa y en la relación con sus afiliados.

Cualquiera de las anteriores medidas de prevención de los acosos sexual y sexista –artículo 48 de la LOIEMH- se podrán establecer o negociar como medidas autónomas, sin necesidad de incluirlas en un plan de igualdad –artículos 45 a 47 de la LOIEMH-, como lo demuestra su regulación en artículos diferentes y se ratifica si atendemos al epígrafe del Capítulo III del Título IV –donde se contienen los artículos 45 a 48 de la LOIEMH-, ya que, como se refiere a *“los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad”*, es evidente que esas otras medidas de promoción de la igualdad, que son las de prevención de los acosos, no son necesariamente incluibles dentro del plan de igualdad.

b) Tratamiento del acoso en la negociación colectiva.

La evolución del tratamiento del acoso sexual y del acoso sexista en la negociación colectiva⁴⁶ ha partido de la nada –ausencia de regulación que casi es tanto como decir tolerancia-, ha mejorado lentamente –con muchas resistencias ideológicas y con un acelerón gracias al artículo 48 de la LOIEMH-, y aún no se puede considerar haya concluido en la inexorable dirección de dignidad de las personas que debería conducir a la regulación del acoso sexual y del acoso sexista en la totalidad de las empresas –bien en los convenios colectivos, bien en los planes de igualdad, bien en códigos

⁴⁶ He resumido en este apartado las conclusiones que alcancé en “Acoso sexual y acoso sexista”, dentro del libro “El principio de igualdad en la negociación colectiva”, CCNCC – MTIN, Madrid, 2008.

de conducta- con cláusulas conceptuales⁴⁷, declaraciones de principios⁴⁸, solución informal⁴⁹, sanción disciplinaria⁵⁰ y garantías de procedimiento⁵¹.

c) Las medidas de prevención en el empleo público estatal.

El artículo 62 de la LOIEMH, contenido dentro del Título V, sobre “*el principio de igualdad en el empleo público*”, y, más concretamente, en su Capítulo III, sobre “*medidas de igualdad en el empleo para la Administración General del Estado y para los organismos públicos vinculados o dependientes de aquella*”, establece, bajo el epígrafe “*protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de*

⁴⁷ Las definiciones de acoso sexual son relativamente frecuentes en convenios colectivos, planes de igualdad y códigos de conducta. Más inusuales son las definiciones de acoso sexista a causa de su más reciente implantación en nuestro ordenamiento jurídico. Tales definiciones no siempre se corresponden con las legales, lo cual genera problemas que, como regla de tendencia, se deberían resolver adaptándolas a las legales. Así, la STS de 6.7.2006, RJ 2006 6636, desestima la impugnación de un convenio colectivo que, al establecer un plan de actuación en casos de acoso sexual, lo define restrictivamente, (1) porque el concepto valdría solo a esos efectos de aplicar un plan de actuación en casos de acoso sexual, y no a efectos de delimitación de responsabilidades disciplinarias, y (2) porque la lógica del plan de actuación debería llevar a entender que, si acaece un acoso sexual como lo definen las leyes vigentes, se debería aplicar dicho plan de actuación, aunque no coincidiese con el concepto convencional de acoso sexual.

⁴⁸ No son muchos los convenios colectivos con declaraciones de principios con tolerancia cero del acoso sexual y sexista. Más habitual es encontrarlas en los planes de igualdad o en los códigos de conducta.

⁴⁹ Tampoco son muchos los convenios colectivos donde se establezca un procedimiento informal de solución y también es más habitual encontrarlo en los planes de igualdad o en los códigos de conducta de las empresas. Aunque sí es cierto que, en muchas ocasiones, se establece, al regular el procedimiento formal, la posibilidad de una solución amistosa. Tal parquedad reguladora se suele justificar en la tendencia de nuestra cultura jurídica a las respuestas sancionadoras –aunque aquí se podría discutir sobre si es una tendencia del sistema español o, en general, es una tendencia de las sociedades androcéntricas-.

⁵⁰ Mientras las anteriores cláusulas negociales relativas a los acosos sexual y sexista no aparecen ni siquiera en la totalidad de los convenios colectivos donde se contemplan los acosos sexual y sexista, la práctica totalidad de esos convenios colectivos contemplan su sanción disciplinaria, de ahí que sean no pocos los convenios colectivos donde la única referencia a la cuestión del acoso sexual y sexista sea, justamente, disciplinaria. La conclusión general más destacada sobre las abundantes tipificaciones es la gravedad de la sanción, porque siempre se encuentran entre las infracciones con sanciones muy graves todas o alguna –en ese supuesto, con una graduación que, si estuviera bien hecha, permitiría una mejor individualización de la sanción a cada conducta e individuo- de las conductas de acoso sexual o sexista.

⁵¹ La última modalidad de cláusulas sobre acoso sexual y sexista en convenios colectivos, planes de igualdad o códigos de conducta regulan las garantías del procedimiento disciplinario, buscando facilitar el ejercicio de los derechos de las personas implicadas, y, en particular, de las víctimas, en relación con la imposición de sanción disciplinaria al agresor. Pero ni son muchos los convenios colectivos que establecen esas garantías, ni los que las establecen, establecen todas las que serían necesarias y oportunas.

sexo”, que, “*para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, las Administraciones Públicas negociarán con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación*” que representan mayor concreción con respecto al artículo 48 de la LOIEMH.

Dichos principios generales son (1) el compromiso de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, (2) la instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres, (3) el tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario, y (4) la identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia.

El Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados a ella, se ha aprobado –con bastante demora respecto a lo esperado- a través del Acuerdo de 27 de julio de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado –BOE de 8.8.2011-. Se trata de un documento con una completa regulación donde se satisfacen las normas internas y comunitarias de referencia, y, en concreto, la influencia de la Recomendación de 27.11.1991 de la Comisión de las Comunidades Europeas es apreciable en la creación de la asesoría confidencial y en las garantías del procedimiento.

d) La sanción del acoso a través de la potestad disciplinaria empresarial.

La sanción privada de las conductas de acoso sexual o sexista ya era posible con anterioridad a la LOIEMH acudiendo a las justas causas de despido disciplinario más generales del artículo 54.2 del ET –y, en particular, a sus letras b) y d) sobre ofensas físicas o verbales y sobre transgresión de la buena fe contractual-. Por ello, al expresamente tipificar “*el acoso sexual y el acoso por razón de sexo ... al empresario o a las personas que trabajan en la empresa*” como justa causa de despido disciplinario –en una nueva letra g) del artículo 54.2 del ET-, la LOIEMH no está introduciendo propiamente una novedad, lo que no le resta mérito alguno en cuanto refuerza la pedagogía normativa y la seguridad jurídica.

Demostrativo de esas afirmaciones es que, desde hace ya varias décadas y hasta la actualidad, la doctrina judicial social ha enjuiciado despidos por conductas calificables de acoso sexual –incluso cuando ese nomen iuris aún ni era utilizado ni había nacido-. Hablando en términos generales, se trata de una doctrina claramente comprometida con la erradicación de la conducta. Por ello, si se acreditan las conductas imputadas al trabajador en la carta de despido disciplinario, lo habitual es declarar la procedencia, avalando así la actuación de la empresa⁵², y solo en

⁵² Es procedente el despido del trabajador que solicita los “*favores amorosos*” de diversas trabajadoras, desfavoreciendo a las que se negaron –STS de 26.3.1965-, que realiza “*proposiciones deshonestas*” a una trabajadora –STS de 17.12.1976 o STCT de 6.11.1979-, que falta a “*los más elementales deberes de honestidad de una compañera de trabajo*” –STCT de 27.2.1979-, que entra en el vestuario femenino donde se encontraba una compañera de trabajo, a quien sorprende, agarra por los brazos y le roza el pecho –STS de 10.3.1979-, que, penetrando en el servicio de caballeros que estaba limpiando la trabajadora, tras cerrar la puerta por dentro, la aborda “*manifestando sus deseos deshonestos y haciéndole tocamientos de igual índole*” –STCT de 25.11.1980-, que observa a una clienta dentro del probador –SSTCT de 22.2.1984 y de 14.10.1983-, que, “*durante la jornada laboral y en contra de la voluntad de la trabajadora, cometió actos atentatorios a la moral*” –STCT de 21.10.1986-, que comete “*acoso sexual in consentido*” –STS de 13.10.1989-, que somete a la única trabajadora de la empresa, a la sazón limpiadora, a requerimientos sexuales repetidos y contra su voluntad, siendo su despido procedente –STS de 20.3.1991, RCO 1227/1990-, que, prevaleciéndose de su cargo de subdirector de la empresa, practicó con varias trabajadoras un “*acoso personal*” –STJ/Baleares de 11.2.1991-, que le propone a una trabajadora de la empresa de limpiezas “*una masturbación recíproca*” –STSJ/Castilla La Mancha de 5.10.1992-, que tiene una conducta que roza la “*sexofilia sexista*” –STSJ/Cataluña de 30.6.1998, RS 773/1998-, que le toca las nalgas a una alumna en un almacén –STSJ/Cataluña de 14.1.2000, RS 6099/1999-, que aprieta con su cuerpo a una compañera contra el mostrador y, en otro momento, la agarra sorpresivamente por la cintura –STSJ/Cataluña de 22.10.2001, RS 3818/2001-, que sometió a una subordinada a “*una*

algunas muy contadas ocasiones se declara la improcedencia por ausencia de gravedad o culpabilidad en supuestos no siempre muy comprensibles⁵³.

persecución sexual –abrazos y besos impuestos a la fuerza- que solo con benevolencia puede calificarse de acoso” –STSJ/Galicia de 7.11.2002, RS 4652/2002-, que realiza comentarios obscenos e insinuaciones a varias trabajadoras, tocamientos ocasionales y las represalia si se molestan –STSJ/Madrid de 26.11.2002, RS 3553/2002-, que, en el ejercicio de su trabajo de forense, comete un delito de abusos sexuales durante la entrevista a una menor víctima de un delito contra la libertad e indemnidad sexual –STSJ/Valladolid de 4.10.2003, RS 2061/2003-, que, durante el trayecto al trabajo en coche, le hace tocamientos en los senos a una compañera mientras se masturba –STSJ/Sevilla de 29.1.2004, RS 3429/2003-, que dirige a las trabajadoras a las que supervisa frase groseras, insinuaciones, tocamientos, e incluso a una persecución, constituyendo un “*acoso sexual ambiental*” –STSJ/Valencia de 7.4.2004, RS 104/2004-, que agarra a una trabajadora de la empresa principal, la besuquea y la manosea hasta que ella se zafa –STSJ/Murcia de 24.10.2005, RS 959/2005-, que pretende tener relaciones sexuales con una compañera con aproximaciones groseras –STSJ/Cataluña de 9.5.2006, RS 3849/2005-, que “*acosó sexualmente de forma reiterada a su compañera de trabajo*” –STSJ/Valladolid de 22.11.2006, RS 1789/2006-, que intenta acercamientos físicos –STSJ/Extremadura de 21.2.2008, RS 831/2007-, que coloca en el tablón de anuncios de la empresa una anuncio de contacto, ofreciendo relaciones sexuales a nombre de una trabajadora de quien se facilita el teléfono –STSJ/Cantabria de 25.3.2008, RS 199/2008, comentada por Salvador Perán Quesada, “La aplicación de la LO 3/2007 a un supuesto de acoso sexual en la empresa”, Aranzadi Social, número 12, 2008, BIB 2008 2139, que realiza fotografías por debajo de la falda de las compañeras y que pone el móvil entre los muslos de una de ellas –STSJ/Sevilla de 11.2.2008, RS 1681/2007-, que dirige a dos compañeras “*una reiteración de comentarios soeces*” –STSJ/Valencia de 22.5.2008, RS 1270/2008-, que, cuando se hallaba la trabajadora en el comedor de la empresa, se le aproxima por detrás dándole “*una palmada en la zona glútea*” –STSJ/Cataluña de 17.9.2008, RS 3232/2008-, que, en presencia de otros compañeros y cuando estaban dentro de un ascensor, le dice a una miembro del comité de empresa que “*tengo ganas de follar a una del sindicato*” –STSJ/Extremadura de 2.6.2009, RS 229/2009-, que realiza manifestaciones verbales graves de matiz sexual a la limpiadora de su despacho –STSJ/Cataluña de 19.9.2008, RS 4518/2008-, que, en ejercicio de sus funciones como médico general, obligó en dos ocasiones a una paciente a desnudarse al reconocerla sin respetar su intimidad –STSJ/Sevilla de 15.9.2009, RS 324/2009-, que agrede sexualmente a una compañera –STSJ/Sevilla de 20.10.2009, RS 3554/2009-, que disimuló una cámara de vídeo en el baño de mujeres –STSJ/Sevilla de 30.9.2010, RS 1776/2010-, que hizo “*tocamientos con ánimo libidinoso*” –STSJ/Cataluña de 20.1.2011, RS 4988/2010-, que “*sometía a la limpiadora de una contrata, mientras desempeñaba su cometido profesional, a un trato vejatorio, inhumano y sistemático de acoso sexual, consistente en ser objeto de constantes expresiones verbales vejatorias de contenido libidinoso que, considerado en su conjunto, conducen a la creación de un clima laboral incómodo, hostil, humillante e insostenible para la trabajadora*” –STSJ/Tenerife de 16.5.2011, RS 227/2011-, que, después de mantener una relación sentimental con una compañera de trabajo, la amenazaba con que iba hacer que la despidieran si no reanudaban dicha relación sentimental –STSJ/Tenerife de 30.6.2011, RS 195/2011-, o que les toca glúteos y muslos a dos trabajadoras –STSJ/Castilla La Mancha de 15.3.2012, RS 196/2012-.

⁵³ Así declarando la improcedencia, por falta de gravedad y/o culpabilidad, cuando “*el actor, aproximándose silenciosamente a una compañera de trabajo, le dio una palmada en el culo*” –STSJ/Baleares de 30.6.2000, RS 192/2000-, cuando “*no se sigue contenido de carácter libidinoso, sino que revela un sentimiento de cariño o amor y/o un deseo de entablar una relación amistosa o afectiva*” –STSJ/Madrid de 17.12.2002, RS 4006/2002-, cuando, después de abandonar una trabajadora su puesto, despectivamente comenta a otros compañeros que “*esta a estas horas se la estará chupando al jefe debajo de la mesa y luego se lo tirará*” –STSJ/Asturias de 11.3.2009, RS 89/2009-, cuando “*el actor, que padece un retraso mental ligero ... pretendía convencer (a una compañera) para que formasen pareja ... diciéndole palabras cariñosas y de elogio, a las que ella no hacía demasiado aprecio ... en una ocasión llegó a abrazarla un momento por detrás, dándole un beso en el hombro, hecho que ella le reprochó ... él no se convencía de las negativas y le prometía que le compraría los muebles que le gustasen para cuando estuvieran casados, dándole en otra ocasión un horóscopo en el que se afirmaba su compatibilidad de caracteres*” –STSJ/Sevilla de 22.9.2009, RS 691/2009-, o cuando se instala “*en (el) ordenador (de una compañera) un salvapantallas con la imagen repetida de una mujer chupando un pene*” dentro de un “*ambiente cordial*” –STSJ/Madrid de 22.11.2011, RS 4818/2011-. Nunca es fácil enjuiciar la justicia de un caso si no se tiene un pleno conocimiento como el que tiene el órgano judicial que lo decide, pero, aún

Tal compromiso explica algunas decisiones judiciales que, cuando se han planteado cuestiones donde cabían interpretaciones formalistas, optaron por rechazarlas, lo cual, si siempre loable, lo es aún más cuando están en juego derechos fundamentales. Por ejemplo, cuando se consideran cumplidas las exigencias formales de la carta de despido siempre que se detallan las conductas aún sin identificar a las víctimas para salvaguardar su privacidad –STSJ/Valencia de 7.4.2004, RS 104/2004- Incluso se ha admitido revisar en suplicación los hechos probados cuando la valoración de la declaración de la víctima en la instancia es irracional –STSJ/Galicia de 7.11.2002, RS 4652/2002, y STSJ/Sevilla de 29.1.2004, RS 3429/2003-.

Mención especial merece la prescripción de la facultad empresarial de sancionar. Así, la STS de 13.10.1989 afirma que *“la falta cometida debe conceptuarse como continuada lo que determina que el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción no lo sea el de realización de un concreto acto que manifieste tal clase de falta, sino desde la fecha en que el trabajador desistiera de su conducta infractora ... evento que no se produjo”*. También se ha retrasado el dies a quo prescriptivo al término del juicio penal –SSTSJ/Valladolid de 4.10.2003, RS 2061/2003, y 22.11.2006, RS 1789/2006-, o al pleno conocimiento empresarial –STSJ/Valencia de 22.5.2008, RS 1270/2008, y STSJ/Cataluña de 20.1.2011, RS 4988/2010-.

e) Aproximación a las consecuencias del incumplimiento del deber empresarial de protección frente al acoso sexual y sexista. Autodefensa.

con esa cautela, estas sentencias ofrecen motivos para ser sometidas a crítica, en primer lugar, porque para llegar a la improcedencia algunas razonan introduciendo elementos restrictivos en el concepto de acoso sexual –como el carácter no deseado, la reiteración o la libidinosidad- que no se encuentran contemplados –y, por lo tanto, no se exigen- en la definición legal de acoso sexual, y, en segundo lugar, porque, aunque el despido solo se justifica cuando el incumplimiento sea grave y culpable, ambas exigencias suelen concurrir cuando, como es el caso del acoso sexual, existe una evidente transgresión de la buena fe contractual, siendo injusto –e incluso contradictorio con la tutela antiacoso- exigir a un empresario que mantenga en el entorno laboral a quien la ha transgredido y puede volver a hacerlo, con todas las importantes consecuencias que se le pueden derivar en orden a sus propias responsabilidades.

Dentro del diseño general de consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias establecido en el artículo 10 de la LOIEMH en trasposición de la normativa comunitaria –y, en particular, de la Directiva 2006/54/CE-, las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento del deber empresarial de protección frente al acoso sexual y al acoso sexista, sin perjuicio de la vía penal –artículo 184 del CP, cuyo análisis queda fuera de nuestro estudio centrado específicamente en el derecho laboral- y de la infracción y sanción administrativa –artículo 8.13º de la LISOS, que se analiza dentro de los instrumentos de la actividad administrativa de policía en el Capítulo Noveno-, se corresponden básicamente con la acción de nulidad de la conducta discriminatoria, la acción de resolución de la relación laboral y, acumulada o independiente, la acción indemnizatoria, que, al tratarse de acosos en la relación laboral, se instrumentan ante la jurisdicción social a través de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales o la que corresponda –artículos 177 a 184 de la LJS-. El análisis de las cláusulas de protección jurisdiccional se hará en los Capítulos Décimo Primero y Décimo Segundo, donde, además de las cláusulas de protección jurisdiccional de aplicación general a toda discriminación por razón de sexo / género, se analizan las cláusulas de protección jurisdiccional de aplicación especial al acoso sexual y sexista.

¿Resulta legítima la autodefensa frente al acoso sexual? Siempre que la autodefensa sea proporcionada, la respuesta es afirmativa. Por ello, un eventual despido de la víctima por la respuesta al acoso sexual nunca sería procedente y debería ser nulo siempre que así lo reclamase la víctima –en cuanto los órganos judiciales sociales no pueden conceder aquello que no se les pide-. Así, la STSJ/Castilla y León – Valladolid de 13.10.1999, consideró improcedente el despido de una trabajadora por abofetear a un superior después de este darle a aquella “*unas palmaditas en los glúteos*”,

razonando que “no resulta en absoluto desproporcionada la reacción de la recurrente ... por el contrario (es) una reacción habitual y casi instintiva”.

VIII. ACOSO DE GÉNERO Y ACCIDENTE DE TRABAJO.

Si es accidente de trabajo “*toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena*” –artículo 115.1 de la LGSS-, debemos concluir que, si de los acosos sexual y sexista en la relación de trabajo se derivasen lesiones físicas o psíquicas, tales deberán considerarse originadas de la contingencia de accidente de trabajo, lo que, en suma, se compadece con la calificación de los acosos sexual y sexista como riesgos laborales –que expresamente se reconoce en el artículo 27.3.c) de la LOIEMH y que, incluso desde antes, se contemplaba en la Nota Técnica Preventiva 507, sobre acoso sexual en el trabajo, del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo-.

Tal posibilidad de calificar las lesiones físicas o psíquicas derivadas del acoso sexual o sexista como accidente de trabajo está aceptada en una aplicación judicial que ha llenado odres viejos con vino nuevo⁵⁴. Algunas cuestiones interpretativas se plantean en relación con esta concreta materia. Una es la relativa a la aplicación en relación a los acosos de género de la doctrina del accidente de trabajo in itinere contemplada en el artículo 115.1.a) de la LGSS. Siguiendo los criterios sentados jurisprudencialmente en supuestos de agresiones durante el trayecto al ir al trabajo o al volver del

⁵⁴ En la STSJ/Castilla-La Mancha de 16.11.1989, confirmando la SMT 2 Ciudad Real de 29.12.1987, auténtica pionera, salvo error u omisión involuntario, en cuanto a la declaración del acoso sexual como accidente de trabajo, se razonó de una manera tan contundente como acertada que “*las agresiones a un trabajador por otro en el centro de trabajo y en horas de trabajo se consideran accidente de trabajo*”. Sobre estas sentencias véase José Augusto de Vega Ruíz, “El acoso sexual como delitio autónomo”, Editorial Colex, Madrid, 1991. También véanse la STSJ/Galicia de 24.1.2000, AS 2000 60, que he comentado con Jaime Cabeza Pereiro en “El acoso sexual como riesgo laboral”, Aranzadi Social, número 1, 2000, BIB 2000 154, y la SJS 30 Madrid de 7.5.2009, Pto. 1629/2008, comentada esta por Ángel Jurado Segovia, “Enfermedades psicológicas y accidente de trabajo. A propósito de un supuesto de acoso sobre una trabajadora con dolencias previas”, Aranzadi Social, número 13, 2009, BIB 2009 1691.

trabajo, los acosos in itinere son accidente de trabajo si la causa proviene de la relación laboral o si es fortuita, pero no si resulta extraña al trabajo⁵⁵.

Otra cuestión interpretativa es si es aplicable el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene regulado en el artículo 123 de la LGSS. La doctrina se ha planteado esta cuestión interpretativa y la ha resuelto, en su mayoría, con carácter afirmativo⁵⁶ partiendo de la premisa de que los acosos sexual y sexista son riesgos laborales, y, en consecuencia, susceptibles de ser prevenidos –en los términos regulados en el artículo 48 de la LOIEMH-, de modo que, si no han sido prevenidos correctamente, no existe inconveniente alguno en considerar estamos ante un incumplimiento de normas de seguridad e higiene que genera recargo de prestaciones ex artículo 123 de la LGSS⁵⁷.

⁵⁵ Conclusiones las expuestas que son seguridad se extraen de la STS de 20.6.2002, RCU 2297/2001, que negó –por obedecer la agresión a una causa exógena a la relación laboral- la calificación de accidente de trabajo en el supuesto de un trabajador fallecido a causa de los disparos que, durante el trayecto al trabajo, le realiza otra persona con la cual mantenía rencillas debido a sus relaciones con la esposa del trabajador, y de la STS de 20.2.2006, RCU 4145/2004, que admitió –por obedecer la agresión a un caso fortuito- la calificación de accidente de trabajo en el supuesto de un trabajador víctima elegida aleatoriamente –se encontraba en la parada del autobús de vuelta a su domicilio tras el trabajo- por un asesino múltiple –el llamado asesino de la baraja-. De este modo, se puede concluir –siguiendo la citada STS de 20.2.2006- que “(se excluye) la calificación de accidente de trabajo (solo) cuando la agresión obedezca a motivos determinados ajenos al trabajo y próximos a circunstancias de agresor y agredido”.

⁵⁶ Ya en 1996 nos manifestamos a favor de esa posibilidad en “El derecho ...”, obra citada, páginas 252 a 254, y en el comentario que escribimos con Jaime Cabeza Pereiro “El acoso ...”, obra citada. El problema era entonces si el recargo de prestaciones obligaba a una infracción de medidas de prevención concretas o si bastaba con las infracción de medidas de prevención generales, habida cuenta de que ninguna medida de prevención concreta se refería a la prevención del acoso sexual en el derecho interno –aunque en el comunitario estaba la Recomendación de 27.11.1991 de la Comisión de las Comunidades Europeas-. Con la LOIEMH el problema ha desaparecido porque, en su artículo 48, se contemplan medidas de prevención concretas. Actualmente, la mejor doctrina se inclina, dado el artículo 48 de la LOIEMH, por la posible aplicación del recargo de prestaciones, ver Teresa Pérez del Río, “La violencia ...”, obra citada, páginas 77 a 79, y Ana Rubio Castro / Juana María Gil Ruíz, “Dignidad ...”, obra citada, páginas 144 y 145.

⁵⁷ En el ámbito de los riesgos psicosociales, la cuestión se resuelve afirmativamente en relación con un síndrome de “burn out” –o síndrome de estar quemado- en la STSJ/País Vasco de 14.9.2010, RS 7602/2009, comentada por Cristóbal Molina Navarrete, “El recargo de prestaciones por infracción del deber de evaluar los riesgos psicosociales: la doctrina judicial hace justicia disuasoria”, Aranzadi Social, número 22, 2011, BIB 2010 3746. Una magnífica STSJ/Galicia de 25.1.2012, RCU 2040/2008, ha impuesto el recargo de prestaciones en relación con una depresión derivada de un acoso moral en el trabajo que desemboca en el suicidio del trabajador dado el incumplimiento de los principios generales de acción preventiva y al estar probado el nexo causal entre ese incumplimiento y el daño. Destaca en su argumentación –en lo que aquí nos interesa- el paralelismo que realiza con el acoso sexual y la cita que hace del artículo 48 de la LOIEMH, subrayando la obligatoriedad del deber empresarial de prevención.

CAPÍTULO SÉPTIMO

LOS DERECHOS DE MATERNIDAD DE LAS MUJERES TRABAJADORAS

SUMARIO: I. LA TUTELA DE LA MATERNIDAD DESDE LA ÓPTICA DE LA SALUD: a) La normativa sobre maternidad dentro del contexto paternalista. b) La normativa sobre maternidad y el arrumbamiento del paternalismo. c) La Directiva Maternidad. d) Su aplicación judicial. e) La trasposición a la legislación española interna. f) El tratamiento de la maternidad desde la óptica de la salud en la negociación colectiva. II. LA TUTELA DE LA MATERNIDAD DESDE LA ÓPTICA DE LA IGUALDAD: a) La jurisprudencia comunitaria sobre discriminación por maternidad. b) Plasmación de la discriminación por maternidad en la normativa comunitaria. c) La jurisprudencia constitucional sobre discriminación por maternidad. d) La política de coste cero de la maternidad. III. LOS DERECHOS DE MATERNIDAD EN PERSPECTIVA DE GÉNERO: a) Caracterización general. b) Plasmación de los derechos de maternidad en la ley de igualdad. Avances y carencias.

I. LA TUTELA DE LA MATERNIDAD DESDE LA ÓPTICA DE LA SALUD.

La protección de la salud de las madres trabajadoras es una seña de identidad del Derecho del Trabajo. Desde los albores de la legislación social hasta el momento actual se ha protegido la salud de las madres trabajadoras, lo cual seguirá siendo así mientras exista una legislación que se quiera considerar social. Pero el sentido de la normativa sobre la maternidad ha conocido una profunda evolución que, a grandes rasgos, ha corrido paralela a las tres etapas de la evolución del concepto de igualdad – analizadas en el Capítulo Primero-¹. Y las dos primeras etapas –normativa

¹ Las tres etapas en la evolución de la normativa sobre maternidad a que se alude en el texto principal, y en las cuales se profundizará a lo largo del presente Capítulo, se podrían enunciar de una manera muy sucinta en los siguientes términos: la normativa laboral considera la maternidad como situación a proteger dentro del contexto protector de la legislación paternalista –esta primera etapa corrió paralela con el principio de igualdad / normativa paternalista-; la normativa laboral considera la maternidad como situación especial frente al principio general de no discriminación de los sexos –esta segunda etapa corrió paralela con la prohibición de discriminación / arrumbamiento del paternalismo-; la normativa laboral

paternalista / arrumbamiento del paternalismo- se han caracterizado por contemplar solo –aunque con distinto planteamiento- la óptica de la salud.

a) La normativa sobre maternidad dentro del contexto paternalista.

La protección de la salud de las madres trabajadoras se remonta a los albores de la legislación social, en una época histórica en la cual, frente a la explotación del capitalismo decimonónico, se buscaba, a través de normas tuitivas, salvaguardar la salud de los trabajadores. Tales normas tuitivas incidieron en especial, debido al tan arraigado como odioso estereotipo de la inferioridad femenina, sobre el trabajo de las mujeres –consideradas “*medias fuerzas*” como los niños/as-. Así las cosas, la protección de la maternidad aparecía como una concreta manifestación de un principio general de protección paternalista del “*sexo débil*” inspirador de todo el ordenamiento jurídico laboral hasta la década de los setenta del Siglo XX.

Dentro de este contexto paternalista, se aprobaron los primeros instrumentos internacionales sobre maternidad. El Convenio número 3 de la OIT (1919), relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto, obligaba a lo siguiente: (a) prohibición de trabajar en seis semanas tras el parto; (b) derecho a ausentarse en seis semanas anteriores; (c) prestaciones suficientes para la manutención en buenas condiciones de higiene durante las doce semanas a satisfacer con fondos públicos o un sistema de seguro; (d) asistencia gratuita de médico o comadrona; (e) dos descansos de media hora para amamantar; (f) prohibición de despido durante las doce semanas o un periodo mayor por enfermedad causada por el embarazo o el parto.

considera la maternidad como un auténtico derecho de las madres trabajadoras –esta tercera etapa corre paralela con el principio de transversalidad de la dimensión de género-. Tales etapas ya las apunté en “El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora”, Instituto de la Mujer, Madrid, 2002, páginas 15 a 20.

El Convenio número 103 (1952), sobre protección de la maternidad, revisión del 3, perfila y mejora esos contenidos: (a) el derecho al descanso se fija mínimo en doce semanas y seis postparto, ampliables si enfermedad causada por embarazo o parto; (b) los periodos de descanso se cubren con prestaciones sanitarias, que garantizarán, en su caso, la hospitalización y la libre elección de médico y hospital; (c) las prestaciones económicas, si se calculan sobre las ganancias anteriores, serán cuando menos de dos tercios; (d) si la trabajadora no cumpliera los requisitos para acceder a prestaciones de pleno derecho, se le garantizará una cobertura asistencial; (e) las pausas de lactancia serán retribuidas; (f) se mantiene la prohibición de despido.

Convenio acompañado de la Recomendación número 95 de la OIT, donde se sugiere: (a) ampliar el descanso a 14 semanas y en casos individuales si hay complicaciones; (b) elevar la prestación al 100%; (c) mejorar la asistencia sanitaria; (d) ayudas para canastillas; (e) ampliar el permiso de lactancia; (f) salas de lactancia; (g) reforzar la prohibición de despido ampliándola hasta un mes después de la licencia de maternidad, regulando sus excepciones y complementándola con una garantía de reingreso; (h) prohibir trabajo nocturno y horas extras a las trabajadoras embarazadas o lactantes; (i) el cambio de puesto de trabajo, sin reducir el salario, si el trabajo es peligroso para la salud de la madre o la de su hijo.

Ya aprobado en un contexto internacional muy diferente –el paternalismo estaba en trance de desaparición y la maternidad se contempla desde la óptica de la igualdad- es oportuno dar cuenta –para así completar los instrumentos internacionales sobre maternidad emanados de la OIT- de la aprobación del Convenio número 183 de la OIT (2000), sobre protección de la maternidad, que asimismo se ha acompañado de una Recomendación, la número 191. Destacan de estas normas su pretensión de generalidad para abarcar la diversidad del desarrollo económico y social de los Estados

miembros. Aún así, el Convenio 183 –a diferencia del 3 y del 103- no ha sido ratificado por España –lo que nos exime de un estudio más detallado-².

Situándonos ahora en España, la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre protección de la mujer y el niño en el trabajo marcó el comienzo de la protección de la maternidad, al establecer, en su artículo 9, una exigua prohibición de trabajar durante las tres semanas posteriores al parto con reserva del puesto de trabajo y un permiso retribuido de una hora diaria, divisible en dos medias horas, para el amamantamiento del hijo. Pero la normativa, debido a su insuficiencia, presentó alta tasa de incumplimiento. Y es que, al no contemplar una cobertura económica de la licencia de maternidad, las trabajadoras, si dejaban de trabajar durante toda su duración, era a costa de desatender las necesidades básicas de sus familias.

Reformas sucesivas fueron mejorando la regulación hasta que, con la ratificación –a 13.7.1922- del Convenio número 3 de la OIT (1919), se asumió su contenido, aunque la cobertura económica se demoró hasta que, por Real Decreto Ley de 22.3.1929, se constituyó el Seguro Obligatorio de Maternidad³. Con el franquismo, se ahondó, en el marco de una política natalista⁴, en el proteccionismo y en el paternalismo, aprobándose el Decreto de 26 de julio de 1957 del Ministerio de Trabajo sobre trabajos prohibidos a las mujeres. Más adelante, se ratificó –a 17.8.1965- el Convenio número 103 de la OIT. La Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales instauró una licencia de 14 semanas –artículo 25.4-.

² Sobre esta ausencia de ratificación hay un estudio inédito de Jaime Cabeza Pereiro a quien, con razón, le sorprende no se haya producido cuando solo obligaría a alguna pequeña reforma legal, añadiendo sería ineludible si se reemprenden los trabajos, a nivel europeo, de modificación de la directiva de maternidad, “Los problemas de ratificación de los Convenios de la OIT sobre protección de la maternidad”, 2011.

³ Un excelente análisis de la evolución histórica de la licencia de maternidad desde la Ley de 13 de marzo de 1900 hasta el Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929 es el de Pilar Núñez-Cortés Contreras, “La licencia por maternidad de la trabajadora”, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, páginas 17 a 43.

⁴ Sobre la política natalista franquista, que no consiguió imponerse entre las mujeres españolas, Mary Nash, “Pronatalismo y maternidad en la España franquista”, en el libro colectivo editado por Gisela Bock / Pat Thane, “Maternidad y políticas de género”, Ediciones Cátedra, Madrid, 1996, páginas 279 a 307.

Tal situación sustancialmente se mantuvo en las primeras normas laborales del periodo democrático. El ET de 1980 consolidó la licencia de 14 semanas en caso de parto distribuidas a opción de la mujer –artículo 48.4- y un permiso retribuido de lactancia de titularidad femenina –artículo 37.4-. La Ley General de la Seguridad Social –la entonces vigente era la de 1974- retribuía la licencia de maternidad con un subsidio económico y una asistencia sanitaria integrados dentro de la invalidez laboral transitoria. Se completaba la regulación con la vigencia formal –aunque su constitucionalidad era cada vez más cuestionada- del Decreto de 26 de julio de 1957 del Ministerio de Trabajo sobre trabajos prohibidos a las mujeres.

Algunos cambios –si bien menos de los deseables- se comienzan a atisbar en la Ley 3/1989, de 3 de marzo, que amplió a 16 semanas la licencia de maternidad y que, entre otras medidas, introdujo su disfrute paterno en los casos de fallecimiento y de cesión de la madre, y el disfrute paterno del permiso de lactancia. Pero los disfrutes paternos dependían de que la madre tuviese derecho y de que, en su caso, se lo cediese al padre, con lo cual los derechos del padre eran derivados, o, dicho en otros términos, se estaba simbólicamente afirmando que los padres, a diferencia de las madres, no tenían derechos fundados en la naturaleza de las cosas. Continúa, además, sin derogarse el citado Decreto de 26 de julio de 1957.

b) La normativa sobre maternidad y el arrumbamiento del paternalismo.

La erradicación del paternalismo supuso la igualación de los derechos de las mujeres y de los hombres salvo determinadas derogaciones entre las cuales, justificada por el hecho biológico diferencial, se encontraba la protección de la salud de las madres trabajadoras. De este modo, la maternidad dejaba de ser una aplicación concreta de un principio

general paternalista y pasaba a ser una situación especial derogatoria de un principio general igualitarista. Por ello, las normas sobre protección de la maternidad de la mujer trabajadora, aunque se mantienen sustancialmente, se reducen a lo estrictamente justificado en el hecho biológico diferencial, apareciendo incluso una tendencia a transformarlas en normas dispositivas.

Dentro de este contexto, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 1979), afirma, en el apartado 2 de su artículo 4, que *“la adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria”*. Y *“las contenidas en la presente Convención”* son las de su artículo 11.2: (a) la prohibición de despido por embarazo o licencia de maternidad; (b) la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo, antigüedad o beneficios sociales; (c) servicios sociales de apoyo; (d) la protección especial durante el embarazo.

También es muy significativa –e incluso temporalmente anterior al recién citado Pacto de Nueva York- de la consideración de la protección de la maternidad como una excepción de la igualdad, la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, en cuanto, después de definir, en el apartado 1 de su artículo 2, el principio de igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta, establecía tres excepciones: en su apartado 2 la buena fe ocupacional, en su apartado 4 las acciones positivas, y afirmando, además, en su apartado 3 que *“la presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad”*.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aplicado la norma estrictamente de modo que, solo en relación al embarazo y a la maternidad se admiten excepciones, siendo discriminatorios los derechos especiales de las mujeres –STJUE de 25.10.1988, Comisión contra Francia, C-312/86-, y,

más concretamente, la prohibición de trabajo nocturno –STJUE de 25.7.1991, Stoeckel, C-345/89, STJUE de 3.2.1994, Caso Minne, C-13/93, STJUE de 2.8.1993, Caso Levy, C-158/91, STJUE de 13.3.1997, Comisión contra Francia, C-197/96, STJUE de 4.12.1997, Comisión contra Italia, C-207/96-, o prohibiciones semejantes como el trabajo en medio hiperbárico o de buceo –STJUE de 1.2.2005, Comisión contra Austria, C-203/03-.

Aunque la excepción de maternidad se ha interpretado en un sentido amplio, incluyendo las “*especiales relaciones entre la mujer y su hijo*”, y admitiendo así un permiso posterior a la licencia de maternidad de titularidad femenina exclusiva –STJUE de 12.7.1984, Hoffman, C-184/83-, o un permiso a favor de la madre adoptiva –STJUE de 26.10.1983, Comisión contra Italia, C-163/82-. Doctrina nunca abandonada, pero que, sin embargo, tampoco se ha aplicado nunca con posterioridad. La STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez, C-104/09, consideró discriminatorio el permiso español de lactancia que, si bien con posibilidad de traspaso al padre, era de titularidad femenina, distanciándose así del Caso Hoffman.

c) La Directiva Maternidad.

La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, ostenta dos caracteres que su denominación delata. El primero es dictarse en ejecución de las competencias comunitarias para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo, lo cual emparenta con la perspectiva de la salud de los convenios sobre maternidad de la OIT. Y el segundo es el abandono del paternalismo: la protección no nace del hecho de ser mujer, sino del hecho del embarazo, parto reciente o lactancia, lo cual emparenta con la jurisprudencia recién citada del TJUE.

Cuando el Preámbulo de la Directiva afirma que *“no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres”*, no solo se confirma el abandono del paternalismo, sino además se trasluce una concepción de la maternidad en oposición a la igualdad. Y ello explica que las definiciones de trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia –según su artículo 2- exijan, además de encontrarse la trabajadora en alguna de esas situaciones, *“que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”*, convirtiendo así en dispositiva la totalidad de su regulación⁵.

Por lo tanto, la Directiva Maternidad demuestra ser hija de un tiempo en el cual, si bien se estaba superando el paternalismo, no se había conjugado fructíferamente la óptica de la salud con la óptica de la igualdad en las normas sobre maternidad de la mujer trabajadora. Aunque en algunas de sus normas ya se atisba la conversión de la tutela durante la maternidad en una tutela por causa de maternidad –al admitir excepciones por causas ajenas al embarazo / maternidad en la prohibición de despido, artículo 8-, o la socialización de la cobertura de la maternidad –como la alternativa de cobertura con prestaciones sociales de los periodos de dispensa de trabajo y de la licencia de maternidad, y no a cargo de las empresas, artículo 11-.

Un análisis de la regulación de la directiva comunitaria lo podemos resumir de manera sintética en las siguientes cinco medidas dirigidas a la protección de la salud de las trabajadoras en embarazo, parto y lactancia:

(1) La protección genérica frente a riesgos de exposición. Según los artículos 4 y 5, *“para cualquier actividad que pueda presentar un riesgo*

⁵ Lo cual ha generado razonables críticas. Así Jean Jacqmain se cuestiona retóricamente si *“¿puede un empleador no infringir la ley ... si continúa exponiendo a radiaciones ionizantes a una trabajadora encinta de 8 meses que no le ha informado de su estado?”* (la traducción es propia), “Protection de la maternité. L’execution de la directive européenne 92/85”, CGSP, Bélgica, 1995, páginas 8 y 9. Si el empresario conoce el estado de la trabajadora –por ser notorio o conocerlo de otro modo distinto a la comunicación de la trabajadora-, la conclusión más lógica es que estará obligado a cumplir con la norma.

específico de exposición (de las trabajadoras embarazadas, en parto reciente o periodo de lactancia) a alguno de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo cuya lista no exhaustiva figura en el Anexo I (de la Directiva)”, el empresario realizará una evaluación de riesgos, debiendo sus resultados comunicarse a las trabajadoras que se encuentren o se puedan encontrar en esas situaciones y/o a sus representantes, y, “si los resultados de la evaluación mencionada revelan un riesgo para la seguridad o la salud, así como alguna repercusión en el embarazo o la lactancia de una trabajadora” se establecen tres grados o niveles de protección contemplados en cascada: (1) “el empresario tomará las medidas necesarias para evitar, mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de la trabajadora afectada, que esta trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo”, (2) “si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada”, y (3) “si dicho cambio de puesto no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud”. En el supuesto de dispensa de trabajo, “deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada ... con arreglo a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales” –artículo 11-.

(2) Las prohibiciones de exposición obligatoria y de trabajo nocturno obligatorio. No se podrá ver obligada ni la trabajadora embarazada “a

realizar actividades que de acuerdo con la evaluación supongan el riesgo de una exposición a los agentes y condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II, Sección A (de la Directiva), que ponga en peligro la seguridad o la salud”, ni la trabajadora en período de lactancia “a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación supongan el riesgo de una exposición a los agentes o condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II, Sección B (de la Directiva), que ponga en peligro la seguridad o la salud” –artículo 6-. Tampoco se podrán ver obligadas las trabajadoras “a realizar un trabajo nocturno durante el embarazo o durante un periodo consecutivo al parto que será determinado por la autoridad nacional competente en materia de seguridad y salud, a reserva de la presentación, según las modalidades fijadas por los Estados miembros, de un certificado médico que dé fe de la necesidad para la seguridad y la salud de la trabajadora”, y, entre esas medidas, se deberá incluir “la posibilidad (a) de traslado a un trabajo diurno o de una dispensa de trabajo, o (b) de una prolongación del permiso de maternidad cuando dicho traslado no sea técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados” –artículo 7-. En los supuestos de los artículos 6 y 7 –como en el de dispensa de trabajo del 5- “deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada ... con arreglo a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales” –artículo 11-.

(3) El permiso de maternidad. Se establece “un permiso de maternidad de cómo mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”, añadiéndose que “deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de cómo mínimo dos semanas” –artículo 8-. Durante el permiso de maternidad, “deberán garantizarse ... los derechos inherentes al contrato de trabajo ... (y) el mantenimiento de una

remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada”, siéndolo “cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibirá la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinados por las legislaciones nacionales” –artículo 11-. La Declaración del Consejo y de la Comisión, anexa a la Directiva Maternidad, nos aclara que “en modo alguno pretende equiparar el embarazo y el parto con una enfermedad”.

(4) El permiso para exámenes prenatales. *“Un permiso sin pérdida de remuneración para realizar los exámenes prenatales en caso de que dichos exámenes tengan lugar durante el horario de trabajo” –artículo 9-.*

(5) La prohibición de despido. Según el artículo 10, *“los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras ... durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad ... salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo”.* Cuando durante ese periodo se despida a una trabajadora *“el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito”.* Se establecerán *“las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras ... contra las consecuencias de un despido que sería ilegal”.*

Nos resta noticiar una Propuesta de modificación de la Directiva Maternidad, que la Comisión presentó a 3.10.2008. Sus novedades más llamativas son (1) la ampliación del permiso de maternidad a 16 semanas, siendo 6 obligatorias postparto y permitiendo a la mujer elegir cuando disfruta el resto, (2) un permiso adicional en partos múltiples o prematuros, bebés hospitalizados o niños discapaces, (3) la consideración como discriminatorio de todo trato menos favorable dispensado a una mujer con relación al embarazo o permiso de maternidad, y (4) la extensión de las

garantías típicas de las directivas de igualdad –flexibilización de la carga de la prueba, cláusulas de protección jurisdiccional, organismos de igualdad-.

d) Su aplicación judicial.

(1) La prohibición de despido ha sido la medida más aplicada en la jurisprudencia comunitaria. Cuando ni siquiera estaba vigente atendiendo a los hechos del caso la Directiva Maternidad, la STJUE de 14.7.1994, Caso Webb, C-32/93, ya afirmó –en apreciación tan reiterada con posterioridad que se ha convertido en una cláusula de estilo- que la prohibición de despido contenida en el artículo 10 de la Directiva Maternidad previene “*(el) riesgo que un posible despido supone para la condición física y psíquica de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo*”.

Ya siendo aplicable a los hechos del caso la Directiva Maternidad, el Tribunal de Justicia ha conocido de varios casos acerca del alcance de la prohibición de despido, unos donde se abordan aclaraciones más generales –el Caso Jiménez Melgar y el Caso Paquay-, y otros donde se enfrenta a supuestos más específicos –el Caso Mayr y el Caso Danosa-. Si algo se observa en todos los casos –que pasamos a analizar con más detalle- es la progresiva delimitación de hasta dónde llega la prohibición de despido y hasta dónde llega la prohibición de despido por embarazo / discriminación –la cual, como veremos más adelante dentro de este Capítulo, ha surgido y se ha consolidado al enfocar la maternidad desde la óptica de la igualdad-.

La STJUE de 4.10.2001, Caso Jiménez Melgar, C-438/99⁶, ha aclarado: a) Que la prohibición de despido tiene efecto directo. b) Que,

⁶ Véase el estudio del juez que planteó la cuestión, Manuel Mazuelos Fernández-Figueroa, “La prohibición de despido de la trabajadora embarazada: reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva

atendiendo a su literalidad, no se impone a los Estados especificar en su legislación las causas válidas de despido de una trabajadora protegida, aunque sí pueden hacerlo mejorando la normativa comunitaria. c) Que la prohibición de despido se aplica a contratos indefinidos y temporales. d) Que el vencimiento y no renovación de un contrato temporal no es un despido prohibido, aunque es una discriminación si está motivado por el embarazo. e) Que la norma comunitaria no exige intervenir a una autoridad nacional para otorgar acuerdo previo a la decisión extintiva de la empresa.

La STJUE de 11.10.2007, Caso Paquay, C-460/06, también ha aclarado que la prohibición de despido *“prohíbe no solamente notificar una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo, durante el período de protección ... sino también adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expirar dicho período”* –como realizar ofertas de empleo para sustituir a la trabajadora embarazada por un trabajador indefinido-. En todo caso, es una discriminación sexista directa *“una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo ... cualquiera que sea el momento en que se notifique esa decisión de despido, incluso si se notifica una vez finalizado el período de protección”*.

La STJUE de 26.2.2008, Caso Mayr, C-506/2006, se enfrentó a un supuesto fáctico muy específico: se trataba de una trabajadora sometida a un tratamiento de fecundación in vitro que es despedida por someterse a ese tratamiento cuando sus óvulos ya están fecundados por los espermatozoides de su pareja, pero todavía no están implantados en su útero. El Tribunal de Justicia considera que a ese supuesto fáctico no le es

92/85/CE, de 19 de octubre de 1992”, Revista de Derecho Social, número 7, 1999, páginas 109 a 119. Tras la sentencia realizó otro estudio “Crónica de una cuestión prejudicial: protección del despido de las mujeres embarazadas y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2001. Alcance del efecto directo del artículo 10 de la Directiva 92/85/CE ante el incumplimiento de un Estado miembro”, Actualidad Jurídica Aranzadi, número 520, páginas 1 a 8. También véase el estudio de Luciano Cordero Saavedra, “La protección de las mujeres embarazadas contra el despido y aplicación de las Directivas 76/207/CE y 92/85/CE (A propósito de la STJCE 4 octubre 2001)”, Aranzadi Social, números 7-8, 2002.

aplicable la prohibición de despido. Pero asimismo considera que, en cuanto es un estadio avanzado de un tratamiento de fecundación in vitro – entre la punción folicular y la transferencia de los óvulos fecundados al útero-, sí le es aplicable la prohibición de discriminación por embarazo.

La STJUE de 11.11.2010, Caso Danosa, C-232/09, se enfrentó a otro supuesto fáctico muy específico: se trataba de una trabajadora que era miembro único del consejo de dirección de una sociedad de capital y a quien la junta de accionistas revoca su nombramiento por su embarazo. El Tribunal de Justicia considera es una trabajadora a los efectos de la Directiva Maternidad –y, en consecuencia, a los efectos de la aplicación de la prohibición de despido- *“si su actividad se ejerce, durante un tiempo determinado, bajo la dirección o el control de otro órgano de esta sociedad y si, a cambio de esta actividad, percibe una retribución”* –dejando la determinación de si ello es así al órgano jurisdiccional nacional remitente⁷.

(2) La STJUE de 27.10.1998, Caso Boyle, C-411/96, que analiza la validez de diversas cláusulas contractuales sobre el permiso de maternidad, declara válidas, al no vulnerar ni las normas sobre maternidad ni sobre igualdad, las que mejoran su contenido mínimo aunque, respecto a su contenido mejorado, introduzcan condiciones que, respecto a su contenido mínimo, no serían admisibles⁸, y declara inválidas las que afectan a su

⁷ Por ello, el TJUE declara que *“el artículo 10 de la Directiva 92/85 ... se opone a una normativa nacional (en el caso, el código de comercio letón) ... que permite la destitución de un miembro del consejo de dirección de una sociedad de capital sin ninguna limitación, cuando la persona interesada tiene la condición de trabajadora embarazada en el sentido de esta Directiva y el acuerdo de destitución adoptado respecto a ella se basa esencialmente en su embarazo”*. Pero el TJUE va más allá: *“aun suponiendo que el miembro afectado de un consejo de dirección no tenga esta condición ... la destitución de un miembro del consejo de dirección, que desempeña funciones como las descritas en el procedimiento principal, por razón de embarazo ... (es) una discriminación directa por razón de sexo”*. Lo cual hace pensar que el TJUE está extendiendo la aplicación de las directivas de igualdad –pensadas para trabajadores/as en régimen de subordinación- a los cargos mercantiles de las sociedades de capital.

⁸ Según el fallo del Caso Boyle, es válida la cláusula de un contrato de trabajo (1) que *“supedite, durante el permiso de maternidad ... el abono de una retribución más elevada que la prestación prevista por la legislación nacional ... al requisito de que la trabajadora se comprometa a reintegrarse al trabajo después del parto durante al menos un mes so pena de tener que devolver la diferencia”*, (2) que *“obligue a una trabajadora que haya manifestado su intención de iniciar su permiso de maternidad durante las seis semanas anteriores a aquella en que se prevea que se producirá el parto, que esté en*

contenido mínimo⁹. Quizás lo más importante del Caso Boyle es el uso combinado de las normas de maternidad y el principio de igualdad, que, en casi todos los casos, lleva a iguales resultados, demostrando la incorrección de considerar la relación maternidad / igualdad en términos de oposición.

(3) La STJUE de 20.9.2007, Caso Kiiski, C-116/06, analiza un supuesto en el cual una trabajadora en permiso parental solicita, a causa de quedar embarazada, modificar su duración para, por el parto consiguiente, acceder al permiso de maternidad, lo que se le niega porque, aunque la normativa admite modificaciones en ciertos casos –como la enfermedad o el fallecimiento del hijo o del otro progenitor, o divorcio-, no las admite por embarazo. Tal normativa se considera contraria tanto a la directiva sobre maternidad –porque impide acceder al permiso de maternidad- como al principio de igualdad de sexos –porque no es razonable tratar al embarazo de manera diferente a otras causas de modificación de alcance semejante-.

(4) Hay dos casos donde se analiza en especial el alcance de la cobertura económica durante las situaciones protegidas. La STJUE de 1.7.2010, Caso Grassmayr, C-194/08, analiza si la cobertura económica durante una dispensa de trabajo y durante el permiso de maternidad obliga al abono de un complemento de disponibilidad cuando, durante esos

situación de incapacidad temporal retribuida por enfermedad relacionada con su embarazo inmediatamente antes de dicha fecha y que dé a luz mientras se encuentra en situación de incapacidad temporal por enfermedad, a adelantar la fecha del inicio del permiso de maternidad retribuido al comienzo de la sexta semana anterior a aquella en que se prevea que se producirá el parto o al comienzo del período de incapacidad temporal por enfermedad cuando esta segunda fecha sea posterior a la primera”, (3) que “impide a una mujer acogerse a la situación de incapacidad temporal por enfermedad durante un permiso de maternidad adicional que le conceda el empresario, salvo que decida reintegrarse al trabajo y terminar así definitivamente el permiso de maternidad”, y (4) que “excluya el devengo de vacaciones durante todo el período del permiso de maternidad adicional que le conceda el empresario”.

⁹ Según el fallo del Caso Boyle, no es válida la cláusula de un contrato de trabajo (1) que “salvo si decide reintegrarse al trabajo y terminar así definitivamente el permiso de maternidad” impide “a una mujer acogerse a la situación de incapacidad temporal por enfermedad durante el período de catorce semanas del permiso de maternidad del que debe disfrutar como mínimo una trabajadora”, y (2) que “limite, en el marco de un plan de pensiones enteramente financiado por el empresario, la adquisición de derechos a pensión durante el permiso de maternidad a que se refiere el artículo 8 de dicha Directiva, al período durante el cual la mujer perciba la retribución pactada en el contrato o prevista en la legislación nacional” –dejando fuera, en consecuencia, los periodos con cobertura diferente o sin cobertura alguna-.

periodos, se reconoce el derecho a una remuneración equivalente al salario medio percibido durante un período de referencia anterior. El Tribunal de Justicia alcanza una solución negativa. Aunque se utilizan distintos argumentos en relación con uno u otro periodo, en el fondo son similares: la cobertura económica debe ser adecuada, pero no necesariamente íntegra.

La STJUE de 1.7.2010, Caso Parvianen, C-471/08, que analiza las consecuencias retributivas del cambio de puesto de trabajo de una azafata que, durante su embarazo, es destinada en tierra, concluye que no tiene derecho a la remuneración que percibía como promedio antes del traslado, pero sí al salario base y a los componentes de la remuneración o a los complementos inherentes a su condición profesional, como los relacionados con su calidad de superiora jerárquica, antigüedad o cualificaciones profesionales, excluyendo aquellos que dependen del ejercicio de funciones específicas en condiciones singulares y que tienden en esencia a compensar los inconvenientes inherentes a dicho ejercicio.

Quede claro, en todo caso, que, si la trabajadora no se encuentra en ninguna de las situaciones protegidas –dispensa de trabajo o permiso de lactancia-, u otras justificativas de suspensión contractual, el empresario no puede obligarla a dejar de trabajar y dejarle de pagar el salario. Al efecto, la STJUE de 19.11.2008, Caso Hoj Pedersen, C-66/06, ha resuelto que es contraria tanto a la normativa sobre maternidad como a la normativa sobre igualdad *“una legislación nacional que prevé que un empresario tiene, cuando considera que no puede dar trabajo a una mujer embarazada que, no obstante, no está en situación de incapacidad laboral, la posibilidad de obligarla a dejar de trabajar sin pagarle la totalidad de su salario”*.

e) Su trasposición a la legislación interna española.

(1) La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, tenía entre sus finalidades –y así lo afirma en su Exposición de Motivos- la trasposición de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992. Sin embargo, la trasposición fue muy defectuosa¹⁰. De entre sus defectos, el más llamativo era que, en su artículo 26, no se contemplaba la dispensa de trabajo, lo que, por la aplicación de la norma comunitaria¹¹, era un resultado inevitable. Así las cosas, y como ya ocurría antes de la LPRL¹², la cuestión, cuando no existían en la empresa puestos de trabajo exentos de riesgo a los cuales poder trasladar a la trabajadora, se resolvía en la práctica mal que bien a través de las bajas de complacencia.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, introdujo, para resolver ese defecto traspositivo, el “*riesgo durante el embarazo*” como causa de suspensión del contrato de trabajo –artículo 45.1.d) del ET- generadora de una prestación de Seguridad Social –artículos 134 y 135 de la LGSS-. Pero la laguna solo se cubrió parcialmente¹³ (1) porque no se contemplaba la protección de la lactancia natural¹⁴, (2) porque, estando ante una prestación vinculada al trabajo, se calificaba como contingencia

¹⁰ Me permito remitir al lector/a a dos estudios propios, uno es “Unas anotaciones críticas sobre la adecuación del artículo 26 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, a la Directiva 92/85, de 19 de octubre, del Consejo de Ministros de la Unión Europea”, La Ley, tomo V, 1996, páginas 1611 a 1615, y otro es “La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia”, Actualidad Laboral, tomo II, 1998, páginas 703 a 726.

¹¹ Véase Rosa Isabel Santos Fernández, “Gestión preventiva de los riesgos laborales en las situaciones de embarazo y lactancia e igualdad de sexo en el empleo”, Revista Técnico Laboral, número 72, páginas 255 a 270, o Luis Enrique Nores Torres, “Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, Actualidad Laboral, tomo I, 1998, páginas 301 a 317.

¹² Como afirmó Ricardo Escudero Rodríguez, “*se ha resuelto (la cuestión) en la práctica, mal que bien y al menos en los supuestos más llamativos, entre trabajadoras afectadas, empresarios y, eventualmente, médicos de la Seguridad Social*”, “La aplicación de la Directiva 92/85 en España”, en el libro “La igualdad de trato en el derecho comunitario laboral”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, página 268.

¹³ Me remito a mi trabajo “La situación de riesgo por embarazo y su adecuación al Derecho comunitario”, Aequalitas, número 4, 2000, páginas 16 a 19, y a mi libro “El derecho ...”, obra citada, páginas 86 a 90.

¹⁴ La crítica doctrinal al respecto fue unánime. Para no eternizar las citas, me remito a la excelente monografía de Carmen Sánchez Trigueros, “El riesgo durante el embarazo”, Aranzadi, Navarra, 2002.

común¹⁵, (3) porque no se contemplaba un subsidio del 100% del salario regulador, y (4) porque se imponían demasiadas exigencias burocráticas¹⁶.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres solucionó estos defectos traspositivos. Introdujo el “*riesgo durante la lactancia natural*” –aunque limitando la lactancia natural protegida a nueve meses, lo que no está en la Directiva Maternidad- como causa de suspensión del contrato de trabajo –artículo 45.1.d) del ET- generadora de una prestación de Seguridad Social –artículos 135 bis y 135 ter de la LGSS-. Considera la prestación de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural derivadas de accidente de trabajo y concreta su cuantía en el 100% de la base reguladora –artículos 134, 135 y 135 ter de la LGSS-. Mantiene, sin embargo, la excesiva sobrecarga de exigencias burocráticas.

(2) Otro defecto de trasposición de la LPRL fue la ausencia de especificación, ni en ella ni en su normativa de desarrollo, de los Anexos de la Directiva Maternidad. Aunque la doctrina no dudaba de que, mientras no se traspusieran, se aplicaría orientativamente los Anexos de la Directiva Maternidad¹⁷, era necesaria una trasposición “*lo más inmediato posible*”¹⁸.

¹⁵ En idéntica línea de defensa del carácter profesional del riesgo durante el embarazo, véanse las apreciaciones, más desde la perspectiva constitucional que desde la comunitaria, de Amaya Martínez De Viegold, “La naturaleza jurídica de la contingencia correspondiente a la situación de riesgo por embarazo”, Revista de Derecho Social, número 9, 2000, páginas 43 a 67. También defendieron el carácter profesional, entre otros muchos autores/as, José Ignacio García Ninet, “La prestación económica por riesgo durante el embarazo”, Tribuna Social, número 139, 2002, página 6, Juan Gorelli Hernández / María Teresa Igartua Miró, “Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, página 133, o Amparo Garrigues Jiménez, “La maternidad y su consideración jurídico laboral y de Seguridad Social”, CES, Madrid, 2004, páginas 206 a 208.

¹⁶ Para Teresa Pérez Del Río, “*el procedimiento ... para reclamar la prestación es largo y complejo, sobre todo teniendo en cuenta que el riesgo para el feto suele ser inmediato y normalmente más grave al comienzo del embarazo*”, “La Ley 39/99 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: Temas de debate”, Temas Laborales, número 52, página 60.

¹⁷ Muy pronto así lo destacaron Santiago González Ortega / Joaquín Aparicio Tovar, “Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales”, Editorial Trotta, Madrid, 1996, página 172.

¹⁸ Juan Gorelli Hernández, “La protección por maternidad”, Tirant lo Blanch, Madrid, 1997, página 289.

Sin embargo, la LCON pasó por alto la cuestión¹⁹. La LOIEMH estuvo más al caso y, en su disposición final 3ª, obliga a su trasposición reglamentaria en un plazo de seis meses desde su entrada en vigor. Incumpliendo este plazo, los Anexos se han traspuesto a través del Real Decreto 289/2009, de 6 de marzo, que los incorpora al Reglamento de Servicios de Prevención.

(3) Donde la LPRL ha pecado, no de defecto sino de exceso, es con el permiso para exámenes prenatales –que, en una duplicidad normativa, se regula en el artículo 26 de la LPRL y en el artículo 37.3.f) del ET²⁰–, pues asimismo se contempla para técnicas de preparación al parto. Trasposición excesiva porque, al alterar la equivalencia contractual sin una justificación estricta en el embarazo, los empresarios, si no se introducen normas correctoras, se pueden retraer en la contratación de mujeres. Otra solución sería extender el permiso para técnicas de preparación al parto a los varones en cuanto es más un derecho de conciliación que un derecho de maternidad. Pero ni la LCON ni la LOIEMH han hecho nada al respecto²¹.

(4) Más acierto tuvo la LPRL cuando, en su disposición derogatoria única, deroga –en una derogación más formal que material porque la jurisprudencia constitucional ya había desmantelado el paternalismo– respecto a las mujeres –dejándolo vigente solo respecto a los/as menores– el Decreto de 26 de julio de 1957 del Ministerio de Trabajo. Dentro de esta línea superadora del paternalismo, es otro acierto que, en su artículo 25.2,

¹⁹ Teresa Pérez del Río nos recuerda que *“esta carencia no (era) desconocida por el legislador ya que el Grupo de Izquierda Unida del Congreso presentó una Enmienda número 113 en la que solicitaba la inclusión de dichos Anexos en la Ley 39/99 (de Conciliación)”*, *“La Ley ...”*, obra citada, página 61.

²⁰ De *“curiosa técnica normativa”* nos habla muy gráficamente Carmen Sánchez Trigueros, *“Los permisos retribuidos del trabajador”*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, página 175.

²¹ Como afirmaron Inmaculada Marín Alonso / Juan Gorelli Hernández, *“la Ley de Conciliación (y lo mismo se podría decir de la LOIEMH) supone en este aspecto una decepción considerable al desperdiciar una buena ocasión para armonizar efectivamente la vida laboral y familiar”*, *“Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización”*, Editorial Laborum, Murcia, 2001, página 52. Y Rocío Molina González-Pumariega también destacó *“el poco interés del legislador por que sea el Estado el que, en gran medida, asuma el fenómeno de la maternidad, el cual, al final, recae o sobre la trabajadora o sobre el empresario”*, *“La protección jurídica de la mujer trabajadora”*, CES, Madrid, 2004, página 207.

“los factores de riesgo que puedan incidir en la función de procreación” – que tradicionalmente justificaban prohibiciones de trabajo de las mujeres- se prediquen –utilizando un lenguaje no sexista totalmente desconocido en la legislación de aquellas épocas- de *“los trabajadores y trabajadoras”*.

(5) El permiso de maternidad –en la denominación de la Directiva Maternidad-, o licencia de maternidad –en la denominación arraigada en nuestra cultura jurídica-, ni presenta actualmente ni presentaba cuando se aprobó la LPRL ningún problema de trasposición a la vista de su regulación en el artículo 48.4 del ET, con la correspondiente cobertura prestacional en la Ley General de la Seguridad Social. Menos aún si consideramos, en relación con esa cobertura prestacional, que, en una ley algo anterior a la LPRL, se desvinculó el subsidio de maternidad del subsidio de incapacidad temporal, elevándose al 100% –véanse artículos 133 bis a quinquies de la LGSS según la Ley 42/1994, de 30 de diciembre-.

(6) Nada dijo la LPRL sobre la prohibición de despido contenida en la Directiva Maternidad. Resolviendo la laguna, la LCON introdujo dos nuevas causas de nulidad del despido objetivo o disciplinario, que la LOIEMH mejoró y amplió a una tercera –artículos 53.4 y 55.5 del ET y actuales artículos 108.2 y 122.2 de la LJS-. Así las cosas, es nula –ciñéndonos a los supuestos relacionados con la maternidad- la decisión extintiva objetiva o el despido disciplinario (1) *“de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, (o) enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural ...o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho periodo”* –letra a)-, (2) *“de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a) ...”* –letra b)-, y (3) *“(de la trabajadora) después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los*

periodos de suspensión del contrato por maternidad ... siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento ... del hijo” –letra c)-. Salvo, en todo caso, que “*se declare la procedencia (de la decisión extintiva o del despido) ... por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos ... señalados*”.

Como la norma interna –a diferencia de la comunitaria- no vincula la protección a la comunicación de la trabajadora, no se le exige a esta acreditar el conocimiento empresarial de su embarazo. A efectos prácticos, se está presumiendo que el empresario conoce el embarazo y que ello es la causa del despido de la trabajadora²². Tal consecuencia generó algunas discrepancias doctrinales y vaivenes jurisprudenciales. Pero la STC 92/2008, de 21 de julio, ratificó la aplicación automática de la prohibición de despido de la trabajadora embarazada, considerando irrazonable –al vulnerar el derecho a la tutela judicial ex artículo 24 de la CE- la solución contraria porque suponía eliminar la mejora que quiso introducir la LCON.

Otro problema aplicativo se ha producido con la extinción en periodo de prueba que, en nuestro derecho laboral –artículo 14 del ET-, es una decisión libre de la empresa, no vinculada a la acreditación de la falta de aptitud objetiva del trabajador. La STS de 18.4.2011, RCU 2893/2010, consideró inaplicable la prohibición de despido, sin perjuicio de que, si se acredita la existencia de discriminación por embarazo, el despido sería nulo. Pero esto supone dejar a la decisión libre de la empresa la efectividad de la prohibición de despido. Más razonable es –aunque suponga alterar la

²² Como afirmó Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “*en la descripción de los supuestos de despido nulo se ha primado ... el elemento temporal ... pero, al mismo tiempo, se permite la excepción de que el empresario acredite que los motivos de la extinción o del despido son ajenos a tales circunstancias*”, “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)”, Relaciones Laborales, número 19, 1999, página 5. En igual sentido se manifestaron, entre otros/as, Ignacio Albiol Montesinos en “La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, página 106, Jaime Cabeza Pereiro en “Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, Documentación Laboral, número 61, 2000, página 37, o Juan Gorelli Hernández en “La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, Relaciones Laborales, número 24, 1999, página 45.

naturaleza del periodo de prueba en nuestro derecho laboral- aplicar la prohibición salvo acreditación de la falta de aptitud objetiva del trabajador.

Algunos comentarios adicionales merece la regulación española de la prohibición de despido. En primer lugar, la referencia a “*el despido de los trabajadores durante el período de suspensión*” no aclara si se refiere solo al despido que tenga efectos durante ese periodo o también al notificado durante ese periodo para producir efectos con posterioridad. Solución esta última que deviene obligada a la vista del artículo 6 del Convenio número 103 OIT, donde se dice que, “*cuando una mujer se ausente de su trabajo, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia*”. Y que ha sido claramente confirmada a la vista de la doctrina de la –con anterioridad citada- STJUE de 11.10.2007, Caso Paquay, C-460/06.

En segundo lugar, la norma española no contempla, en los despidos colectivos, una especial exigencia en orden a la designación de los afectados/as que proteja la maternidad –como sería establecer una prioridad de permanencia-. La solución puede venir vía interpretativa siempre que, para eludir la aplicación de la prohibición de despido, se exija a la empresa, no solo que acredite in genere la causa económica, técnica, organizativa o de producción justificativa del despido colectivo, sino también la especial afectación in casu de esa causa sobre la trabajadora embarazada o madre²³. Naturalmente, siempre se podría acudir a la prohibición de discriminación por embarazo / maternidad, pero la misma no opera de modo automático.

Y, en tercer lugar, la imperatividad de la prohibición de despido ha determinado (1) que, aunque sea posible transigir sobre la nulidad del despido si hay un consentimiento libremente emitido, “*mediando derechos*

²³ En sentido semejante, Ignacio Albiol Montesinos apunta que “*para declarar la procedencia de la extinción de los contratos de estos trabajadores (se debe exigir) un grado de relación con la causa extintiva alegada mayor que con el resto ... introduciendo por la vía del control de la discrecionalidad empresarial en la selección (una) vía de preferencia*”, “La modificación ...”, obra citada, página 114.

fundamentales esto se convierte en una exigencia de rango constitucional y, en lógica consecuencia, de apreciación estricta” –STSJ/Galicia de 28.9.2001, RS 3897/2001-, y (2) que sea apreciable de oficio “si es que en virtud de los hechos contenidos en la demanda, e, incluso –como aquí acontece– de los que pudiera deducir en la vista oral, el juzgador de instancia advierte dicha situación de embarazo” –STSJ/Cataluña de 13.11.2002, RS 3557/2002, que reitera la de 15.9.2004, RS 3451 2004-.

f) El tratamiento de la maternidad desde la óptica de la salud en la negociación colectiva.

Aunque es habitual encontrar referencias a la protección de la maternidad desde la óptica de la salud en la negociación colectiva, dichas referencias, como destaca la doctrina que se ha ocupado de la cuestión²⁴, se suelen limitar a reproducir los textos legales, funcionando así como correa de transmisión, lo cual, siendo positivo desde una finalidad pedagógica, nos conduce a criticar la pobreza de contenidos, en especial en aquellos aspectos donde la negociación colectiva tiene amplio campo de actuación, como la identificación de los puestos de trabajo con riesgo sobre embarazo o lactancia natural y los exentos de riesgo, o el establecimiento de ciertas garantías –por ejemplo, exclusión de las embarazadas del trabajo a destajo-.

II. LA TUTELA DE LA MATERNIDAD DESDE LA ÓPTICA DE LA IGUALDAD.

²⁴ Véanse los análisis de Belén Fernández Docampo, “Los derechos de maternidad de las mujeres trabajadoras”, en el libro colectivo que coordiné “El principio de igualdad en la negociación colectiva”, MTAS, Madrid, 2008, páginas 287 a 321, y Gregorio Tudela Cambronerero / Yolanda Valdeolivas García, “La seguridad y la salud laboral en la negociación colectiva”, MTAS, Madrid, 2009, páginas 352 a 361.

Apenas hace unas décadas, la discriminación por hechos biológicos vinculados a la maternidad –embarazo, parto o lactancia natural- no era considerada ni discriminación ni sexista, y su consideración como tal fue lenta, e incluso tortuosa a la vista de los argumentos manejados para desbrozar el camino, tanto en los Estados Unidos de América²⁵ como en los países miembros de la Unión Europea²⁶. También la discriminación por embarazo / maternidad tardó en aparecer en la Organización Internacional del Trabajo²⁷. Veamos cómo la discriminación por embarazo / maternidad, gracias a la jurisprudencia comunitaria en la Unión Europea, y gracias a la jurisprudencia constitucional en España, se ha consolidado legalmente.

²⁵ En los Estados Unidos de América, el Tribunal Supremo no apreció discriminación directa en la exclusión del embarazo del sistema de cobertura de enfermedad organizado por el Estado de California – Caso *Geduldig vs Aiello*, 417 US 484 (1974)-, o por una empresa privada –Caso *General Electric Co. vs Gilbert*, 429 US 125 (1976)-, porque el embarazo es una situación normalmente deseada sin existir una situación masculina susceptible de comparación. Para subsanar esa situación, la *Pregnancy Discrimination Act* (1978) modificó la *Civil Rights Act* de 1964 introduciendo la discriminación por embarazo como una causa de discriminación prohibida. Una reciente sentencia del Tribunal Supremo – Caso *AT&T Corporation vs Hulteen*, 556 US 701 (2009)- ha considerado –con un voto particular- que, en el cálculo de una pensión reconocida con posterioridad a la PDA, no se pueden considerar como cotizados aquellos periodos de baja maternal que, según la legislación anterior a la PDA, no debían ser cotizados.

²⁶ Antes de 1990, en Alemania no contratar con base en el embarazo no era discriminatorio al no existir término masculino comparable, salvo si –curioso argumento- solo concurrían mujeres –Sentencia de 20.6.1986 del Tribunal Federal de Trabajo-. En Reino Unido, se admitió la discriminación por embarazo solo si era mejor tratado un hombre enfermo –Caso *Sandra Hayes vs Malleable Working Men’s Club and Institute* (1985)-. En Irlanda, la condición de empleo consistente en no estar embarazada se calificó como discriminación indirecta porque lo cumplen el 100% de hombres y menos del 100% de mujeres –Caso *An Foras Forbatha vs Geraghty-Williams* (1980)-. A finales de los ochenta, Francia y Holanda modificaron sus leyes para prohibir la discriminación por embarazo. Para más información, Sacha Prechal / Marlies Vegter, “Rapport du Réseau d’experts concertant l’application des directives égalité sur la discrimination indirecte et la discrimination pour cause de grossesse ou de maternité”, Comisión Europea, 1992.

²⁷ Su primera aparición es –salvo error- en la Declaración sobre igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975), que estableció –en su artículo 8- que “no se practicará discriminación alguna contra las trabajadoras por razón de embarazo o parto”. Con posterioridad, el Convenio –curiosamente no ratificado por España- número 183 (2000), sobre protección de la maternidad, revisión del 103, establece, en su artículo 9, que “todo miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo”, incluyendo –con la posible excepción de los trabajos prohibidos para las mujeres embarazadas o lactantes o de riesgo para la salud de mujer o hijo- “la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen”. Tal Convenio lo acompañó la Recomendación número 191.

a) La jurisprudencia comunitaria sobre discriminación por maternidad.

(1) El arranque jurisprudencial de la discriminación por maternidad es la STJUE de 8.11.1990, Caso Dekker, C-177/88. La Sra. Dekker fue evaluada como la candidata más apta para un empleo, aunque al estar embarazada no se la contrató para evitar pagarle su salario, a lo que estaba obligado el empleador según las leyes holandesas. Pues bien, el TJUE consideró la existencia de discriminación sexista directa, sin que se justifique mediante argumentos relacionados con el perjuicio económico padecido por el empresario por contratar a una mujer embarazada. Tal solución no se alteraba por haber contratado, en el lugar de la trabajadora embarazada, a otra trabajadora, esto es a otra persona de su mismo sexo.

Aplica el Caso Dekker un test de detección de la discriminación, conocido como test “*but for*”, que se construye sobre una comparación de carácter hipotético consistente en cambiar, en una situación dada, el sexo del sujeto, para verificar si las consecuencias jurídicas son o no idénticas. Dicho test –que más que de comparación es un test de sustitución- cobra especial interés en supuestos como el del embarazo donde no hay término comparable –no siéndolo la enfermedad porque el embarazo no es una enfermedad-. En el Caso Dekker la aplicación del test llevó a apreciar la discriminación: si el trabajador no contratado hubiera sido un hombre, no estaría obviamente embarazado, y por su aptitud habría sido contratado.

Las consecuencias del Caso Dekker van más allá pues, como ya entonces apuntó la mejor doctrina, “*sea cual fuere el estado de la trabajadora, e independientemente de que ocultara o no su estado al empresario, ni la contratación ni el despido pueden tener como causa el*

sexo de la trabajadora”²⁸. De este modo, y siguiendo de nuevo a la mejor doctrina, se debe de concluir que “*el empresario no tiene derecho a preguntar a la trabajadora si está encinta o si quiere tener hijos; si lo hace, ella tiene derecho a no contestar, incluso a mentir; y si, tras la contratación, se pone de manifiesto el embarazo, el empresario no puede extraer consecuencia alguna para cuestionar la validez del contrato*”²⁹.

(2) Con posterioridad, la STJUE de 5.5.1994, Caso Habermann-Beltermann, C-421/92, aborda la incidencia de una prohibición de trabajo nocturno aplicable –según el derecho alemán– a las trabajadoras embarazadas. Aún así, es opuesto la igualdad de trato que “*un contrato de trabajo, de duración indeterminada, relativo a un trabajo que debe ser efectuado de noche y celebrado entre un empresario y una trabajadora embarazada, ignorando ambos dicho embarazo, sea, por una parte, declarado nulo debido a la prohibición legal del trabajo nocturno ... y, por otra, impugnado por el empresario debido a un error sobre las cualidades esenciales de la trabajadora en el momento en que se celebró el contrato*”.

La Sentencia de 14.7.1994, Caso Webb, C-32/93, también contiene una complicación adicional en el supuesto fáctico: la Sra. Webb, aunque había sido contratada con carácter indefinido, lo había sido para que, inicialmente, sustituyese a otra trabajadora en licencia de maternidad. Aún con todo, el Tribunal de Justicia declaró como opuesto al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres “*(el) despido de una trabajadora que ha sido contratada por tiempo indefinido con el objeto de sustituir, en un primer momento, a otra trabajadora durante el permiso de*

²⁸ Utilizo en este momento las palabras de María Amparo Ballester Pastor, “Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, página 75.

²⁹ Utilizo en este momento las palabras del Profesor Jean Jacquain, “¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad? (Una crítica de la Directiva 92/85, de 19 de octubre, sobre protección de la maternidad, y su transposición al derecho belga)”, Relaciones Laborales, número 5, 1997, página 96.

maternidad de esta última y que no puede llevar a cabo dicha sustitución porque poco después de su contratación se encuentra embarazada”.

(3) Tanto el Caso Habermann-Beltermann como el Caso Webb, levantaron susceptibilidades al hacer hincapié en ser contratos indefinidos³⁰. Otra Sentencia posterior de 3.2.2000, Caso Mahlburg, C-207/98, donde, como en el Caso Habermann-Beltermann, el supuesto fáctico se complica por la existencia de prohibición legal aplicable a las trabajadoras embarazadas, reitera la doctrina: el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres *“se opone a la negativa a contratar a una mujer embarazada para un puesto de trabajo por tiempo indefinido basada en que una prohibición legal de trabajo vinculada a dicho estado impide, durante el embarazo, que ocupe desde el primer momento dicho puesto”.*

Pues bien, y a pesar de esa insistencia en el carácter indefinido de los contratos de trabajo, cabía esperar, que *“el Tribunal, si llegase el momento, no incidiese en una circunstancia que, en buena dogmática, resulta intrascendente”*³¹. Y así lo hizo en la Sentencia de 4.10.2001, Caso Tele Danmark, C-109/00³², al decidir que la igualdad de trato se opone *“al despido de una trabajadora por causa de embarazo cuando esta última fue*

³⁰ *“Lo cual lleva a creer que para el Tribunal una justificación objetiva (el carácter limitado de la contratación) podría excusar una discriminación directa basada en el sexo (embarazo, que solamente puede afectar a las mujeres). ¡Un desastre! Hasta entonces, se creía que una discriminación directa nunca se podía justificar”,* Jean Jacqmain, *“¿La igualdad ...”*, obra citada, página 97. También a Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano le preocupaba *“la insistencia del tribunal en resaltar el carácter indefinido del contrato, lo cual, nos hace pensar que el fallo hubiera podido ser diferente en caso de que el contrato fuera temporal”,* lamentando que *“estos interrogantes se (vuelvan) a plantear en el Caso Mahlburg dejando pasar el Tribunal una valiosa oportunidad para pronunciarse”,* “Igualdad de trato en el acceso al empleo y protección de la maternidad. Comentario a la Sentencia C-207/98 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 febrero 2000”, Revista de Derecho Social, número 11, 2000, página 111.

³¹ Así lo deseamos en *“La prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y la discriminación por embarazo: dos instituciones diferentes llamadas a integrarse”,* Poder Judicial, número 54, 1999, página 570. Precisamente, este estudio nuestro aparece expresamente citado, como sustento de la tesis finalmente acogida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la nota a pie de página número 18 de las Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruíz-Jarabo Colomer realizadas en el Caso Tele Danmark.

³² Jaime Cabeza Pereiro y quien esto escribe han comentado el Caso Tele Danmark en *“Discriminación por embarazo en el acceso a un trabajo temporal”,* Revista de Derecho Social, número 16, 2001.

contratada por un periodo determinado, no informó a su empresario de su embarazo, a pesar de que ya lo conocía en el momento en que se celebró el contrato de trabajo, y, debido a dicho estado, no va a poder trabajar durante una parte significativa de la duración de dicho contrato”.

(4) Además de en temas de acceso al empleo –como el Caso Dekker-, o de resolución del contrato –como en los Casos Habermann-Beltermann, Webb, Mahlburg y Tele Danmark-, el test “*but for*” se ha utilizado para detectar discriminaciones sexistas en litigios sobre remuneración durante la licencia de maternidad –STJUE de 13.2.1996, Caso Gillespie, C-342/93³³-, sobre calificación y promoción profesional –STJUE de 30.4.1998, Caso Thibault, C-136/95³⁴-, sobre remuneración durante una incapacidad laboral a causa de patología relacionada con el embarazo –STJUE de 19.11.1998,

³³ Según el fallo del Caso Gillespie, el principio de igualdad entre mujeres y hombres “*no impone la obligación de mantener la retribución íntegra de los trabajadores femeninos durante su permiso de maternidad, ni establece criterios específicos con vistas a determinar el importe de las prestaciones que se les abonan durante dicho período, siempre que el referido importe no se fije en una cuantía que ponga en peligro el objetivo del permiso de maternidad*”, si bien “*en la medida en que (su) cálculo ... se base en el salario percibido por la trabajadora antes de (su) comienzo ... deberá incluir, a partir de su entrada en vigor, los aumentos de salario que hayan tenido lugar entre el comienzo del período cubierto por los salarios de referencia y el final del permiso de maternidad*”. Véase mi comentario “La incidencia de los incrementos de salario sobre las prestaciones de maternidad (A propósito de la Sentencia 13.2.1996, Caso Gillespie, del TJCE)”, Cuadernos de Derecho Judicial, tomo X, CGPJ, Madrid, 1997.

³⁴ Según el fallo del Caso Thibault, es discriminatoria “*una normativa nacional que prive a una mujer del derecho a ser calificada y, en consecuencia, de poder beneficiarse de una promoción profesional, por haber estado ausente de la empresa debido a un permiso por maternidad*”. La aplicación del test “*but for*” se expresa con claridad cuando se razona que “*privar a una trabajadora del derecho a ser objeto de una calificación anual la discriminaría ... puesto que, de no haber estado encinta y de no haber hecho uso del permiso por maternidad al que tenía derecho, dicha trabajadora habría sido calificada respecto del año de referencia y, por consiguiente, habría podido beneficiarse de una promoción profesional*”.

Caso Hoj Pedersen, C-66/96³⁵-, o sobre gratificaciones voluntarias con ocasión de la Navidad –STJUE de 21.10.1999, Caso Lewen, C-333/97³⁶-.

Siendo admisibles las mejoras del régimen legal de la maternidad dirigidas a compensar el hándicap de la maternidad –STJUE de 16.9.1999, Caso Abdoulaye, C-218/98, donde se declara no discriminatoria “*una asignación a tanto alzado reservada únicamente a las trabajadoras que inician su permiso de maternidad, siempre que dicha asignación esté destinada a compensar las desventajas profesionales que la interrupción del trabajo supone para ellas*”-, en relación con tales mejoras –a las cuales no se puede aplicar el test “*but for*” porque un hombre nunca las disfrutase permiten ciertas limitaciones que, en el régimen legal de la maternidad, no se habrían permitido –STJUE de 27.10.1998, Caso Boyle, C-411/96³⁷-.

(5) De la misma fecha que el Caso Dekker, la STJUE de 8.11.1990, Caso Hertz, C-179/88, ha limitado su efectividad. La Sra. Hertz fue despedida por ausencias al trabajo derivadas de una enfermedad

³⁵ El Caso Hoj Pedersen distingue dos supuestos: (1) Mujer embarazada que, antes de comenzar su permiso de maternidad, es declarada en situación de incapacidad laboral como consecuencia de un estado patológico relacionado con su embarazo, acreditada mediante certificado médico, en cuyo caso es discriminatorio negarle el derecho a percibir la totalidad de su salario cuando, en caso de incapacidad laboral por causa de enfermedad, acreditada mediante certificado médico, el trabajador tiene, en principio, derecho a percibir de su empresario la totalidad de su salario. (2) Si no hay incapacidad laboral, la ausencia de retribución no es discriminatoria cuando la trabajadora embarazada, por su propia voluntad, se ausente del trabajo. Pero si es el empresario el que considera que no puede dar trabajo a una trabajadora embarazada sin incapacidad laboral, se considera discriminatorio, y asimismo contrario a la normativa sobre maternidad, obligar a la trabajadora a dejar de trabajar sin pagar la totalidad de su salario.

³⁶ Según el fallo del Caso Lewen, “*el artículo 119 del Tratado (principio de igualdad retributiva de los sexos) se opone a que un empleador, al conceder una gratificación de Navidad, tenga en cuenta, con el objeto de reducir proporcionalmente la prestación, los períodos de descanso por maternidad*” –aunque sí se permite esa reducción proporcional cuando se trata de los periodos de disfrute del permiso parental-, de ahí que sea discriminatorio “*(excluir) por completo (de su pago) a los trabajadores femeninos que disfruten de su permiso parental ... sin tomar en consideración el trabajo realizado durante el año en que se concede la gratificación, ni los períodos de descanso por maternidad ... cuando dicha gratificación tiene la finalidad de retribuir retroactivamente el trabajo realizado durante ese año*” –aunque no lo es “*cuando la concesión de la mencionada gratificación solo esté sujeta a la condición de que el trabajador se encuentre en activo en el momento de su concesión*”, que es cuestión a dilucidar por el juez remitente-.

³⁷ Lo más interesante del Caso Boyle –que se ha examinado al tratar de la jurisprudencia comunitaria sobre maternidad desde la óptica de la salud- es –recordémoslo- el uso combinado de las normas de maternidad y el principio de igualdad, que, en casi todos los casos, lleva a iguales resultados, demostrando la incorrección de considerar la relación maternidad / igualdad en términos de oposición.

manifestada un año tras el parto y causada por el parto. Según el TJUE, “*si se trata de una enfermedad que aparece tras el permiso por maternidad, no procede distinguir la enfermedad que tiene su origen en el embarazo o en el parto de cualquier otra enfermedad*”, argumentando que “*a pesar de que es cierto que determinados trastornos son propios de uno u otro sexo, la única cuestión es, pues, si una mujer es despedida a causa de ausencias debidas a enfermedad en las mismas condiciones que un hombre*”³⁸.

El Caso Hertz sembró la duda de si las ausencias de enfermedad derivada de la maternidad susceptibles de justificar un despido eran solo las posteriores al parto –que era el supuesto fáctico del Caso Hertz-, o también se podían computar las anteriores –como parecía derivarse de algunos argumentos del Caso Hertz-. Ahondando en que la única cuestión era si la mujer despedida por ausencias de enfermedad lo era –o no- en las mismas condiciones que un hombre, la STJUE de 29.5.1997, Caso Larsson, C-400/95, permite computar, a efectos del despido, las ausencias producidas durante el embarazo, aunque matizó que, de ser aplicable la prohibición de despido del artículo 10 de la Directiva 92/85/CE, la solución sería distinta.

Una posterior sentencia ha cerrado, afortunadamente, ciertas brechas del Caso Hertz, situando su doctrina en unos términos más apropiados. La Sentencia de 30.6.1998, Caso Brown, C-394/96, declara opuesto al principio de igualdad de trato entre sexos “*el despido de una trabajadora en cualquier momento en el curso de su embarazo en razón de ausencias debidas a una incapacidad de trabajo causada por una enfermedad que encuentra su origen en ese embarazo*”, aclarando adicionalmente que, “*a estos efectos ... una cláusula contractual que permita al empleador*

³⁸ Como apunta Jean Jacquain, los Casos Dekker y Hertz leídos conjuntamente “*dejan una sensación incómoda de búsqueda de un equilibrio de intereses*” (la traducción es propia), “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, Journal des Tribunaux – Bruselas, número 47, 1998, página 52. En la doctrina española, véase, con un espíritu semejante, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora”, Revista Relaciones Laborales, tomo I, número 1, 1991.

despedir a los trabajadores, cualquiera que sea su sexo, después de un número determinado de semanas de ausencia, no tiene trascendencia”.

(6) Ya en el Siglo XXI, la jurisprudencia comunitaria sobre discriminación por maternidad se consolida al reiterarse sus contenidos. Así, se ratifica la no obligación de la trabajadora de informar del embarazo a la empleadora –STJUE de 27.2.2003, Caso Busch, C-320/01³⁹-, se ratifica en lo resuelto en casos anteriores –STJUE de 30.3.2004, Caso Alabaster, C-147/02, siguiendo Caso Gillespie⁴⁰-, se ratifica la prohibición de perjuicio por el ejercicio de derechos de maternidad, STJUE de 18.11.2004, Caso Sass, C-284/02⁴¹-, o se garantiza la retribución de la incapacidad temporal derivada del embarazo –STJUE de 8.9.2005, Caso McKenna, C-191/03⁴²-.

³⁹ En el Caso Busch, se contempló el supuesto de una enfermera, la Sra. Busch, que, disfrutando de un permiso parental, conviene con la empresa una reincorporación anticipada sin comunicarle su embarazo hasta el día después de su reincorporación efectiva. Al conocer el embarazo, la empresa impugna su consentimiento a la reincorporación anticipada, alegando que el interés de la trabajadora era económico pues era mayor el subsidio de maternidad que el del permiso parental, y alegando, además, que determinadas funciones laborales no las podría asumir la trabajadora por causa de su embarazo. El TJUE, después de razonar que “(si) el empresario no puede tomar en consideración el embarazo de la trabajadora para la aplicación de las condiciones de trabajo de esta, la interesada no está obligada a informar al empleador de que está encinta”, rechaza la pretensión de la empresa de impugnar su consentimiento tanto alegando prohibiciones legales de trabajo como alegando ocultación del embarazo.

⁴⁰ Según el fallo del Caso Alabaster, “cuando la retribución percibida por la trabajadora durante su permiso de maternidad se establezca, al menos en parte, sobre la base del salario percibido antes del inicio de dicho permiso, todo aumento de salario que se produzca entre el comienzo del período cubierto por el salario de referencia y la finalización del permiso debe integrarse en los conceptos salariales que se utilizan para el cálculo del importe de dicha retribución”, exigencia que “no se limita únicamente al supuesto en que el aumento se aplique retroactivamente al período cubierto por el salario de referencia”.

⁴¹ En el Caso Sass, se analizó si la Sra. Sass, una trabajadora que disfrutó de una licencia de maternidad de 20 semanas según la normativa de la antigua RDA, ostenta derecho a que, a efectos de un ascenso profesional después de la reunificación de Alemania, se le computen esas 20 semanas o las 8 semanas que le hubieran correspondido si hubiera disfrutado de una licencia de maternidad en la antigua RFA. Con una dicción críptica, el TJUE responde afirmativamente pero solo si “los objetivos y la finalidad de ambos permisos respondan a los objetivos de protección de la mujer en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad”, lo cual corresponde al órgano jurisdiccional comprobar. Poco interesados en España por los problemas jurídico laborales derivados de la reunificación de Alemania, el interés de la decisión lo encontramos en la aplicación de la prohibición de perjuicio –a los efectos de un ascenso- por el ejercicio de los derechos de maternidad, siempre que lo sean efectivamente porque respondan a su finalidad propia.

⁴² En el Caso McKenna, no se considera discriminatorio un régimen de baja por enfermedad cuando se establece (1) una reducción de la retribución cuando la baja supera cierta duración, siempre que (a) la trabajadora reciba el mismo trato que un trabajador de baja por enfermedad y (b) que la reducción del importe no ponga en peligro el objetivo de protección de las trabajadoras embarazadas, o (2) una imputación de las ausencias por enfermedad a un número total máximo de días de baja por enfermedad retribuidos al que tiene derecho cualquier trabajador en un período determinado, ya sea una enfermedad ligada al embarazo o no, siempre que la imputación de las bajas por una enfermedad ligada al embarazo

(7) También la delimitación de los supuestos de aplicación de la prohibición de despido y de la discriminación por maternidad ha ocupado la atención de la jurisprudencia comunitaria. A ello ya nos hemos referido al analizar la jurisprudencia recaída en orden a la prohibición de despido. Simplemente ahora nos limitaremos a recordar (1) que la prohibición de despido no impide la extinción regular de contratos temporales, pero esta puede ser discriminatoria –Caso Jiménez Melgar-, y (2) que la discriminación por embarazo va más allá de los límites temporales de la prohibición de despido –Caso Paquay-, incluso, si fecundación artificial, antes de implantar el óvulo fecundado en el útero de la mujer –Caso Mayr-.

(8) Resta analizar los dos casos surgidos en España. Con el trasfondo de y en oposición a una jurisprudencia interna permisiva de la consunción de las vacaciones cuando, estando estas fijadas en un acuerdo colectivo para el conjunto de la plantilla, se solapaban a la licencia de maternidad⁴³, la STJUE de 18.3.2004, Caso Merino Gómez, C-342/01, ha declarado que *“una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un periodo distinto del de su permiso de maternidad”* también en ese caso, e incluso si se trata de *“vacaciones anuales más largas, establecidas por la normativa nacional, que las vacaciones mínimas establecidas por la Directiva 93/104/CE (referida a la regulación del tiempo de trabajo)”*.

no tenga por efecto que, durante la baja incluida en esta imputación después del permiso de maternidad, la trabajadora perciba prestaciones inferiores al importe mínimo al que tenía derecho en el período de enfermedad simultáneo al embarazo. A contrario sensu, es discriminatorio no respetar esas condiciones.

⁴³ STS de 30.11.1995, RCU 1511/1994. Tal doctrina fue criticada porque *“la evitación de un resultado discriminatorio por razón de sexo impondría una solución contraria ... el disfrute del periodo de descanso por maternidad no puede suponer un recorte del derecho a las vacaciones al tratarse de dos figuras que protegen dos bienes jurídicos distintos ... de optarse por una solución diferente se produciría la volatilización del derecho a ellas con unas consecuencias económicas favorables para el empresario”*, Ricardo Escudero Rodríguez, “La aplicación ...”, obra citada, páginas 273 a 277, passim. Personalmente, he apuntado la necesidad de su revisión en varias ocasiones, en 1996 en “La incidencia ...”, obra citada, en 2002 en “El derecho ...”, obra citada, páginas 74 y 75, y en 2003 en “Las exigencias de trasposición de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002”, Aranzadi Social, número 5, 2003, página 112.

En la STJUE de 16.2.2006, Caso Sarkatzis Herrero, C-294/04, la demandante, después de aprobar una convocatoria de acceso a la función pública, solicitó, al encontrarse en situación de licencia de maternidad, un aplazamiento de la toma de posesión, lo que se le concedió, pero su antigüedad se fijó desde la toma de posesión, y no –como a los demás trabajadores aprobados en la misma convocatoria- desde su nombramiento. Para el TJUE es discriminatorio *“no (reconocer) a una trabajadora que se encuentre en permiso de maternidad ... aplazando la toma de posesión de esa trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos de cómputo de antigüedad”*.

Tales dos sentencias de aire español se sitúan así en una consolidada línea de conexión entre igualdad y maternidad, ampliando a dos concretas condiciones de empleo, como las vacaciones o la toma de posesión, las condiciones de empleo a las que se aplica al test *“but for”*, o de sustitución, para detectar una discriminación: si en el Caso Merino Gómez o en el Caso Sarkatzis Herrero sustituimos a la mujer embarazada por un hombre, como este no estaría embarazado, disfrutaría íntegras sus vacaciones anuales y tendría la antigüedad consiguiente a la ausencia de aplazamiento en su toma de posesión, a diferencia de lo que les ocurrió a la Sra. Merino Gómez o a la Sra. Sarkatzis Herrero; ergo, ambas han sido discriminadas.

b) Plasmación de la discriminación por maternidad en la normativa comunitaria.

La Directiva 2002/73/CE modificó la 76/207/CE para establecer que *“un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CE constituirá una discriminación en el sentido de la presente*

Directiva” y que “la mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el periodo de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia” – actuales artículos 3.2.c) y 15 respectivamente de la Directiva 2006/54/CE-.

Tanto la consideración discriminatoria de los perjuicios del embarazo como la garantía de reingreso con mantenimiento de derechos a que aluden esas normas desde la Directiva 2002/73/CE, nos sitúan en una tendencia de reconocimiento de auténticos derechos de maternidad entendidos como la libertad de la mujer trabajadora a decidir ser madre y cuando lo será sin encontrarse condicionada por eventuales perjuicios económicos o profesionales. De este modo, se está recogiendo el espíritu de la jurisprudencia comunitaria, tanto la aplicativa de las directivas de igualdad como de las directivas de maternidad, a la vez que, al normativizarlo, el espíritu de la jurisprudencia comunitaria se ha reforzado para casos futuros.

c) La jurisprudencia constitucional sobre discriminación por maternidad.

(1) El Tribunal Constitucional se adelantó unos cuantos años a la consideración como discriminatoria sexista de la extinción basada en el embarazo / maternidad. Ya la STC 94/1984, de 16 de octubre, nos ofrece un planteamiento teórico impecable sobre la resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba: la norma general de que *“la motivación de la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba carecerá de trascendencia (constitucional)”*, conoce la excepción de *“que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en*

contra de un derecho fundamental, como en el presente caso el de igualdad, recogido en el artículo 14 de la CE". Aunque no se considera, en el caso concreto, la existencia de una vulneración del principio de igualdad.

La STC 166/1998, de 26 de septiembre, matiza mucho mejor el planteamiento teórico porque no se fundamenta la excepción en el principio de igualdad, sino en la prohibición de discriminación por razón de sexo. Además –y acaso a consecuencia de este mejor planteamiento teórico-, se aplica la doctrina de flexibilización de la carga de la prueba, lo cual determina que, en este caso –a diferencia de la STC 94/1984, de 16 de octubre-, se concede el amparo. Todavía es muy habitual en el argumentario forense acudir a estas sentencias, y más específicamente a la STC 166/1988, de 26 de septiembre, cuando se impugna como discriminatoria por razón de sexo la extinción durante el periodo de prueba.

(2) Ampliando el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación por embarazo, la STC 173/1994, de 7 de junio, considera contrario a esa prohibición una no renovación de contratos temporales basada en el embarazo, argumentando al respecto que *“la mera negativa a renovar un contrato o a contratar por parte del empresario, es jurídicamente relevante desde el momento en que a la luz de los hechos declarados probados, ha sido un motivo prohibido por discriminatorio el que ha obstado a la reanudación de la relación laboral, porque entra de lleno en el ámbito de aplicación del artículo 14 de la CE, y deben serle aparejadas las consecuencias lógicas que derivan de esta calificación”*.

De la STC 173/1994, de 7 de junio, es asimismo destacable la afirmación general de que *“la discriminación por razón de sexo no comprende solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada ... también comprende esos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan en*

el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca ... tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres". Una afirmación muy reiterada en toda la posterior jurisprudencia constitucional y ordinaria⁴⁴.

(3) La STC 136/1996, de 23 de julio, que fue conocida en la jerga forense como el Caso Tocino⁴⁵, dilucidó si era discriminatorio por razón de sexo un despido de carácter disciplinario a consecuencia de inasistencias al trabajo no justificadas y ocasionadas por la existencia de una incapacidad temporal a causa de un embarazo de riesgo. El Tribunal llega a la solución afirmativa argumentando tanto sobre su jurisprudencia anterior sobre discriminación por embarazo y la jurisprudencia europea, como sobre la prohibición de despido de la Directiva Maternidad, en una loable lectura integrada de ambas instituciones que le permite de nuevo adelantarse en un par de años a la jurisprudencia comunitaria, y, en concreto, al Caso Brown.

(4) La STC 20/2001, de 20 de enero, ostenta dos particularidades. La primera es que se refiere al cese de una funcionaria, lo cual no impide aplicar la tutela antidiscriminatoria porque tal cese no cabe *"con abierta vulneración de derechos fundamentales, como pudieran resultar los tratos desfavorables basados en el embarazo"*. Y la segunda, la funcionaria era interina, *"no (resultando) admisible, desde la perspectiva del artículo 14 CE, fundar la denegación de un derecho con transcendencia constitucional ... exclusivamente en el carácter temporal y en la necesaria y urgente prestación del servicio propia de la situación de interinidad"*. De nuevo el Tribunal se ha adelantado al TJUE, y, en concreto, al Caso Tele Danmark.

⁴⁴ Véase el comentario que a esta sentencia hace Carlos Luis Alfonso Mellado, "Comentario a la STC 173/1994: La protección frente a las discriminaciones en el empleo", Poder Judicial, número 35, 1994.

⁴⁵ *"Pues la trabajadora en cuestión prestaba servicios como secretaria directa de la (entonces) parlamentaria popular de dicho nombre"*, de conformidad con los datos fácticos suministrados por Efrén Borrajo Dacruz en el Prólogo al libro monográfico de Beatriz Quintanilla Navarro "Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo", Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, página 14.

(5) La STC 98/2003, de 2 de junio, se refiere a una alto cargo administrativa, la Jefa de la Secretaría de la Consejería de Presidencia de la Comunidad de Madrid, apreciándose discriminación por *“(la) correlación temporal entre el anuncio de su embarazo y la resolución administrativa que acordó su cese, sin que entretanto ... se produjera ningún acontecimiento que permitiera presagiar ese desenlace, apenas acordado dos meses después de su nombramiento y en pugna con la confianza personal alimentada a lo largo de varios años de servicio profesional”*. Quizás lo más destacado de esta decisión constitucional es aplicar la prohibición de discriminación por embarazo a decisiones discrecionales.

(6) La STC 161/2004, de 4 de octubre, se refiere a una piloto de líneas aéreas que, por una amenaza de aborto, pasa a incapacidad temporal y, en virtud de examen médico, es calificada como no apta circunstancial. Reincorporada de la incapacidad temporal y, a la vista de dicha calificación, la empresa le suspende el contrato de trabajo. No obstante, la titulación de la trabajadora la habilitaba para ser instructora en tierra, había nuevos pilotos a instruir y los instructores de la empresa tenían menor antigüedad. De ahí se colige lo injustificado de la decisión de la empresa, que, según el artículo 26 de la LPRL, debió evaluar los riesgos derivados del embarazo y, en su caso, ofrecer un puesto de trabajo sin riesgo alguno.

(7) La STC 182/2005, de 4 de julio, decidió un litigio rodeado de cierta polémica. El JS 33 de Madrid estimó una demanda de hostigamiento por tres maternidades sucesivas ordenando reponer a la trabajadora en su puesto de trabajo, a publicar la sentencia durante treinta días laborables en los tablones de anuncios de la empresa, a equiparar su retribución con sus compañeros/as y a sendas indemnizaciones de daños y perjuicios, una por pérdida de salud y otra por daños morales –en cuantía cada una de 15.000.000 de pesetas-. Y la sentencia de instancia fue revocada, sin

haberse alterado la declaración de hechos probados, por el TSJ/Madrid, abriéndose entonces la caja de los truenos con varias críticas doctrinales⁴⁶.

Partiendo de los mismos hechos probados, el TC alcanza la solución –más correcta- de discriminación sexista –con anulación de la sentencia de suplicación y declaración de firmeza de la de instancia-, argumentando que *“no puede mantenerse ... que no exista discriminación por el hecho de que el empresario se encuentre en el ejercicio de actos amparados por la legislación laboral ... (pues) de aceptarse lo contrario, quedaría al margen de la tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (en este caso, la continuidad y el desarrollo ordinario de la propia carrera profesional en conciliación con la libre decisión de maternidad)”*⁴⁷.

(7) La STC 324/2006, de 20 de noviembre, examina la cuestión de la consunción de las vacaciones a consecuencia de la superposición de la licencia de maternidad, siguiendo al respecto la doctrina de la STJUE de 18.3.2004, Caso Merino Gómez, C-342/01, según la cual *“cualquier trabajadora ha de poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad”*. El Tribunal Constitucional añade una precisión adicional de suma importancia al concluir que *“ha de ser así incluso cuando al servirse de tal permiso se haya superado la fecha límite para el goce de las vacaciones”* –que, en el caso de autos, estaba establecida en el quince de enero del año natural siguiente al de devengo-.

(8) La STC 62/2007, de 27 de marzo, contempla un supuesto donde a una funcionaria en avanzado estado de gestación se le asigna una actividad

⁴⁶ La sentencia de suplicación fue objeto de duras críticas emitidas por Enrique Lillo Pérez, “Discriminación por razón de sexo y arbitrariedad judicial”, Revista de Derecho Social, número 14, y por Belén Villalba Salvador, “Maternidad y no discriminación”, Revista de Derecho Social, número 15, 2001.

⁴⁷ Comenta esta STC –de un modo laudatorio que se comparte- María Luisa Martín Hernández, “Recurso de amparo. Prohibición de discriminación por razón de sexo (embarazo) en el seno de la relación laboral (Comentario a la STC 182/2005, de 4 de julio)”, Aranzadi Social, número 2, 2005, BIB 2005 1601.

peligrosa omitiendo los deberes de prevención de riesgos laborales, y presenta la peculiaridad de examinar ese supuesto desde la perspectiva del derecho a la integridad –artículo 15-, si bien el amparo también se habría estimado desde la perspectiva de la prohibición de discriminación –artículo 14-. El TC aclara que no existe “*una suerte de cobertura constitucional frente a cualquier orden de trabajo que en abstracto, apriorística o hipotéticamente pudiera estar contraindicada para la salud*”, sino solo si media “*un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse*”.

(9) Hemos excluido todas aquellas sentencias donde no se aportan – al ser innecesario en la resolución del litigio- novedades significativas en la construcción dogmática de la discriminación por embarazo / maternidad, limitándose a reiterar la jurisprudencia anterior y, como mucho, a delimitar el alcance de la distribución de la carga de la prueba a cargo de la trabajadora y de la empleadora –STC 41/2002, de 25 de febrero, STC 17/2003, de 30 de enero, STC 175/2005, de 4 julio, STC 342/2006, de 11 de diciembre, STC 17/2007, de 12 febrero, y STC 74/2008, de 23 de junio; su estudio se acometerá, en cuanto proceda, al analizar la prueba del conocimiento empresarial del embarazo en el Capítulo Décimo Segundo-.

d) La política de coste cero de la maternidad.

Con la finalidad de fomentar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el acceso al empleo mediante la asunción de los costes adicionales que para la empresa puede tener el embarazo de una trabajadora, como explícitamente se afirma en la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 11/1998, de 4 de septiembre, la legislación española ha impulsado, desde finales de los años noventa, una política denominada de coste cero de la maternidad, que se ha ido perfeccionando

progresivamente desde el citado Real Decreto Ley, reformado por la LCON, su complemento con el Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo, y la Ley 12/2001, de 9 de julio, hasta su última reforma con la LOIEMH.

Inicialmente, el Real Decreto Ley 11/1998, de 4 de septiembre, se limitó a bonificar la cotización del sustituto del trabajador/a, no la de este, durante el periodo de licencia de maternidad, adopción o acogimiento preadoptivo, lo que suponía más una medida de fomento del empleo que de igualdad de oportunidades, como destacó la doctrina científica más autorizada⁴⁸. La LCON y la LOIEMH han extendido esta bonificación, subjetivamente, a los trabajadores/as autónomos y a los socios/as de cooperativas, y, objetivamente, a las situaciones de paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. También se debería entender incluida la licencia de maternidad por acogimiento simple.

Posteriormente, el Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo, y la Ley 12/2001, de 9 de julio, profundizó en la política de coste cero estableciendo la bonificación de la cotización de los trabajadores/as sustituidos, lo que supone una cierta corrección del rumbo hacia una más evidente medida de igualdad de oportunidades, aunque como solo se bonifica la cotización de los trabajadores/as si son sustituidos por otros trabajadores/as, ello sigue suponiendo, si acaso en menor intensidad, una medida de fomento de empleo, como de nuevo destacó la doctrina científica más autorizada⁴⁹. La

⁴⁸ Según decía Teresa Pérez Del Rio, esta medida de coste cero de la maternidad “*para responder mejor a su contenido real debería llamarse coste cero de la sustitución de trabajadoras en suspensión de la maternidad ... si el objetivo de la medida hubiera sido realmente eliminar el coste de la maternidad ... la cotización eliminada debería haber sido la que el empleador debe pagar a la persona –normalmente mujer- sustituida*”, destacando que la no exigencia de contratar como sustituta a una mujer supone que “*se ha perdido una nueva ocasión de convertir la medida en instrumento que responda al objetivo ... (de) combatir la discriminación entre hombres y mujeres*”, “La Ley ...”, obra citada, págs. 66 y 67, *passim*.

⁴⁹ Como muy atinadamente explicó Jaime Cabeza Pereiro, “*cabe preguntarse el por qué de la exigencia de que la situación suspensiva se ligue precisamente a la contratación temporal de un interino desempleado – si el empresario opta por reorganizar la actividad productiva de otro modo distinto, decaerá en su derecho a la bonificación – es decir, más que el mantenimiento del empleo de la trabajadora embarazada, o del trabajador o trabajadora durante la suspensión por maternidad, adopción o acogimiento, al legislador lo que le interesa es que se contrate a un interino*”, “La Seguridad Social en la Ley 12/2001, de 9 de julio”, Relaciones Laborales, tomo I, 2002, páginas 733 a 756.

LOIEMH extendió subjetivamente esta bonificación de la cotización de los trabajadores/as por cuenta ajena a los trabajadores/as por cuenta propia.

Ostenta la política de coste cero de la maternidad el mérito de haber sido la primera que, en el derecho español, ha contemplado la tutela de la maternidad desde la óptica de la igualdad. Por su naturaleza jurídica, no es una medida de acción positiva, por definición temporal, sino una medida de igualdad de oportunidades pues no puede ser derogada ni siquiera en una situación utópica de igualdad so riesgo de revivir el efecto boomerang. En todo caso, la política de coste cero de la maternidad aún no se puede considerar rematada. La exoneración de cotizaciones sigue condicionada a la sustitución de los trabajadores/as y, eliminada esa condición, se podría ampliar a más periodos temporales desde el embarazo y tras el reingreso.

III. LOS DERECHOS DE MATERNIDAD EN PERSPECTIVA DE GÉNERO:

a) Caracterización general.

Siendo la maternidad un hecho biológico predicable de la mitad de la ciudadanía, no son asumibles unos modelos donde la normativa sobre maternidad sea una manifestación de la protección paternalista o una situación especial frente al principio de igualdad. Tales modelos se centraban en la óptica de la salud y no contemplaban adecuadamente la óptica de la igualdad. Pero no hay salud sin igualdad, ni igualdad sin salud. Ambas ópticas deben así ser integradas a través de la construcción de un nuevo modelo de género donde la maternidad sea origen de auténticos derechos que salvaguarden la salud de las trabajadoras a la vez que garanticen que su decisión de ser madres no les supondrá ningún perjuicio.

De la integración de salud e igualdad en la construcción de auténticos derechos de maternidad se deriva, en un plano teórico, su fundamentación tanto en la prohibición de discriminación como en el derecho a la integridad –artículos 14 y 15 de la CE-. Su contenido esencial se equipara al contenido mínimo exigido en la normativa comunitaria, aunque, potencialmente, debería llegar hasta la eliminación de todos los perjuicios que la maternidad conlleva a la trabajadora y a las empresas. Aunque es admisible un contenido adicional reforzando o mejorando las medidas constitutivas del contenido esencial, ese contenido adicional en ningún supuesto puede suponer mantener o crear medidas proteccionistas.

Todo ello se concreta en determinadas consecuencias que, poco a poco, emergen en la normativa y en la aplicación judicial: una tutela de la maternidad más allá del hecho biológico diferencial es discriminatoria sexista por su carácter paternalista; la denegación injustificada o la represalia por el ejercicio de derechos de tutela de la salud en esos estrictos términos configurados es una discriminación por maternidad; la prohibición de discriminación por maternidad obliga, en una estrategia de socialización de la maternidad, a eliminar todo perjuicio derivado del embarazo, parto o lactancia natural; los empleadores no deben sufrir ningún perjuicio derivado de contratar mujeres, y, en su caso, ser compensados.

Ciertamente, estas consecuencias no están todavía acabadas en el ámbito normativo, ni aplicadas adecuadamente en la realidad laboral. En cuanto a la estrategia de socialización de la maternidad y a la política de coste cero de la maternidad, la legislación aún tiene mucho por hacer. Hasta hace poco se han mantenido residuos paternalistas en la legislación, y siguen existiendo en la realidad. La indemnidad de las trabajadoras por su decisión de ser madres es más utopía que realidad. Pero lo importante es que, aunque aún no se haya acabado el proceso de construcción de los

derechos de maternidad, ni estén bien aplicados, sí sabemos hacia dónde se dirige ese proceso: la libertad para ser madres de las mujeres trabajadoras⁵⁰.

b) Plasmación de los derechos de maternidad en la ley de igualdad.

Avances y carencias.

La configuración de la maternidad como un auténtico derecho innato en la condición de ser mujer más que como una protección concedida de modo paternalista o de modo especial se abre camino en la LOIEMH a través de (1) una formulación general de la “*discriminación por embarazo o maternidad*” en el sentido de que “*constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*” –artículo 8-, y (2) el establecimiento como criterio general de actuación de los Poderes Públicos de “*la protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia*” –artículo 14.7º-.

Tales planteamientos generales se concretan en diversas modificaciones legislativas que representan importantes avances dirigidos a la eliminación de la discriminación por embarazo / maternidad, como son:

(1) En el ámbito del Derecho del Trabajo, la no consunción de vacaciones con la incapacidad temporal por enfermedad derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural, o con la licencia de maternidad – artículo 38.3 del ET-, la garantía de reingreso con el beneficio de las mejoras producidas durante la licencia de maternidad –artículo 48.4 del ET-, y la consideración a efectos de indemnización del salario anterior a la licencia de maternidad a tiempo parcial –disposición adicional 18ª del ET-.

⁵⁰ Muy sugerentes a este respecto –y también cuanto a los derechos de conciliación- son las propuestas contenidas en el magnífico análisis de José Luis Tortuero Plaza, quien justifica esas propuestas en un “*nuevo contrato social*”, “50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral. Del permiso de paternidad obligatorio ... al apoyo a las PYMES”, Thomson – Civitas, Madrid, 2006.

(2) En la Función Pública, la no consunción de vacaciones con la incapacidad temporal por enfermedad derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural, o con el permiso de paternidad o la licencia de maternidad, o su ampliación por lactancia –artículo 59 de la LOIEMH-.

(3) En las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil, una especial protección de embarazo, parto y postparto para cumplir las condiciones para el ascenso a la totalidad de los empleos de militar profesional –artículo 112.4 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas-, o de guardia civil –artículo 60.6 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil-. También se establece no causar baja en las Fuerzas Armadas, con la prórroga del compromiso, de los militares de complemento y de los militares profesionales de tropa y marinería que, en el momento de finalizar su relación es servicios, se encontrasen en situación de embarazo, parto o postparto –artículo 148.6 de la antes citada Ley 17/1999, de 18 de mayo-.

(4) En el ámbito de la Seguridad Social, la flexibilización de la carencia necesaria para el acceso al subsidio de maternidad –artículo 133 ter de la LGSS-, la introducción de un subsidio especial de maternidad si no se cumple la carencia –artículos 133 sexies y septies de la LGSS-, la retribución íntegra en las situaciones de riesgo durante el embarazo o la lactancia natural –artículos 135 y 135 ter de la LGSS-, la conservación de las prestaciones de desempleo cuando en el disfrute del subsidio de maternidad se extinga el contrato de trabajo –artículo 222.2 de la LGSS-, o el reconocimiento de periodos cotizados de jubilación e incapacidad permanente asimilados por parto –disposición adicional 48ª de la LGSS-.

(5) En el ámbito de los contratos de seguro, las prohibiciones de indagar el embarazo y de trasladar los costes del embarazo o del parto a las primas o a las prestaciones –véanse artículos 70 y 71.2 de la LOIEMH-.

Pero la LOIEMH no elimina todas las discriminaciones por embarazo / maternidad existentes en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual obligaría, entre otras medidas, a las siguientes en tema de Seguridad Social:

(1) La equiparación de la cobertura social del aborto a la maternidad, bien mejorando la protección de la incapacidad temporal, bien derivando directamente la protección social hacia la contingencia de maternidad⁵¹.

(2) La posibilidad de revisión del subsidio de maternidad, y, por extensión, de los subsidios de riesgo durante el embarazo o la lactancia, con incrementos salariales con efectos temporales durante su percepción⁵².

(3) La unificación de los periodos de cálculo de las bases reguladoras de los subsidios de maternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural para equipararlos entre los trabajos a tiempo completo y parcial⁵³.

(4) La profundización en el coste cero de la maternidad para las empresas, desvinculando las bonificaciones de la contratación de sustitutos/as y concediéndolas así durante el embarazo y tras el reingreso.

(5) El combate en su origen de los riesgos durante el embarazo o la lactancia natural subvencionando la adaptación de las condiciones de trabajo a las exigencias derivadas del embarazo o la lactancia natural⁵⁴.

⁵¹ Véase el temprano y atinado estudio de Amparo Garrigues Giménez, “¿Incapacidad temporal o maternidad? Interrupción de embarazo: la intersección de dos contingencias”, dentro del libro “La incapacidad temporal”, Editorial Tecnos, Madrid, 1996. Remito al lector/a a mi trabajo “El aborto, la muerte del hijo recién nacido y el nacimiento de un hijo muerto”, Social Mes a Mes, número 114, 2006.

⁵² Se trataría de extender a las prestaciones sociales los argumentos de la doctrina, que se refiere a retribuciones, de la STJUE de 13.2.1996, Caso Gillespie, C-342/93, y de la STJUE de 30.3.2004, Caso Alabaster, C-147/02. Véase sobre esta cuestión mi trabajo “La incidencia ...”, obra citada. También María Amparo Ballester Pastor manifiesta, a la vista del Caso Gillespie, sus dudas sobre la adecuación comunitaria de nuestra normativa interna en “Normativa nacional en materia de igualdad de trato en el ámbito laboral y de la Seguridad Social”, Aranzadi Social, tomo V, 1998. La cuestión ha sido judicializada en alguna ocasión con dispar resultado. Mientras la STSJ/Asturias de 14.9.2001, RS 1317/2000, negó la discriminación, sí admitió su existencia la SJS 3 Lugo de 30.11.2000, Pto. 733/2000.

⁵³ En cuanto se trata de una discriminación indirecta contra las trabajadoras/as a tiempo parcial, hemos analizado esta cuestión al tratar sobre la discriminación indirecta en el Capítulo Cuarto. Aquí cabe añadir que, además, es una discriminación por embarazo / maternidad según la definimos en este Capítulo Sexto.

⁵⁴ Pero, como resignadamente afirma María Amparo Ballester Pastor, “*si reducidas son las subvenciones de adaptación del puesto cuando se trata de trabajadores minusválidos, más difícil parece su existencia cuando se trata de atender necesidades puramente temporales como la situación de embarazo o lactancia – de hecho el ordenamiento no prevé ningún mecanismo de sostenimiento financiero público para estas*”

A modo de conclusión, se podría afirmar que la LOIEMH se sitúa más en el claro que en el oscuro, pero aún nos quedan zonas oscuras por aclarar. En este, como en otros temas, se comprueba como la LOIEMH es un punto de partida, no un punto de llegada. Se reconocen unos principios generales muy correctos –y que nos separan del proteccionismo y del igualitarismo para situarnos en la construcción de la maternidad desde la perspectiva de género-, pero no se llega hasta el final en su aplicación, especialmente cuando se trata de la Seguridad Social. Y mientras aún queden discriminaciones por embarazo / maternidad, los derechos de maternidad que nos exige la dimensión de género no serán plena realidad.

situaciones”, “Mujer ...”, obra citada, página 55. Para Josep Moreno Gené / Ana María Romero Burillo, después de destacar las dificultades de las pequeñas y medianas empresas, “*sería aconsejable algún tipo de medidas que desde instancias públicas fomenten la adaptación de las condiciones y/o tiempo de trabajo en las empresas*”, “Maternidad y salud laboral”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 49.

CAPÍTULO OCTAVO

LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

SUMARIO: I. FAMILIA Y GÉNERO EN EL DERECHO LABORAL ESPAÑOL: a) Evolución normativa con el trasfondo comunitario e internacional. b) Los derechos vigentes de conciliación relacionados con la jornada laboral. II. UN APUNTE COMPARADO. III. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES: a) Fundamentación teórica y reconocimiento positivo. b) Contenido esencial y contenido adicional. c) Aproximación crítica a la jurisprudencia constitucional. IV. LA PRIMACÍA DE LA IGUALDAD. V. LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN: a) El principio de individualización. b) El principio de continuidad de la carrera profesional. c) El fomento de la autoorganización. d) Garantías de indemnidad. e) La contemplación de la diversidad de familias. f) El principio de aplicación general a todos los trabajadores/as. VI. DERECHOS DE CONCILIACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA. VII. LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN: a) Ámbito. b) Partes. c) Plazo. d) Procedimiento. e) Juicio. f) Sentencia. VIII. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN PROGRESIVA EXPANSIÓN: a) Expansión subjetiva. b) Expansión causal. c) Expansión objetiva.

I. FAMILIA Y GÉNERO EN EL DERECHO LABORAL ESPAÑOL:

a) Evolución normativa con el trasfondo comunitario e internacional.

Los derechos de conciliación son una categoría moderna¹. Mientras imperó la división tradicional del trabajo –fundada en el género- entre los

¹ La expresión derechos de conciliación es una expresión relativamente nueva en el lenguaje jurídico, ya que, antes de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, la doctrina iuslaboral española, o bien no contemplaba una categoría general, o bien, quienes la contemplaban, solían hablar de medidas de conciliación, expresión demasiado genérica en la cual entrarían políticas públicas y no solo derechos de trabajadores/as, o, por influjo comunitario, de permisos parentales, una expresión inadecuada si literalmente aplicada a nuestro ordenamiento jurídico

hombres, dedicados a la actividad laboral, y las mujeres, dedicadas a las labores domésticas no se apreciaba la necesidad de conciliar vida personal, familiar y laboral. Por ello, la legislación –con una finalidad paternalista- fomentaba la dedicación de la mujer a las labores domésticas –con premios a la natalidad, o reconociendo al hombre el llamado salario familiar- y si trabajaba fuera de casa, fomentaba su vuelta al hogar, reponiendo así el status quo –con excedencias familiares voluntarias, dotes por matrimonio, o con limitaciones de jornada para atender el hogar o al hijo recién nacido-.

A impulsos de las necesidades de mano de obra a causa de las Guerras Mundiales, las trabajadoras mejoraron sus condiciones laborales con nuevos derechos –normalmente con incidencia sobre el tiempo de trabajo: permisos retribuidos, licencias no retribuidas, reducciones de jornada, suspensiones del contrato de trabajo o excedencias- que –más allá de las meras limitaciones de jornada para atender el hogar o al hijo recién nacido que existían ya con anterioridad- les permitían conservar –con más o menos eficacia- sus puestos de trabajo, aunque –sustentados en una ideología liberal de no intervencionismo- esos derechos –que llamaremos conciliación de primera generación- no alteraban el status quo doméstico.

Tales derechos de conciliación, al no alterar el status quo doméstico, sometían a las mujeres a la difícil decisión de desatender su vida familiar o atenderla asumiendo una doble jornada o interrumpiendo su trabajo con riesgo de desprofesionalización y abandono definitivo de la carrera laboral. Inicialmente incluso convivieron sin problema con vestigios paternalistas, como la titularidad femenina exclusiva. De ahí la Recomendación 123 de la OIT, sobre el empleo de “mujeres” con responsabilidades familiares (1965). Unilateralidad existente en el primer derecho de conciliación

laboral donde existen derechos de conciliación que no son catalogables de permisos. En la doctrina iuslaboral española, la primera en utilizar por escrito la afortunada expresión derechos de conciliación es –salvo error- Teresa Pérez del Río en “La Ley 39/99 de conciliación de responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: Temas de debate”, *Temas Laborales*, número 52, 2000.

español: la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos del artículo 5 del Decreto 2310/1970, de 20 de agosto, sobre derechos laborales de la mujer.

Hay dos vectores de tendencia en la evolución inmediata posterior realizada sin abandonar el modelo liberal –aunque poco a poco se atisba el modelo de corresponsabilidad-: el enriquecimiento progresivo de los derechos de conciliación y la revisión definitiva del paternalismo, lo que conduce a la creación de nuevos derechos de mayor calado y de titularidad bilateral. Representativo del cambio es el Convenio número 156 OIT (1981), y la Recomendación número 165 OIT (1981), sobre trabajadores – no solo sobre mujeres- con responsabilidades familiares. Un convenio inicialmente ratificado por tres países escandinavos –Suecia, Noruega y Finlandia-, y que hoy ya suma 40 ratificaciones –entre ellas, la de España-.

Igualmente en España se aprecian esos dos vectores de tendencia. La Ley de Relaciones Laborales (1976) crea un nuevo derecho no sexualizado, la reducción de jornada por guarda legal, y el Estatuto de los Trabajadores (1980) recoge ese nuevo derecho y abandona la titularidad femenina de la excedencia para el cuidado de hijos. Aunque no será hasta la Ley 3/1989, de 3 de marzo, en que –apareciendo los primeros indicios del modelo de corresponsabilidad- se comience a implicar a los hombres a través de la posibilidad de disfrute paterno de licencia de maternidad y permiso de lactancia, y a reforzar la excedencia para cuidado de hijos, que, en la Ley 4/1995, de 23 de marzo, adquiere todas las notas de la excedencia forzosa.

Por esas fechas entra en juego la Unión Europea, que, presuponiendo sin duda los avances existentes en los Estados miembros y en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, aprobó la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, utilizando una técnica legislativa que delega la regulación en los agentes sociales europeos, de ahí que se limitó a aplicar, obligando a su transposición, el Acuerdo Marco sobre el Permiso

Parental de 14 de diciembre de 1995, celebrado entre la UNICE, la CEP y la CES. Aunque tiene aspectos interesantes en la línea de la corresponsabilidad –como es la recepción del principio de individualización de los derechos-, adolece de “*evidentes flancos débiles*”².

Se dicta entonces la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que fue la primera norma legal española que de manera monotemática abordó los derechos de conciliación. Introduce mejoras de detalle y alguna novedad de planteamiento, como la generalidad de los derechos, la introducción de la individualización o las garantías de ejercicio. No obstante, esas novedades presentaban carencias a consecuencia de la no asunción decidida de las ideas de corresponsabilidad, como lo demuestra la ausencia de un auténtico permiso de paternidad, de donde, sin dejar de reconocer sus importantes avances, se sometió a justas críticas doctrinales³.

Y es que ahora ya no se pretende –o, a lo menos, no se pretende de modo principal- conciliar la vida personal y familiar con la vida laboral de las mujeres, porque, si ello no se acompaña de medidas más trascendentes, supone perpetuar la asunción femenina de las responsabilidades familiares.

² Como muy bien ha resumido Jaime Cabeza Pereiro, “*en primer lugar, la clamorosa omisión de cualquier referencia a algún tipo de compensación económica de la que sea acreedora la persona trabajadora que utiliza el permiso parental ... en segundo, el reconocimiento de derechos resulta eminentemente retórico (sin establecer estímulos al disfrute paterno), en un ámbito en el que los convencionalismos sociales pugnan por ubicar a sus posibles destinatarios solo en el lado femenino ... en tercero, las necesidades familiares se restringen al cuidado de los niños, sin que se proteja la necesidad de permisos para la atención de las personas mayores dependientes*”, “La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa”, Revista de Derecho Social, número 31, 2005, páginas 25 y 26. El reconocimiento eminentemente retórico de los derechos, además de en la ausencia de estímulos al disfrute paterno, se manifiesta –añadimos nosotros- en las frecuentes remisiones a los derechos internos.

³ Ver las críticas a la LCON de María Amparo Ballester Pastor, que se podrían resumir en dos grandes ideas centrales: no se introducen auténticos mecanismos de corresponsabilidad, aunque se corrigen algunos defectos puntuales para la conciliación masculina; y no se acomete un tratamiento unitario y extenso de los derechos de conciliación, limitándose la norma a los temas más clásicos de la conciliación, “La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral: Una corrección de errores con diez años de retraso”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Parecidamente, Laura Mora Cabello de Alba afirma que la LCON “*no cuestionó el modo de dominación masculino de relación entre los sexos*”, aunque reconoce que la LCON “*hizo público un asunto que muchos creen que es un tema estrictamente privado*”, “Del malabarismo cotidiano a una nueva civilización más allá de la igualdad. La reconciliación de la vida laboral y familiar”, Revista de Derecho Social, número 37, 2007, páginas 132 y 133, *passim*.

Hoy en día lo pretendido es la asunción igualitaria, por hombres y por mujeres, de las responsabilidades familiares, facilitando a ambos sexos, en igualdad de oportunidades, conciliar la vida personal, familiar y laboral. Lo cual, dicho sea de paso, ha mejorado las bajas tasas de natalidad que tenían los países escandinavos cuando implantaron –en la década de los ochenta del Siglo XX- medidas varias basadas en la idea de la corresponsabilidad.

Una finalidad de corresponsabilidad –identificativa de los derechos de conciliación de segunda generación- que obliga –entre otras cosas- a medidas de individualización dirigidas a fomentar el ejercicio masculino, atribuyendo un derecho individual a cada progenitor sin posibilidad de transferencia, creando derechos de titularidad masculina o reservando al padre un periodo del permiso parental indistinto. Por ello, la medida más emblemática a efectos de corresponsabilidad es el permiso de paternidad, o “*paternity leave*”, que es como se designa en el lenguaje común el derecho exclusivo de los padres a un tiempo para el cuidado de hijos/as. Como su duración mínima ideal es de un mes, se suele hablar del “*Daddy’s month*”.

El legislador español ha asumido actualmente estos planteamientos teóricos en el plano de las declaraciones generales. La Ley 15/2005, de 8 de julio, ha modificado el artículo 68 del Código Civil para establecer que “*los cónyuges ... deberán ... compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo*”. Y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, concibe “*los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral ... en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio*” –artículo 44.1-.

Mediante la corresponsabilidad conectan directamente los derechos de conciliación con el principio de igualdad, de ahí que la discriminación

basada en su ejercicio –artículo 44.1 de la LOEIMH- sea por género, tanto de mujeres que actúan según sus roles de género, como de hombres que actúan contra sus roles de género –las ovejas negras-. Y esa conexión se ratifica cuando, entre los “*criterios generales de actuación de los Poderes Públicos*”, se enumera “*el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia*” –artículo 14.8º de la LOIEMH-.

Vistas esas declaraciones generales no extraña que “*la medida más innovadora*” –según la Exposición de Motivos de la LOIEMH- sea el permiso de paternidad –artículo 48 bis del ET-⁴, cuya duración ha sido ampliada –aunque esa ampliación no entrará en vigor hasta el 1.1.2014- por la Ley 9/2009, de 6 de octubre, hasta alcanzar los 28 días. Aunque no es esa la única novedad. Resultan destacables, en una aproximación general, la ampliación de la idea de conciliación a la vida personal –y no solo la familiar como en las leyes anteriores-, numerosas reformas de detalle en la totalidad de los derechos de conciliación para corregir disfunciones, y la introducción de un derecho general a la conciliación –artículo 34.8 del ET-.

No podemos rematar esta evolución sin noticiar la aprobación de la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, que aplica el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental de 18 de junio de 2009, celebrado entre la Business Europe, la UEAPME, la CEEP y la CES. El Acuerdo revisado, que se ha de trasponer en 2 años –o en 3 si hay

⁴ Para la adecuada comprensión de la importancia de la conciliación masculina a los efectos de alcanzar la igualdad, me permito remitir al lector/a a mi libro “Permiso de paternidad y conciliación masculina”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008. La importancia de la conciliación masculina a los efectos de alcanzar la igualdad ha sido asimismo destacada por María Amparo García Rubio, “La tutela del trabajador varón en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”, en el libro colectivo dirigido por Jaime Cabeza Pereiro y Belén Fernández Docampo, “Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, y por Marta Fernández Prieto en “La tutela judicial del varón en el ejercicio de los derechos de conciliación para garantizar un empleo femenino de calidad”, en el libro colectivo dirigido por Marta Fernández Prieto / Jaime Cabeza Pereiro, “Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012.

dificultades especiales-, introduce algunas mejoras interesantes: se amplía a 4 meses la duración mínima del permiso parental, y uno será intransferible; se contemplan las situaciones especiales de familias atípicas, del trabajo temporal y de hijos discapacitados; se recomienda evaluar la cuestión de los ingresos. Aunque su contenido obligatorio sigue siendo muy exiguo⁵.

Recapitulando, la legislación española ha asumido explícitamente el modelo de corresponsabilidad, a diferencia de la normativa comunitaria donde –acaso debido a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad– se opera en un ámbito de mayor ambigüedad dejando libertad a los Estados miembros para mantener el mínimo comunitario o para mejorarlo en perspectiva de género⁶. Pero, al mismo tiempo, la legislación comunitaria aporta determinadas enseñanzas que deben ser consideradas al elaborar y al aplicar la normativa española –reconocimiento de la conciliación como

⁵ Jaime Cabeza Pereiro afirma que *“(el Acuerdo Marco) constituye un avance indiscutible en relación con su predecesor, por más que pueda calificarse también, y con no pocas razones, de un texto muy tibio y un mínimo común denominador tremendamente laxo”*, de ahí las serias dudas sobre una eficacia homogeneizadora que tampoco tuvo su predecesor, lo que, sin embargo, no le impide al autor concluir que *“constituye una buena ocasión para repensar ciertos preceptos laborales. Es evidente que la Ley 39/1999, de 5 noviembre, ha quedado prematuramente envejecida, en una materia en la que claramente la sociedad ha corrido más que el legislador”*, *“¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al Acuerdo Marco revisado sobre el Permiso Parental?”*, Aranzadi Social, número 6, 2010, BIB 2010 1242. También me permito remitir a mi estudio *“La incidencia sobre la excedencia para el cuidado de hijos/as del nuevo Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental”*, Aequalitas, número 28, 2011.

⁶ La doctrina científica más avezada ha puesto de manifiesto los vaivenes del significado de la conciliación en el ámbito comunitario. María Amparo Ballester Pastor destaca que, en los años setenta y ochenta, se apreciaba en los documentos comunitarios *“(una) conciliación sin formulación normativa pero conectada a la cuestión del género”*, mientras que, desde mediados de los años noventa, se produjo *“(una) normativización (con) autonomía de la cuestión de la conciliación respecto de las cuestiones de género (y una) vinculación a la competitividad”*, aunque, desde mediados de la década 2000/2010, se aprecia *“tímida y moderadamente ... una tendencia a normalizar en el ámbito de la Unión Europea el reparto de responsabilidades y a devolverle (siquiera implícitamente) las connotaciones de género que tuvo en sus inicios”*, *“Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad”*, Revista de Derecho Social, número 51, 2010, páginas 34 a 39. Con más detalle de las tres fases, la inicial aperturista, la de contención y retroceso, y la última expansiva, véase, de esta misma autora, *“Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea”*, en el libro colectivo dirigido por Jaime Cabeza Pereiro y Belén Fernández Docampo, *“Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. También Jaime Cabeza Pereiro afirma que *“el discurso de la igualdad ha sufrido un fuerte retraimiento en este escenario (de la normativa comunitaria sobre conciliación)”*, sustituyendo la idea de *“corresponsabilidad (que) constituye un discurso de equidad y de igualdad, en el fondo un pensamiento de ética pública y privada”*, por el de *“la conciliación (que) constituye un punto de vista de mercado”*, *“Conciliación de vida privada y laboral”*, Conferencia de 10.10.2009 en la Escuela de Derecho Europeo de Tréveris, accesible en http://webs.uvigo.es/xenero/profesorado/jaime_cabeza/conciliacion.pdf.

derecho fundamental, permiso parental como contenido mínimo, establecimiento de principios estructurales de los derechos de conciliación-

b) Los derechos vigentes de conciliación relacionados con la jornada laboral.

Los derechos de conciliación relacionados con la jornada laboral vigentes en el derecho español son los siguientes: (1) el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo –artículo 34.8 del ET-; (2) los permisos por matrimonio, nacimiento de hijo, fallecimiento o infortunio de familiares, mudanza, o técnicas de preparación al parto – artículos 37.3.a), b), c) y f) del ET-; (3) el permiso de lactancia de un menor hasta los nueve meses –artículo 37.4 del ET-; (4) la reducción de jornada por guarda de un menor hasta los ocho años o de persona discapaz, o por cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que no puedan valerse por sí mismos –artículo 37.5 del ET-; (5) la excedencia no superior a tres años por cuidado de hijo a contar desde su nacimiento, adopción o acogimiento, o por cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que no puedan valerse por sí mismos –artículo 46.3 del ET-; (6) las modalidades de disfrute paterno de la licencia de maternidad por fallecimiento de la madre, por cesión del derecho o por ausencia del derecho en el estatuto de la madre –artículo 48.4 del ET-; (7) la licencia de maternidad por adopción o acogimiento –artículo 48.4 del ET-; y (8) el permiso de paternidad –artículo 48 bis del ET-.

A la anterior enumeración de derechos de conciliación –que contemplan las necesidades ordinarias de conciliación para cuidado de hijos y parientes cercanos-, aún se deben unir otros dos derechos dirigidos a satisfacer necesidades extraordinarias de conciliación –acontecimientos

familiares de extrema gravedad-: (1) un derecho a ausentarse una hora y a reducir la jornada en dos horas en los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto –artículo 37.4 bis del ET-; y (2) un derecho a reducir jornada a favor de progenitores, adoptantes o acogedores de menores afectados por un cáncer u otra enfermedad grave –artículo 37.5.III del ET-.

II. UN APUNTE COMPARADO.

En Europa se pueden apreciar varios sistemas de cuidado. Uno, considerado modélico, es el de los países escandinavos, que se asienta en el siguiente trípode: una sólida normativa antidiscriminatoria, el fomento de la paternidad activa y un sistema público de asistencia a la infancia. Suecia ha integrado los derechos de conciliación del padre y de la madre en un único permiso parental de 480 días naturales a disfrutar en los 18 primeros meses de vida del hijo/a, siendo 60 días intransferibles –que son los que usualmente disfruta el padre-. Tal sistema de permiso parental único con cuotas de reserva se aplica, con duraciones mayores o menores, en otros países escandinavos –en Noruega seis semanas o en Islandia tres meses-⁷.

Situado en el extremo opuesto a los países nórdicos se encuentra el modelo familiarista de los países mediterráneos –España, Italia o Portugal-, donde el cuidado se ha prestado y se sigue prestando en el ámbito privado, no existiendo una red suficiente de guarderías o de servicios geriátricos –

⁷ Ampliamente sobre la regulación en los países escandinavos, y las enseñanzas que, al respecto, podemos aprender en España, es altamente recomendable el magnífico estudio de Emma Rodríguez Rodríguez, “Instituciones de conciliación de trabajo con cuidados familiares”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2010. Sobre el derecho noruego, véase Else Leona McClimans, “Reconciliation policies, parental leaves and employment in Norway –work, family, equality or time, money, care and non-discrimination-”, en el libro colectivo dirigido por Jaime Cabeza Pereiro y Marta Fernández Prieto “Reconciliation, Corresponsability and Employment: International experiences”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, páginas 47 a 81. Una aproximación más sociológica que jurídica a la situación de los países escandinavos –con una especial atención a Suecia y a Finlandia- en los estudios recopilados en la obra colectiva de la cual es editora Paloma de Villota “Conciliación de la vida profesional y familiar”, Editorial Síntesis, Madrid, 2008.

incluso mal vistos socialmente-. Todo ello lleva a su asunción femenina. La introducción de derechos masculinos de conciliación ha sido reciente, sin tiempo para provocar un cambio en los estereotipos. Como política alternativa aplicable a estos países se ha propuesto el reconocimiento de las personas cuidadoras informales, aunque lo cierto es que las realizaciones han sido escasas –pensemos en el fallido sistema español de dependencia-.

Los demás países de la Unión Europea se mueven entre esos dos sistemas de atención pública y de atención familiar. Alemania ha reducido el permiso parental de 3 años a 14 meses, de los cuales solo 12 se pueden disfrutar por un progenitor, que será usualmente la madre, reservando una cuota de 2 meses al otro progenitor, que será usualmente el padre⁸. Francia –con un esquema semejante al derecho español- reconoce un permiso de paternidad de 14 días y un permiso parental no retribuido de hasta 2 años⁹. Reino Unido, que está estudiando la ampliación del permiso de paternidad hasta un año, reconoce un permiso de paternidad de 2 semanas, con la posibilidad de 4 semanas más por año no pagadas hasta un máximo de 13¹⁰.

En los Estados Unidos de América rige, a nivel federal, la Family and Medical Leave Act (1993)¹¹, que garantiza hasta doce semanas de permiso, aunque con muy importantes limitaciones, en la medida en que, desde una óptica objetiva, no se contempla una cobertura retributiva ni de

⁸ Con esa reducción se pretende incrementar la tasa de retorno al trabajo de las mujeres y el índice de natalidad al subir el nivel de ingresos de las familias, Jaime Cabeza Pereiro, “¿En qué ...”, obra citada.

⁹ Sobre el derecho francés, véase el estudio de Jean-Pierre Laborde, “Reconciliation policies, parental leaves and employment in France”, en el libro colectivo “Reconciliation, Corresponsability and Employment: International experiences”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, páginas 103 a 117.

¹⁰ Sobre el derecho inglés y las perspectivas de cambio –que no me consta hayan cristalizado en reforma legal-, véase Tess Gill, “Parental leave – Reconciliation policies and employment – UK”, en el libro colectivo dirigido por Jaime Cabeza Pereiro y Marta Fernández Prieto “Reconciliation, Corresponsability and Employment: International experiences”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, páginas 85 a 102.

¹¹ Sobre la FMLA, véase Risa L. Lieberwitz, “Work / family Reconciliation: Progress and pitfalls in the U.S.”, en el libro de Jaime Cabeza Pereiro y Marta Fernández Prieto “Reconciliation, Corresponsability and Employment: Internacional experiences”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, páginas 21 a 44.

protección social, y, desde una óptica subjetiva, se contemplan diversas restricciones, pues el trabajador debe haber prestado servicios durante un tiempo previo bajo determinadas condiciones, y a la empresa se le exigen ciertos requisitos de plantilla, de ahí que la FMLA cubre solo algo más de la mitad de la población activa estadounidense. Por lo demás, la ausencia de cobertura económica la han llenado algunos Estados como California¹².

Aunque lo más interesante del derecho estadounidense es la emergencia de una discriminación por responsabilidades familiares como manifestación de discriminación sexista, construida sobre dos grupos de argumentaciones: (1) que las empresas que exigen dedicación a tiempo completo, escaso tiempo libre y disponibilidad para desplazamientos imponen un modelo de trabajador que cumplen los hombres y que discrimina indirectamente a las mujeres –argumentación del “*masculine ideal work*”-; y (2) que muchas empresas actúan siguiendo el estereotipo de que las mujeres reingresadas al trabajo después de tener un hijo/a se dedican más a este que al trabajo –argumentación del “*maternity wall*”-¹³.

Judicialmente, la discriminación por responsabilidades familiares se ha sustentado en la doctrina de la discriminación “*sex-plus*” aplicada al cuidado familiar¹⁴. Con esta base, la litigación ha crecido progresiva y exitosamente entre las madres trabajadoras, aunque apareciendo también

¹² Analiza el caso californiano, encuadrándolo en el contexto del derecho federal estadounidense –y, en especial, con referencia a la Family and Medical Leave Act (1993)-, Gillian Lester, en “La baja retribuida en los Estados Unidos y el modelo californiano”, en el libro colectivo coordinado por María Belén Cardona Rupert “Medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Hacia un reparto igualitario de las reformas parentales”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, páginas 87 a 114.

¹³ Tales argumentaciones aparecen en la obra básica en la materia de Joan Williams “Unbending gender. Why Family and Work Conflict and what to do about it?”, Oxford University Press, Nueva York, 2000.

¹⁴ La noción de discriminación “*sex-plus*” arranca del Caso Phillips vs Martin Marietta Corp. 400 US 542 (1971), del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Una empresa rechazó la contratación de una mujer porque tenía hijos en edad escolar, mientras contrataba varones con hijos en edad escolar, alegando la ausencia de discriminación sexista dado que la mayoría de su plantilla estaba compuesta por mujeres. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos consideró la existencia de discriminación sexista en la política de contratación de la empresa. De este modo, se habilitaba la posibilidad de comparar subgrupos dentro del grupo protegido con esos mismos subgrupos del grupo no protegido, y, a la vez, se frustraba el intento de justificar el perjuicio del subgrupo en que no se discrimina al resto del colectivo protegido.

demandas de padres trabajadores. La discriminación se aprecia cuando la empresa maneja estereotipos acerca del cuidado como “*la presunción de que las mujeres no van a ser buenas trabajadoras desde que se convierten en madres, o de que los hombres no son cuidadores y en consecuencia mienten si solicitan un permiso parental o por cuidado familiar*”¹⁵. La Equal Employment Opportunity Commission ha dictado al efecto una Guía¹⁶.

III. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES:

a) Fundamentación teórica y reconocimiento positivo.

A la vista de la evolución histórica y del panorama comparado, los derechos de conciliación han evolucionado profundamente. Los derechos de conciliación de primera generación –o de conciliación pura- eran medidas dirigidas a la protección de la familia sin importar cómo dentro de ella se repartían los deberes de cuidado, lo que amparaba una distribución estereotipada de las tareas que llevaba a su asunción por las mujeres. Mientras los derechos de conciliación de segunda generación –o de corresponsabilidad o, según denominación cada vez más usada proveniente del lenguaje comunitario, reconciliación¹⁷- buscan la asunción equilibrada de los deberes de cuidado sin sometimiento a los estereotipos de género.

¹⁵ Julie C. Suck, “Are gender stereotypes bad for women? Rethinking antidiscrimination law and work-family conflict?”, *Columbia Law Review*, volumen 110, número 1, Enero, 2010, página 16.

¹⁶ Está disponible la “Enforcement Guidance: Unlawful Disparate Treatment of Workers with Caregiving Responsibilities” de 23 de mayo de 2007 en <http://www.eeoc.gov/policy/docs/caregiving.pdf>.

¹⁷ El término reconciliación responde a un planteamiento ideológico. Como expresa Laura Mora Cabello de Alba, “*conciliar es hacer compatible algo con otra cosa, mientras que reconciliar implica una nueva toma de postura para volver a tener buenas relaciones*”, “Del malabarismo ...”, obra citada, página 130. María Amparo Ballester Pastor recuerda su origen feminista del término, con el cual se quería expresar

De este modo, los derechos de conciliación pura no se vinculaban ni al principio de igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres – porque garantizaban el reparto tradicional de roles-, ni al derecho a la vida personal y familiar –porque solo contemplan las decisiones familiares fundadas en los estereotipos-. Mientras los derechos de corresponsabilidad, necesariamente inscritos dentro del derecho antidiscriminatorio general¹⁸, conectan –justamente por lo contrario: remueven el status quo paternalista y fomentan decisiones familiares no estereotipadas- tanto con el principio de igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres, como con el fomento de la libertad en las decisiones adoptadas en el ámbito familiar¹⁹.

Tales conclusiones se pueden asimismo deducir del acervo universal de derechos humanos. Altamente significativas son las continuas referencias a la efectividad del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el Convenio número 156 OIT (1981), y en la Recomendación número 165 OIT (1981), sobre trabajadores

una estrategia de actuación dirigida a “*alterar los roles sociales y fomentar el reparto de responsabilidades en el seno social y familiar*”, aunque también nos llama la atención –adscribiéndose a ciertas críticas desde posicionamientos feministas- sobre los cambios en el significado del término, que “*ha abandonado actualmente su vertiente de género y tiene un contenido fundamentalmente económico-empresarial*”, dirigido a la productividad y al favorecimiento del empleo. Por ello, la autora prefiere, por su mayor carga de género, seguir usando corresponsabilidad, “Conciliación ...”, obra citada, página 32.

¹⁸ Así Teresa Pérez del Río afirma que “*el análisis de la política de cada país en materia de conciliación debe realizarse en el marco de la política antidiscriminatoria general*”, “La normativa interna sobre derechos de conciliación: la corresponsabilidad”, en el libro dirigido por Jaime Cabeza Pereiro y Belén Fernández Docampo, “Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, página 51. Con igual contundencia, María Teresa Conde-Pumpido Tourón, “La maternidad y la conciliación familiar dentro de la tutela de la igualdad”, en “Trabajo y familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género”, Cuadernos de Derecho Judicial, tomo XVII, CGPJ, Madrid, 2007.

¹⁹ Como oportunamente concluye Jaime Cabeza Pereiro, “*el vínculo entre la conciliación de la vida familiar y la discriminación de la mujer estriba en que esta se convierte en una discriminación hacia la madre, o más bien hacia la cuidadora ... se trata de la discriminación más evidente que existe en los centros de trabajo y la que más se refuerza con todo el cúmulo de estereotipos que la rodean – la estrategia de enfrentarse a las desigualdades estructurales a través de medidas normativas y no normativas que pretendan romper los estereotipos y reforzar la capacidad de decidir de las madres trabajadoras acerca de sus proyectos profesionales y vitales, encuentra en esta forma de discriminación su primer y más fuerte obstáculo*”, “Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres”, en el libro colectivo que dirige con Belén Fernández Docampo, “Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, páginas 97 y 98.

con responsabilidades familiares. El desiderátum –expresado claramente en el artículo 3.1 del Convenio- es que *“las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre responsabilidades familiares y profesionales”*.

Igualmente se están consolidando como fundamentales en la conciencia jurídica europea. Un par de datos lo demuestran. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece, en su artículo 33, que *“con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho ... a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un hijo”*. Y la STEDH de 7.10.2010, Caso Konstantin Markin vs Rusia, confirmada a 22.3.2012 por la Gran Sala, considera el derecho a un permiso parental incluido dentro del derecho a la vida familiar y la exclusión de su disfrute a soldados varones una vulneración cumulativa de los artículos 8 (vida familiar) + 14 (principio de igualdad) del CEDH.

El artículo 44.1 de la LOIEMH ratifica la consideración de los derechos de conciliación como derechos fundamentales. Su regulación fomentará la asunción equilibrada de responsabilidades familiares –lo que no significa idéntica, sino equilibradora de las vidas personales, familiares y laborales de cada miembro de la familia-, y su garantía de ejercicio –sin distinción de sexo- está en una tutela antidiscriminatoria que, por la ley en la cual esa norma se inserta, tiene que ser por razón de sexo / género. Además, conciliación y corresponsabilidad se erigen en un criterio general de actuación de los Poderes Públicos –artículo 14.8º-. Difícil es no ver aquí las dimensiones subjetiva y objetiva típicas de los derechos fundamentales.

Hablando ahora desde la óptica constitucional española, se podría contra argumentar que los derechos de conciliación no se encuentran expresamente reconocidos como tales dentro de la CE. Pero ello sería una interpretación sumamente restrictiva. En primer lugar, porque supondría

desconocer el carácter evolutivo de los derechos fundamentales, congelando su elenco en el momento de aprobación del texto constitucional –en una criticable interpretación originalista-, y dejando de lado la evolución de la normativa europea que ha conducido al reconocimiento de los derechos de conciliación como derechos fundamentales y que ostenta valor interpretativo de nuestro texto constitucional –artículo 10.2 de la CE-.

Y, en segundo lugar, porque supondría desconocer el fundamento de los derechos de conciliación en el principio de igualdad de hombres y mujeres y en el derecho a la intimidad personal y familiar, que son derechos fundamentales –artículos 14 y 18 de la CE-. Ciertamente, los derechos de conciliación nacen de la acción legislativa, con lo cual parecen más vinculados a la igualdad de oportunidades –artículo 9.2 de la CE-. Pero la acción legislativa –como se verá a continuación- debe respetar su contenido esencial, en el cual se encuentra la igualdad de trato, y, una vez creados legalmente, la igualdad de trato rige la regulación de su ejercicio, prohibiendo las denegaciones injustificadas y las represalias de su ejercicio.

La consideración de los derechos de conciliación como derechos fundamentales no es, sin embargo, una consideración totalmente asentada en el estado actual de la ciencia jurídica española. Ante todo, porque, en esta como en tantas otras materias, los prejuicios de género consiguen que se vean como aventurados o subversivos todos los avances en materia de igualdad entre mujeres y hombres, cuando, correctamente entendidos, son exigencias de progreso social y económico. Pero también porque la consideración de los derechos de conciliación como derechos fundamentales se encuentra en construcción, sin que, hasta el momento, se hayan conseguido perfilar todas las consecuencias de esa consideración.

b) Contenido esencial y contenido adicional.

Si los derechos de conciliación son derechos fundamentales, es necesario identificar su contenido esencial –a los efectos del artículo 53 de la CE- que, integrando la normativa española interna con la comunitaria – artículo 10.2 de la CE-, y, en especial, con el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental aplicado por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, se circunscribe a la existencia de un permiso parental en determinadas condiciones. Ciertamente, la legislación española debe respetar ese contenido esencial porque así lo impone la norma comunitaria. Pero es momento de afirmar –en consonancia con lo hasta ahora razonado- que así lo impone también la Constitución Española.

A partir de ese contenido esencial, la legislación española interna puede mejorarlo, incluso creando otros derechos de conciliación diferentes al permiso parental –lo que sería bueno para transversalizar la conciliación-. Pero ello no supone que ese contenido adicional sea ajeno a la dimensión constitucional de los derechos de conciliación. En primer lugar, porque la legislación debe construir el contenido adicional sobre los mismos principios estructurales sobre los que se edifica el contenido esencial plasmado en la normativa comunitaria –a analizar dentro de escasas páginas-. Sería contradictorio que el contenido adicional, de construirse sobre otros principios estructurales, fuera contrario al contenido esencial.

Y, en segundo lugar, porque si la legislación mejora el contenido esencial del permiso parental o crea un derecho de conciliación diferente, su denegación injustificada o una represalia por su ejercicio se convierten en vulneraciones del principio de igualdad entre mujeres y hombres. Así lo afirma el artículo 44.1 de la LOIEMH. Norma que no es caprichosa, sino que está justificada en la circunstancia de que la denegación injustificada o la represalia por el ejercicio de un derecho de conciliación constituyen una

diferencia de trato, y en la circunstancia de que tal diferencia de trato es a causa del sexo / género. En suma, constituyen –como asimismo hemos concluido en el Capítulo Cuarto- discriminaciones sexistas directas ocultas.

c) Aproximación crítica a la jurisprudencia constitucional.

Nuestro Tribunal Constitucional no está reconociendo paladinamente el carácter de derechos fundamentales de los derechos de conciliación. Y ello conlleva inconvenientes. Ciertamente, la situación de partida es –como hemos visto a lo largo de la descrita evolución histórica- considerar los derechos de conciliación como de construcción legal. Todo avance desde esa situación es, sin duda alguna, algo loable. Desde esta óptica, las SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, y 203/2000, de 24 de julio, merecen crítica positiva al considerar discriminación sexista indirecta la denegación al personal sanitario interino –en un caso funcionario y en el otro estatutario- de un derecho de conciliación como la excedencia para el cuidado de hijos.

Igualmente, desde esta óptica, merece una crítica positiva la STC 3/2007, de 15 de enero, que anuló una sentencia denegatoria de una reducción de jornada por guarda legal porque no consideró la dimensión constitucional de la conciliación que se fundamenta en la eventualidad de una discriminación sexista indirecta y la protección de la familia –artículos 14 y 38 de la CE-. De ahí que se devolvieran las actuaciones al Juzgado de lo Social para que valorase esa dimensión constitucional. Y, como el Juzgado de lo Social volvió a denegar la reducción, el ATC 1/2009, de 12 de enero, apuntilla que no vale una “*consideración meramente aparente o formal de los intereses en juego*”, declarando mal ejecutada la STC 3/2007.

Pero esos avances se han quedado cortos²⁰. Si en la STC 3/2007, de 15 de enero, se hubiera concluido que los derechos de conciliación, en sí mismos considerados, son derechos fundamentales y que los tratos perjudiciales en relación con su ejercicio son discriminaciones sexistas directas, se hubiera podido estimar directamente la reducción solicitada, y no se hubiera producido ese estrambótico incidente de ejecución. De haber partido de esa premisa, el ATC 1/2009, de 12 de enero, hubiera podido condenar a la empresa, no a una ejecución in natura que, por haber superado el menor la edad dentro de la cual se habilita legalmente la reducción, ya no resultaba posible, pero sí a una ejecución indemnizatoria.

Solucionar un problema que, de haber partido de las premisas de que los derechos de conciliación, en sí mismos considerados, son derechos fundamentales y de que los tratos perjudiciales en relación con su ejercicio son discriminaciones sexistas directas, no hubiera existido, ha obligado a la intervención del TEDH, que, en su Sentencia de 19.2.2013, Caso García Mateos vs España, ha condenado a España por vulneración del derecho al proceso debido en relación con el principio de igualdad –artículos 6 y 14 del CEDH- con una indemnización de 16.000 euros a favor de la trabajadora que no encontró satisfecho su derecho a la igualdad ni a través de un cumplimiento in natura ni a través de una ejecución indemnizatoria.

No se acaban ahí las consecuencias de tan erróneo planteamiento. Una es la STC 24/2011, de 14 de marzo, donde se deniega el amparo a una trabajadora –progenitora monoparental- solicitante de la adscripción

²⁰ Como atinadamente ha destacado María Fernanda Fernández López, la STC 3/2007, de 15 de enero, no ha constitucionalizado el derecho a la adaptación del horario de trabajo, en la medida en que “*el propio TC elude ese riesgo y asume al final su doctrina clásica: puesto que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria que no incumbe revisar al TC, el que se le reconozca o no a la trabajadora la adaptación no es relevante desde la perspectiva del artículo 14 ... la infracción del artículo 14 CE se ha producido a consecuencia de una determinada forma de razonar judicial*”, de modo que, en suma, “*los derechos de conciliación permanecen en el limbo jurídico en que estaban en la jurisprudencia anterior*”, “Conciliación de la vida familiar y laboral: Una visión constitucional”, en el libro colectivo coordinado por María Belén Cardona Rubert, “Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualitario de las reformas parentales”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, página 251.

permanente a un turno de mañana sin reducción de jornada. Destaca el TC las diferencias con la STC 3/2007, de 15 de enero: allí se trataba de una reducción de jornada, derecho perfectamente regulado en el artículo 37.5 del ET, mientras el cambio de turno se ampara en el artículo 34.8, que deja la concreción del derecho a la autonomía individual y colectiva. Pero ello sitúa la denegación en el ámbito de la legalidad ordinaria con una pérdida de gas en la valoración de la dimensión constitucional de la conciliación.

Otra consecuencia criticable del planteamiento constitucional ha sido la argumentación utilizada para llegar a una correctísima solución en la STC 26/2011, de 14 de marzo. El aspecto muy positivo de esta decisión constitucional es, efectivamente, el de que se reconoce el derecho de un trabajador varón a la adscripción permanente a un turno nocturno. Pero el problema se encuentra en que, para estimar el amparo a un varón, se acude a una extraña discriminación por circunstancias personales / familiares, cuando hubiera sido mejor considerar era por sexo / género²¹. Y, a pesar de lo impreciso de esa nueva categoría, su eficacia aparenta mayor a la de la discriminación sexista si se compara con la solución de la STC 24/2011²².

IV. LA PRIMACÍA DE LA IGUALDAD.

²¹ De una manera totalmente compartible, Jaime Cabeza Pereiro / Marta Fernández Prieto concluyen que *“la discriminación que se produce (en la STC 26/2011) ... es por razón de sexo, sin que resulte provechoso, ni práctico, ni deseable, que se recurra a la cláusula general de cualquier otra condición o circunstancia personal o social, pues tal invocación incrementa la inseguridad jurídica y al tiempo, empequeñece el ámbito objetivo del sexo como elemento intolerable de diferencia entre dos situaciones comparables. Es más aconsejable utilizar moldes jurídicos más conocidos y aferrarse a doctrinas consolidadas, para evitar que se emprendan caminos que, a la larga, puedan no llevar a ninguna parte”*, “Comentario a las SSTC 24 y 26/2011, de 14 de marzo”, Relaciones Laborales, número 27, 2011.

²² Nuevamente hemos de coincidir con Jaime Cabeza Pereiro / Marta Fernández Prieto cuando concluyen manifestando *“(su) escasa adhesión con los fundamentos jurídicos de las SSTC 24 y 26/2011. Es casi aleatorio que en ellas se deniegue o se otorgue el amparo. Lo importante, y decepcionante, es la poca seguridad jurídica de sus argumentos y la poca solidez de su doctrina”*, “Comentario ...”, obra citada.

Si los derechos de conciliación en clave de responsabilidad, en comparación con los derechos de conciliación pura, se caracterizan por su fundamento en la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres, la igualdad se erige, por encima de la conciliación, como macropincipio fundamentador de los derechos de conciliación –primacía de la igualdad-. En el modelo de corresponsabilidad, la finalidad de la igualdad de mujeres y hombres modula y limita la finalidad de conciliación, de modo que, por la primacía de la igualdad, se evitan los excesos de la conciliación –por ejemplo, las duraciones excesivas sin mantenimiento del contacto, ni garantía de regreso, lo que provoca una situación de desprofesionalización-.

No desconocemos –y lo hemos razonado en las páginas precedentes- que los derechos de conciliación en clave de corresponsabilidad asimismo se fundamentan en otro derecho fundamental: la vida familiar. Pero esto no supone –como a veces se sostiene desde ciertas instancias- que, ante una decisión adoptada en el ámbito familiar, la norma deba retraerse como si los condicionantes de género no existieran. Ello sería santificar el reparto más tradicional de roles entre hombres productores y mujeres reproductoras. Lo correcto –y esto demuestra de nuevo la primacía de la igualdad- es garantizar que las decisiones adoptadas en el ámbito familiar se adopten con una libertad real sin sumisión a condicionantes de género.

Conjugada con el fin de conciliación, la primacía de la igualdad se desarrolla en una serie de principios estructurales de los derechos de conciliación en clave de corresponsabilidad que –desde la óptica de nuestro estudio conceptual- es necesario identificar para, sin entrar más allá de lo imprescindible en el régimen jurídico de cada derecho de conciliación, intentar desentrañar las consecuencias de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en clave de corresponsabilidad. Advirtiendo de que, como se trata de un proceso en construcción, no siempre se perfilará

un contenido totalmente acabado. Lo que sí es evidente es que el proceso, que es imparable, profundizará más y más en esa dimensión constitucional.

Tales principios estructurales de los derechos de conciliación en clave de corresponsabilidad –siguiendo la normativa comunitaria aplicable– son los seis siguientes: individualización –se proyecta sobre la titularidad de los derechos–; continuidad de la carrera profesional –se proyecta sobre los efectos de los derechos–; fomento de la autoorganización –se proyecta sobre el alcance de los derechos–; indemnidad –se proyecta sobre el ejercicio de los derechos–; contemplación de la diversidad de familias; y aplicación general a todos los trabajadores/as –se proyecta sobre el ámbito subjetivo de los derechos–. Y, después de desentrañar el significado de cada principio, se acometerá el análisis de su aplicación en el derecho español.

V. LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN:

a) El principio de individualización.

El principio de individualización busca distribuir equilibradamente la titularidad de los derechos de conciliación entre mujeres y hombres, determinando (1) la erradicación de los derechos de conciliación de titularidad femenina exclusiva o preferente, (2) la creación –en paralelo con los derechos femeninos de maternidad– de derechos masculinos de paternidad –el permiso de paternidad–, (3) la atribución de derechos individuales a cada progenitor sin posibilidad de transferencia al otro progenitor, o el establecimiento de cuotas de reserva a favor de cada progenitor en derechos de conciliación indistintos, y (4) la adopción de acciones positivas para el ejercicio masculino de derechos de conciliación.

Los Acuerdos Marcos Europeos sobre el Permiso Parental han sido especialmente insistentes en la individualización. Ya el originario Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental establecía “*un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres*”, que “*debe concederse, en principio, de manera no transferible*” –cláusula 2^a-²³. El Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental aplicado por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, mantiene esa redacción y añade –en esa misma cláusula 2^a- que “*al menos uno de los cuatro meses será intransferible*”, dejando a los derechos internos el establecimiento de los mecanismos de aplicación de la intransferibilidad.

Aunque la LCON introdujo tímidamente la individualización de los derechos de conciliación en el derecho español, es la LOIEMH la que más ampliamente acoge esa exigencia al introducir un permiso de paternidad. Pero la situación normativa vigente no se puede considerar satisfactoria desde la perspectiva de la individualización porque la existencia de un permiso de paternidad no es un Jordán purificador de los defectos de individualización de otros derechos de conciliación. Hemos de insistir en que todos y cada uno de los derechos de conciliación españoles dirigidos a cubrir el permiso parental comunitario, resultan sometidos al principio de individualización. Pasemos a analizar de seguido algunos de esos defectos.

(1) Quizás el defecto de individualización más conocido en el derecho español es el del permiso de lactancia. Su titularidad femenina, que arrancaba de la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre protección de la mujer y el niño en el trabajo, se mantuvo hasta el ET de 1980 –artículo 37.4-, aunque al no hablar de amamantamiento, sino de lactancia de un hijo

²³ La expresión “*en principio*” habilita al legislador interno para acumular el permiso parental en un único progenitor si es imposible la individualización –por ejemplo, por fallecimiento o incapacidad física del otro progenitor o en caso de familias monoparentales-. Sin embargo, no habilita al legislador interno ni para acumular el permiso parental con carácter general en un único progenitor ni para permitir hacerlo a los progenitores. Se manifiesta en este sentido Jaime Cabeza Pereiro, “¿En qué debe ...”, obra citada.

menor de 9 meses, se posibilitó la inclusión de la lactancia artificial, dejando abierta la cuestión de si esa titularidad femenina era acorde con la igualdad de los sexos. Una cuestión que, con referencia a esa pretérita legalidad, resolvió negativamente la STC 109/1993, de 25.5, que consideró la titularidad femenina del permiso como una medida de acción positiva.

Mientras tanto, la Ley 3/1989, de 3 de marzo, reformó el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, añadiendo que *“este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre en caso de que ambos trabajen”*. Ni se soltó el lastre histórico de beneficio femenino vinculado con el amamantamiento, ni se acogió la tendencia moderna de considerarlo un permiso parental indistinto de cuidado de hijos/as. Y el mantenimiento de esa titularidad predominantemente femenina era aún mucho más llamativa a la vista del desiderátum de la individualización de los derechos referidos al cuidado de los hijos/as recogido en la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio, sobre Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental.

Tal era la situación normativa respecto al permiso de lactancia previa a la STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez, C-104/09, que, en consonancia con un anhelo de la doctrina laboral española²⁴, lo ha considerado discriminatorio sexista en cuanto que *“las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por*

²⁴ Personalmente defendí, en 1996, que *“la parificación absoluta, permitiendo, incluso, el ejercicio simultáneo del permiso por ambos progenitores trabajadores, parece más acorde con el principio de igualdad entre ambos sexos”*, “El permiso de lactancia”, Relaciones Laborales, número 14, tomo segundo, página 163. Y en 2000 sostuve que *“debe irse más allá, y, revisando la doctrina constitucional, sostener su actual inconstitucionalidad, al haber evolucionado la conciencia jurídica, a impulsos de la sociedad”*, “Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidas en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre”, Actualidad Laboral, número 25, 2000, página 444. Las dudas sobre la constitucionalidad de la titularidad femenina ya vienen de la redacción originaria del artículo 37.4 del ET y las recogió Teresa Pérez del Río en “El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo”, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984, páginas 111 y 112.

cuenta ajena, solo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena”.

El Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, ha modificado el artículo 37.4 del ET para que, donde se decía “*la trabajadora*”, se diga “*los trabajadores*”, y añade que “*este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres*” –lo cual resuelve satisfactoriamente la cuestión del alcance de la acumulación de la lactancia ejercitada por un hombre²⁵-. Sin embargo, incurre en el defecto de añadir “*pero solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen*”. Con lo cual seguimos sin tener un permiso de lactancia que compagine los diferentes intereses en juego –igualdad entre mujeres y hombres, fomento del uso paterno y facilitación de la lactancia natural-²⁶.

(2) Introducido por la LOIEMH, el permiso de paternidad construido a imagen de la licencia de maternidad –tanto en sus efectos laborales como en los de Seguridad Social- es el mejor ejemplo de individualización en nuestro ordenamiento jurídico. Pero la plena efectividad de la finalidad corresponsabilizadora del permiso de paternidad obliga a una duración razonable. Y el plazo de, cuando menos, un mes –el “*Daddy’s month*”- para el permiso de paternidad no es un capricho, sino fruto de la constatación de que ese tiempo es el conveniente para la creación de lazos

²⁵ Siendo posible la acumulación de la lactancia en jornadas completas –lo que se introdujo en la LOIEMH-, la cuestión si la ejercita el hombre es si se realizará sobre lo que puede acumular él o sobre lo que puede acumular la mujer –que es menos por la mayor duración de la licencia de maternidad respecto al permiso de paternidad-. Al ser el derecho del hombre originario, acumulará según su propia situación. Tal solución ya la apunté en mi estudio “El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as (A propósito de la STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez)”, Diario La Ley, número 7536, 2010.

²⁶ Se debería librar definitivamente al permiso de lactancia de su arrastre histórico como protección de la maternidad para pasar a ser un permiso parental para el cuidado de menores, lo cual obligaría a cambiar (1) su denominación, (2) su presupuesto de hecho, ampliando su titularidad a ambos progenitores y, en general, a quienes ostentan la guarda legal de un menor, otorgando un derecho igual a cada uno de los titulares, acumulable si se tratase de una familia monoparental, y (3) su consecuencia jurídica, atribuyendo la más amplia disponibilidad de ejercicio, por ejemplo, configurando un crédito de horas a disfrutar a elección del trabajador/a en el periodo temporal de disfrute del permiso. Al mismo tiempo, se debería fomentar el ejercicio masculino o conjunto, exonerar de costes al empresario para evitar el efecto boomerang y facilitar la lactancia natural –con salas de lactancia-. Tales propuestas las he realizado en “El permiso de lactancia: las últimas reformas y el estado de la cuestión”, Aequalitas, número 22, 2008.

afectivos con el hijo/a recién nacido. Aunque la LOIEMH preveía ese plazo, el Poder Legislativo, amparado en la crisis, no acaba de cumplirlo²⁷.

(3) Los supuestos de disfrute paterno de la licencia de maternidad biológica contemplados en el artículo 48.4 del ET, aunque vinculados a la licencia de maternidad biológica, son auténticos permisos de paternidad y, en consecuencia, sujetos a las exigencias de la individualización. Tales exigencias se satisfacen de manera irreprochable si se construyen sobre una titularidad masculina originaria, como así ocurre con el disfrute paterno por fallecimiento de la madre –después de alguna importante discusión²⁸- y por ausencia de derecho de la madre –según parece lo más correcto²⁹-. Con todo, se ha propuesto complementar la individualización imponiendo al padre, si fallece la madre, un disfrute obligatorio, cuando menos en parte³⁰.

²⁷ La LOIEMH introdujo un permiso de paternidad de 13 días y previó su ampliación, dentro de los seis años siguientes, a 28 días –disposición transitoria 9ª-. En la Ley 9/2009, de 6 de octubre, se estableció esa ampliación, aunque con una desmesurada *vacatio legis* al no entrar en vigor hasta el 1.1.2011. Pero la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, aplaza su entrada en vigor al 1.1.2012, y el Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, lo hace otra vez ahora hasta el 1.1.2013. Tengamos esperanza, así las cosas, en que el mes del padre no se convierta –por culpa de la crisis económica- en una ley fantasma –es decir, una ley que es derogada antes de su efectiva entrada en vigor-.

²⁸ Ya Tomás Sala Franco / Ignacio Albiol Montesinos / Luis Camps Ruíz / Ignacio García Ninet / Juan López Gandía defendían la titularidad paterna originaria porque el derecho del padre era independiente de la situación laboral de la madre, “Derecho del Trabajo”, 9ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, página 595. Opinión a la que me adherí en mi libro “El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora”, Instituto de la Mujer, Madrid, 2002, página 33. Pero existían opiniones en contrario que detalla Yolanda Sánchez-Uraña Azaña, “Maternidad biológica y subsidio de paternidad. A propósito de Resolución de la SESS de 21 de abril de 2004”, Aranzadi Social, Presentación 5, 2004, BIB 2004 553. Dicha Resolución admitió la titularidad originaria, y después el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, ratificó lo resuelto. La LOIEMH, al introducir en el artículo 48.4 del ET el inciso “*con independencia de que (la madre) realizara o no algún trabajo*”, le ha dado rango legal a la interpretación.

²⁹ El derecho al disfrute paterno nace “*en el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad*”, de donde el derecho al disfrute paterno no se puede considerar derivado porque si la madre no tiene derecho no se lo puede ceder al padre. Consecuencia de esta titularidad originaria del padre es la de que la duración del disfrute paterno de la licencia de maternidad será aquella que, de ser la madre, le correspondería como trabajadora por cuenta ajena. Véase sobre la cuestión mi libro “Permiso ...”, obra citada, páginas 66 y 67.

³⁰ La expresión “*podrá*” utilizada en el artículo 48.4 del ET no deja ninguna duda del carácter facultativo del disfrute paterno de la licencia de maternidad por fallecimiento de la madre, una ausencia de obligatoriedad que, como oportunamente nos recuerda Susana Rodríguez Escanciano, encubre “*prejuicios tales como el de la supuesta falta de capacidad del varón para atender las necesidades del recién nacido, unido a la creencia de la mayor aptitud de las abuelas para dispensar tales cuidados*”, “La familia en el ámbito jurídico-laboral”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, página 144.

Por el contrario, se valora negativamente la técnica jurídica utilizada en el disfrute paterno por cesión de la madre (1) porque crea un imperfecto permiso de paternidad del que dispone el padre dependiendo de la voluntad de la madre –transmitiendo la idea de subsidiariedad del padre-, (2) porque, al configurar el derecho paterno como una figura parásita del materno, genera dificultades intrínsecas de regulación –obligando a regular el tiempo y forma de la cesión, cuestiones muy problemáticas-, y (3) porque se deja al padre sin posible disfrute en aquellos supuestos en que no es factible la cesión del disfrute materno, como la reclusión³¹ o el estado de coma de la madre³², o la renuncia de esta a la patria potestad –vientres de alquiler³³-.

(4) También la técnica jurídica utilizada en la licencia de maternidad por adopción o acogimiento es disfuncional en orden a la individualización. Ya la cosa empezó mal porque, cuando se introdujo esa posibilidad en la Ley 3/1989, de 3 de marzo, se establecía, en el artículo 48.4 del ET, que *“en el caso de que el padre y la madre trabajen, solo uno de ellos podrá ejercitar este derecho”*. La LCON cambió esta norma por otra donde se afirma que *“en caso de que la madre y el padre trabajen, el periodo de*

³¹ Si la reclusa realiza un trabajo considerado relación laboral especial, se le exonera del deber de trabajar durante 16 semanas ampliables por parto múltiple a 18 semanas –artículo 133.2.e) del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero-, sin preverse la posibilidad de cesión al padre, aunque se ha sostenido con base en el artículo 48.4.II ET, véase María Pilar Rivas Vallejo, “La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, páginas 112 y 113. Pero si la reclusa no realiza un trabajo considerado relación laboral especial, esa posibilidad de cesión se torna inaplicable. El Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, lo que sí prevé es el derecho de la madre a ingresar con su hijo/a menor de 3 años –artículo 17- en las Unidades de Madres –artículos 178 a 181-.

³² En tal caso se debe flexibilizar la norma, *“bien en términos que permitan una más amplia comprensión del derecho de opción definido legalmente, bien, incluso, desde la equiparación de esa situación con el fallecimiento de la madre”*, Susana Rodríguez Escanciano, “La familia ...”, obra citada, página 142.

³³ En tal supuesto de renuncia –válida según la ley personal de la madre estadounidense-, la STSJ/Madrid de 30.11.2009, RS 3118/2009, ofrece una interpretación muy sugestiva que resolvería todos esos casos conflictivos, argumentando que la licencia de maternidad pertenece a ambos progenitores sin discriminación de sexo, siendo la madre, en caso de parto, quien decide quien lo disfruta, pero, en otro caso o si la decisión es impracticable, el derecho lo tendrá el padre. Para Henar Álvarez Cuesta, *“ello supondría un paso importante hacia la igualdad real de mujer y hombre ... (y) también proporcionaría igualdad de derechos a las nuevas y poliédricas estructuras familiares cada vez más presentes y frecuentes como la aquí analizada, o importadas de otras legislaciones, como las madres de alquiler”*, “El ejercicio de la paternidad biológica en solitario y la titularidad compartida de la maternidad. Comentario a la STSJ Madrid de 30 noviembre 2009”, Aranzadi Social, número 6, 2010, BIB 2010 1245.

suspensión se disfrutará a opción de los interesados”. Se eliminó así una traba anti individualización. Pero sin duda alguna seguía siendo la madre la que de manera habitual asumía la totalidad o la mayor parte de la licencia.

La LOIEMH ha intentado mejorar la regulación introduciendo, en la regulación del permiso de paternidad, una norma según la cual, *“cuando el periodo de descanso regulado en el artículo 48.4 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro”* –artículo 48 bis II del ET-. Pero se trata de un mecanismo de individualización bastante deficiente porque, atendiendo a su literalidad, bastaría con que el hombre hubiese disfrutado un solo día de la licencia de maternidad por adopción o acogimiento para que la mujer pudiera disfrutar en su totalidad el permiso de paternidad por adopción o acogimiento, vulnerándose el fin de la norma.

(5) Hasta la LCON no se reconocía la titularidad individual ni de las reducciones de jornada ni de las excedencias familiares, de modo que, aunque su titularidad eran sexualmente indistinta, solo se reconocía un derecho a ambos progenitores –y así expresamente se afirmaba, para la excedencia, en el artículo 46.3 del ET³⁴-, lo cual degeneraba en un ejercicio femenino. La LCON introdujo la individualización de derechos al establecer, tanto en relación con las reducciones de jornada –artículo 37.6 del ET-, como en relación con las excedencias familiares –artículo 46.3 del ET-, que *“(constituyen) un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres”*, utilizando –como se ve- unos términos muy tajantes.

Sin embargo, la individualización se excepciona *“si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo*

³⁴ Regla extensible a la reducción de jornada por guarda legal, aunque, al no reiterarla el artículo 37.5 del ET, se oponían a esa extensión María de los Santos Alonso Ligeró, “Lactancia y guarda legal”, en “Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, tomo VII, EDERSA, Madrid, 1982, páginas 373 a 375, y María Pilar Rivas Vallejo, “La guarda legal de menores y disminuidos y su incidencia en la jornada de trabajo. El artículo 37.5 del ET”, Tribuna Social, número 59, 1995, página 35.

sujeto causante”, en cuyo caso –no, a sensu contrario, si el derecho se genera por distintos sujetos causantes³⁵- “*el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa*”. Pero el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental no admite excepciones a la individualización. Cuestión diferente –y eso sí lo admite, cláusula 3^a- es la posibilidad –no desarrollada en la norma interna- de posponer –no denegar- su ejercicio por razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de la empresa –es decir no de manera automática-.

También el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental apunta hacia otros aspectos donde la transposición es mejorable. Así, tras fijar su duración mínima en 4 meses, se exige que al menos uno sea intransferible –cláusula 2^a-. Ciertamente, se puede argumentar el cumplimiento de esa cuota –dirigida a potenciar el disfrute masculino- a través del permiso de paternidad, una vez que este, en aplicación de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, alcance 28 días –uniéndole los dos días por nacimiento de hijo/a del artículo 37.3.b) del ET para completar un mes-. Sin embargo, sería mucho más individualizador reflejar el cumplimiento de esa cuota en la regulación de la propia excedencia para cuidado de hijos/as.

(6) Además, el disfrute masculino de la reducción de jornada o de la excedencia admite otras medidas de fomento hasta ahora inexploradas en el derecho español como, en el ámbito de la reducción de jornada por guarda legal y la excedencia para cuidado de hijos/as, privilegiar el disfrute conjunto frente al disfrute exclusivo –por ejemplo, asociando un subsidio económico a la reducción de jornada simultánea ejercitada por ambos progenitores-, o, en el ámbito de la reducción de jornada y la excedencia

³⁵ Según es la acertada opinión de Inmaculada Marín Alonso / Juan Gorelli Hernández, “Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización”, Laborum, Murcia, 2001, página 61. Tal interpretación permitiría salvar, en múltiples supuestos –y, especialmente, en los supuestos de varios hijos de edades cercanas y todos ellos dentro de los parámetros temporales de los artículos 37.5 y 46.3 del ET-, una excepción legal que, como tal excepción, debe de ser interpretada restrictivamente, y más, si como es el caso, es contraria a un principio general como la individualización sustentado en la corresponsabilidad.

para el cuidado de familiares, eliminar la referencia al parentesco por afinidad –o, cuando menos, limitar esa posibilidad a determinados casos justificados, por ejemplo, el fallecimiento o la incapacidad del cónyuge-.

(7) Otro problema de individualización –este preocupante dada su introducción posterior a la LOIEMH en la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado 2011- se produce respecto a la reducción de jornada a favor de progenitores, adoptantes o acogedores de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, ya que, aunque en principio se reconoce la individualización –artículo 37.5.III del ET-, la cobertura de Seguridad Social exige que ambos trabajen –artículo 135 quáter de la LGSS-, lo que supone (1) que se incentiva al no beneficiario a seguir trabajando –lo que usualmente asumirá el hombre-, y (2) que las familias monoparentales –usualmente mujeres- no acceden al subsidio.

En el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, que acomete el desarrollo reglamentario, se aprecia alguna otra chirriante consecuencia de esa defectuosa individualización. Así, en los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, o ruptura de una unidad familiar basada en una análoga relación de afectividad, a falta de acuerdo sobre quien disfrutará el subsidio y de previsión judicial expresa –¿qué juez ostenta competencia para esa extraña previsión?-, se atribuirá la condición de persona beneficiaria del subsidio a aquella a quien se conceda la custodia del menor y si esta fuese compartida “*a la que lo solicite en primer lugar*”, lo que promueve una carrera entre progenitores para llegar a la Seguridad Social –artículo 4.4-.

(8) Nos queda examinar la aplicación de la individualización en los permisos retribuidos con finalidad conciliatoria del artículo 37.3 del ET. Desde esa perspectiva, hay dos previsiones acaso criticables. La primera es la contemplación de los parientes afines en los permisos por enfermedad – artículo 37.3.b) del ET-. Y la segunda es la titularidad exclusivamente femenina del permiso para técnicas de preparación al parto –artículo 37.3.f)

del ET-, que, a diferencia de su compañero de viaje –el permiso para exámenes prenatales-, no encuentra amparo en la normativa comunitaria sobre maternidad, de donde, no siendo derecho vinculado a la maternidad, sino vinculado a la conciliación, su feminización es algo cuestionable³⁶.

b) El principio de continuidad de la carrera profesional.

El principio de continuidad de la carrera profesional se dirige a evitar la ruptura de la carrera profesional y de aseguramiento social de quienes ejercitan los derechos de conciliación. Su esencia se puede deducir de lo establecido en el artículo 7 del Convenio 156 de la OIT (1981) sobre trabajadores con responsabilidades familiares: *“Deberán tomarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales, incluyendo medidas en el campo de la orientación y de la formación profesionales, para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades”*.

Se trata de un principio con varias manifestaciones concretas. A la vista del Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental, se podrían enumerar las siguientes –que se corresponden con exigencias comunitarias de mayor o menor intensidad obligatoria para los Estados miembros-: el derecho al reingreso en el mismo puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad, equivalente o similar, la conservación de los derechos adquiridos o en curso de adquisición, la revisión de las cuestiones sobre

³⁶ Han defendiendo así su extensión al hombre Ana Rosa Argüelles Blanco, “La protección de los intereses familiares en el ordenamiento laboral”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, página 78, y Paz Menéndez Sebastián, en la obra escrita por esa autora con Ana Rosa Argüelles Blanco / Carolina Martínez Romero, “Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares”, CES, Madrid, 2004, páginas 200 a 203. Sin embargo, alguna doctrina judicial ha negado esa extensión porque, introducido el permiso para técnicas de preparación al parto con el permiso para exámenes prenatales, su titularidad femenina impregna al de técnicas de preparación al parto, y porque ambos están vinculados al parto, no siendo igual la situación del padre y la madre embarazada –STSJ/Sevilla de 23.4.2007, RS 599/2006-.

protección social para la continuidad de los derechos a prestaciones, en particular la asistencia sanitaria, la revisión de las cuestiones sobre la retribución, y el llamado mantenimiento del contacto –cláusulas 5ª y 6ª-.

(1) El derecho del trabajador/a a reingresar “(en) su mismo puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad, (en) un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato o a su situación laboral” se reconoce en el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental –cláusula 5ª-, cuya transposición interna parece cumplida con la redacción del artículo 46.3 del ET, a pesar de que, desde la Ley 4/1995, de 23 de marzo, mantiene una distinción entre el reingreso en el primer año de la excedencia para el cuidado de hijos/as, que se asocia al “derecho a la reserva de su puesto de trabajo”, y “transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente”.

Aunque los primeros comentarios de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, entendían que, más allá de un año, no se garantizaba “ni la misma localidad, ni la misma retribución, ni el mismo turno”³⁷, o que existía “mayor flexibilidad”³⁸, para la doctrina actual imperante es una distinción irrelevante porque la referencia a “un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente señala las competencias de movilidad funcional que todo empresario tiene como parte de su poder de dirección”³⁹. Y si también las tiene en el primer año, “los efectos

³⁷ María Antonia Pérez Alonso, “La nueva excedencia por cuidado de hijos en el ámbito laboral”, Poder Judicial, número 38, 1995, página 236, aunque se destaca como, a pesar de no haber una reserva de puesto de trabajo, el establecimiento de bonificaciones para la contratación de trabajadores/as interinos/as fomenta la conservación del puesto de trabajo y garantiza el reingreso automático del excedente.

³⁸ Beatriz Quintanilla Navarro, “La excedencia para cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995”, Actualidad Laboral, número 20, 1995, página 15, para quien “esta formulación del derecho a la reserva del puesto de trabajo se sitúa en la línea del (entonces) proyecto de directiva sobre la materia”, como así se comprueba viendo la cláusula 2ª de la Directiva 1996/34/CE –actual cláusula 5ª de la 2010/18/UE-.

³⁹ María Amparo Ballester Pastor, “Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos”, Tribuna Social, números 68 y 69, 1996, páginas 23 y siguientes. También Pilar Charro Baena / María Sol Herraiz Martín, “Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas”, Aranzadi Social,

derivados de la reserva de puesto de trabajo o la reserva preferente a un puesto del mismo grupo profesional o de categoría equivalente son idénticos”⁴⁰.

Hecha esta aclaración, la norma española aparenta una perfecta transposición de la norma comunitaria. Sin embargo, se nos escapa que, en la norma comunitaria, la posibilidad de acudir al puesto de trabajo equivalente o similar es –sin ninguna referencia al momento del reingreso– una posibilidad subsidiaria respecto a la principal del mismo puesto de trabajo, una gradación inexistente en la norma española. De este modo, si el reingreso del excedente se realiza, más allá del primer año, en un puesto de trabajo equivalente o similar habiendo en la empresa el mismo puesto de trabajo vacante, y pudiendo ocuparse, el empresario, aunque estaría cumpliendo la norma española, estaría incumpliendo con la comunitaria.

Quizás sea solventable la inadecuación entre la norma comunitaria y la norma comunitaria acudiendo al artículo 14 de la CE. Ciertamente, esta norma constitucional no obliga a una interpretación determinada del artículo 46.3 del ET. Pero el artículo 14 de la CE sí impide que, a través del incumplimiento del artículo 46.3 del ET, se discrimine, lo que acaecería “*si llevase aparejado un trato peyorativo en las condiciones laborales o una limitación o quebranto de los derechos o expectativas económicas o profesionales de la trabajadora*” –STC 233/2007, de 5 noviembre-. Y aplicar el *ius variandi* sin existir causa se puede considerar indicio –y un indicio solo refutable si se acredita dicha causa– de discriminación sexista.

(2) La conservación de los derechos adquiridos o en curso de adquisición es un aspecto al cual se refiere el Acuerdo Marco (revisado)

volumen V, 1998, páginas 565 y 566, siguen este criterio considerando en su defensa “*que en nuestro ordenamiento jurídico no han existido figuras intermedias entre la excedencia voluntaria y la forzosa*”.

⁴⁰ Susana Rodríguez Escanciano, “La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras”, Editorial CEDECS, Barcelona, 2002, página 256. De una manera muy semejante, asimismo se manifiestan Inmaculada Marín Alonso / Juan Gorelli Hernández, en “Familia ...”, obra citada, página 189.

sobre el Permiso Parental –cláusula 5ª-, y que, en el artículo 46.3 del ET, se manifiesta en que *“el período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia ... será computable a efectos de antigüedad”*. Se trata de *“un derecho para el trabajador excedente para el cuidado de un hijo que se incorpora a su relación de trabajo y que consiste en que el tiempo que pase en ella se ha de entender que produce efectos equivalentes a la permanencia real en la empresa, con proyección por tanto en la antigüedad”* –en palabras literales de STS de 28.2.2002, RCO 1274/2001-.

El TJUE ha sido más allá, trasladando al ámbito del permiso parental la doctrina de indemnidad derivada del ejercicio de los derechos de maternidad⁴¹. Así, la STJUE de 22.10.2009, Caso Meerts, C-116/98, ha considerado contrario a la regla expuesta que, si la empresa resuelve unilateralmente el contrato de un trabajador a tiempo completo mientras este disfruta un permiso parental en jornada parcial, *“la indemnización que debe pagarse a dicho trabajador se determine en función de la remuneración reducida que percibe cuando el despido tiene lugar”*. Una solución semejante a la de la STS de 11.12.2001, RCU 1817/2001, y a la que la LOIEMH dio acogida legal en la disposición adicional 18ª del ET⁴².

Otra manifestación concreta de la conservación de derechos –esta con más relevancia en nuestro derecho interno- se analizó en la STJUE de 22.4.2010, Caso ZLT, C-486/08, que decidió que privar a quienes disfruten durante dos años de un permiso parental del disfrute, a su finalización, de las vacaciones anuales retribuidas adquiridas durante el año anterior al nacimiento del hijo es contrario al Acuerdo Marco. Sin embargo, la

⁴¹ Como oportunamente ha puesto de manifiesto María Amparo Ballester Pastor, quien específicamente se refiere a una *“emigración de la doctrina de la no lesividad (prevista para la maternidad)”*, en *“Igualdad y conciliación en las últimas reformas laborales y de Seguridad Social. Análisis desde las exigencias del Derecho de la Unión Europea”*, XVI Jornadas de Otoño de Derecho Social, Vigo, 2012.

⁴² Sobre esta cuestión, María Amparo García Rubio, *“La reducción de jornada por motivos familiares y su incidencia sobre los derechos económicos derivados de la extinción del contrato de trabajo: el alcance de la D.A. 18ª ET”*, en el libro colectivo dirigido por Marta Fernández Prieto / Jaime Cabeza Pereiro, *“Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo”*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012.

salvaguarda de las vacaciones en la excedencia por causas familiares no se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico interno, que se limita a recoger esa salvaguarda en derechos vinculados a la maternidad, en el permiso de paternidad y en la incapacidad temporal –artículo 38.3 del ET-.

(3) El Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental, sin imponer una cobertura social o una retribución durante el disfrute del permiso parental, obliga a valorar esas cuestiones –cláusula 5ª-, y la ausencia de cobertura social y/o retribución es, desde la perspectiva del principio de continuidad de la carrera profesional, la carencia más importante de la legislación española en derechos de conciliación de larga duración –es decir, la reducción de jornada y la excedencia-. Y es que, en los aspectos de protección social de los permisos parentales de larga duración, se aprecian las consecuencias de una racanería legislativa que ha llevado a niveles menores de protección solo tras una tortuosa evolución.

Así, el nivel máximo de protección –reconocimiento de prestación- es casi desconocido –solo a favor de progenitores, adoptantes o acogedores de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, artículo 135 quáter de la LGSS-, aunque sí se ha alcanzado un nivel mínimo, que implica reconocer el periodo de excedencia –la reducción de jornada es una alta pura y simple- como situación asimilada al alta –artículo 6.1 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, y disposición adicional 4ª del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo-, e incluso un nivel medio, que implica reconocer como cotizado el periodo de excedencia o reducción de jornada dentro de concretos arcos temporales –artículo 180 de la LGSS-.

(4) El mantenimiento del contacto durante el permiso parental –que la doctrina anglosajona llama “*keep in touch*”⁴³- es otro aspecto al cual se

⁴³ Recuerda Belén Fernández Docampo el origen británico del “*keep in touch*” y su manifestación más típica consistente, en síntesis, en la posibilidad –previo acuerdo de las partes- de trabajar hasta 10 días mientras se disfruta el permiso parental, sin ello afectar ni a su duración ni a su eventual cobertura

refiere el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental –cláusula 5ª-, y que, en el artículo 46.3 del ET, presenta alguna manifestación de interés, como es “(el) derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación”. Se trata de un derecho con eventual relevancia sobre la posibilidad de despido objetivo ex artículo 52.b) del ET porque, aún mediando modificaciones técnicas que lo habiliten, la ausencia de convocatoria de dichos cursos puede convertir en irrazonable el despido.

Muchos aspectos del mantenimiento del contacto se mueven en el plano de relaciones informales –participación en reuniones o comidas de empresa, o recepción de información empresarial en el domicilio-, aunque ello no debe impedir la adopción de buenas prácticas empresariales, ni el abordaje de esas cuestiones en la negociación colectiva. Otro aspecto concreto del mantenimiento del contacto es el relativo a la actividad sindical cuando el trabajador/a excedente es un representante de personal. La STSJ/Castilla-La Mancha de 13.10.2004, RS 1374/2004, le reconoce el derecho “a acceder a las instalaciones de la empresa a los efectos de llevar a cabo las funciones propias de su condición de representante”.

c) El fomento de la autoorganización.

Frente a los derechos cerrados de conciliación, el fomento de la autoorganización propugna atribuir al titular del derecho de conciliación facultades de configuración sobre su alcance, bien permitiéndole decidir acerca de su ejercicio –derechos semiabiertos-, bien permitiéndole asociar el derecho a cualquier acontecimiento personal o familiar –derechos

económica, facilitando la transición suave de “*full-time mother to working mother*”, “La reincorporación al trabajo tras el disfrute del permiso parental. Medidas previstas en la Directiva 2010/18, de 8 de marzo”, en el libro colectivo dirigido por Marta Fernández Prieto / Jaime Cabeza Pereiro, “Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012, página 152.

abiertos-. Aunque la autoorganización no aparece expresamente acogida en el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental, se apunta a su reconocimiento cuando se contempla la posibilidad de varias modalidades de ejercicio del permiso parental: “*a tiempo completo o parcial, de manera fragmentada o conforme a un sistema de crédito de tiempo*” –cláusula 3ª-.

(1) Son derechos cerrados de conciliación aquellos que a un acontecimiento personal o familiar concreto anudan una consecuencia jurídica unívoca. Es el caso paradigmático de los permisos retribuidos. Así, el permiso de quince días por matrimonio, el permiso de dos días –o cuatro si hay necesidad de hacer desplazamiento- por nacimiento de hijo/a o fallecimiento o infortunio de parientes, o el permiso de un día por traslado del domicilio habitual –artículo 37.3.a), b) y c) del ET-. Los derechos cerrados presentan la indiscutible ventaja de la seguridad jurídica, pero, simultáneamente, presentan el inconveniente de no siempre acomodarse de manera flexible a las múltiples necesidades de la vida personal o familiar.

(2) Son derechos semiabiertos de conciliación aquellos que, ligados a un acontecimiento personal o familiar concreto, atribuyen su titular ciertas facultades acerca de su ejercicio. Las sucesivas reformas han determinado que, en mayor o menor medida, casi todos los derechos de conciliación las establezcan: la excedencia familiar admite el disfrute fraccionado –artículo 46.3 del ET-; el disfrute paterno de la licencia de maternidad puede hacerse a tiempo parcial –artículos 48.4 del ET-; y el permiso de paternidad puede disfrutarse en un arco temporal desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo/a hasta inmediatamente después de la finalización de la licencia de maternidad, también a tiempo parcial –artículo 48 bis del ET-.

Pero sin duda donde son más amplias esas facultades de organización es en las regulaciones del permiso de lactancia y de la reducción de jornada por guarda de un menor o por cuidado de familiares. El permiso de

lactancia permite su disfrute a través de una ausencia de una hora, que se puede dividir en dos fracciones, de una reducción de jornada en media hora o la acumulación en jornadas completas, si bien esta última modalidad de ejercicio –introducida en la LOIEMH con base en precedentes jurisprudenciales permisivos- se sujeta a los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella –artículo 37.4 del ET-.

La reducción de jornada por guarda de un menor o por cuidado de familiares se puede solicitar hasta los ocho años del menor y la reducción puede ir desde el mínimo de un octavo al máximo hasta la mitad de la jornada de trabajo diaria –artículo 37.5 del ET-. Desde la Reforma Laboral de 2012, se ha especificado que lo que se reduce es la jornada de trabajo “*diaria*”⁴⁴, lo cual solo posibilita las reducciones horizontales –una hora o unas horas todos los días de trabajo, aunque puede variar el número y la situación de las horas-, pero no las verticales –concentrando todas las horas a reducir en un mismo día o en unos mismos días-, manteniéndose las dudas en jornadas irregulares –por ejemplo, caso de turnos o guardias-⁴⁵.

Tanto el permiso de lactancia como la reducción de jornada ostentan la peculiaridad adicional, que enfatiza todavía más las facultades de organización atribuidas a sus titulares en las regulaciones legales, de que “*la concreción horaria y la determinación de (su) período de disfrute ... corresponderá al trabajador dentro de su jornada ordinaria*” –artículo

⁴⁴ Con anterioridad a la Reforma de 2012, las distintas posibilidades de imputación de la reducción de jornada fueron contempladas en el minucioso estudio de Nora María Martínez Yáñez, “El régimen jurídico de la disponibilidad horaria”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, páginas 287 a 301. Tras la Reforma de 2012, véase el análisis de Lourdes Fraguas Madurga, “Reducción de jornada y flexibilidad horaria por cuidado de hijos tras la reforma laboral de 2012”, Aranzadi Social, número 10, 2013.

⁴⁵ Alguna doctrina judicial admitió la imputación de la reducción a un turno de trabajo –STSJ/Madrid de 6.3.2009, RS 4779/2008, comentada por Ignacio Moreno González-Aller, “Reducción de jornada por responsabilidades familiares y trabajo a turnos”, SEPIN Laboral y Seguridad Social, número 3, 2009, y STSJ/Galicia de 11.3.2009, RS 5412/2008-. Tras la Reforma de 2012, la cuestión es dudosa, aunque la imposición de reducción horizontal parece pensada para jornadas regulares, no para jornadas irregulares.

37.6 del ET-. Ahora bien, esa afirmación tan radical pierde gas porque no aparece protegido el ejercicio incontestado –a la vista de los artículos 53.4 y 55.5 del ET y artículos 108.2 y 122.2 de la LJS-⁴⁶, y porque es el trabajador quien, ante la negativa del empresario, debe demandarlo ante el Juzgado de lo Social –siguiendo el proceso del artículo 139 de la LJS-⁴⁷.

Hechas estas precisiones, el artículo 37.6 del ET se debe entender en el sentido de que, aunque no exonera al trabajador/a de la carga de impugnar judicialmente la negativa empresarial, sí se da preferencia a sus intereses frente a los empresariales al llegar el momento del enjuiciamiento. Una interpretación acogida, desde hace tiempo, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, donde se dice que *“como regla general la facultad para determinar y elegir el horario adecuado ... corresponde al trabajador”* –SSTS de 16.6.1995, RCU 3849/1994, y de 20.7.2000, RCU 3799/1999-. Una jurisprudencia reforzada cuando se reconoce, en la STC 3/2007, de 15 de enero, la dimensión constitucional de la conciliación.

(3) Son derechos abiertos de conciliación aquellos que, a diferencia de los derechos cerrados y semiabiertos de conciliación, no se vinculan a un acontecimiento personal o familiar concreto, sino que su presupuesto fáctico se configura de una manera muy amplia como cualquier necesidad

⁴⁶ Como afirma Teresa Pérez del Río, *“no se faculta al trabajador para el ejercicio del derecho contra la voluntad del empleador hasta que el conflicto se solucione”*, “La Ley 39/99 ...”, obra citada, página 88. Ello no significa que, si la empresa sanciona o despide al trabajador, la sanción o el despido siempre sean procedentes, porque se debería considerar si la negativa de la empresa estaba justificada –si no, la gravedad se excluiría o mitigaría-, y si el trabajador es culpable –no lo sería si, por la urgencia de sus necesidades familiares, no le era exigible otra conducta-. Lo que significa es que la improcedencia del despido no se convierte, por la prohibición de despido, en nulidad –pero podría ser nulo por otras causas-.

⁴⁷ El derecho del trabajador *“queda desnaturalizado”*, o sea *“condicionado a la conformidad o disconformidad manifestada por el empresario”*, según Miguel Ángel Almendros González, “Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: Aspectos laborales”, Comares, Granada, 2002, páginas 87 y 88, y Rodrigo Martín Jiménez, “Disposiciones extravagantes y otras cuestiones reguladas en la Ley 39/1999”, Aranzadi Social, número 20, 2000, página 124. Lo más congruente entre *“la instrumentalización procesal ... (y) la norma sustantiva”* hubiera sido imponer al empresario *“la carga de demandar”*, como dicen Miguel Rodríguez-Piñero, “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)”, Relaciones Laborales, número 19, 1999, página 6, y Juan Gorelli Hernández, “La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras”, Relaciones Laborales, número 24, 1999, página 22.

personal o familiar. Tal es el derecho del trabajador/a “*a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella*” –introducido, a través de la LOIEMH, en artículo 34.8 del ET-.

Es doble la eficacia de esta norma. De un lado, supone un llamamiento a la negociación colectiva⁴⁸. Y, de otro lado, aún en defecto de negociación colectiva, la negativa del empresario a negociar vulneraría la buena fe contractual –artículos 7 y 1256 del Código Civil-. O sea que si, ante el silencio del convenio colectivo y ante la iniciativa del trabajador/a, el empresario la rechaza de manera abusiva, arbitraria o irrazonable, sí debiera haber base para demandar⁴⁹, si bien la jurisprudencia hasta ahora no ha sido favorable –SSTS de 13.6.2008, RCU 897/2007, de 18.6.2008, RCU 1625/2007, y de 20.5.2009, RCU 2286/2008-. Lo que no debería ofrecer duda alguna es la protección a través de la nulidad del despido⁵⁰.

No podemos rematar el análisis del principio de fomento de la autoorganización de los derechos de conciliación sin destacar la erosión importante que el mismo ha padecido a causa de las Reformas Laborales

⁴⁸ Según afirma Jaime Cabeza Pereiro, es un “*precepto promocional de ciertos contenidos de los convenios*”, en la obra colectiva que coordiné y en la que, además de Jaime Cabeza Pereiro, colaboraron María Elósegui Itxaso y Teresa Pérez del Río, “Ley de Igualdad y Contrato de Trabajo”, Editorial Francis y Taylor, Madrid, 2007, página 124. Así las cosas, y ahora en palabras de Yolanda Cano Orellana, se convierte “*al convenio colectivo en el principal eje para que el tiempo de trabajo no se convierta en un obstáculo insalvable que impida que mujeres y hombres atiendan a sus intereses personales y familiares*”, “Tiempos de trabajo y conciliación”, Revista Trabajadora, CCOO, número 25, 2007.

⁴⁹ En esta línea Guillermo Rodríguez Pastor, en Ignacio Albiol Montesinos / Carlos Luis Alfonso Mellado / José Blasco Lahoz / Luis Camps Ruíz / María Amparo García Rubio / Guillermo Rodríguez Pastor, “Los aspectos laborales de la ley de igualdad”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, páginas 80 y 81, Emilio Castellano Burguillo, “Funciones y alcance de las normas sobre conciliación de la vida laboral y familiar”, Temas Laborales, número 91, 2007, páginas 216 a 218, y Nora María Martínez Yáñez, con una amplia y razonada crítica de la jurisprudencia en contrario, “El régimen ...”, obra citada, páginas 302-314.

⁵⁰ Aunque el ET no se haya modificado para incluir entre los derechos protegidos por la prohibición de despido el establecido en el artículo 34.8 del ET, lo cual ha criticado Teresa Velasco Portero, comentario a la disposición adicional 11ª, en los “Comentarios a la Ley de Igualdad”, dirigidos por José Ignacio García Ninet, y coordinados por Amparo Garrigues Giménez, Editorial CISS, Valencia, 2007, página 638.

acaecidas desde 2010 hasta 2012. Tanto porque se han producido cambios legales en la regulación específica de los derechos de conciliación para recortar las facultades de autoorganización de los trabajadores/as –en especial en el ámbito de la reducción de jornada-, como porque esas facultades con carácter general se han visto mermadas en la realidad de las cosas por el notable incremento de los poderes empresariales que esas Reformas han supuesto –nos remitimos a lo dicho en el Capítulo Segundo-.

d) Garantías de indemnidad.

Las garantías de indemnidad se dirigen a asegurar al trabajador/a el libre ejercicio de los derechos de conciliación. Ya el Convenio número 156 OIT sobre trabajadores con responsabilidades considera familiares, establece que *“la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo”* –artículo 8-. Y más ampliamente el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental establece que *“con el fin de garantizar que los trabajadores puedan ejercer su derecho al permiso parental ... (se) adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra un trato menos favorable o el despido por haber solicitado o tomado un permiso parental”* –cláusula 5ª-.

Cumpliendo con esas normas, la LCON introdujo dos nuevas causas de nulidad del despido objetivo o disciplinario, que la LOIEMH mejoró y amplió a una tercera –artículos 53.4 y 55.5 del ET y actuales artículos 108.2 y 122.2 de la LJS-. Así las cosas, es nula –ciñéndonos a los supuestos relacionados con la conciliación- la decisión extintiva objetiva o el despido disciplinario (1) *“de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por ... adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una*

fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho periodo –letra a)-, (2) *“de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 (cuidado de hijos o familiares)”* –letra b)-, y (3) *“(del trabajador) después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por ... adopción o acogimiento, o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento ... del hijo”* –letra c)-. Salvo, en todo caso, que *“se declare la procedencia (de la decisión extintiva o del despido) ... por motivos no relacionados ... con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”*⁵¹.

Superando las limitaciones causales –solo se refiere al despido- y las limitaciones temporales –no se cubren más periodos de los expresamente especificados- de la prohibición de despido introducida en la LCON, la LOIEMH contempla una manifestación de discriminación por sexo / género –cuyo nacimiento se atisbaba en la doctrina judicial posterior a la LCON y antes de la LOIEMH⁵²- según la cual se prohíbe *“toda discriminación basada en (el) ejercicio (de los derechos de conciliación)”* –artículo 44.1-, una manifestación de discriminación que, eso sí, no operará automáticamente como la prohibición de despido, sino a través de los mecanismos probatorios que son propios de la tutela antidiscriminatoria.

⁵¹ Ha criticado la doctrina la racanería de no incluir en la norma los permisos por nacimiento de hijo o infortunio familiar –artículo 37.3.b) del ET- y por exámenes prenatales o técnicas de preparación al parto –artículo 37.3.f) del ET-. Véase Teresa Pérez del Río, “La Ley 39/99 ...”, obra citada, página 65, Inmaculada Marín Alonso y Juan Gorelli Hernández, “Familia ...”, obra citada, página 202, y Susana Rodríguez Escanciano, “La protección ...”, obra citada, página 339. La laguna ha adquirido mayor gravedad desde que la Directiva 2002/73/CE, modificando la 76/207/CE, introdujo la obligación de garantizar el ejercicio de los permisos de paternidad, y el permiso por nacimiento de hijo –aunque sea pírrico- lo es –porque, si bien su titularidad es indistinta, en ningún caso su disfrute es materno, ya que, si la madre es trabajadora, se encontrará, en el momento del parto, en el disfrute de licencia de maternidad-.

⁵² Como apunté en mi estudio “Las garantías del ejercicio de los derechos de conciliación de los trabajadores”, Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo, número 117, 2003, páginas 413-422.

En aplicación de esa prohibición de perjuicios derivadas del ejercicio de un derecho de conciliación, que, por afectación del principio de igualdad, determinan la nulidad del perjuicio, la doctrina judicial ha declarado esa nulidad con independencia del momento –antes, durante o después del ejercicio del derecho de conciliación- en el cual se produce:

a) Al solicitar y ser admitido el ejercicio del derecho de conciliación, por ejemplo, la empresa acuerda una movilidad funcional cuando accede a la reducción de jornada –STSJ/Valladolid de 19.12.2008, RS 1991/2007-.

b) Durante el ejercicio del derecho de conciliación, por ejemplo modificando las funciones de la trabajadora, con pérdida de salario, durante una reducción de jornada –STSJ/Cataluña de 19.9.2007, RS 4277/2007-.

c) En el momento del reingreso, eludiéndolo a través de un despido claramente improcedente –STSJ/Valencia de 5.7.2007, RS 1534/2007-.

d) Posterior al reingreso del trabajador/a o a la vuelta a su jornada anterior de trabajo a través de una modificación sustancial de condiciones de trabajo –STSJ/Cataluña de 13.1.2009, RS 7046/2008-, pudiendo motivar, en su caso, una extinción indemnizada del contrato de trabajo al amparo del artículo 50 del ET –STSJ/Madrid de 3.2.2009, RS 5422/2008-.

e) La contemplación de la diversidad de familias.

El principio de contemplación de la diversidad de familias obliga a atribuir idénticos o semejantes derechos de conciliación a todas las familias con independencia de la clase de familia de que se trate –matrimonial heterosexual, de hecho, monoparental u homosexual-. Su plasmación expresa aparece en el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental, donde se dice que este se regulará “*teniendo en cuenta la diversidad cada vez mayor de las estructuras familiares*” –cláusula 1ª-. Además, el principio de contemplación de la diversidad de familias se sustenta en las

normas constitucionales sobre la prohibición de todas las formas de discriminación y la protección de la familia –artículos 14 y 38 de la CE-.

Con relación a este principio el ordenamiento español manifiesta ciertas dificultades porque se ha construido históricamente partiendo de la tradicional familia matrimonial heterosexual, determinando que, a pesar de algunos esfuerzos legales de adaptación, ni se hayan corregido todas las disfunciones, ni las adaptaciones realizadas sean siempre correctas⁵³. Para examinar si existe una adecuada contemplación de la diversidad de familias, debemos verificar si el tiempo de cuidado al que pueden acceder las familias monoparentales paternas y maternas, y los matrimonios y las parejas de hecho homosexuales, resulta equiparable al tiempo de cuidado al que pueden acceder los matrimonios y las parejas de hecho heterosexuales.

(1) Familias monoparentales paternas y maternas. Nuestro derecho histórico era tan ciego con las familias no estereotípicas que, en un supuesto tan desgraciado como el fallecimiento de la madre, ni siquiera previó hasta la Ley 3/1989, de 3 de marzo, el disfrute paterno de la licencia de maternidad, posibilidad entonces tímidamente regulada, que se ampliará, en la LCON y en la LOIEMH, hasta el actual artículo 48.4 del ET. Y el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, reconoce al padre su compatibilización con el permiso de paternidad. Así las cosas, la regulación contempla la diversidad de familias: un matrimonio o pareja de hecho heterosexual hubiera accedido en iguales condiciones a ambos derechos.

Diferente es la situación de las familias monoparentales maternas porque, al establecer el artículo 48 bis del ET que, en el caso de parto, el permiso de paternidad le corresponde “*en exclusiva*” al otro progenitor, ampara la negativa del disfrute materno, y la ha ratificado el Real Decreto

⁵³ He analizado con mayor amplitud esta problemática de las familias no estereotípicas en mi estudio “Maternidad y conciliación en familias monoparentales y parejas homosexuales”, dentro del libro colectivo dirigido por Efrén Borrajo Dacruz “Mujer, trabajo y Seguridad Social”, La Ley, Madrid, 2010.

295/2009, de 6 de marzo, al establecer que, “*en los casos en que solamente exista un progenitor, adoptante o acogedor, si este percibe el subsidio por maternidad, no podrá acumular el subsidio por paternidad*” –artículo 23.3-. Aunque eran otras las tendencias de las normativas autonómicas donde se habían reconocido permisos de paternidad –como Galicia⁵⁴ o Cataluña⁵⁵-. Y la doctrina había explorado lecturas flexibles del artículo 48 bis del ET⁵⁶.

Lo suyo desde la contemplación de la diversidad de familias es que, en la totalidad de los supuestos de monoparentalidad materna en el caso de parto –ausencia de determinación de la filiación paterna, fallecimiento del padre, ausencia de matrimonio o unión de hecho con la madre que le impide al padre asumir sus deberes de cuidado, atribución a la madre de la custodia del hijo/a en caso de crisis matrimonial-, y en la totalidad de los supuestos de monoparentalidad –materna o paterna- en los casos de adopción o acogimiento, se permita el disfrute acumulado de maternidad y paternidad, que es la solución que garantiza que el menor globalmente reciba el mismo tiempo destinado a su cuidado que con dos progenitores.

Además, en el supuesto de fallecimiento del padre se podría incurrir en una clara desigualdad injustificada, lindante con la discriminación,

⁵⁴ El artículo 46, apartado 2, de la Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres, establece –siempre en relación con el personal funcionario y laboral de la Administración Pública Gallega- que “*el padre no tendrá derecho al permiso (de paternidad) si los progenitores no estuvieran casados ni estuvieran unidos de hecho en análoga relación de afectividad, o si no se le reconoció, en resolución judicial dictada en proceso de nulidad, separación o divorcio iniciado antes del disfrute del permiso, la guardia del hijo o hija que acaba de nacer*”, añadiéndose que, “*en todos esos casos, la madre, si fuera personal al servicio de Administración Pública Gallega, podrá utilizar, sea cual sea la situación laboral del padre, este permiso, con carácter ininterrumpido desde la finalización de la licencia de maternidad*”, y añadiéndose que “*también podrá utilizarlo, en iguales términos, si el padre hubiera fallecido antes del disfrute íntegro de dicho permiso o si la filiación paterna no estuviera determinada*”.

⁵⁵ El artículo 13, apartado 2, de la Ley 8/2006, de 5 de julio, sobre medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Cataluña, establece que “*el progenitor o progenitora de una familia monoparental, si tiene la guarda legal exclusiva del hijo o hija, también puede gozar de este permiso a continuación del de maternidad*”.

⁵⁶ Véase mi estudio “Permiso ...”, obra citada, páginas 22 a 30. En una línea interpretativa semejante de intentar encontrar unas soluciones flexibles, véase también Pilar Núñez-Cortés Contreras en “Igualdad y conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas”, coescrito con Teresa Velasco Portero y Amparo Garrigues Jiménez, Editorial Dykinson, Madrid, 2008, páginas 98 a 102.

desde la perspectiva de la diferente situación en la que, en orden a la posibilidad de disfrute acumulativo de licencia de maternidad y de permiso de paternidad, se coloca a la madre viuda en relación con el padre viudo, en la medida en que, si fallece la madre, el padre tiene derecho a la licencia de maternidad ex artículo 48.4 del ET, y no por ese fallecimiento se le priva de su permiso de paternidad ex artículo 48 bis del ET. Por el contrario, los artículos 22.3 y 26.8 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, impiden a la madre que hubiere disfrutado de la maternidad, acumular la paternidad.

(2) Matrimonios y uniones de hecho de hombres. Su licencia de maternidad y su permiso de paternidad se encuentran condicionados por la imposibilidad de maternidad y paternidad biológica dentro del matrimonio o de la unión de hecho. De este modo, no les corresponde la licencia de maternidad biológica, pero sí la equivalente de adopción o acogimiento de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables si múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo –artículo 48.4 del ET-, ni les corresponde el permiso de paternidad biológica, pero sí el equivalente de adopción o acogimiento de 13 días ininterrumpidos, ampliables si múltiple en dos días más por cada hijo a partir del segundo –artículo 48 bis del ET-.

Pero si esas diferencias resultan irrelevantes, no lo es la ausencia de contemplación de la adopción o acogimiento a los efectos del permiso de dos días, o de cuatro días si necesario desplazamiento, por “*nacimiento de hijo*” –artículo 37.3.b) del ET-. Tal diferencia entre la filiación natural y la adoptiva o el acogimiento constituye una discriminación indirecta por orientación sexual porque, mientras se excluye a algunos matrimonios o uniones de hecho heterosexuales en relación con sus hijos/as matrimoniales o dentro de la unión de hecho –los que adoptan o acogen-, se excluye a todos los matrimonios de hombres –porque únicamente pueden adoptar o acoger para tener hijos/as matrimoniales o dentro de la unión de hecho-.

(3) Matrimonios y uniones de hecho de mujeres. Además de la posibilidad de adopción o acogimiento –con los mismos problemas a los de los hombres- también es posible –e incluso usual- que –por decisión de la pareja- una de las mujeres sea madre natural. Surgen ahí más problemas. Y lo curioso es que, en el trámite parlamentario de la LOIEMH, se introdujeron cambios en los artículos 48 y 48 bis del ET con la finalidad de “*dar cabida en la regulación del descanso a las nuevas realidades que surgen como consecuencia de la existencia de uniones entre parejas del mismo sexo*”. De ahí que, donde antes se decía “*el padre*”, ahora se dice “*el otro progenitor*”, denominación neutra inclusiva de hombres y mujeres.

Pero, a pesar de sus buenas intenciones, este cambio nominal –que sin duda es correcto desde la óptica del lenguaje no sexista- fue más un lavado de cara formal que una solución de fondo para los matrimonios y uniones de hecho de mujeres. La solución más adecuada hubiera pasado por permitir a las parejas de mujeres acceder una a la licencia de maternidad y otra al permiso de paternidad, ambas con derechos originarios –como ocurre con los matrimonios o uniones de hecho heterosexuales-. Solución que –de nuevo demostrando la mayor sensibilidad de los legisladores autonómicos respecto al legislador estatal- se encuentra en algunas leyes autonómicas –como ocurre en Galicia⁵⁷ o en Andalucía⁵⁸-.

No habiéndose acogido esta más adecuada solución que eliminaría con carácter general cualesquiera disquisición adicional, la posibilidad de acceder la mujer cónyuge, o pareja de hecho, de la madre biológica al permiso de paternidad –artículo 48 bis del ET- o a la licencia de maternidad

⁵⁷ El artículo 46, apartado 4, de la Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres, en la redacción de la Ley 2/2007, de 28 de marzo, establece que, “*en el supuesto de matrimonio de mujeres o de uniones de hecho en análoga relación de afectividad, siendo una de ellas la madre biológica, la que no lo sea tendrá derecho al permiso de paternidad en los términos fijados en el apartado 1*”.

⁵⁸ El artículo 40, apartado 2, de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, de promoción de la igualdad de género en Andalucía, establece un permiso –a desarrollar reglamentariamente- idéntico al de paternidad “*cuando progenitores, adoptantes o acogedores tengan el mismo sexo, que disfrutará la persona a la que no le correspondiera el permiso por parto, adopción o acogimiento establecido con carácter general*”.

en los supuestos de admisibilidad del disfrute por el otro progenitor –por fallecimiento de la madre, por cesión de una parte del descanso o por ausencia de derecho de la madre, artículo 48.3 del ET-, depende de cada situación concreta, y la principal –aunque no única- variable es la de si existe un padre biológico –esté o no legalmente determinada la filiación paterna-, o la de si la maternidad fue debida a una inseminación artificial.

En el supuesto de existencia de un padre biológico –esté o no legalmente determinada la filiación paterna-, la única posibilidad de disfrute sería que la mujer cónyuge, o pareja de hecho, de la madre biológica adopte al recién nacido, y, a través de la adopción, genere el derecho al permiso de paternidad⁵⁹. Pero es una solución parcial, ya que, aunque es posible sin limitaciones la adopción del hijo/a del cónyuge, si se trata de uniones de hecho, la adopción manteniendo el vínculo con la madre, solo es posible si el otro progenitor no está determinado –artículo 178.2.2º del Código Civil-. Además, obliga a un trámite burocrático. Y, en su caso, se pueden originar situaciones conflictivas con el padre biológico.

En el supuesto de maternidad debida a una inseminación artificial, la solución es algo más sencilla –aunque no totalmente satisfactoria- porque la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reformó la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, para especificar que *“cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”*.

⁵⁹ Para Pilar Núñez-Contreras / Amparo Garrigues Giménez, el disfrute de la cónyuge de la madre biológica resultaría posible a través de una adopción *“por el juego combinado de los artículos 175 y 178.2 del Código Civil”*, Comentario a la disposición adicional 11ª, en *“Comentarios ...”*, dirigidos por José Ignacio García Ninet, y coordinados por Amparo Garrigues Giménez, obra citada, página 722.

Haciendo esta declaración, la cónyuge accede al permiso de paternidad. La parte insatisfactoria se encuentra en que ello no vale para uniones de hecho.

f) El principio de aplicación general a todos los trabajadores/as.

Los derechos de conciliación existen allí donde hay un trabajo –es el principio de generalidad de los derechos de conciliación-, lo cual se traduce en la irrelevancia de la clase de contrato de trabajo a efectos de los derechos de conciliación. Así, el Convenio número 156 OIT (1981) sobre trabajadores con responsabilidades familiares se aplica “*a todas las ramas de actividad económica y a todas las categorías de trabajadores*” –artículo 2-. Y el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental a “*todos los trabajadores, tanto hombres como mujeres, que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro*” –cláusula 1ª-.

Presenta la regla especial relevancia en relación con las formas de trabajo atípico. De hecho, el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental, inmediatamente de establecer con amplitud el ámbito subjetivo, prohíbe expresamente –algo ya implícito- exclusiones “*por el hecho de que se trate de trabajadores a tiempo parcial, de trabajadores con contrato de duración determinada o de personas que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal*” –cláusula 1ª-. Tampoco se nos pase por alto que, en los casos de trabajo atípico, podrían aparecer implicadas, además, las normas sobre igualdad en el trabajo atípico y, estando este feminizado, las normas de tutela antidiscriminatoria.

Nuestro ordenamiento jurídico laboral satisface, en principio, las exigencias de la generalidad en cuanto ningún derecho de conciliación se constriñe a trabajadores/as con fijeza y/o a tiempo completo. Lo cual no ha impedido que, puntualmente, se haya planteado algún relevante problema

interpretativo. Al respecto, las SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, y 203/2000, de 24 de julio, consideraron discriminatorio denegar al personal interino de larga duración –en un caso funcionario y en el otro estatutario- el derecho a la excedencia para el cuidado de hijos porque se trata de una norma neutra que afecta a un colectivo predominantemente femenino, y que, cuando la relación de servicio es de larga duración, no se justificaría⁶⁰.

Tratándose de trabajo a tiempo parcial, los problemas interpretativos –más teóricos que prácticos- han surgido en relación con dos derechos de conciliación. Con el permiso de lactancia una añeja doctrina judicial, cuyo criterio sigue vigente, rechazó la posibilidad de imputar el permiso de lactancia al tiempo de reducción de jornada⁶¹. De este modo, el permiso de lactancia no puede ser sometido a reducción en el supuesto de disfrutarlo un trabajador/a a tiempo parcial, ni siquiera en el caso extremo de la absorción de la totalidad de la jornada por el permiso de lactancia. Con la reducción de jornada por motivos familiares, la doctrina científica se ha inclinado por su reconocimiento pleno a trabajadores/as a tiempo parcial⁶².

⁶⁰ Comentadas estas sentencias por Yolanda Cano Galán, “Discriminación laboral y reconocimiento a los médicos interinos del derecho a la excedencia por cuidado de hijos”, Aranzadi Social, volumen IV, 1999, BIB 2000 206, y por Ana Marrades Puig, “Interinidad, excedencia y acción positiva: Reflexiones sobre la STC 240/1999, de 20 diciembre”, Revista General de Derecho, número 669, 2000, BIB 2000 881. La jurisprudencia constitucional parece hacer depender la justificación del impacto adverso de la longevidad de la relación laboral. En este sentido, la excedencia familiar se ha estimado a temporales de más de cuatro –STSJ/Burgos de 2.11.2004, RS 599/2004-, o cinco años –STSJ/Madrid de 30.4.2007, RS 5574/2006-. Yendo más allá, el principio de igualdad de los trabajadores temporales –introducido legalmente a través de la Ley 12/2001, de 9 de julio- debiera conducir a conceder la excedencia familiar a cualquier temporal al margen de la duración de su contrato –STSJ/Sevilla de 9.5.2003, RS 394/2003-.

⁶¹ La STCT de 16 de abril de 1985 razona que la norma “*consagra un derecho de ausencia al trabajo para atender a la manutención de un hijo menor de nueve meses, sin más referencia que la jornada normal que viniera observándose, y comoquiera que esta es, para las demandantes, de siete horas, sobre la misma hay que operar para aplicar la reducción legal, al margen de la que en la propia empresa se venga observando para otros grupos de trabajadores, pues, de un lado, no se trata de la jornada legal o reglamentaria, sino la que de hecho, por conformidad tácita de empresario y trabajador se viniera observando, y de otro lado, impuesto un tiempo de trabajo inferior al máximo preceptivo, no le es lícito a la empresa aplicar a esa diferencia de tiempo el que, por imperativo de una norma, tenga derecho a ausentarse del trabajo, haciendo ilusoria la razón de ser de aquella*”. Sobre esta cuestión, véase Henar Merino Senovilla, “El trabajo a tiempo parcial”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1994, página 324.

⁶² En este sentido, véanse María Pilar Rivas Vallejo, “La guarda legal de menores y disminuidos y su incidencia en la jornada de trabajo. El artículo 37.5 del ET”, Tribuna Social, número 59, 1995, página 36, y Paz Menéndez Sebastián, “Reducciones de jornada y ausencias por motivos familiares”, en la obra escrita con Ana Rosa Argüelles Blanco / Carolina Martínez Moreno, “Igualdad ...”, obra citada, páginas

VI. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DERECHOS DE CONCILIACIÓN.

Hasta la LOIEMH, la regulación estatutaria de la jornada de trabajo adolecía de llamamientos a la negociación colectiva en materias de conciliación y, más en general, de igualdad entre mujeres y hombres –salvo algunas puntuales excepciones, como el artículo 46.6 del ET, que se limita a reconocer la posibilidad de mejorar las excedencias en los convenios colectivos, algo factible aunque nada se dijera-. La LOIEMH ha mejorado esta situación, haciendo llamamientos generales a la negociación colectiva en materia de conciliación –artículo 37.8 del ET- y de igualdad entre mujeres y hombres –artículo 45 de la LOIEMH-, y un llamamiento más específico para acumular los permisos de lactancia –artículo 37.4 del ET-.

No obstante estos llamamientos a la negociación colectiva, la realidad negocial presenta algunas deficiencias⁶³: (1) Ausencia de una perspectiva general pro conciliación y corresponsabilidad en cuestiones de jornada, horario y, en general, tiempo de trabajo. (2) Mejoras interesantes –aunque a veces con técnicas poco flexibles- en regulación de permisos, reducción de jornada y excedencias familiares –por ejemplo, excluyendo a parientes afines-, si bien se mantienen a veces rasgos sexistas –regulando la acumulación de la lactancia o la excedencia pensando solo en trabajadoras-.

139 y 140. Aunque “*le restan dudas*” a Miquel Àngel Falguera Baró, “Filiación y familia. Sus efectos en el contrato de trabajo”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2004, página 64, quizás porque, si la jornada es pequeña, la reducción sea insuficiente para el cuidado del beneficiario. Sin embargo, menos es nada. Tras el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental, su regla de generalidad “*parece excluir cualquier veleidad de los tribunales hacia la denegación del derecho a la reducción de jornada en caso de que se trate de un empleo a tiempo parcial*”, como bien dice Jaime Cabeza Pereiro, “¿En qué ...”, obra citada.

⁶³ Que he tomado de Jaime Cabeza Pereiro, “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras”, dentro del estudio, que he dirigido, y en el que también participan Belén Fernández Docampo y Francisca Fernández Prol, “El principio de igualdad en la negociación colectiva”, CCNCC, Madrid, 2008, páginas 215 a 286 –conclusiones del estudio en páginas 284 a 284-.

(3) Escasez reguladora en convenios masculinizados. (4) Mejor regulación en convenios de sector estatal, estando en el otro extremo los provinciales.

Un panorama que no es negativo, pero sí que es mejorable. Aquí es donde tendrá su papel la LOIEMH. Como ha apuntado la mejor doctrina, en dos aspectos, uno, porque *“el nuevo apartado octavo del artículo 34 debe servir de orientación a las partes negociadoras sobre la trascendencia de todos los contenidos referidos en los artículos 34 y siguientes del ET para la atención de la familia y de otras ocupaciones personales”*, y otro, *“porque la mayoría de las posibilidades que abre están pendientes de ser asumidas por la negociación colectiva ... como el disfrute fraccionado de la excedencia por cuidado de hijos o familiares o la extensión de ciertos derechos de la maternidad a la paternidad”*⁶⁴.

VII. LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN.

Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral o se conceden cuando se necesitan o son mera entelequia teórica. Partiendo de esta premisa, la LCON introdujo una modalidad procesal especial, caracterizada por el objeto limitado y la urgencia de trámite procesal, dentro de la entonces vigente LPL⁶⁵, que, con alguna mejora sustancial, actualmente se regula en el artículo 139 de la vigente LJS. Su corta –pero intensa- evolución es demostrativa de la progresiva construcción de los derechos de conciliación como derechos fundamentales: sumariedad y

⁶⁴ Jaime Cabeza Pereiro, “Los derechos ...”, obra citada, páginas 284 a 286.

⁶⁵ Para la legalidad anterior a la LJS, mi estudio “La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares”, Actualidad Laboral, número 26, 2003. Con posterioridad, véase mi estudio “Vacaciones, materia electoral, clasificación profesional, impugnación de decisiones de flexibilidad interna y derechos de conciliación en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social”, Revista Técnico Laboral, número 129, volumen XXXIV, 2012, páginas 228 a 250.

urgencia; ampliación a todos los derechos de conciliación; imposición a la empresa de la carga de presentar contraofertas; indemnización adicional.

a) **Ámbito.**

Según la LCON, el ámbito de la modalidad procesal eran “*las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute*” de permisos de lactancia y reducciones de jornada. Por ello, se aplicaba cuando el litigio era sobre las condiciones de ejercicio, no sobre el alcance del derecho. La LOEIMH amplió el radio de acción del proceso especial a “*las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente*”. Incluía la norma a todos los derechos de conciliación, pero se continuaba limitando al “*ejercicio*”.

A primera vista, la LJS mantiene la situación cuando, en el encabezado de su artículo 139.1, se refiere a “*el procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*”. Sin embargo, su lectura completa nos permite comprobar que ahora se admite impugnar tanto “*(la) negativa (del empresario)*” como “*su disconformidad*” con la propuesta realizada por el trabajador. También es significativo que, al establecer la posibilidad de acumulación de la acción de daños y perjuicios, se los identifique como “*los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida*”. En suma, la negativa del derecho se reconduce ahora a la modalidad procesal especial.

Una cuestión sin resolver en la LJS es qué se entiende por derechos de conciliación. El permiso de lactancia, las reducciones de jornada y los derechos de progenitores en partos prematuros expresamente se incluyen – artículo 37.4 bis y 6 del ET-. También deben incluirse todos los que –

además de los anteriores- hemos calificado como derechos de conciliación. Donde surgen las dudas es en relación con derechos más vinculados a la maternidad –como la licencia de maternidad o las situaciones de riesgo- o donde la conciliación es más difusa –como una solicitud de movilidad geográfica-. Y, aunque una ampliación aparenta algo positivo, los excesos pueden conducir a difuminar conceptualmente los derechos de conciliación.

Quedan excluidas, en todo caso, del artículo 139 de la LJS: (1) las reclamaciones sobre reincorporación a la jornada ordinaria, debiendo prevalecer entonces el proceso ordinario o, en el caso de negativa frontal a la reincorporación del trabajador, el proceso de despido; y (2) cualquier litigio donde aparezcan implicados derechos de conciliación sin que se solicite su disfrute, como una reclamación salarial donde se discutan complementos impagados durante una reducción de jornada familiar, o un despido disciplinario por ausencias al trabajo donde se discuta si la misma se encuentra o no justificada por un derecho de conciliación, aplicándose en tales casos bien el proceso ordinario bien el específico de que se trate.

b) Partes.

Según literalmente se deduce de la letra a) del apartado 1 del artículo 139 de la LJS, el demandante es “*el trabajador*” y el demandado “*el empresario*”. No se contempla un litisconsorcio pasivo necesario del empresario con los otros trabajadores afectados en los supuestos de litigios sobre preferencias, a pesar de que la legislación sustantiva prevé la posibilidad de que el empresario limite el ejercicio simultáneo por dos o más trabajadores del derecho a la reducción de jornada o a la excedencia por un mismo sujeto causante –artículos 37.5 y 46.3 del ET-. Por ello,

deberíamos en este caso considerar la necesidad de demandar a los trabajadores afectados y la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario.

c) Plazo.

El trabajador dispondrá de un plazo de 20 días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social –artículo 139.1.a) de la LJS-. Se trata de un plazo de caducidad, lo cual conlleva computar solo días hábiles, siéndolo a efectos de este litigio los de agosto –artículo 43.4 de la LJS-. Aunque el transcurso del plazo imposibilita reclamar frente la discrepancia empresarial ante la concreta solicitud del trabajador, como los derechos de conciliación permanecen vigentes mientras haya necesidad de cuidados familiares, será posible volver a solicitar su reconocimiento mientras perdure dicha necesidad.

d) Procedimiento.

El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. Y, en consonancia con esa urgencia, el acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda – artículo 139.1.b) de la LJS-. Tal plazo choca con el de veintidós días que, en el artículo 82.5 de la LJS, se atribuye al Abogado del Estado –y a otros letrados de administraciones públicas- para consultar con la Dirección del Servicio Jurídico del Estado –u organismos semejantes de la administración correspondiente-. Ante la contradicción de esas normas, se ha considerado la prevalencia del plazo de cinco días por la perentoriedad de los derechos de conciliación y por ser especial –STS de 28.2.2011, RCU 297/2010-.

La urgencia del procedimiento asimismo justifica (1) la prohibición de acumulación a otras acciones en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvencción –artículo 27.4-, aunque en la demanda se podrá acumular la acción de daños y perjuicios causados al trabajador/a, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador/a –artículo 139.1.a)-, (2) la habilidad del mes de agosto –artículo 43.4-, y (3) la innecesariedad de agotar tanto la conciliación administrativa previa como la reclamación administrativa previa –artículos 64 y 70-.

Repárese en especial, a los efectos de verificar la construcción legal de los derechos de conciliación en parangón con las garantías de plena reparación características del proceso de tutela de derechos fundamentales, la acumulabilidad de la acción de daños y perjuicios –artículo 139.1.a) de la LJS-. Con ello se evita ad futurum una situación como la contemplada en la STEDH de 19.2.2013, Caso García Mateos vs España, que ha condenado a España por vulneración del derecho al proceso debido en relación con el principio de igualdad –artículos 6 y 14 del CEDH- con una indemnización de 16.000 euros a favor de una trabajadora que no encontró satisfecho su derecho a la reducción de jornada a través de una ejecución indemnizatoria.

e) Juicio.

El empresario y el trabajador deben llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia –artículo 139.1.a)-. Introduce la

norma otro paralelismo con el proceso de tutela de derechos fundamentales y, en concreto, con el mecanismo que rige en ese proceso de flexibilización de la carga de la prueba. Leída la norma bajo esa clave, al trabajador/a se le obliga a presentar una propuesta, que, si razonable, opera como indicio de legitimidad de su reclamación. Mientras el empresario debe presentar una alternativa cuya ausencia –operando como si fuera una ficta confessio– supone la ausencia de justificación objetiva de la decisión denegatoria y/o de su proporcionalidad. Por lo demás, la posibilidad de aportar el informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad, si está bien utilizada, permitirá al juez/a decidir con más conocimiento de causa.

f) Sentencia.

Las especialidades relativas a la sentencia no presentan excesiva dificultad interpretativa: *“la sentencia se dictará en el plazo de tres días”* y *“contra la misma no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia”* – artículo 139.1.b) de la LJS-. Hagamos dos precisiones. Aunque la acción indemnizatoria acumulada es la que abre la suplicación, lo lógico es que en esta se resuelva también sobre la acción principal. Y cabrá siempre suplicación cuando se acumulen pretensiones de derechos fundamentales.

Nada dice la norma sobre el contenido de la sentencia. Pero aparenta evidente que, cuando la sentencia sea estimatoria total o parcialmente de la pretensión del trabajador/a, se le declarará autorizado al disfrute del derecho en los términos solicitados, obligando a la empresa a estar y a pasar por esa autorización judicial. De este modo, la sentencia ostenta, más

allá de una eficacia meramente declarativa, una eficacia constitutiva sobre la relación laboral. O sea, el trabajador/a, al disponer de una resolución judicial que autoriza el disfrute del derecho, lo podrá comenzar a disfrutar inmediatamente sin esperar a que la empresa se lo autorice, sin que se lo pueda prohibir o limitar, y sin incurrir en un incumplimiento contractual.

VIII. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN PROGRESIVA EXPANSIÓN.

Los derechos de conciliación se han construido en el contexto de la relación laboral por cuenta ajena, dirigidos a acomodar la jornada de trabajo y pensando en las cargas familiares más típicas. Toda nuestra exposición ha girado en torno a ellos. Ahora bien, los derechos de conciliación ostentan un carácter expansivo –algo habitual, dicho sea de paso, en el ámbito de los derechos fundamentales- que se ha proyectado en tres aspectos específicos: los titulares, las causas y los ámbitos. Damos a continuación cuenta del fenómeno sin poder entrar en un análisis de estos nuevos aspectos, y menos aún, dado el estado de la cuestión, intentar una teorización general de todos los derechos y/o aspectos de la conciliación.

a) Expansión subjetiva.

La Ley 3/1989, de 3 de marzo, y, sobre todo, la LCON y la LOIEMH han creado y desarrollados derechos de conciliación en las leyes generales sobre la Función Pública⁶⁶. Pero algunos cuerpos funcionariales se

⁶⁶ La Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, reconoce, entre los derechos de de los/as empleados/as públicos en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio, el derecho “a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral” –artículo 14.j)-. La bibliografía sobre este colectivo es bastante abundante. Además de los comentarios oportunos dentro de los comentarios generales al EBEP, me permito específicamente

resistían. Venciendo esas resistencias, la LOIEMH ha extendido los derechos de conciliación a la Carrera Judicial, las Fuerzas Armadas, el Personal Estatutario y la Guardia Civil –disposiciones adicionales 3ª, 20ª, 22ª y 24ª-⁶⁷. Por su lado, La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, reconoce, entre los derechos de los trabajadores/as autónomos en el ejercicio de su actividad profesional, la conciliación de su actividad profesional con su vida personal y familiar –ex artículo 4.3.g)⁶⁸-.

Tales ampliaciones subjetivas obligan a adaptar los derechos de conciliación creados y desarrollados en el ámbito de la prestación de trabajo dependiente a las peculiaridades de cada uno de esos ámbitos subjetivos –la garantía de prestación del servicio público en el caso del funcionariado, especialmente exigente en algunos cuerpos, o, en su caso, las peculiaridades propias del autoempleo-. En todo caso, conducen a cuestionar la propia denominación de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras. Parece más

destacar Pilar Núñez-Cortes Contreras / María Teresa Velasco Portero / Amparo Garrigues Jiménez, “Igualdad ...”, obra citada, y Carlos Luis Alfonso Mellado, “Igualdad entre mujeres y hombres en la Función Pública”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008, y “Conciliación de la vida familiar y laboral en el empleo público después del Estatuto Básico”, en “Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar (hacia un respeto igualitario de las reformas parentales)”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.

⁶⁷ La bibliografía sobre estos colectivos es bastante escasa. Para las Fuerzas Armadas véase –mantiene su interés actual aunque sea anterior a la LOIEMH- el libro de María José Lopera Castillejo “La mujer militar: sus derechos y prestaciones sociales”, Editorial Civitas, Madrid, 2002. Más actual es el estudio coordinado por Espuny i Tomás, María Jesús / Cañabate Pérez, Josep / García González, Guillermo / Paz Torres, Olga, “La integración de la mujer en las Fuerzas Armadas: Reflexiones históricas y realidades jurídicas para un debate necesario”, Editorial Bosch, Madrid, 2010. Para la Carrera Judicial, véase mi propio estudio “La maternidad y la conciliación en la ley de igualdad, y en especial su regulación para la Carrera Judicial”, en “Políticas de género”, Cuadernos de Derecho Judicial, tomo V, CGPJ, Madrid, 2007.

⁶⁸ Tampoco es muy abundante la bibliografía sobre la conciliación en el trabajo autónomo. Y la que hay destaca la ausencia de una política específicamente diseñada, de ahí las deficiencias en orden a las ayudas para la contratación de sustitutos o en las bonificaciones en las cotizaciones, así como la ausencia de un permiso de lactancia. Véanse los estudios de Purificación Morgado Panadero, “Hacia un derecho de ciudadanía sin límites para el trabajador autónomo: el reconocimiento de su vida personal, familiar y profesional”, en el libro colectivo que ella misma coordina “Trabajo autónomo e igualdad: Reflexiones desde el Derecho del Trabajo”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, de Sonia Martín López, “El reto de la igualdad de género y la conciliación laboral: la mujer trabajadora por cuenta propia”, Documentación Laboral, número 91, 2011, y de María José Cervilla Garzón, “Análisis crítico de la extensión de las políticas de igualdad hacia el ámbito del autoempleo”, Revista de Derecho Social, número 59, 2012.

correcto hablar, a lo menos al aludir a esos ámbitos subjetivos, de derechos de la vida personal, familiar y profesional de las personas trabajadoras.

b) Expansión causal.

La perspectiva más tradicional de los derechos de conciliación los vinculaba exclusivamente con el cuidado de hijos/as y, desde la Ley 3/1989, de 3 de marzo, con el cuidado de familiares. Más allá ha ido la LOIEMH, que incluye la vida personal como causa de derechos de conciliación. Aquí está la explicación de la reforma que la LOIEMH ha acometido en la regulación de la excedencia voluntaria del artículo 46.2 del ET. Se ha reducido de un año a cuatro meses el umbral mínimo de disfrute de esa excedencia, manteniendo el umbral máximo en cinco años, con lo cual se ha conseguido *“una normativa de flexibilidad interna más compatible con los intereses particulares de las personas trabajadoras”*⁶⁹.

c) Expansión objetiva.

El otro aspecto donde se aprecia el carácter expansivo de los derechos de conciliación ha sido en los ámbitos donde la conciliación opera. Como ha destacado nuestra mejor doctrina, la conciliación ofrece una *“cierta complejidad temática”*⁷⁰. Una complejidad temática que se proyecta sobre todas las condiciones de trabajo, de modo que, mientras los derechos más tradicionales de conciliación se refieren a aspectos relativos a la jornada de trabajo, comiencen a detectarse otros aspectos con incidencia

⁶⁹ Utilizando las palabras de Jaime Cabeza Pereiro, en la obra colectiva que coordiné y en la que también han colaborado María Elósegui Itxaso y Teresa Pérez del Río, “Ley ...”, obra citada, páginas 130 y 131.

⁷⁰ Utilizando las palabras de Jaime Cabeza Pereiro, “La conciliación ...”, obra citada, página 21.

en la vida personal y familiar. Buen ejemplo son las consecuencias de la movilidad geográfica, donde la Reforma 2012 ha introducido una norma conciliadora dejada –aquí está el lado crítico- a la voluntad de las partes⁷¹.

Una complejidad temática que también se proyecta más allá de las condiciones de trabajo, abarcando aspectos como las políticas dirigidas al establecimiento de servicios públicos y privados de atención a la infancia y a las personas dependientes, las políticas de reconocimiento de derechos a las personas cuidadoras no profesionales⁷², las políticas de empleo⁷³, o las políticas de integración de personas inmigrantes⁷⁴. Otro aspecto relevante con incidencia sobre la conciliación de la vida personal, familiar y laboral son las denominadas políticas públicas de tiempo instrumentadas en planes municipales de organización del tiempo de la ciudad –que analizamos como una medida de igualdad de oportunidades en el Capítulo Quinto-.

No resulta así extraño, a la vista de toda esa complejidad temática, que el Convenio número 156 de la OIT (1981) sobre trabajadores con responsabilidades familiares, establezca diversas normas más allá de las

⁷¹ El nuevo artículo 40.5 del ET –introducido a través del Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y de la Ley 3/2012, de 6 de julio, del mismo título-, establece, dentro de la regulación de la movilidad geográfica, que “*mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de ... trabajadores con cargas familiares*”. Con anterioridad a la Reforma Laboral de 2012, critique la ausencia de auténticos derechos de conciliación en el ámbito de la movilidad geográfica, en “Movilidad geográfica y conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, Aranzadi Social, número 5, 2011.

⁷² Véase el estudio de Cristina Sánchez-Rodas Navarro “La excedencia por cuidados de familiares. El régimen jurídico de los cuidadores no profesionales”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

⁷³ Una buena regulación normativa de la conciliación y una mayor concienciación de la sociedad en los problemas de la conciliación es un factor de fomento del empleo femenino. Véase el estudio de Emma Rodríguez Rodríguez, “La relación entre las medidas de conciliación y el empleo”, en el libro colectivo dirigido por Jaime Cabeza Pereiro y Belén Fernández Docampo, “Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, páginas 271 a 293.

⁷⁴ Por ejemplo, facilitando la acumulación de vacaciones, permisos y licencias para facilitar el desplazamiento de las personas inmigrantes a sus lugares de origen, la celebración de las fiestas de las comunidades inmigrantes, o los desplazamientos por motivos familiares urgentes. Véanse ejemplos de estas y otras buenas prácticas negociales en el estudio de Ferrán Camas Roda, “La conciliación de la vida personal y laboral como factor de integración en el trabajo de los inmigrantes”, en el libro colectivo dirigido por Jaime Cabeza Pereiro y Belén Fernández Docampo, “Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, páginas 295 ss.

condiciones de trabajo, y, en concreto, establezca, en su artículo 5, que *“deberán adoptarse además todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para: a) tener en cuenta las necesidades de los trabajadores con responsabilidades familiares en la planificación de las comunidades locales o regionales; b) desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar”*.

PARTE TERCERA

LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA ACTIVIDAD JURÍDICA

CAPÍTULO NOVENO

TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO, POLÍTICAS PÚBLICAS Y RELACIONES LABORALES

SUMARIO: I. LOS CRITERIOS GENERALES DE ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS. II. LENGUAJE NO SEXISTA. III. LAS ESTRATEGIAS DE TRANSVERSALIDAD: a) Las estadísticas desagregadas. b) Planes de igualdad. c) Nombramientos equilibrados. d) El informe de evaluación del impacto de género. e) El seguimiento de las políticas de igualdad. f) La colaboración entre las Administraciones Públicas. IV. LA ORGANIZACIÓN DE LA IGUALDAD. V. LOS INSTRUMENTOS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FOMENTO APLICADOS A LA IGUALDAD, EN ESPECIAL EN EL ÁMBITO LABORAL: a) Cláusulas de igualdad en la contratación administrativa. b) Subvenciones públicas. c) Publicidad institucional. d) Distintivo empresarial en materia de igualdad. VI. LOS INSTRUMENTOS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE POLICÍA APLICADOS A LA IGUALDAD, EN ESPECIAL EN EL ÁMBITO LABORAL: a) La discriminación sexista como infracción administrativa del orden social. b) Las sanciones accesorias y su posibilidad de conmutación. c) La introducción de un proceso laboral de oficio relativo a la actuación inspectora de la igualdad. VII. LA FORMACIÓN DE LAS PERSONAS PRESTADORAS DEL SERVICIO PÚBLICO.

I. LOS CRITERIOS GENERALES DE ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS.

Dentro del Título II de la LOIEMH, rubricado “*políticas públicas para la igualdad*”, y de su Capítulo I, rubricado “*principios generales*”, el artículo 15 de la LOIEMH –auténtico centro neurálgico del Título II y de la totalidad de la LOIEMH¹– establece que “*el principio de transversalidad*

¹ Que el principio de transversalidad reconocido en el artículo 15 de la LOIEMH es el centro neurálgico de la totalidad de la LOIEMH es algo que se deriva implícitamente tanto de su parte expositiva como de su parte articulada –nos remitimos a lo expuesto en el Capítulo Segundo-, y que, si ello no fuera suficiente, se afirma explícitamente en su Exposición de Motivos cuando se considera “*la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto*”, conectando además la LOIEMH con las tendencias del moderno derecho antidiscriminatorio –que hemos examinado en el Capítulo Primero-. Lo cual nos lleva a ratificar que el artículo 15 de la LOIEMH –y el artículo 14 como su lógico corolario– es el centro neurálgico desde el

de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos”, agregando que “las Administraciones Públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades”.

La concreción de la transversalidad reconocida en el artículo 15 se acomete –aunque se haya colocado numéricamente antes²- con la enumeración, en el artículo 14, de los “*criterios generales de actuación de los Poderes Públicos*”, que son un compendio del principio de igualdad enriquecido con la perspectiva de género. Conviene destacar, antes de nada, que la expresión “*todos los Poderes Públicos*” contenida en el artículo 15, y la indiscriminada referencia a los “*Poderes Públicos*” en el artículo 14, permite incluir tanto a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial –sin perjuicio de reconocer la especial incidencia de la transversalidad sobre el Ejecutivo-³, como a las distintas categorías de Administraciones Públicas⁴.

cual se conectan, como si fueran sus ramificaciones nerviosas, todos los demás aspectos de la LOIEMH, operando como bisagra entre los conceptos generales del Título I y sus aplicaciones en los demás Títulos.

² Se trata de un claro defecto de colocación legal –el artículo 15 debería ser el 14 y el artículo 14 debería ser el 15- que se aparece como más evidente si leemos la Exposición de Motivos de la LOIEMH, donde se afirma que “*la ordenación general de las políticas públicas, bajo la óptica del principio de igualdad y la perspectiva de género, se plasma en el establecimiento de criterios de actuación de todos los Poderes Públicos en los que se integra activamente, de un modo expreso y operativo, dicho principio*”. Por lo tanto, el prius es el principio de transversalidad de la dimensión de la igualdad y el posterius son los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos. Tal orden lógico se encuentra mejor plasmado en la Ley Gallega 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres, en cuyo artículo 6 –que ha inspirado la estructura de los artículos 14 y 15 de la LOIEMH- se recoge, en su apartado 1, el principio de transversalidad y, en el 2, los consecuentes criterios generales de actuación del Poder Público Gallego.

³ El principio de transversalidad de la igualdad –refiriéndonos en concreto a la de oportunidades porque la de trato vincula a todos ellos por igual- no vincula igualmente a los Poderes Públicos. La vinculación de la actividad normativa del Legislativo –dada su soberanía- solo se deriva de los contenidos constitucionales de la igualdad de los sexos, que son más estrictos en el ámbito de la igualdad de trato –artículo 14 de la CE- y más amplios en el ámbito de la igualdad de oportunidades –artículo 9.2 de la CE-. La vinculación de la actividad jurisdiccional del Judicial –dada su independencia- se produce –sin atender a criterios políticos- en cuanto se somete a la ley y la ley obliga a integrar la igualdad de trato y de oportunidades en la aplicación de las normas –artículo 4 de la LOIEMH-. Con quien la vinculación a la promoción de la igualdad de oportunidades es más intensa es con el Ejecutivo –de ahí que las Administraciones Públicas aparezcan en el segundo inciso del artículo 15 y en varios criterios del 14-.

Se pueden clasificar esos criterios en funcionales –orientan la actividad de los Poderes Públicos- y orgánicos –orientan la organización de los Poderes Públicos-. De entre los funcionales hay dos generales sobre efectividad del derecho a la igualdad⁵, e igualdad económica, laboral, social, cultural y artística⁶, y varios específicos sobre participación equilibrada⁷, violencia de género⁸, situaciones de vulnerabilidad⁹,

⁴ Constituida España en un Estado Autonómico, y existiendo otras Administraciones Públicas diferentes a la Administración General del Estado, es conveniente precisar que el principio de transversalidad que se reconoce en los artículos 14 y 15 y se desarrolla genéricamente en el Capítulo I del Título II de la LOIEMH, se aplica a la totalidad de las Administraciones Públicas –la General del Estado, las de las Comunidades Autónomas, las Locales y las Institucionales-. Ya la Exposición de Motivos, III, de la LOIEMH afirma con énfasis que *“la Ley se refiere a la generalidad de las políticas públicas en España, tanto estatales como autonómicas y locales”*. De ahí que la disposición Final 1ª de la LOIEMH establezca que *“los preceptos contenidos en el ... Capítulo I del Título II ... constituyen regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, de acuerdo con el artículo 148.1.1º de la Constitución”*.

⁵ El apartado 1º se refiere a *“el compromiso con la efectividad del derecho constitucional de igualdad entre mujeres y hombres”*. No se trata de una mera formulación retórica de la vinculación de los Poderes Públicos al principio constitucional de igualdad –artículos 9.2 y 14 de la CE-, sino de una obligación de los Poderes Públicos de superar aquellos puntos débiles de la aplicación del principio de igualdad que se erige en un criterio general de actuación de los Poderes Públicos –en el primero de tales criterios- en consonancia con la clara preferencia del moderno derecho antidiscriminatorio por la igualdad material. Tal compromiso de efectividad se proyecta sobre la totalidad de los contenidos del derecho a la igualdad –prohibición de discriminación, acciones positivas, medidas de igualdad de oportunidades, democracia paritaria, derecho a no sufrir violencia de género, derechos de maternidad, derechos de conciliación ...-, es decir sobre la totalidad de los contenidos analizados en la Parte Primera –Capítulos Tercero a Octavo-.

⁶ El apartado 2º se refiere a *“la integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística, con el fin de evitar la segregación laboral y eliminar las diferencias retributivas, así como potenciar el crecimiento del empresariado femenino en todos los ámbitos que abarque el conjunto de políticas y el valor del trabajo de las mujeres, incluido el doméstico”*. Con la contemplación de los derechos económicos, sociales y culturales –derechos humanos de segunda generación-, y con la especificación del ámbito del trabajo –autónomo, dependiente y doméstico-, este criterio supone un reconocimiento de las medidas de igualdad de oportunidades –que analizamos en el Capítulo Quinto- en orden a la mayor efectividad de la igualdad.

⁷ El apartado 4º se refiere a *“la participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones”*. Aunque, como orienta la organización de los Poderes Públicos, lo habíamos calificado entre los criterios orgánicos en *“El principio de transversalidad de la dimensión de género”*, MTAS, Madrid, 2007, páginas 102 a 107, lo hemos calificado entre los criterios funcionales porque, como asimismo presupone la existencia de derechos subjetivos e intereses legítimos de la ciudadanía que en su actuación deben respetar los Poderes Públicos, entendemos ahora que ese aspecto resulta prevalente sobre el meramente organizativo. Su análisis más detallado lo acometemos en el Capítulo Quinto, sin perjuicio del abordaje de determinadas concreciones del criterio dentro de este mismo Capítulo Noveno –vg. los nombramientos equilibrados- y en el siguiente Capítulo Décimo –vg. la participación equilibrada de las mujeres en los consejos de administración de sociedades mercantiles-.

⁸ El apartado 5º se refiere a *“la adopción de las medidas necesarias para la erradicación de la violencia de género, la violencia familiar y todas las formas de acoso sexual y acoso por razón de sexo”*. Se ha analizado el derecho a no sufrir acoso sexual y sexista en el Capítulo Sexto. La erradicación de otras formas de violencia de género –en especial la violencia de género en la pareja, cuya regulación específica se acomete en la LOPIVG- ha quedado fuera de la LOIEMH –y, por ello, también de nuestro estudio-.

maternidad¹⁰, conciliación¹¹, igualdad entre particulares¹², y lenguaje no sexista¹³. Los orgánicos se refieren a la colaboración administrativa¹⁴ y con la sociedad civil¹⁵. Concluye la norma con una mal colocada –porque no es un auténtico criterio- referencia a la cooperación española al desarrollo¹⁶.

¿Nos encontramos ante una enumeración exhaustiva? El principio de igualdad ha conocido una importante evolución hacia la igualdad de oportunidades e incorporando la dimensión de género, y sería ilusorio –incluso pretencioso- pensar que la evolución ha rematado. La consecución

⁹ El apartado 6º se refiere a “*la consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los Poderes Públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva*”. La situación de especial vulnerabilidad es un fenómeno asociado a la discriminación múltiple –analizada en el Capítulo Cuarto-.

¹⁰ El apartado 7º se refiere a “*la protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia*”. Véase al efecto el Capítulo Séptimo.

¹¹ El apartado 8º se refiere a “*el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia*”. La remisión la debemos hacer al Capítulo Octavo.

¹² El apartado 10º se refiere a “*el fomento de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones entre particulares*”. Se trata de una especificación del compromiso de efectividad de la igualdad contenido en el apartado 1º del artículo 14 de la LOIEMH, y que se manifiesta de manera paradigmática en el ámbito de las relaciones laborales –véase al efecto el Capítulo Décimo-.

¹³ El apartado 11º se refiere a “*la implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas*”. De todos los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos enumerados en el artículo 14 de la LOIEMH, este es el único que no se proyecta sobre otros artículos de la LOIEMH –lo analizaremos en este Capítulo Noveno-.

¹⁴ El apartado 3º se refiere a “*la colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones Públicas en la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades*”. Con ello se está afirmando –y se trata de una afirmación correcta- que una organización administrativa respetuosa con la dimensión de género obliga a la colaboración administrativa –véase lo que dirá en este Capítulo Noveno-.

¹⁵ El apartado 9º se refiere a “*el fomento de instrumentos de colaboración entre las distintas Administraciones Públicas y los agentes sociales, las asociaciones de mujeres y otras entidades privadas*”. Con ello se está afirmando –y se trata de una afirmación correcta- que una organización administrativa respetuosa con la dimensión de género obliga a la participación de la sociedad –véase lo que se dirá en este Capítulo Noveno-. Lo llamativo es que, conteniendo el apartado 3º y el apartado 9º criterios complementarios dirigidos a la organización administrativa, no se enumeren consecutivamente.

¹⁶ El apartado 12º establece que “*todos los puntos considerados en este artículo se promoverán e integrarán de igual manera en la política española de cooperación internacional para el desarrollo*”. Por lo tanto, no se trata de un criterio sino de un ámbito en el cual se aplicarán los criterios establecidos en el artículo 14 de la LOIEMH, como lo ratifica la circunstancia de que existe una norma expresa destinada a aplicar la igualdad en la política española de cooperación para el desarrollo: el artículo 32.

de la igualdad es una lucha constante y, a causa de esa constancia, resulta difícil imaginar que no surjan nuevas elaboraciones –es el fenómeno denominado fuerza expansiva de la tutela de la igualdad de los sexos-. Al respecto, la generalidad de algunos criterios –como el 1º y el 2º del artículo 14-, y de la propia transversalidad –artículo 15-, supone admitir el sentido evolutivo de la igualdad permitiendo así acoger esas futuras elaboraciones.

Todos los criterios generales de actuación operan a través de determinadas estrategias y generan contenidos propios en cada ámbito concreto de aplicación, de ahí que el Título II de la LOIEMH, “*políticas públicas para la igualdad*”, se subdivide en un Capítulo I, “*principios generales*”, donde se regulan todas las estrategias¹⁷, y en un Capítulo II, “*acción administrativa para la igualdad*”, donde se regulan muchos – aunque no todos- los contenidos¹⁸. No analizaremos los contenidos –pues exceden del objeto de nuestro estudio-, pero sí las estrategias –pues son esenciales para entender el concepto de transversalidad- dirigidas al Poder Ejecutivo y a los actos gubernativos de los Poderes Legislativo y Judicial¹⁹.

¹⁷ El Capítulo I del Título II de la LOIEMH detalla –en lo que podríamos calificar como una Parte General- las estrategias de integración de la igualdad en las políticas públicas: nombramientos equilibrados –artículo 16-, planes de igualdad –artículo 17-, informes de seguimiento –artículo 18-, informes de evaluación del impacto de género –artículo 19-, estadísticas desagregadas –artículo 20-, colaboración administrativa –artículo 21-, y la planificación equitativa de los tiempos –artículo 22-.

¹⁸ El Capítulo II del Título II de la LOIEMH detalla –en lo que podríamos calificar como una Parte Especial- el resultado de aplicar las estrategias en los ámbitos de las políticas públicas generando contenidos propios de la igualdad en cada uno de esos ámbitos: educación –artículos 23 a 25-, creación y producción artística e intelectual –artículo 26-, salud –artículo 27-, sociedad de la información –artículo 28-, deportes –artículo 29-, desarrollo rural –artículo 30-, urbanismo –artículo 31-, y política española de cooperación al desarrollo –artículo 32-. A ellos le debemos añadir otros ámbitos de las políticas públicas –ya fuera del Título II- como la igualdad en los medios de comunicación –artículos 36 a 41-, la empleabilidad de las mujeres –artículo 42-, o el empleo público –artículos 51 a 68-, hasta –dada la universalidad de la igualdad- cualquier ámbito jurídico donde ejerzan su actividad los Poderes Públicos.

¹⁹ Las estrategias de transversalidad del Capítulo II del Título II de la LOIEMH no se dirigen a la actividad normativa del Poder Legislativo porque este –dada su soberanía- no está sometido a exigencias derivadas de leyes previas que puede derogar. Y no se dirigen a la actividad jurisdiccional del Poder Judicial porque este –dada su independencia- no se somete a criterios políticos –y las estrategias de transversalidad son un conjunto de reglas de actuación pensadas para las políticas públicas de igualdad-. Para garantizar la tutela judicial de la igualdad se regulan las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva –destinadas a flexibilizar las rigideces procesales- cuyo análisis se acometerá en los últimos Capítulos –el Décimo Primero y el Décimo Segundo- en consonancia con la consideración de la tutela judicial efectiva como la garantía última de los derechos de la ciudadanía y con el carácter revisor de la Jurisdicción respecto al Poder Ejecutivo y a las actuaciones gubernativas de los demás Poderes Públicos.

II. LENGUAJE NO SEXISTA.

De todos los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos enumerados en el artículo 14 de la LOIEMH, el contemplado en su apartado 11º, que se refiere a *“la implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas”*, es el único que no se proyecta sobre otros artículos de la LOIEMH –es decir no hay otras normas donde se desarrolle este criterio general de actuación-, lo cual –unido a la circunstancia de que, aunque es un criterio referido a una cuestión específica como es el lenguaje, presenta un importante aspecto de generalidad al ser el lenguaje medio de transmisión de ideas- justifica su análisis en este momento inicial.

Tal ausencia de proyección del lenguaje no sexista en otros artículos de la LOIEMH no se debe interpretar como desinterés en la cuestión –algo impensable considerando la existencia de medidas sobre lenguaje no sexista en la práctica totalidad de las leyes de igualdad autonómicas²⁰-, sino como polivalencia de un criterio²¹ que puede operar tanto para dar

²⁰ Véase artículo 1.2.b) y c) de la Ley Navarra 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, artículo 9.11 de la Ley Castellano Leonesa 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, artículo 48 de la Ley Valenciana 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, artículos 17 y 18 de la Ley Gallega 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres, artículo 18.4 de la Ley Vasca 4/2005, de 18 de febrero, de igualdad de mujeres y hombres, artículo 11.3 de la Ley Balear 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer, artículo 4.10 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, de promoción de la igualdad de género en Andalucía, artículo 4.10 de la Ley Canaria 1/2010, de 26 febrero, de normas de igualdad entre mujeres y hombres, artículo 4.5 de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla La Mancha, artículo 5 de la Ley del Principado de Asturias 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género, y artículo 27 de la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura.

²¹ Tal polivalencia del criterio de erradicación del lenguaje sexista se aprecia en la Recomendación CM/Rec (2007) 17E, de 21.11.2007, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre normas y mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres, cuando, en su epígrafe 16, afirma que *“el lenguaje desempeña una función básica en la identidad social del individuo e interactúa con las actitudes sociales y la cultura – la utilización de un lenguaje que refleje y trate con el mismo valor y la misma dignidad la presencia, la situación y el papel de las mujeres y hombres en la sociedad es simultáneamente un aspecto esencial de la igualdad entre mujeres y hombres y un medio de conseguir una igualdad material”*.

contenido a la prohibición de discriminación sexista –porque el lenguaje sexista es una discriminación sexista²²-, como para facilitar –con una funcionalidad similar a una estrategia o a un instrumento- la integración de la igualdad en las políticas públicas –con la consiguiente exigencia de una erradicación total del sexismo en el lenguaje oficial y el técnico jurídico²³-.

Al margen de la cuestión –más propia de la lingüística- de detectar el sexismo y de aportar soluciones²⁴, el alcance jurídico de la erradicación del lenguaje sexista se encuentra en los textos internacionales. Quizás el más conocido –tanto por su especificidad como por su temprana fecha- es la Recomendación R (90) 4E, de 21.2.1990, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la eliminación del sexismo en el lenguaje²⁵. Más moderna –y más detallada-, la Recomendación CM/Rec (2007) 17E, de

²² María Ángeles Barrère Unzueta condensa esta perspectiva del lenguaje no sexista como discriminación legalmente prohibida en una afirmación que formula como *“la discriminación sexista es también cuestión de palabras, y como tal debe ser jurídicamente contemplada”*, en “Lenguaje sexista y discriminación: la legislación para un uso no sexista del lenguaje a la luz del derecho antidiscriminatorio”, en el Curso de Formación Judicial Continua “Lenguaje jurídico y género”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2011, disponible el estudio en los Cuadernos Digitales de Formación de la Base de Datos del CENDOJ.

²³ María Luisa Balaguer Callejón concluye, en esa línea, que *“es exigencia de una técnica jurídica adecuada el establecimiento de un lenguaje comprensivo de la mujer y el hombre, que recoja la realidad de las personas que se dedican a la actividad pública, así como que se designe a las mujeres como sujetos de derechos y obligaciones jurídicas”*, y que *“tal construcción presenta importantes dificultades que deben solventarse científicamente, pero que no deben ser obstructivas del desarrollo adecuado del lenguaje”*, lo cual le lleva a reclamar, *“coincidente con la necesidad de sistematizar y legislar sobre una técnica legislativa correcta ... una ley de técnica legislativa que, desde el Estado (al amparo de la competencia del artículo 149.1.1º de la CE), establezca las bases mínimas para la producción normativa, sin duda contribuirá a avanzar en el lenguaje igualitario”*, “Género y Lenguaje: presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario”, Revista de Derecho Político / UNED, número 73, 2008, páginas 96 y 97.

²⁴ Tal labor de la lingüística de detectar el sexismo y de aportar soluciones se ha plasmado en numerosas guías sobre lenguaje no sexista. Las más conocidas son probablemente las de Eugènia Lledó Cunill para el Instituto de la Mujer, “Nombra. En femenino y en masculino. La representación del femenino y el masculino en el lenguaje”, con Carmen Alario, Mercedes Bengoechea y Ana Vargas, Madrid, 1995, y “Hablamos de leyes”, con Charo Guerrero, Madrid, 2008, y las sectoriales realizadas para el Emakunde, “Guía de lenguaje para el ámbito educativo”, Vitoria, 2008, “Guía del lenguaje para el ámbito del deporte”, Vitoria, 2009, “Guía del lenguaje para el ámbito de la salud”, Vitoria, 2009, “Guía del lenguaje para el ámbito de la cultura”, Vitoria, 2010, “Guía de lenguaje para el ámbito de la empresa y el empleo”, Vitoria, 2011. Todas ellas se pueden descargar en la página web de la autora www.mujerpalabra.net.

²⁵ En la misma se recomienda *“(1) promover la utilización, en la medida de lo posible, de un lenguaje no sexista que tenga en cuenta la presencia, la situación y el papel de la mujer en la sociedad, tal como ocurre con el hombre en la práctica lingüística actual; (2) hacer que la terminología empleada en los textos jurídicos, la administración pública y la educación esté en armonía con el principio de igualdad de sexos; y (3) fomentar la utilización de un lenguaje libre de sexismo en los medios de comunicación”*.

21.11.2007, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre normas y mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres, establece un objetivo general²⁶ y las medidas concretas para eliminar el sexismo en el lenguaje²⁷.

Pero a pesar de todo lo anterior, el lenguaje sexista está lejos de ser erradicado, no ya en la sociedad o tan siquiera en la práctica administrativa, incluso en la legislación son abundantes los ejemplos de lenguaje sexista tanto por el uso generalizado del masculino genérico en todas las normas jurídicas²⁸ como –y esto es más grave- por el uso de expresiones donde se transmite la inferioridad de las mujeres o de los valores femeninos, como ocurre en la propia Constitución –donde se distingue entre “*la Reina consorte*” y “*el consorte de la Reina*”, artículo 58-²⁹, o el Código Civil –

²⁶ Al afirmar que “*las acciones de los Estados miembros deben tener como objetivo el fomento de la utilización de un lenguaje no sexista en todos los sectores, en particular, en el sector público, así como en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza y los medios de comunicación*” –epígrafe 17-.

²⁷ Tales medidas concretas son “*principalmente (las) siguientes: (i) adopción / existencia e implementación de normas que impongan al sector público la obligación de utilizar un lenguaje no sexista en los documentos oficiales, en particular, en los textos jurídicos, los documentos públicos, los programas, los formularios y los cuestionarios; (ii) existencia de un mandato claro dado a las instituciones dedicadas a la igualdad entre mujeres y hombres y a otras instituciones pertinentes para controlar la implementación del principio de utilización de un lenguaje no sexista; (iii) existencia / promoción de la investigación sobre cuestiones de género en el lenguaje utilizado, en particular, en la enseñanza y en el sector de la información, incluidos los medios de comunicación; y (iv) existencia de iniciativas que fomenten la eliminación de expresiones discriminatorias entre mujeres y hombres en función de su apariencia física o cualidades y funciones de género atribuidas a su sexo*” –epígrafe 18-.

²⁸ Hoy día el uso legal del masculino se entiende siempre como masculino genérico, inclusive de las mujeres, a diferencia de lo ocurrido históricamente en donde el uso legal del masculino se entendía como masculino propio, de ahí la privación a las mujeres de los derechos reconocidos en los textos legales a los hombres. El caso más conocido es el de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Y a lo largo del Siglo XIX y XX se utilizó ese argumento de entender el uso legal del masculino como excluyente de las mujeres para rechazar las demandas de sufragio femenino. De ahí el empeño de Eleanor Roosevelt y Hansa Mehta –que representaban a los Estados Unidos de América y a la India en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de la que la primera era Presidenta- en cambiar el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en el proyecto decía “*todos los hombres nacen iguales*”, para que pasara a decir “*todos los seres humanos nacen libres e iguales*”.

²⁹ Tal diferencia de tratamiento –ciertamente testimonial, pero sin duda significativa- obedece a una concepción de inferioridad social de la mujer porque atribuir al consorte de la Reina el título de Rey eclipsaría el papel de la Reina, mientras la consorte del Rey puede ser Reina sin eclipsar el papel del Rey. Muy oportunamente ha visibilizado este componente sexista subyacente Asunción Ventura Franch, “Las mujeres y la Constitución Española de 1978”, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, páginas 136 y 137.

donde la potestad sobre los hijos se denomina patria potestad, artículo 154, o el módulo de la diligencia es el buen padre de familia, artículo 1.104³⁰-.

Situándonos en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el masculino genérico está tan generalizado que aparece en la propia titulación de normas tan centrales de este sector del ordenamiento jurídico como el Estatuto de los Trabajadores o el Estatuto Básico del Empleado Público –a pesar de haberse aprobado esta norma a través de la Ley 7/2007, de 12 de abril, es decir coetáneamente con la propia LOIEMH-. Ciertamente, el uso legal del masculino no se puede entender actualmente como excluyente de las mujeres, lo cual quita algo de hierro a la cuestión –de hecho, la propia LOIEMH mantiene el uso del masculino genérico en las reformas que acomete en el ET, en la LPRL, en la LPL o en la LISOS-.

Más dificultades pueden aparecer en la negociación colectiva. No tanto en los convenios colectivos de sector a nivel estatal o autonómico, y de grandes empresas, que son cada vez más respetuosos con el lenguaje no sexista, bien evitándolo en la medida de lo posible, o bien estableciendo las llamadas “*cláusulas de género neutro*”³¹. Sin embargo, no faltan algunos convenios en esos niveles negociales, y más aún en niveles negociales

³⁰ María del Carmen Gete-Alonso y Calera, además de estos dos ejemplos de sexismo lingüístico, trae a colación la expresión la “*voluntad del hombre*” del artículo 658 del CC, la referencia a las “*doncellas pobres*” del artículo 788 del CC y las precauciones cuando la “*viuda quede encinta*” de los artículos 959 a 967 del CC, “Feminización: términos, valores y conceptos jurídicos (Las reformas pendientes: datos para una discusión)”, en la obra colectiva, coordinada por Laura López de la Cruz / Marta Otero Crespo, y dirigida por María Paz García Rubio / María del Rosario Valpuest Fernández, “El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. En esa misma obra colectiva, Teodora Felipa Torres García, “La igualdad no ha llegado al derecho de sucesiones: casos al azar”, páginas 29 a 41, y Eugenio Pizarro Moreno, “Reflexiones sobre el androcentrismo jurídico: el concepto de buen padre de familia. Propuestas para una renovación lingüístico-legal”, páginas 251 a 266.

³¹ Los negociadores colectivos de esos niveles negociales suelen usar genéricos neutros o enuncian a ambos sexos, pudiéndose considerar superada la tradicional asignación de mujeres a unas categorías y de hombres a otras categorías. También son habituales cláusulas de género neutro, afirmando, por ejemplo, que “*en el texto del Convenio se ha utilizado el masculino como genérico para englobar a los trabajadores y trabajadoras, sin que esto suponga ignorancia de las diferencias de género existentes, al efecto de no realizar una escritura demasiado compleja*” –disposición adicional 5ª del V Convenio Colectivo Estatal de Gestorías Administrativas, BOE de 20.4.2011, cláusula introducida en el III, BOE de 23.5.2006, el más antiguo que he rastreado a nivel de sector estatal con cláusula de género neutro-. Algunas empresas van más allá, comprometiéndose a implantar el lenguaje no sexista en su actividad comercial –por ejemplo, el artículo 64 del IV Convenio Colectivo del Grupo Eroski, BOE de 17.2.2012-.

inferiores, o en pequeñas empresas, donde la utilización del lenguaje sexista incluso puede generar dificultades en orden al ejercicio sin discriminación entre mujeres y hombres de los derechos que se regulan³².

III. LAS ESTRATEGIAS DE TRANSVERSALIDAD.

Las dificultades de la transversalidad han determinado la aparición de determinadas estrategias –entendidas como el conjunto de reglas que aseguran una decisión óptima en cada momento- dirigidas a su efectividad. A ellas se refieren –siguiendo de cerca la Plataforma para la Acción aprobada en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing³³- los artículos 16 a 22 de la LOIEMH. Son auténticas obligaciones³⁴, aunque, debido a su naturaleza de estrategias, ni imponen contenidos determinados en los ámbitos donde se aplican –si lo hicieren dejarían de ser estrategias-,

³² Sirvan de ejemplo las disfunciones detectadas en un estudio de 22 convenios de empresa del Área Intermunicipal de Vigo y de 4 convenios de la Provincia de Pontevedra: (1) la utilización generalizada del masculino –solo en un convenio aparece una cláusula de género neutro-; (2) la denominación en femenino de categorías como cocinera, limpiadora, secretaria o taquimecanógrafa frente a la denominación en masculino de las demás categorías; (3) la utilización del género bajo el presupuesto de ser un hombre el destinatario de la norma convencional, por ejemplo, el permiso por fallecimiento o enfermedad de la esposa; (4) los errores delatores de una idea subliminal sexista, como referirse a la excedencia por maternidad en vez de por cuidado de hijos; (5) las curiosas correcciones puntuales del lenguaje sexista hablando de trabajadores/as cuando se regula la protección frente al acoso sexual. Jaime Cabeza Pereiro (coordinador) / Susana Rodríguez Escanciano / Lourdes Mella Méndez / Beatriz Agra Viforcós, “Análisis de xénero na negociación colectiva do metal e da construción en empresas da Mancomunidade da Área Intermunicipal de Vigo”, Proxecto Conta con Elas / Área Meropolitana de Vigo, 2007, páginas 95 y 96.

³³ En concreto, los Objetivos Estratégicos H.1, “*crear o establecer mecanismos nacionales y otros órganos gubernamentales*”, H.2, “*integrar la perspectiva de género en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos*”, y H.3, “*elaborar y difundir datos desagregados por sexo, así como información destinada a la planificación y la evaluación*”. Sobre esos objetivos, me remito a mi libro “El principio ...”, obra citada, páginas 10 a 17. Tampoco a la doctrina científica se le ha pasado por alto “*el paralelismo existente*” entre el Capítulo I del Título II de la LOIEMH y los citados Objetivos Estratégicos –en especial el H.2-, y así lo ha destacado Francisco Javier Hierro Hierro en “Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres”, en “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, codirigidos por Carmen Sánchez Trigueros / Antonio Vicente Sempere Navarro, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, página 166, nota 29.

³⁴ De “*obligaciones concretas*”, en contraposición a los criterios generales de los artículos 14 y 15 de la LOIEMH, las califica Yolanda Cano Galán, en su comentario a los artículos 14 a 22, “Comentarios ...”, codirigidos por Carmen Sánchez Trigueros / Antonio Vicente Sempere Navarro, obra citada, página 184.

ni su incumplimiento lleva necesariamente consecuencias jurídicas inmediatas³⁵, si bien la norma puede atribuírselas sin alterar su naturaleza³⁶.

a) Las estadísticas desagregadas.

El conocimiento de la realidad es el primer paso para integrar la dimensión de género en la totalidad de la actividad de los Poderes Públicos porque sin conocimiento de la realidad la igualdad quedaría limitada a declaraciones generales o a medidas ineficaces ficticiamente implantadas, o, dicho más llanamente, la igualdad de género sería un castillo en el aire. Y las estadísticas son un instrumento idóneo para el conocimiento de la realidad. Con afirmación totalmente compartible, se ha dicho que *“las estadísticas de género constituyen un apoyo esencial a la hora de diseñar, ejecutar y evaluar las políticas y los programas públicos destinados a alcanzar mayores niveles de igualdad entre las mujeres y los hombres”*³⁷.

No nos extrañe, en consecuencia, que la Plataforma para la Acción aprobada en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing

³⁵ Por ejemplo, las estadísticas desagregadas, aunque constaten un determinado hecho –como la infrarrepresentación femenina en un determinado empleo público–, ni imponen un determinado contenido –no obligan a establecer medidas de acción positiva para fomentar el acceso de mujeres a ese empleo público–, ni su incumplimiento lleva necesariamente consecuencias jurídicas inmediatas –la ausencia de estadísticas oficiales desagregadas no otorga sin más el derecho al empleo a favor de una mujer que acredite por otros medios diferentes la infrarrepresentación–, aunque puede generarlas mediatas –esa ausencia de estadísticas oficiales puede ser, en el ámbito de un litigio, un indicio de ocultación interesada de la infrarrepresentación femenina en ese empleo público y, en consecuencia, de discriminación sexista–.

³⁶ Y así lo ha hecho en algún caso –por ejemplo, el incumplimiento del informe de evaluación del impacto de género de las disposiciones reglamentarias determina la nulidad de las disposiciones reglamentarias–.

³⁷ Tomando las palabras de Santiago García Campá, comentario al artículo 20, en “Comentarios a la Ley de Igualdad”, dirigidos por José Ignacio García Ninet, y coordinados por Amparo Garrigues Jiménez, Editorial CISS, Valencia, 2007, página 249. Destaca este autor que, *“a pesar de los avances sustanciales que se han producido en los últimos treinta años, ha tenido lugar un adelanto limitado en las estadísticas confeccionadas desde una perspectiva de género ... como consecuencia fundamentalmente de tres factores: a) la insuficiente capacidad para desarrollar trabajos estadísticos en general, lo que repercute indirectamente en las estadísticas relativas al género; b) la ausencia de una verdadera aplicación transversal de la perspectiva de género, lo que también afecta a la elaboración de estadísticas coherentes con esta metodología; y c) la inadecuación de los conceptos y métodos estadísticos tradicionalmente empleados con las implicaciones derivadas de la aplicación de la perspectiva de género”*, página 251.

establezca como un Objetivo Estratégico, el H.3, el “*elaborar y difundir datos desagregados por sexo, así como información destinada a la planificación y la evaluación*”, donde se contienen una serie de medidas para la consecución de ese objetivo: unas dirigidas a los servicios de estadística nacionales, regionales e internacionales, tanto de carácter general³⁸, como de carácter específico³⁹, entre las cuales destaca la elaboración de cuentas satélite⁴⁰; otras dirigidas a los Gobiernos⁴¹; y otras – de menor interés a nuestro análisis- dirigidas a la Organización de Naciones Unidas y a donantes bilaterales e instituciones multilaterales de desarrollo.

³⁸ Medidas de carácter general, en cuanto referidas a cualesquiera estadísticas, contempladas en el apartado 206 de la Plataforma para la Acción, son, dicho en síntesis, la de “*asegurar que los datos estadísticos se recojan, compilen, analicen y presenten desagregados por sexo y edad, y que reflejen los problemas, las cuestiones y demandas relativas a mujeres y hombres en la sociedad*” –letra a)-, y la de “*recoger, compilar, analizar y presentar periódicamente datos desagregados por edad, sexo, indicadores socioeconómicos y otros pertinentes, incluido el número de familiares a cargo, para utilizarlos en la planificación y aplicación de políticas y programas*” –letra b)-. También se contienen otras medidas generales destinadas a la mejora del análisis de género –letra c)- y la cualificación del personal –letra d)-.

³⁹ Medidas de carácter específico, en cuanto referidas a determinadas estadísticas, contempladas en el apartado 206 de la Plataforma para la Acción, son las que reflejan “*la contribución de mujeres y hombres a la economía*” –letra e)-, “*las formas de trabajo y empleo*” –letra f)-, “*el uso del tiempo*” –letra g)-, “*la medición de pobreza entre mujeres y hombres*” –letra h)-, “*la información sobre la morbilidad*” y “*el acceso a los servicios de salud*” –letra i)-, “*las formas de violencia contra las mujeres*” –letra j)-, o “*la participación de mujeres y hombres con discapacidades, incluido su acceso a los recursos*” –letra k)-.

⁴⁰ Dentro de las medidas de carácter específico se alude –apartado 206, letras f) y g)- a las “*cuentas satélites u otras cuentas oficiales que se prepararán por separado de las cuentas nacionales básicas, pero en consonancia con estas, con miras a establecer la contribución económica de las mujeres y hacer evidente la desigualdad en la distribución del trabajo remunerado y no remunerado entre los hombres y las mujeres*”. La instauración de cuentas satélite de la contabilidad nacional es necesaria para conocer la realidad del trabajo desarrollado por hombres y por mujeres. Como destaca Juana María Gil Ruíz, “*hay cierta cantidad de trabajo extra que las mujeres no han pedido, y que tienen que realizar ... se requiere como paso previo un análisis completo y riguroso donde el tiempo doméstico y el extradoméstico se contabilizara permitiendo una auditoría rica y compleja, sin engañar ni disfrazar una realidad*”, “*Los diferentes rostros de la violencia de género*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, páginas 160 y 161.

⁴¹ Respecto a las medidas que han de adoptar los gobiernos –contenidas en el apartado 207 de la Plataforma para la Acción-, son, dicho en síntesis, “*asegurar la producción periódica de publicaciones de estadísticas de género*” –letra a)-, “*(revisar) periódicamente la utilidad del sistema oficial de estadísticas*” –letra b)-, “*promover y estimular el desarrollo de estudios cuantitativos y cualitativos por parte de los organismos de investigación, las organizaciones empresariales, sindicales, el sector privado y las organizaciones no gubernamentales*” –letra c)-, y “*utilizar datos que incluyan la perspectiva de género en la formulación de las políticas y en la ejecución de los programas y proyectos*” –letra d)-.

Siguiendo este modelo, el artículo 20 de la LOIEMH⁴², rubricado “*adecuación de las estadísticas y estudios*”, pretende a través de esa adecuación “*hacer efectivas las disposiciones contenidas en esta Ley y (garantizar) la integración de modo efectivo de la perspectiva de género en (toda la) actividad ordinaria (de todos) los Poderes Públicos*”, enumerando una serie de criterios técnicos que utilizarán los Poderes Públicos “*en la elaboración de sus estudios y estadísticas*” resumibles en tres grandes ideas: inclusión del sexo y otras variables relacionadas con el sexo y con el género en las estadísticas⁴³; amplitud suficiente en la definición de las muestras⁴⁴; y una mejora en la explotación de los datos⁴⁵.

Por lo demás, se añade que “*solo excepcionalmente, y mediante informe motivado y aprobado por el órgano competente, podrá justificarse el incumplimiento de alguna de las obligaciones anteriormente especificadas*”. Se trata de una cláusula de escape excepcional, lo cual debe llevar, de un lado, a que su aplicación esté sujeta a una motivación reforzada referida en particular a cada una de las obligaciones, sin que, en ningún caso, se admita exonerarse de todas las obligaciones, y, de otro lado, a que, en el caso de aplicarse respecto a una o varias obligaciones,

⁴² Que es una copia literal del artículo 16 de la Ley Vasca 4/2005, de 18 de febrero, de igualdad de mujeres y hombres, donde se encuentra el antecedente más inmediato del artículo 20 de la LOIEMH.

⁴³ Idea explayada en tres criterios: a) “*incluir sistemáticamente la variable de sexo en las estadísticas, encuestas y recogida de datos que lleven a cabo*”; b) “*establecer e incluir en las operaciones estadísticas nuevos indicadores que permitan un mejor conocimiento de las diferencias en los valores, roles, situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres, su manifestación e interacción en la realidad que se vaya a analizar*”; c) “*diseñar e introducir los indicadores y mecanismos necesarios que permitan el conocimiento de la incidencia de otras variables cuya concurrencia resulta generadora de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención*”.

⁴⁴ Idea explayada en el criterio d) “*realizar muestras lo suficientemente amplias como para que las diversas variables incluidas puedan ser explotadas y analizadas en función de la variable de sexo*”.

⁴⁵ Idea explayada en los dos últimos criterios enumerados, cuales son: e) “*explotar los datos de que disponen de modo que se puedan conocer las diferentes situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres en los diferentes ámbitos de intervención*”; f) “*revisar y, en su caso, adecuar las definiciones estadísticas existentes con objeto de contribuir al reconocimiento y valoración del trabajo de las mujeres y evitar la estereotipación negativa de determinados colectivos de mujeres*”.

debería optarse, si fuese posible, por aplicar criterios técnicos alternativos que, en defecto de los enumerados, fueren útiles para conocer la realidad.

Al lado de estas medidas de carácter general –en cuanto aplicables a todas las estadísticas emanadas de los Poderes Públicos-, la LOIEMH regula determinadas medidas de carácter específico –en cuanto referidas a determinadas estadísticas emanadas de los Poderes Públicos-, a saber: las relativas a información médica y sanitaria⁴⁶; las relativas al personal de los departamentos ministeriales y organismos públicos⁴⁷; y las relativas a la prevención de riesgos laborales⁴⁸. También se deben considerar entre las medidas de carácter específico, aunque estas obligando a sujetos privados como son las sociedades anónimas, las relativas al personal de las sociedades anónimas, incluyendo a los altos directivos y a los consejeros⁴⁹.

Buscando facilitar la correcta elaboración de estadísticas de género, las unidades de igualdad instauradas en cada ministerio “(*recabarán*) *la información estadística elaborada por los órganos del ministerio y (asesorarán) a los mismos en relación con su elaboración*” –artículo 77.a)

⁴⁶ Según el artículo 27.3.f) de la LOIEMH, “*las Administraciones Públicas, a través de sus servicios de salud y de los órganos competentes en cada caso, desarrollarán, de acuerdo con el principio de igualdad de oportunidades las siguientes actuaciones ... la obtención y el tratamiento desagregados por sexo, siempre que sea posible, de los datos contenidos en registros, encuestas, estadísticas u otros sistemas de información médica y sanitaria*”. En coherencia con esta norma, se reforma –en la disposición adicional 8ª- el artículo 3 de la Ley 14/1986, de 14 de abril, General de Sanidad, y –en la disposición adicional 9ª- el artículo 53 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

⁴⁷ Según el artículo 63 de la LOIEMH, dentro de la información relativa a la aplicación efectiva en cada uno de ellos del principio de igualdad entre mujeres y hombres que todos los departamentos ministeriales y organismos públicos remitirán, al menos anualmente, a los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Administraciones Públicas, se especificará, desagregando por sexo los datos, la distribución de sus plantillas, el grupo de titulación, el nivel de complemento de destino y las retribuciones promediadas.

⁴⁸ Introducido por la disposición adicional 12ª, el artículo 5.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, prevé que “*las Administraciones públicas promoverán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores*”.

⁴⁹ Reformado por la disposición adicional 26ª, el artículo 200 de la Ley de Sociedades Anónimas ha obligado a la inclusión en la memoria anual integrada en las cuentas societarias anuales de “*la distribución por sexos al término del ejercicio del personal de la sociedad, desglosado en un número suficiente de categorías y niveles, entre los que figurarán el de altos directivos y el de consejeros*”.

de la LOEIMH-. Sin embargo, se ha echado en falta la reforma de las leyes relativas a la materia –la Ley 12/1989, de 12 de mayo, de la función estadística pública, y la Ley 13/1995, de 19 de diciembre, del Centro de Investigaciones Sociológicas- para introducir en ellas la perspectiva de género, para favorecer el diálogo entre los organismos competentes y con las organizaciones sociales, y para mejorar la formación de su personal⁵⁰.

Otra carencia importante de la LOIEMH es la ausencia de referencias en orden a la elaboración de una cuenta satélite del trabajo no remunerado –expresión no usada a lo largo de la norma-, olvidando que el reconocimiento macroeconómico del trabajo femenino, aunque no suponga derechos individuales para las mujeres que trabajan en lo doméstico o en lo extradoméstico, permite reconocer la aportación global de las mujeres a la riqueza nacional de los países. Un esfuerzo que, desde siempre, ha estado invisibilizado por razones meramente convencionales, es decir, porque la sociedad androcéntrica lo ha acordado de esa manera. Carencia legislativa en la que, sin embargo, no han caído algunas Comunidades Autónomas⁵¹.

b) Planes de igualdad.

La planificación de la actividad es una estrategia típica de la transversalidad porque, a la vista de lo vasto de la tarea de integrar la dimensión de género en la totalidad de la actividad de los Poderes Públicos,

⁵⁰ Tales críticas las expone Santiago García Campá, en “Comentarios ...”, obra citada, página 252.

⁵¹ La Ley Gallega 2/2007, de 28 de marzo, de trabajo en igualdad de las mujeres, establece, en su artículo 36.3, que *“el departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo elaborará una cuenta satélite donde se cuantificará el valor económico del trabajo doméstico, de cuidados y comunitario realizado por mujeres y hombres, dando a la citada cuantificación económica la debida publicidad social”*. Sin embargo, esta norma legal ha quedado incumplida. Otras Comunidades Autónomas han elaborado cuentas satélite del trabajo doméstico, como es el País Vasco, elaboradas en 1993, 1998, 2003 y 2008, en www.eustat.es, Cataluña, elaborada en 2001 y actualizada a 2005, en <http://biblio.idescat.cat/docs/docest/cs-llars.pdf>, y Madrid, elaborada en 2005, en www.madrid.org.

la planificación se erige en una estrategia necesaria⁵². De hecho, afirmar la importancia de los planes de igualdad en la implantación de la igualdad en la totalidad de las políticas públicas no es, a estas alturas, afirmar nada novedoso, porque elaborar, aprobar y aplicar periódicamente planes de igualdad entre mujeres y hombres resulta, desde hace muchos años, una práctica habitual a todos los niveles institucionales –la Unión Europea⁵³, el Estado⁵⁴, las Comunidades Autónomas⁵⁵ y las Administraciones Locales⁵⁶–.

⁵² Por ello, la Plataforma para la Acción aprobada en Beijing establece, para la consecución del Objetivo Estratégico H.2, “*integrar la perspectiva de género en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos*”, precisamente dos medidas, una dirigida a los gobiernos, de “*promover las estrategias y objetivos nacionales basados en la igualdad entre mujeres y hombres a fin de eliminar los obstáculos para el ejercicio de los derechos de las mujeres y erradicar todas las formas de discriminación contra ellas*” –apartado 204, letra c)-, y otra dirigida a los organismos de igualdad nacionales, de “*facilitar la formulación y aplicación de políticas gubernamentales sobre la igualdad entre mujeres y hombres, elaborar estrategias y metodologías adecuadas, y promover la coordinación y la cooperación dentro del gobierno central a fin de conseguir que una perspectiva de género se incorpore normalmente en todos los procesos de formulación de políticas*” –apartado 205, letra a)-.

⁵³ La planificación de la igualdad en el ámbito comunitario se ha concretado en los siguientes instrumentos: el Primer Programa de Acción Comunitario para la igualdad de oportunidades (1982-1985), el Segundo Programa de Acción Comunitario para la igualdad de oportunidades (1986-1990), el Tercer Programa de Acción Comunitario para la igualdad de oportunidades (1991-1995), el Cuarto Programa de Acción Comunitario para la igualdad de oportunidades (1996-2000), la Estrategia Marco Comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), el Plan de Trabajo para la igualdad entre mujeres y hombres (2006-2010), y la vigente Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres (2011-2015).

⁵⁴ La planificación de la igualdad en el ámbito estatal se ha concretado en los siguientes instrumentos: el Primer Plan de Igualdad de Oportunidades (1988-1990), el Segundo (1993-1995), el Tercero (1997-2000), el Cuarto (2003-2006), y el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2008-2011).

⁵⁵ Recordemos al respecto que la totalidad de los Estatutos de Autonomía habilitan el ejercicio de competencias en materia de igualdad de género. Lo que ahora interesa destacar es que, en el ejercicio de esas competencias, las Comunidades Autónomas han utilizado la estrategia de los planes de igualdad. Incluso esa estrategia es obligada en algunas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus propias leyes de igualdad –por ejemplo, el artículo 4 de la Ley Castellano Leonesa 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, o el artículo 15 de la Ley Vasca 4/2005, de 18 de febrero, de igualdad de mujeres y hombres, cuyo apartado 1 ha inspirado claramente el artículo 17 de la LOIEMH-.

⁵⁶ Las competencias locales en materia de igualdad entre mujeres y hombres se sustentan genéricamente en las competencias sobre servicios sociales de Municipios –artículo 25.2.k) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local-, y Diputaciones Provinciales –artículo 36.1.d)-, y, específicamente, “*los Municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas y, en particular ... la promoción de la mujer*” –artículo 28-. Tales competencias se pueden –y se suelen- ejercer a través de planes locales de igualdad. Varias leyes autonómicas de igualdad regulan los planes locales de igualdad para imponerlos a municipios de más de cierto número de habitantes –por ejemplo, artículo 11.2 de la Ley Castellano Leonesa 1/2003, de 3 de marzo-, o en general, garantizando su coordinación con los autonómicos –por ejemplo, artículo 15.3 de la Ley Vasca 4/2005, de 18 de febrero-, o, simplemente, para fomentarlos –por ejemplo, artículo 33 de la Ley Gallega 7/2004, de 16 de julio-.

Así las cosas, la LOIEMH se limita a imponer legalmente al Estado una práctica que este ya había sobradamente utilizado y, en su artículo 17, que se rubrica “*Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades*”, establece que “*el Gobierno, en las materias que sean competencia del Estado, aprobará periódicamente un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, que incluirá medidas para alcanzar el objetivo de igualdad entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo*”. Como consecuencia de esta norma, se ha aprobado, en el Consejo de Ministros de 17 de diciembre de 2007, el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2008-2011). Se está elaborando uno nuevo de 2012 a 2015.

Merece esta norma algunos comentarios. Ante todo, se trata de un plan estratégico, lo que nos sitúa ante un plan con “*una aproximación más general y panorámica, bajo la que se señalarían aquellos objetivos o metas cuya consecución daría lugar a una situación cualitativamente distinta a la existente con anterioridad a su implantación*”⁵⁷. Si bien la expresa referencia a “*medidas*” nos hace pensar que la legislación, más allá de las categorías doctrinales, admite que en el plan estratégico se acometan medidas propias de un plan de acción u operativo, como ha ocurrido con el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2008-2011), que, alrededor de doce ejes, enumera los objetivos y las actuaciones para su consecución.

No se especifica la duración del plan estratégico de igualdad de oportunidades, solo que será aprobado “*periódicamente*”, siendo el

⁵⁷ En contraposición a los denominados en la doctrina administrativista como planes de acción u operativos, con “*una aproximación más concreta y precisa, orientada al corto y medio plazo, bajo la que se identificarían aquellas medidas y acciones cuyos resultados contribuirían a propiciar una situación cuantitativamente diversa a la existente con anterioridad a su implantación*”, en el bien entendido de que ambas clases de planes estratégicos y los de acción u operativos se complementan, de modo que “*puede afirmarse que los planes de acción carecen de sentido sin el plan estratégico ... (y) que el plan estratégico carece de viabilidad sin los planes de acción*”, como oportunamente nos explica Santiago García Campá, en el comentario al artículo 17 de los “Comentarios ...”, obra citada, páginas 230 y 231.

Gobierno quien, atendiendo a criterios de oportunidad, el que lo decidirá⁵⁸. La experiencia de los planes de igualdad del Estado nos demuestra que empezaron siendo trienales –el Primero fue de 1988 a 1990 y el Segundo de 1993 a 1995- y pasaron a cuatrienales –el Tercero fue de 1997 a 2000, el Cuarto de 2003 a 2006 y el aprobado tras la LOIEMH de 2008 a 2011-. Para el mejor cumplimiento de la norma legal, se deberían evitar, en la medida de lo posible, las soluciones de continuidad entre el final de la vigencia del anterior plan con el inicio de la vigencia del siguiente plan.

Junto al Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades del Estado, la LOIEMH contempla algunas aplicaciones concretas de la estrategia de planificación. Una son los “*Planes Municipales de organización del tiempo de la ciudad*” –artículo 22-, que se analizarán al estudiar las políticas públicas de tiempo de la ciudad –en el Capítulo Quinto-. Otra es el “*Plan de Igualdad en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella*” –artículo 64-, que se analizará dentro de los planes de igualdad en el ámbito del empleo –en el Capítulo Décimo-. Nada impide, además, aplicar la estrategia de la planificación a cualesquiera ámbitos competenciales de cualquier administración pública.

En cualquier caso, la planificación es una estrategia necesaria para la integración de la transversalidad en las actuaciones administrativas, pero no suficiente, o, dicho en otros términos, la integración de la transversalidad en las actuaciones administrativas no se agota en planificar y ejecutar lo planificado –porque planificar siempre puede tener lagunas tanto en la definición de los objetivos como en las actuaciones para su consecución-, de modo que, si en una actuación administrativa no contemplada en la planificación se aprecia una dimensión de género –algo siempre factible

⁵⁸ Lo más oportuno sería que, al inicio de cada legislatura, el Gobierno elaborase, dentro de un plazo prudencial, el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades –en este sentido, el artículo 15.1 de la Ley Vasca 4/2005, de 18 de febrero, inspirador del artículo 17 de la LOIEMH, alude a un plazo de 6 meses-.

atendiendo a la universalidad del principio de igualdad de los sexos-, el órgano administrativo no puede eludir ese aspecto por no estar planificado.

c) Nombramientos equilibrados.

Más una concreta medida de participación equilibrada que auténtica estrategia⁵⁹, el artículo 16 de la LOIEMH, rubricado “*nombramientos realizados por los Poderes Públicos*”, establece que “*los Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan*”. Destaca, en primer lugar, su amplitud subjetiva al referirse sin distinción a los Poderes Públicos⁶⁰. Y, en segundo lugar, su carácter de norma admonitiva, que se refleja en el

⁵⁹ Según el apartado 181 de la Plataforma para la Acción de la Declaración de Beijing, las medidas de que se trata ostentan una doble funcionalidad: son “*exigencia básica de justicia o democracia*” y “*condición necesaria para que los intereses de las mujeres se tengan en cuenta*” –véase el Capítulo Quinto-. Tal segunda funcionalidad –al calificarlas como condición necesaria para asegurar la decisión óptima- permite apreciar una finalidad estratégica, y acaso por ello la LOIEMH coloca el artículo 16 entre las estrategias de transversalidad –dentro del Capítulo I de su Título II-. Ahora bien, la finalidad estratégica no siempre es efectiva –las mujeres empoderadas asumen en ocasiones roles masculinos-. No extraña así que el empoderamiento de las mujeres se concrete, en la Plataforma para la Acción de la IV Conferencia Mundial de Beijing, en unos Objetivos Estratégicos –G.1 y G.2- diferentes a aquellos en los cuales se fundan las demás estrategias de transversalidad de los artículos 17 a 22 de la LOIEMH –H.1, H.2 y H.3-.

⁶⁰ Únicamente quedarían fuera de la norma aquellos Poderes Públicos sin facultades de nombramiento o de designación de cargos de responsabilidad –que es, precisamente, lo que ocurre con los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, no así con los órganos gubernativos, de ahí que el Consejo General del Poder Judicial deba considerar esta norma para realizar nombramientos de cargos gubernativos-. Sobre la amplitud del concepto Poderes Públicos a los efectos de esta norma, véase Julia Sevilla Merino, comentario al artículo 16 en los “Comentarios a la Ley de Igualdad” dirigidos por José Ignacio García Ninet, y coordinados por Amparo Garrigues Jiménez, Editorial CISS, Valencia, 2007, páginas 217 a 220.

“*procurarán atender*”⁶¹ y que se que se explica como garantía de la autonomía de las competencias de las diversas Comunidades Autónomas⁶².

De este modo, el artículo 16 de la LOIEMH se erige en un mínimo denominador común en materia de medidas de participación equilibrada dentro del ámbito de los Poderes Públicos, sin perjuicio de la aplicación preferente de medidas de participación equilibrada más incisivas, que la misma LOIEMH establece con carácter imperativo para la Administración General del Estado o los organismos públicos vinculados o dependientes de ella en sus artículos 52⁶³, 53⁶⁴ y 54⁶⁵ –Capítulo II, sobre “*el principio de*

⁶¹ De este modo, el artículo 16 de la LOIEMH “*se dirige a potenciar la presencia de la mujer en puestos de responsabilidad con el fin de enmendar el acostumbrado olvido que respecto de la misma venían observando los Poderes Públicos a la hora de efectuar nombramientos para los cargos a ocupar en niveles superiores que impliquen una mayor capacidad de decisión y por tanto se acompañan de superiores responsabilidades*”, Fernando Román García (director) / María Luisa Segoviano Astaburuaga / Ana Isabel Vargas Gallego / Daniel Sarmiento Ramírez, “Análisis de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, El Derecho Editores, Madrid, 2007, página 53.

⁶² Las Comunidades Autónomas han aprobado normas en la materia tanto antes como después de la LOIEMH –por ejemplo, artículo 9.6 de la Ley Castellano Leonesa 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, artículos 13.c), 34 y 36 de la Ley Gallega 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres, artículos 3.7 y 23 y disposición final 3ª de la Ley Vasca 4/2005, de 18 de febrero, de igualdad de mujeres y hombres, artículo 55 de la Ley Balear 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer, artículo 11 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, de promoción de la igualdad de género en Andalucía, artículo 12 de la Ley Canaria 1/2010, de 26 febrero, de normas de igualdad entre mujeres y hombres, artículo 5 de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla La Mancha, o artículo 8 de la Ley del Principado de Asturias 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género-.

⁶³ De conformidad con el artículo 52 de la LOIEMH, rubricado “*titulares de órganos directivos*”, “*el Gobierno atenderá al principio de presencia equilibrada en el nombramiento de las personas titulares de los órganos directivos de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, considerados en su conjunto, cuya designación le corresponda*”. Aunque esta norma presenta alguna dificultad de aplicación –porque en cada concreto nombramiento hay que considerar el global de nombramientos-, es una norma imperativa –“*atenderá*”- que –a diferencia de las contempladas en los artículos 53 y 54 de la LOIEMH- no establece ninguna posibilidad de excepción.

⁶⁴ De conformidad con el artículo 53 de la LOIEMH, rubricado “*órganos de selección y comisiones de valoración*”, “*todos los tribunales y órganos de selección del personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella responderán al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas*”, y, “*asimismo, la representación de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella en las comisiones de valoración de méritos para la provisión de puestos de trabajo se ajustará al principio de presencia equilibrada de ambos sexos*”.

⁶⁵ De conformidad con el artículo 54 de la LOIEMH, rubricado “*designación de representantes de la Administración General del Estado*”, “*la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella designarán a sus representantes en órganos colegiados, comités de personas expertas o comités consultivos, nacionales o internacionales, de acuerdo con el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente*

presencia equilibrada en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella”, del Título V, sobre “*el principio de igualdad en el empleo público*”, de la LOIEMH-.

Además de estas medidas, (1) “*en los órganos de control y de gobierno de los centros docentes*” y “*en la oferta artística y cultural pública*”, las Administraciones Públicas competentes promocionarán o promoverán la presencia equilibrada de mujeres y hombres –artículos 24.2.d) y 26.2.c)-, (2) “*en los puestos directivos y de responsabilidad profesional del conjunto del Sistema Nacional de Salud*”, las Administraciones Públicas desarrollaran actuaciones de presencia equilibrada –artículo 27.3.e)-, y (3) en los “*puestos de responsabilidad directiva y profesional*” de la Corporación RTVE y de la Agencia EFE, se “*promoverá la incorporación de las mujeres*” –artículos 37.2 y 38.2-.

d) El informe de evaluación del impacto de género.

La Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno⁶⁶, ostenta el notable mérito de haber incorporado a nuestro ordenamiento jurídico –con todo lo que ello supone teóricamente-, no solo el principio de transversalidad, sino además su concepto esencial, la

motivadas”, y, “*asimismo, la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella observarán el principio de presencia equilibrada en los nombramientos que les corresponda efectuar en los consejos de administración de las empresas en cuyo capital participe*”.

⁶⁶ Comentarios iniciales de la Ley 30/2003, de 30 de noviembre, destacando virtudes y defectos, fueron el de María Luisa Balaguer Callejón, “La Ley 30/2003, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones que elabore el Gobierno”, Artículo 14: Una perspectiva de género, número 14, 2003, páginas 21-23, el de Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “El informe sobre el impacto por razón de género en la elaboración de las disposiciones normativas”, Relaciones Laborales, número 1, 2004, páginas 117-128, el de quien esto escribe “El informe sobre el impacto de género en la elaboración normativa”, La Ley, número 6092, 2004, páginas 1821 a 1826, y Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, número 15, 2004, páginas 39 a 46, y el de Fernando Rey Martínez, “Comentario a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de género”, Revista Teoría y Realidad Constitucional, número 14, 2004, en particular páginas 505 a 509.

dimensión de género. Tal Ley, en efecto, alude, en su Exposición de Motivos, al “*principio de transversalidad*”, y, tanto en esta como en su contenido dispositivo, utiliza, en vez del concepto de “*sexo*” –un término referido a las diferencias físicas entre hombres y mujeres-, el de “*género*” –un término referido a las diferencias socioculturales asociadas al sexo-⁶⁷.

A los efectos expuestos, se modificó el artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en el sentido de afirmar que “*el procedimiento de elaboración de anteproyectos de Ley ... se iniciará en el Ministerio o Ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente Anteproyecto, que irá acompañado por ... un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo*”. Y se añadió un párrafo al artículo 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en el sentido de afirmar que “*en todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el mismo*”.

Ulteriores intervenciones legislativas han mejorado la regulación. Así, la LOIEMH ha ampliado, en su artículo 19, la exigencia del informe de impacto a “*los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros*”. Igualmente, en su artículo 55, se exige –salvo en casos de urgencia- respecto a las convocatorias de las pruebas selectivas para el acceso al empleo público. Y las Comunidades Autónomas suelen exigir⁶⁸ los

⁶⁷ De nuevo –como ocurre con las demás estrategias de transversalidad- el informe de impacto de género en las disposiciones normativas encuentra su arraigo en la Plataforma para la Acción de la IV Conferencia Mundial de Beijing, y, en concreto, en las medidas dirigidas a los gobiernos para la consecución del Objetivo H.2, “*integrar la perspectiva de género en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos*”, consistentes en “*velar por que antes de adoptar decisiones políticas se realiza un análisis de sus repercusiones sobre mujeres y hombres*”, y en “*trabajar con los miembros de los órganos legislativos, según proceda, a fin de promover la integración de la perspectiva de género en todas las legislaciones y políticas*” –apartado 204, letra a) y d)-. Tal fuente de inspiración legislativa aparece expresamente reconocida en la Exposición de Motivos de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, cuando en ella se alude a “*la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer que tuvo lugar en Pekín (Beijing) en 1995*”.

⁶⁸ Si así no lo hicieren, no resultan exigibles los informes de impacto de género en la elaboración de las disposiciones autonómicas, ni siquiera aplicando supletoriamente la legislación estatal, según ha resuelto

informes de impacto de género en su actividad normativa –es el caso de Cataluña⁶⁹, Extremadura⁷⁰, Andalucía⁷¹, Galicia⁷², Murcia⁷³, País Vasco⁷⁴, Baleares⁷⁵, Canarias⁷⁶, Castilla La Mancha⁷⁷, Castilla León⁷⁸, o Asturias⁷⁹–.

El Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, sobre Memoria del análisis de impacto normativo⁸⁰ establece que la deberá redactar el órgano o centro

la STS, Contencioso, de 7.2.2012, RC 611/2010, porque “*el artículo 24 de la Ley (50/1997, de 27.11) del Gobierno constriñe su ámbito de aplicación a la potestad reglamentaria del Gobierno de la Nación, de modo que el mismo no puede reputarse como procedimiento administrativo común a efectos del artículo 149.1.18º de la CE*” y porque “*la Ley 5/1983 (de 30.12), del Consejo de la Comunidad Autónoma Valenciana en el artículo 43 contiene una regulación completa del procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias que hace innecesaria por superflua esa supletoriedad del derecho estatal*”.

⁶⁹ Véase el artículo 63.2 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalitat de Cataluña, en la redacción dada por la Ley Catalana 4/2001, de 9 de abril, pionera en la materia en España. Una valoración en María Luisa Balaguer Callejón, “Comentario de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2001, de 9 de abril. El impacto de género y la progresión en la igualdad material”, Artículo 14: Una perspectiva de género, número 7, 2001.

⁷⁰ Véanse los artículos 66.1 –referido a proyectos de reglamento- y 69.1 –referido a anteproyectos de ley- de la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de Extremadura.

⁷¹ Véase el artículo 139 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas para la Comunidad Autónoma de Andalucía, que fue desarrollado por el Decreto 93/2004, de 9 de marzo. La Ley 3/2004, de 28 de diciembre, introdujo un apartado 2 al citado artículo 139 para contemplar explícitamente el informe de impacto de género relativo al anteproyecto de las leyes de presupuestos. Posteriormente, el informe sobre impacto de género de las disposiciones normativas se establece en el artículo 6.2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, de promoción de la igualdad de género en Andalucía.

⁷² Véanse los artículos 7 –referido a proyectos y proposiciones de ley- y 8 –referido a los proyectos de reglamentos- de la Ley Gallega 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres.

⁷³ Véanse los artículos 46.3 y 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, y el artículo 10 de la Ley 7/2007, de 4 abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia.

⁷⁴ Véase el artículo 19 de la Ley Vasca 4/2005, de 18 de febrero, de igualdad de mujeres y hombres, que obliga a la valoración del impacto de género con carácter general en la elaboración de todas las normas o actos administrativos –apartado 1-, aunque habilita se hagan excepciones en su desarrollo –apartado 2-.

⁷⁵ Véase el artículo 7.g) de la Ley Balear 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer.

⁷⁶ Véase el artículo 6 de la Ley Canaria 1/2010, de 26 febrero, de normas de igualdad entre mujeres y hombres, con una previsión expresa –en su artículo 9- sobre el enfoque de género en los presupuestos.

⁷⁷ Véase el artículo 6 de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla La Mancha, con una previsión expresa –artículo 9- sobre presupuesto con perspectiva de género.

⁷⁸ Véase la Ley Castellano Leonesa 1/2011, de 1 de marzo, de evaluación de impacto de género.

⁷⁹ Véase el artículo 4 de la Ley del Principado de Asturias 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género.

⁸⁰ Un completo análisis crítico de este Real Decreto lo acomete Juana María Gil Ruíz en “El derecho internacional de los derechos humanos y su apertura al principio del Gender Mainstreaming: el caso

directivo proponente del proyecto normativo de forma simultánea a la elaboración de este –artículo 1.2-, y que incluirá –artículo 2.1.e)- el impacto de género en el que se analizarán y valorarán los resultados que se puedan seguir de la aprobación del proyecto desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, a partir de los indicadores de situación de partida, de previsión de resultados y de previsión de impacto recogidos en la Guía Metodológica⁸¹.

Sin duda los defectos normativos de que adolecía la Ley 30/2003, de 13 de octubre, aún no totalmente corregidos –sigue sin regularse qué ocurre con las proposiciones de ley, existen autonomías sin regulación expresa y falta aún un sistema de publicidad adecuado que facilite el acceso a los informes para mejorar la transparencia de la actividad política-, unido a las dificultades derivadas la inercia administrativa –siempre renuente a nuevas prácticas-, han determinado, desde la óptica de la eficacia, unos resultados poco halagüeños –los informes a veces se limitan a afirmar apodícticamente la ausencia de impacto de género- según acreditaron los estudios ya realizados, tanto los más pioneros⁸² como los más modernos⁸³.

español”, *Ius* – Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla – México, número 28, Julio - diciembre 2011, páginas 243 a 277, accesible en <http://scielo.unam.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a12.pdf>.

⁸¹ Tal Guía Metodológica –que no tiene valor normativo- fue aprobada el 11.12.2009 en Consejo de Ministros a propuesta de los Ministerios de Presidencia, Economía y Hacienda, Política Territorial e Igualdad, http://www.seap.minhap.gob.es/es/areas/funcion_publica/iniciativas/impacto_normativo.html.

⁸² El “Estudio del impacto de género en las leyes” presentado en el XVIII Congreso Estatal de Mujeres Abogadas (Almería, 11/13.12.2005), dirigido por Carmen Pujol Algans y elaborado por un grupo de abogadas madrileñas integrado además por Esther Goñi Juaneda, Arantza Juan-Aracil Elejabeitia, Elena Fanega Palacios y Mónica López Millán, analiza 52 proyectos de ley estatal, de los cuales 6 no iban acompañados del informe de impacto de género, y de los restantes 46, unos se limitaban a excluir sin mayores explicaciones la existencia de impacto de género, otros afirmaban la ausencia en la norma proyectada de discriminaciones entre mujeres y hombres, y solo 4 explicaban en que afectaba positivamente la norma proyectada a la dimensión de la igualdad. Una solución que se proponía era la creación de unidades de género en todos los departamentos ministeriales. El informe está disponible en http://www.ief.es/documentos/investigacion/genero/c_imp_gen_mod3_Estudio_Themis_Impacto.pdf.

⁸³ Beatriz Collantes Sánchez y Amelia Sanchís Vidal relatan un panorama manifiestamente mejorable, destacando, entre las carencias apreciadas en los informes estatales –la muestra va de 15.10.2003 a 19.6.2007-, las dificultades de acceso a los informes de leyes –sin haber conseguido acceso a los de reglamentos-, la ausencia de constancia de quienes los han realizado y, en concreto, de la participación de

Dando como buena la desidia administrativa, la aplicación judicial ha negado carácter invalidante cuando el informe se limita a negar el impacto de género y *“la parte recurrente no aporta dato alguno que, al menos con carácter indiciario, pueda infundir la sospecha de que esa norma aparentemente inocua sí puede producir determinado impacto de género”* –STS, Contencioso, de 29.2.2012, RC 234/2010, con un voto particular exigiendo un mayor rigor- porque *“si no se observa impacto alguno es innecesario”* el informe –STS, Contencioso, de 15.7.2010, RC 25/2008-, valorando la ausencia de aportación de datos por la recurrente como prueba de que no hay impacto –STS, Contencioso, de 6.5.2009, RC 1883/2007-.

Pero esto supone, en gran medida, dejar la validez de la disposición normativa al albur de la habilidad argumental del recurrente y a la capacidad de apreciación del órgano judicial, cuando aparenta más oportuno que sea la administración demandada la que, concedora con mayor profundidad del ámbito de aplicación de sus decisiones normativas, motive su informe de ausencia de impacto, permitiendo su fiscalización⁸⁴. Con todo –y aún dentro de esos parámetros flexibles-, se han dictado sentencias anulatorias por omisión o deficiencias en el informe de impacto

mujeres, la falta de conocimientos de género demostrada en algunos de los informes, la inexistencia de pautas homogéneas de elaboración –salvo la aislada excepción de algún departamento ministerial-, el mal uso del lenguaje, o la no contemplación de sistemas de seguimiento de la eficacia de los informes, “La evaluación del impacto de género en la normativa estatal y andaluza”, Instituto de Estudios Giennenses, Jaén, 2009, páginas 104 a 122, accesible en <http://www.dipujaen.es/conoce-diputacion/areas-organismos-empresas/areaE/igualdad/premio-de-investigacion-en-politicas-de-igualdad/trabajos-premiados.html> .

⁸⁴ Juana María Gil Ruíz destaca, como rasgo general, que *“se detecta en las sentencias analizadas un significativo desinterés por parte de los tribunales con respecto a los informes de evaluación del impacto de género – ídem cabe afirmar con respecto a sus elaboradores quienes los eluden utilizando fórmulas vagas, e incluso los propios destinatarios, quienes no reparan en el informe de evaluación del impacto de género (ya fuere en su ausencia, o en su no motivación) como causa de nulidad”*, “Antecedentes normativos y jurisprudenciales a la LOIEMH relativos al género y la perspectiva de género: los informes de evaluación de impacto de género”, en “Estudio sobre la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, Generalitat de Catalunya – Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada / Consejo General del Poder Judicial, Barcelona, 2011, página 31.

Similares conclusiones alcanza esta autora en su imprescindible estudio “Las nuevas técnicas legislativas en España. Los informes de evaluación del impacto de género”, Premio Ángeles Durán de Innovación Científica en Estudios de Género 2012, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, páginas 117 a 130.

de género de disposiciones normativas relativas a las más diversas materias –como normas sobre juego⁸⁵, pesca del atún⁸⁶, o subvenciones laborales⁸⁷–.

e) El seguimiento de las políticas de igualdad.

La integración de la dimensión de la igualdad en la totalidad de la actividad de los Poderes Públicos no es una actividad de ejecución instantánea, sino permanente. Es necesaria una constante revisión de la actuación para proceder a corregir defectos y a mejorar la integración de la igualdad en las políticas públicas⁸⁸. De este modo, el seguimiento de las políticas de igualdad es el último paso para integrar la dimensión de género

⁸⁵ La STSJ/Cataluña, Contencioso, de 25.9.2008, RCA 166/2005, resolvió la impugnación del Decreto 22/2005, de 22 de febrero, Reglamento de salones recreativos y de juego, Decreto 23/2005, de 22 de febrero, Reglamento de máquinas recreativas y de azar, ambos de la Generalitat –aplicándose la legislación catalana sobre impacto de género en la elaboración de las disposiciones normativas–, los anularon parcialmente –según se explica en la sentencia debido a razones de congruencia al no haber solicitado la recurrente la anulación de todas las disposiciones de esos dos decretos, sino solo de algunas– argumentando –entre otros motivos– *“(la) ausencia de documentos preceptivos, que obligadamente debían de figurar ya en el expediente –el estudio económico y el informe sobre impacto de género–”*.

⁸⁶ Las SSAN, Contencioso, de 18.2.2010, RCA 365/2008, y de 30.6.2011, Recurso 368/2008, resolviendo sendas impugnaciones de la OM ARM/1244/2008, de 29 de abril, por la que se regula la pesquería del atún rojo en el Atlántico Oriental y Mediterráneo, la anularon –entre otros motivos– por la falta de motivación del informe de impacto argumentando que *“como la asignación de cuotas (de pesca) se (establece) ... tomando en consideración en un 40% el criterio de empleo y dependencia de la pesquería específica de atún rojo, en función del número de empleos dependientes multiplicado por los meses de dependencia de cada flota o arte de pesca ... en dicha valoración se debería haber incluido alguna referencia a la influencia que la distribución de género pudiera tener”*. Sin embargo, las SSAN, Contencioso, de 20.5.2010, RCA 475/2009, y de 30.6.2011, RCA 480/2009, en impugnaciones con similar motivación contra la OM ARM/956/2009, de 19 de abril, que modificó la anterior, no la anularon.

⁸⁷ La SAN, Contencioso, de 19.10.2011, RCA 227/2010, resolviendo la impugnación contra la OM TIN/687/2010, de 12 de marzo, por la que se distribuyen territorialmente para las Comunidades Autónomas subvenciones del ámbito laboral financiadas por el Estado, la anuló –entre otros motivos– por la omisión del informe de impacto de género afirmando que *“tal informe debe exigirse desde el momento en que la propia Orden regula un aspecto referido a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres”*.

⁸⁸ Por ello, la Plataforma para la Acción aprobada en Beijing establece, para la consecución del Objetivo Estratégico H.2, *“integrar la perspectiva de género en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos”*, precisamente dos medidas dirigidas a los gobiernos, una para *“revisar periódicamente las políticas, los programas y los proyectos nacionales, así como su ejecución, evaluando la repercusión de las políticas de empleo de ingresos a fin de garantizar que las mujeres sean beneficiarias directas de dichas políticas, y que toda su contribución al desarrollo, tanto remunerada como no remunerada, se tenga en cuenta en las políticas y en la planificación económica”*, y otra para *“encomendar a todos los ministerios el mandato de revisar sus políticas y programas, desde un punto de vista de género y teniendo en cuenta la Plataforma para la Acción”* –apartado 204, letras b) y e)–.

en la totalidad de la actividad de los Poderes Públicos y, a la vez, marca el inicio de un nuevo ciclo en el cual, conforme a los defectos observados y las posibilidades de mejora apreciadas, se profundizará en el conocimiento de la realidad y se elaborarán nuevos planes de igualdad de oportunidades.

Dentro de este contexto, el artículo 18 de la LOIEMH, escuetamente rubricado “*informe periódico*”⁸⁹, establece que, “*en los términos que reglamentariamente se determinen, el Gobierno elaborará un informe periódico sobre el conjunto de sus actuaciones en relación con la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres (del que) se dará cuenta a las Cortes Generales*”. Tal informe periódico es instrumento básico –y así lo califica la Exposición de Motivos de la LOIEMH, III- para la evaluación de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el conjunto de las actuaciones del Gobierno y, a la vez, es el vehículo de información acerca de dicha efectividad a las Cortes Generales.

La vaguedad de los términos del artículo 18 de la LOIEMH se ha completado con el Real Decreto 1729/2007, de 21 de diciembre, dirigido –según su artículo 1- a regular la periodicidad –que será bienal, artículo 4-, el contenido –que comprenderá el seguimiento de las actuaciones de la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella en orden a la aplicación de la LOIEMH y del Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, y cualquier otra información relativa a medidas adoptadas para la consecución efectiva de la igualdad real entre mujeres y hombres, artículo 5-, y el procedimiento –que se atribuye a la Secretaría General de Políticas de Igualdad, artículos 2, 3 y 6-.

⁸⁹ Santiago García Campá critica la denominación del informe por ser “*poco apropiada desde un punto de vista técnico jurídico*”, comentario al artículo 18, en “Comentarios ...”, obra citada, página 235. El Real Decreto 1729/2007, de 21 de diciembre, sigue llamándolo a lo largo de su articulado “*Informe Periódico*”, aunque si atendemos a la propia denominación oficial del citado Real Decreto lo podríamos llamar “*Informe Periódico relativo a la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres*”.

f) La colaboración entre las Administraciones Públicas.

La colaboración administrativa es una estrategia de transversalidad⁹⁰ que, en Estados como el español con pluralidad de Administraciones Públicas, tanto opera en las relaciones dentro de ellas como en las relaciones entre ellas. Siendo la LOIEMH una ley del Estado, solo puede regular la colaboración administrativa entre las Administraciones Públicas –a través del artículo 21, rubricado “*la colaboración entre las Administraciones Públicas*”- y la colaboración administrativa dentro de la Administración General del Estado –a analizar en el siguiente Epígrafe-, respetando la autonomía de las Comunidades Autónomas para regular la colaboración administrativa dentro de su propia Administración Pública⁹¹.

Tal artículo 21 establece que “*la Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas cooperarán para integrar el derecho de igualdad entre mujeres y hombres en el ejercicio de sus respectivas competencias y, en especial, en sus actuaciones de planificación – en el seno de la Conferencia Sectorial de la Mujer podrán adoptarse planes y programas conjuntos de actuación con esta finalidad*”,

⁹⁰ Por ello, la Plataforma para la Acción aprobada en Beijing establece, para la consecución del Objetivo Estratégico H.2, “*integrar la perspectiva de género en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos*”, precisamente una medida dirigida a los gobiernos, a saber “*establecer y/o reforzar una estructura de coordinación interministerial que lleve a cabo (el mandato de revisar las políticas y programas de todos los ministerios desde un punto de vista de género y teniendo en cuenta la Plataforma para la Acción)*” –apartado 204, letra e)-, y otras varias sobre colaboración dirigidas a los organismos de igualdad, entre ellas como más destacadas la de “*(promover) la coordinación y la cooperación dentro del gobierno central*”, la de “*promover y establecer relaciones de cooperación con las dependencias pertinentes del gobierno*”, y la de “*establecer vínculos directos con todos los órganos nacionales, regionales e internacionales dedicados al avance de las mujeres*” –apartado 205, letras a), b) y e)-.

⁹¹ Todas las leyes autonómicas –y a efectos ejemplificativos me limitaré a citar las dos primeras- recogen manifestaciones de colaboración interadministrativa –como el artículo 1.2.f) de la Ley Navarra 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, que establece que “*se promocionará la creación de Concejalías de la Mujer y de actividades en pro de la igualdad de género en los Ayuntamientos navarros, a través de campañas, y otros recursos, en colaboración con la Federación Navarra de Municipios y Concejos*”-, y/o proclaman de manera expresa la colaboración administrativa como un principio inspirador de la actuación administrativa –como el artículo 3.3 de la Ley Castellano Leonesa 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, donde entre esos principios enumera “*la coordinación como la ordenada gestión de competencias en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres con objeto de aumentar la eficacia*”-.

y que “*las Entidades Locales integrarán el derecho de igualdad en el ejercicio de sus competencias y colaborarán, a tal efecto, con el resto de las Administraciones Públicas*”⁹². La colaboración interadministrativa es, a mayor abundamiento, un principio general del derecho español vigente⁹³.

IV. LA ORGANIZACIÓN DE LA IGUALDAD.

La afirmación tan reiterada en la doctrina administrativista de que “*la eficacia de la actuación pública depende en buena medida de la forma en la que esté organizada la Administración*”⁹⁴ es especialmente cierta cuando se trata de igualdad de género dado lo vasto de la tarea de transversalizar la igualdad en las políticas públicas. De ahí la necesidad de organismos de igualdad, la importancia de la colaboración administrativa o la conveniencia de órganos de participación, cuestiones en las cuales incide especialmente la Plataforma para la Acción de la IV Conferencia Mundial

⁹² Obsérvese la diferente redacción utilizada en el artículo 21 de la LOIEMH cuando alude a las relaciones entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, donde se usa el verbo “*cooperarán*”, y cuando alude a las Corporaciones Locales, donde se usa el verbo “*colaborarán*”, lo cual conecta con la propia rúbrica de la norma “*colaboración entre las Administraciones Públicas*”. Parece la colaboración ser el género del cual es especie la cooperación, siendo la cooperación una forma de colaboración en la cual quienes cooperan están en situación de igualdad jurídica, mientras la colaboración admitiría otras formas diferentes a la cooperación donde una de las partes ostenta una capacidad directiva o decisoria sobre las demás –esta forma de colaboración se denomina coordinación-. Siendo esto así, es muy acertado decir que las Entidades Locales “*colaborarán*”, porque ello tanto abarca su coordinación por las Administraciones Central o Autonómica, como la cooperación de ellas entre sí.

⁹³ Como oportunamente nos recuerda Margarita Soler Sánchez, “*(aunque) el principio de colaboración no está mencionado como tal en el texto constitucional ... sí que lo reconoce nuestro Tribunal Constitucional, cuando señala en reiterada jurisprudencia que el principio de colaboración es un deber que se encuentra implícito en la propia forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución (STC 18/1992, de 4 de mayo) y que no es menester justificar en preceptos concretos (STC 803/2006, de 22 de junio), inspirándose nuestro Alto Tribunal en el principio de fidelidad federal de la jurisprudencia constitucional alemana*”, comentario al artículo 21, en “Comentarios ...”, dirigidos por José Ignacio García Ninet y coordinados por Amparo Garrigues Giménez, obra citada, página 256. A nivel de legislación ordinaria, las relaciones entre las Administraciones Públicas, sometidas al principio de lealtad institucional, aparecen reguladas en los artículos 4 a 10 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

⁹⁴ Como recuerda Juan Antonio Ureña Salcedo, “Las novedades introducidas en la organización administrativa estatal por la Ley Orgánica de para la Igualdad Efectiva de mujeres y hombres”, en el libro colectivo “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, coordinado por Tomás Sala Franco / María Amparo Ballester Pastor / José María Bañó León / José Miguel Embid Irujo / José María Goerlich Peset, Editorial La Ley, Madrid, 2008, página 165.

sobre las Mujeres de Beijing⁹⁵. No en vano se ha hablado –en especial a consecuencia de esa IV Conferencia Mundial- de un Feminismo de Estado.

Tales organismos de igualdad se pueden clasificar en dos grupos. El primero –el más tradicional- son los organismos de igualdad de coordinación / ejecución de las políticas públicas de igualdad, que, para no consistir en meros floreros dentro de una organización inmune a la igualdad, deberán tener suficiente poder político, oportunidad de influencia, rango administrativo, disponibilidad presupuestaria y personal cualificado. Pueden ser organismos de carácter central –que, atendiendo a la experiencia española, han adoptado las fórmulas de instituto autónomo o de servicio integrado en la jerarquía administrativa-, o en cada departamento –dando lugar a las usualmente llamadas unidades de igualdad o de género-.

Al lado de estos organismos de igualdad de coordinación / ejecución, el fomento de la participación ciudadana ha llevado a organismos de igualdad con funciones de asesoramiento, bien de carácter particular –empleo femenino o violencia de género-, bien de carácter general –con competencia en cualesquiera temas de igualdad-, en los cuales –sean particulares o sean generales- deberán tomar parte las asociaciones de mujeres que reúnan unos requisitos que garanticen la correcta funcionalidad del consejo de participación: el compromiso en la tutela de la igualdad entre las mujeres y los hombres; su legal constitución; y una representatividad suficiente dentro del ámbito del consejo de participación.

Igualmente han proliferado, dentro de la organización de la igualdad en los distintos Poderes Públicos, los llamados observatorios –típicamente en los ámbitos de la violencia de género, de la publicidad o del empleo-. A veces solo integran responsables políticos y/o administrativos –

⁹⁵ Recordemos, en efecto, que la Plataforma para la Acción considera como un específico Objetivo Estratégico, el H.1, el “*crear o establecer los mecanismos nacionales y otros órganos gubernamentales*”, contemplando varias medidas dirigidas a su consecución –enumeradas en el apartado 203, y que me han servido para la elaboración de las ideas sobre organismos de igualdad contenidas en el texto principal-.

aproximándose a órganos de coordinación / ejecución-, y a veces también integran representantes de las asociaciones de mujeres –aproximándose a órganos de participación-. En líneas generales, sus competencias son de asesoramiento, estudio y vigilancia –lo cual los separa tanto de la coordinación / ejecución como de la participación, aunque a veces tienen las competencias de coordinación / ejecución de una unidad de igualdad-.

Sin entrar en el análisis de la organización de la igualdad en los Poderes Públicos españoles –excede con mucho de nuestro estudio-, sí destacaremos que, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas, se ajustan, en mayor o en menor medida, a los expuestos parámetros organizativos. Por ejemplificar con la LOIEMH –y dentro del ámbito de la Administración General del Estado-⁹⁶, en su Título VIII, “*disposiciones organizativas*”, se regula una Comisión Interministerial de Igualdad – artículo 76-⁹⁷, unidades de igualdad en los Ministerios –artículo 77-, y un Consejo de Participación de la Mujer –artículo 78-⁹⁸. Además se potencian las competencias del Instituto de la Mujer –disposición adicional 21^a-⁹⁹.

V. LOS INSTRUMENTOS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FOMENTO APLICADOS A LA IGUALDAD, EN ESPECIAL EN EL ÁMBITO LABORAL.

⁹⁶ Para un análisis más profundo de la organización de la igualdad en la Administración General del Estado, me remito a Juan Antonio Ureña Salcedo, “Las novedades ...”, obra citada, páginas 163 a 181, y al análisis que yo mismo he realizado dentro de mi libro “El principio ...”, obra citada, páginas 99 a 114.

⁹⁷ Téngase presente que la Comisión Interministerial de Igualdad ha sido desarrollada a través del Real Decreto 1370/2007, 19 de octubre, modificado por el Real Decreto 41/2009, de 23 de enero.

⁹⁸ Téngase presente que el Consejo de Participación de la Mujer ha sido desarrollado a través del Real Decreto 1791/2009, de 16 de diciembre, modificado por el Real Decreto 1526/2010, de 15 de noviembre.

⁹⁹ La disposición adicional 21^a de la LOIEMH modificó la Ley 16/1983, de 24 de octubre, de creación del Instituto de la Mujer, para atribuirle: “a) la prestación de asistencia a las víctimas de discriminación para que tramiten sus reclamaciones por discriminación; b) la realización de estudios sobre la discriminación; c) la publicación de informes y la formulación de recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con la discriminación” –cfr. artículo 20 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio-.

Las políticas públicas de igualdad utilizan los mismos instrumentos – entendidos como aquello que sirve de medio para hacer algo o conseguir un fin-¹⁰⁰ que se utilizan en la actividad administrativa sea esta –según la clásica bipartición doctrinal- la de fomento o la de policía, manifestando la LOIEMH una clara preferencia por la actividad administrativa de fomento¹⁰¹. Y, a los efectos de acomodar los instrumentos de la actividad administrativa de fomento a la mayor efectividad de la igualdad, la LOIEMH contempla determinadas especificaciones en la regulación de algunos de esos instrumentos –todos los cuales, dicho sea de paso, ostentan una muy especial incidencia en el ámbito laboral- que pasamos a analizar.

a) Cláusulas de igualdad en la contratación administrativa.

La problemática de las cláusulas de igualdad en la contratación administrativa se inscribe dentro en la problemática más general de las cláusulas sociales en la contratación administrativa, las cuales, superando anteriores dificultades interpretativas, se han admitido a nivel comunitario en la decisiva Comunicación Interpretativa de 15.10.2001 de la Comisión Europea sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, y, después,

¹⁰⁰ No se deben de confundir las estrategias de transversalidad con los instrumentos que ahora vamos a analizar en el texto principal. Las estrategias son –como hemos dicho en su momento- el conjunto de reglas que aseguran una decisión óptima en cada momento –dicho en otros términos son métodos de actuación-, mientras los instrumentos son –como se acaba de decir en el texto principal- aquello que sirve de medio para hacer algo o conseguir un fin –dicho en otros términos son herramientas para la actuación-. Unas y otros se dirigen a hacer efectivos los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos que, en desarrollo del principio de transversalidad –artículo 15 de la LOIEMH-, se regulan en el artículo 14. De este modo, el principio de transversalidad se concreta en determinados criterios generales para cuya consecución en el ámbito de la actividad administrativa se utilizan los instrumentos propios de la actividad administrativa –fomento y policía- siguiendo los métodos de las estrategias de transversalidad.

¹⁰¹ Ya entonces dijimos, “*se evita el palo y se apuesta por la zanahoria*”, si bien “*serán los desarrollos reglamentarios y las disponibilidades presupuestarias los que, en este caso, demostrarán de verdad hasta donde llega el compromiso de las Administraciones Públicas*”, “El principio ...”, obra citada, página 96.

en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre procedimiento de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Para adaptar nuestra legislación a la comunitaria, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, contempla, entre sus “*innovaciones sustanciales*” –Exposición de Motivos, IV-, “*la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental*”, a través de dos clases de cláusulas sociales: las dirigidas a establecer condiciones especiales de ejecución del contrato –artículo 102, que se podrán referir, en especial, a eliminar desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral-, y las dirigidas a introducir, entre los criterios de valoración de las ofertas, características vinculadas a satisfacer exigencias sociales –artículo 134-¹⁰².

Con anterioridad a la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público, la LOIEMH avanzó soluciones permisivas en cuanto al establecimiento de cláusulas de igualdad en la contratación administrativa¹⁰³ en su artículo 33 –que es aplicable a todas las Administraciones Públicas, incluyendo a la Administración General del Estado y sus organismos públicos-, y en su artículo 34 –que es aplicable a

¹⁰² Al margen de la bibliografía sobre cláusulas sociales en la contratación administrativa –que excede de los objetivos de nuestro estudio-, son estudios imprescindibles acerca de las cláusulas de igualdad en la contratación administrativa –y en ellos está inspirado el texto principal- el de Santiago Lesmes Zabalegui, “Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral”, Revista de Relaciones Laborales / Lan Harremanak, número 13, 2005, el de Teresa Pérez del Río / María Zambonino Pulito, “La acción positiva y sus instrumentos: la inclusión de cláusulas sociales de género en la contratación de las Administraciones Públicas”, Revista de Derecho Social, número 43, 2008, y la “Guía para incorporar la perspectiva de género en las subvenciones y en los contratos públicos” elaborada Santiago Lesmes Zabalegui, y publicada por el Gobierno de Navarra, Pamplona, 2012, disponible en www.clausulassociales.org.

¹⁰³ Algunas Comunidades Autónomas han regulado la posibilidad de cláusulas de igualdad en la contratación administrativa, bien en sus propias leyes de igualdad –como es el caso del artículo 20.2 de la Ley Vasca 4/2005, de 18 de febrero, de igualdad de mujeres y hombres, que contempla la igualdad de mujeres y hombres como criterio de valoración de la capacidad técnica, como criterio especial de ejecución y como criterio de valoración-, o bien en sus propias leyes de contratación administrativa – como es el caso de los artículos 49.1, 51.2.c) y 51.3 de la Ley Navarra 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, que contemplan la igualdad entre mujeres y hombres como condición especial de ejecución, como criterio de valoración y como criterio de desempate en igualdad de proposiciones, respectivamente-.

la Administración General del Estado y a sus organismos públicos-. Ambos artículos de la LOIEMH no impiden la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público –que admite más posibilidades de introducir cláusulas sociales en la contratación administrativa que las que admite la LOIEMH-.

El artículo 33 de la LOIEMH establece que *“las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y, en relación con la ejecución de los contratos que celebren, podrán establecer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público”*. Tal remisión se debe de entender realizada, tras la Ley de Contratos del Sector Público, a su artículo 102, que permite esas condiciones *“siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato”*.

Y el artículo 34 de la LOIEMH refuerza, en relación con la Administración General del Estado y sus organismos públicos, la cláusula del artículo 33 en cuanto un Acuerdo anual del Consejo de Ministros, *“a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral, determinará los contratos ... que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo”*, pudiendo –facultativo- establecer *“las características de las condiciones que deban incluirse en los pliegos atendiendo a la naturaleza de los contratos y al sector de actividad donde se generen las prestaciones”*.

Además, el artículo 34 de la LOIEMH establece otra cláusula de igualdad de abstrusa redacción en virtud de la cual los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares un criterio de preferencia en la adjudicación a favor de las

empresas que cumplan, en el momento de acreditar su solvencia técnica, las directrices en materia de igualdad establecidas en el Acuerdo anual del Consejo de Ministros, siempre que sus proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación, y respetando la prelación de la disposición adicional 6ª.1 de la Ley de Contratos del Sector Público¹⁰⁴.

No se acaban aquí las posibles cláusulas de igualdad en la contratación administrativa porque la Ley de Contratos del Sector Público admite, en su artículo 134, la introducción de criterios sociales de adjudicación –no solo a los meros efectos de desempate-, y con idéntico alcance se deben admitir cláusulas de igualdad –aunque expresamente no las prevean los artículos 33 y 34 de la LOIEM-. La ventaja de estas cláusulas de adjudicación del artículo 134 de la Ley de Contratos del Sector Público frente a la cláusula de preferencia del artículo 34.2 de la LOIEMH es que se pueden aplicar aunque no haya empate, aunque también es verdad que se encuentran sujetas a importantes exigencias legales de validez¹⁰⁵.

Otras posibles cláusulas de igualdad de género en la contratación administrativa se pueden referir a la definición del objeto contractual –por

¹⁰⁴ Literalmente el apartado 2 del artículo 34 dice que “*los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, siempre que estas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio*”. Esta referencia se corresponde con la disposición adicional 6ª.1 de la Ley de Contratos del Estado. Y las directrices del apartado anterior son las características de las condiciones que se pueden fijar en el Acuerdo del Consejo de Ministros.

¹⁰⁵ Las detallan, en consonancia con la jurisprudencia comunitaria, Teresa Pérez del Río / María Zambonino Pulito, “La acción ...”, obra citada, páginas 53 y 54, y Santiago Lesmes Zabalegui, “Guía ...”, obra citada, páginas 66 a 68. Siguiendo estos estudios, los criterios de valoración de carácter social: – Deben estar vinculados al objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución. – No deben atribuir a la entidad adjudicataria una libertad incondicional de elección. – Deben determinarse en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones, en aplicación de los principios de transparencia e igualdad de trato que deben regir la contratación pública. – No deben introducir ventajas a favor de empresas nacionales. – Deben proporcionar una ventaja económica que –y ello es importante porque difícilmente una cláusula social supondrá una ventaja económica directa- puede ser indirecta en relación con el objeto de contrato, pero directa en relación con los fines públicos perseguidos por la Administración Pública.

ejemplo, servicio de vigilancia de la ordenanza de regulación de aparcamientos con mujeres víctimas de violencia de género-, a la solvencia técnica siempre que se vincule al objeto contractual –por ejemplo, exigiendo capacidad y experiencia en igualdad para un servicio de elaboración de un plan de igualdad en un organismo público-, o a la presentación de variantes o mejoras si se admite esa posibilidad –por ejemplo, programa de formación, admitiéndose como eventual mejora la incorporación de la perspectiva de género en los módulos formativos-.

Una última precisión en materia de género se refiere a las prohibiciones de contratar del artículo 49 de la Ley de Contratos del Sector Público, y, en concreto, a la contemplada en la letra c) de su apartado 1, que prohíbe contratar a quienes hayan sido sancionados con carácter firme por infracción muy grave en materia social, lo que comprende las infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 13 bis y 17 de la LISOS referidas a actos discriminatorios –incluyendo por razón de sexo-, acoso –incluyendo el sexual y el sexista- y ausencia de elaboración de plan de igualdad, o elaboración incumpliendo manifiestamente sus términos cuando ello sea por conmutación de una sanción administrativa accesoria.

b) Subvenciones públicas.

De conformidad con el artículo 35 de la LOIEMH, rubricado “*subvenciones públicas*”¹⁰⁶, “*las Administraciones Públicas, en los planes estratégicos de subvenciones que adopten en el ejercicio de sus competencias, determinarán los ámbitos en que, por razón de la existencia*

¹⁰⁶ También las leyes autonómicas de igualdad –en especial desde la LOIEMH- suelen dedicar una norma a la política pública de subvenciones –véase al efecto artículo 13 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, de promoción de la igualdad de género en Andalucía, artículo 14 de la Ley Canaria 1/2010, de 26 febrero, de normas de igualdad entre mujeres y hombres, o artículo 9 de la Ley del Principado de Asturias 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género-.

de una situación de desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, las bases reguladoras de las correspondientes subvenciones puedan incluir la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes". Siendo norma facultativa y sin mucha concreción, su sentido es posibilista, así que *"habrá que estar a lo que en cada caso singular disponga la administración en cuestión"*¹⁰⁷.

La implicación de las relaciones laborales en el ámbito de la política de subvenciones públicas se produce porque *"a estos efectos (de valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes) podrán valorarse, entre otras, las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, de responsabilidad social de la empresa, o la obtención del distintivo empresarial en materia de igualdad (del artículo 50 de la LOIEMH)"*. De nuevo estamos ante otra norma de sentido posibilista, siendo factible tanto utilizar otros criterios diferentes como prescindir de los criterios enumerados, aunque su ejemplificación legal actuará claramente como aliciente a su introducción.

Si ponemos en conexión el artículo 35 de la LOIEMH con la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, *"la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes"* –entre las cuales se podrán eventualmente incluir medidas de conciliación, responsabilidad social de la empresa y distintivo empresarial en materia de igualdad- se concretará –asimismo eventualmente- entre los *"criterios objetivos de otorgamiento de la subvención y, en su caso, ponderación de los mismos"*, que son un

¹⁰⁷ Amparo Merino Segovia, "Igualdad de género, empresa y responsabilidad social", Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, página 83. De este modo, *"en el tema de subvenciones el margen de maniobra de la Administración es más amplio que en el de la contratación ... (porque) la Administración no está limitada por las exigencias que el principio de igualdad de armas proyecta sobre el procedimiento competitivo de la licitación"*, "Análisis ...", dirigido por Fernando Román García, obra citada, página 90.

contenido mínimo de la norma reguladora de las bases de concesión de la subvención –según el artículo 17.3.e) de la Ley General de Subvenciones-.

Con la redacción del artículo 35 de la LOIEMH, tampoco se observa inconveniente en que los aspectos de género se puedan proyectar –además de sobre los criterios de valoración- asimismo sobre los “*requisitos que deberán reunir los beneficiarios para la obtención de la subvención*”, que son otro contenido mínimo de la norma reguladora de las bases de concesión de la subvención –según el artículo 17.3.b) de la Ley General de Subvenciones-¹⁰⁸. Pero en este caso –al ser un criterio de admisión que expulsa a posibles beneficiarios- debe ser proporcional a la finalidad perseguida con la subvención –por ejemplo, una subvención para casas de acogida de mujeres maltratadas limitada a personas dedicadas a ese fin-¹⁰⁹.

Ahora bien, el artículo 35 de la LOIEMH no ampara establecer prohibiciones de concurrencia más allá –al ser norma de interpretación estricta en cuanto limitativa de derechos- del artículo 13 de la Ley General de Subvenciones –donde se regulan los requisitos para obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora-. Si bien en esa norma ya se recoge alguna prohibición en conexión con la igualdad, como la que excluye de la condición de beneficiario a las asociaciones que en su proceso de admisión o en su funcionamiento discriminen por razón de sexo –artículo 13.3 de la

¹⁰⁸ En este sentido Anna Soler Vidal, comentario al artículo 35, en “Comentarios ...”, dirigidos por José Ignacio García Ninet y coordinados por Amparo Garriguez Giménez, obra citada, página 304.

¹⁰⁹ Como correctamente afirma Santiago Lesmes Zamalegui, “*para incorporar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres como requisito para obtener la condición de beneficiario o beneficiaria de las subvenciones públicas es necesaria la concurrencia de tres elementos objetivos: – Que la perspectiva de género se fundamente en la propia convocatoria de la subvención, por lo que es muy importante que en la finalidad de utilidad pública o interés social de la misma se señale la igualdad de género entre mujeres y hombres. – Que las bases reguladoras especifiquen con claridad cuáles son los requisitos concretos relacionados con la igualdad de oportunidades que son necesarios para obtener la condición de beneficiario o beneficiaria. – Que la competencia y experiencia exigibles sean proporcionadas con la finalidad y el objeto de la subvención*”, “Guía ...”, obra citada, página 28.

Ley General de Subvenciones, en relación con el artículo 4.5 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación-¹¹⁰.

Por lo demás, los aspectos de género se pueden proyectar sobre la “*definición del objeto de la subvención*”, que es otro contenido mínimo de la norma reguladora de las bases de concesión de la subvención –según el artículo 17.3.a) de la Ley General de Subvenciones-. Tal posibilidad no encuentra su amparo en el artículo 35 de la LOIEMH, sino en las medidas de acción positiva del artículo 11 de la LOIEMH¹¹¹. Los aspectos de género pueden ser el contenido principal de la definición –por ejemplo, subvenciones a empresas allí donde las mujeres estén infrarrepresentadas-, o contenido accesorio –por ejemplo, subvenciones para la formación con compromiso de contratar al menos a un 50% de mujeres en el profesorado-.

c) Publicidad institucional.

La difusión de los derechos de igualdad de los sexos, cuestión de gran trascendencia en aras a su efectividad, presenta una manifestación de importancia en las campañas de publicidad institucional que, en la realidad española, se han desarrollado en el ámbito de la igualdad en especial desde la creación –por la Ley 16/1983, de 24 de octubre- del Instituto de la Mujer –aunque paradójicamente no se le atribuían competencias sobre campañas de publicidad institucional-. Tras la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional, nos encontramos con un

¹¹⁰ También el artículo 46 bis de la LISOS –en la redacción dada por la disposición adicional 14ª de la LOIEMH- contempla una exclusión automática durante seis meses de ayudas, bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, a las empresas sancionadas por infracciones muy graves en materia de igualdad. Tal prohibición se ampara en el artículo 13.2.h) de la Ley General de Subvenciones, que admite introducir por ley sanciones de pérdida de posibilidad de obtener subvenciones.

¹¹¹ Y es que el artículo 35 de la LOIEMH no pretende que haya subvenciones públicas en materia de igualdad de género en las relaciones laborales. Eso ya lo pretenden otras normas, y, en concreto, lo ampara, con carácter general y bajo sus condiciones, el artículo 11 de la LOIEMH. Lo que pretende el artículo 35 de la LOIEMH es introducir criterios de género –en particular, considerando los parámetros de igualdad en las relaciones laborales de los sujetos que concurren- en la política de subvenciones públicas.

reconocimiento legal expreso de las campañas de publicidad institucional que incluye sin duda la difusión de los derechos de igualdad de los sexos¹¹².

Ni la LOPIVG ni la LOIEMH se refieren a la publicidad institucional directamente aunque ambas contienen importantes normas sobre igualdad en el ámbito de la publicidad –artículos 10 a 14 de la LOPIVG y artículos 36 a 41 de la LOIEMH- destinadas a garantizar que, a través de la publicidad –institucional o no- se transmita “*una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres*”. Solo incidentalmente la LOIEMH se refiere a la publicidad institucional al imponer a Corporación RTVE –artículo 37.1.d)- y a Agencia EFE –artículo 38.1.d)- la obligación de “*colaborar con las campañas institucionales dirigidas a fomentar la igualdad entre mujeres y hombres y erradicar la violencia de género*”.

Centrándonos en el ámbito de la igualdad laboral, en el cual la trascendencia de la difusión de los derechos de igualdad de los sexos ha justificado una intervención comunitaria¹¹³, sin duda el ejemplo legal más destacado es la disposición adicional 4ª de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, que obliga –y se trata de una obligación que, al no haber sido objeto de derogación, continúa vigente- al Gobierno, en el marco de sus competencias y de acuerdo con los agentes sociales, a

¹¹² En la medida en que, en el artículo 3.1.a) y b) de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional, se enumeran, entre los posibles objetivos de las campañas institucionales, tanto el de “*promover la difusión y conocimiento de los valores y principios constitucionales*” como el de “*informar a los ciudadanos de sus derechos*”. Además, el artículo 3.3 establece que “*las campañas institucionales contribuirán a fomentar la igualdad entre hombres y mujeres*”, y el artículo 4.1.c) prohíbe “*mensajes discriminatorios, sexistas o contrarios a los principios, valores y derechos constitucionales*”.

¹¹³ Por ello, el artículo 30 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), al respecto establece, bajo la rúbrica “*difusión de la información*”, que “*los Estados miembros velarán por que las medidas adoptadas en aplicación de la presente Directiva y las disposiciones ya en vigor en la materia se pongan en conocimiento de todos los interesados por los medios apropiados, y, en su caso, en el lugar de trabajo*”.

impulsar “*campañas de sensibilización pública al objeto de conseguir que los hombres asuman una parte igual de las responsabilidades familiares*”.

d) Distintivo empresarial en materia de igualdad.

De conformidad con el artículo 50 de la LOIEMH, rubricado “*distintivo para las empresas en materia de igualdad*”¹¹⁴, “(se) creará un *distintivo para reconocer aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado en el tráfico de la empresa y con fines publicitarios*”. Se trata de un instrumento de actuación administrativa¹¹⁵ íntimamente ligado con las acciones de responsabilidad social de las empresas que, si lo examinamos desde esa perspectiva, no es otra cosa más que un procedimiento de medición, certificación y verificación de esas acciones de responsabilidad social de las empresas¹¹⁶.

La norma legal –remitiéndose en lo demás al desarrollo reglamentario- contempla unas disposiciones mínimas que atribuyen el derecho a solicitar el distintivo a “*cualquier empresa, sea de capital público o privado*”, que obligan a considerar para su concesión “*la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y*

¹¹⁴ Las etiquetas de igualdad están extendidas en las Comunidades Autónomas –por ejemplo, la “*marca gallega de excelencia en igualdad*” regulada en los artículos 16 a 20 de la Ley Gallega 2/2007, de 28 de marzo, de trabajo en igualdad de las mujeres, el “*distintivo de excelencia*” regulado en el artículo 44 de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla La Mancha, o la “*marca asturiana de excelencia en igualdad*” regulada en el artículo 40 de la Ley del Principado de Asturias 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia-.

¹¹⁵ Un completo análisis del distintivo lo acomete Djamil Tony Kahale Carrillo, “El distintivo empresarial en materia de igualdad”, Editorial Síntesis, Madrid, 2012. Además del análisis de la normativa española en orden a su concesión y utilización y en orden a los beneficios que reporta, es de especial interés el análisis comparado de etiquetas de igualdad en México, Argentina, Costa Rica, Chile, Brasil y Uruguay.

¹¹⁶ Por ello, Amparo Merino Segovia analiza el distintivo empresarial dentro de su estudio, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 76 a 82. También conecta el distintivo con la responsabilidad social empresarial Inmaculada Ballester Pastor en el comentario al artículo 50, en “Comentarios ...” dirigidos por José Ignacio García Ninet y coordinados por Amparo Garrigues Giménez, obra citada, páginas 397 a 410.

en los distintos grupos y categorías profesionales de las empresas, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la empresa”, y que habilitan al ministerio competente para la vigilancia de los parámetros, incluso, en su caso, a la retirada del distintivo.

El Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, desarrolla la norma – como se afirma en su artículo 1-, bautizando el distintivo empresarial en materia de igualdad como “*Igualdad en la empresa*” –artículo 2-, que es propiedad exclusiva del Ministerio de Igualdad –o, se sobreentiende, del Ministerio que asuma las competencias de igualdad, artículo 3-, y regulando las condiciones –artículo 4- y el procedimiento para su concesión –artículos 5 a 10-, las facultades y obligaciones derivadas de su obtención –artículos 11 a 14-, la vigencia, finalización y suspensión de su concesión –artículos 15 a 19-, la constitución de un registro ad hoc – artículo 20-, y la colaboración de Administraciones Públicas –artículo 21-.

VI. LOS INSTRUMENTOS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE POLICÍA APLICADOS A LA IGUALDAD, EN ESPECIAL EN EL ÁMBITO LABORAL.

La actividad administrativa de policía aplicada a la igualdad de género se puede organizar a través de un sistema especial de infracciones y sanciones en materia de igualdad o a través de la integración de la temática de la igualdad en los sistemas generales de infracciones y sanciones –en el ámbito del orden social, de la publicidad, de la función pública ... -. Mientras algunas leyes autonómicas de igualdad han establecido un sistema especial¹¹⁷, la LOIEMH ha mantenido la vigencia de los sistemas generales

¹¹⁷ Los artículos 35 a 44 de la Ley Castellano Leonesa 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, los artículos 76 a 83 de la Ley Vasca 4/2005, de 18 de febrero, de igualdad de mujeres y hombres, y los artículos 54 a 64 de la Ley 7/2007, de 4 abril, para la igualdad entre

existentes, siquiera con algunas reformas para potenciar la tutela administrativa de la igualdad en el sistema general de infracciones y sanciones del orden social –precisamente el que interesa a nuestro estudio–.

a) La discriminación como infracción administrativa del orden social.

El artículo 8.12º de la LISOS es “*un precepto general antidiscriminatorio*”¹¹⁸ que en lo atinente a la igualdad de los sexos tipifica como infracción muy grave “*las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones directas o indirectas ... favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo ... así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación*”.

Un par de especificaciones merece esta infracción, que supone la traslación al ámbito sancionador de lo establecido en el artículo 17, apartado 1, del ET. La primera es la de que las “*decisiones*” de que se habla en la norma incluyen tanto acciones como omisiones porque una omisión es tan fruto de una decisión de no intervenir ante una situación dada como una acción es fruto de una decisión de intervenir ante una

mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia, establecen sistemas especiales de infracciones y sanciones en materia de igualdad, siendo su ámbito –en líneas generales– bastante limitado –controlan a las entidades colaboradoras de los organismos autonómicos de igualdad–, lo que convierte en bastante improbable la superposición con los sistemas estatales de infracciones y sanciones, y, en particular, con el aplicable en el orden social. Plantea esa posibilidad Rodrigo Martín Jiménez, comentario a la disposición adicional 14ª, en los “Comentarios ...” codirigidos por Carmen Sánchez Trigueros / Antonio Vicente Sempere Navarro, obra citada, páginas 862 a 864.

¹¹⁸ Según lo define María Fernanda Fernández López porque –aunque nuestro estudio se limitará a la discriminación por razón de sexo– contempla tanto la discriminación por razón de sexo como la virtual totalidad de las causas de discriminación expresamente prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico, “La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género”, Editorial La Ley, Madrid, 2008, página 73.

situación dada¹¹⁹. Y la segunda es la de que el “*empresario*” de que se habla en la norma no necesariamente debe de ser empresario actual, lo cual permite sancionar tanto a quien lo iba a ser por discriminar en el acceso al empleo¹²⁰, como a quien lo fue por realizar represalias post-contractuales.

También se tipifican como infracciones muy graves “*el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma*”¹²¹ y “*el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo*” –artículo 8.13º y 8.13º bis de la LISOS-. Este último inciso – que no aparece en el tipo del acoso sexual- no justifica una exigencia de diligencia al empresario diferente que la prevista para el acoso sexual¹²².

Se completa el cuadro sancionador de la discriminación con la infracción muy grave de “*establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo*” – artículo 16.2º de la LISOS-. A diferencia de las anteriores, que son infracciones en materia de relaciones laborales –situadas en la Sección I del Capítulo II de la LISOS-, esta infracción es una infracción en materia de

¹¹⁹ Alcanza igual conclusión María Fernanda Fernández López, argumentando la utilización de una noción de empresario más económica –como agente que opera en el mercado laboral ofreciendo trabajo- que jurídica –como parte contratante de una relación laboral-, “La tutela ...”, obra citada, páginas 75 a 78.

¹²⁰ Alcanza igual conclusión María Fernanda Fernández López, argumentando la existencia de una obligación empresarial de garante de la igualdad que permite válidamente culpabilizarle de la pasividad ante la situación discriminatoria existente en la empresa, “La tutela ...”, obra citada, páginas 74 y 75.

¹²¹ Sobre la infracción administrativa del acoso sexual, me permito remitir al lector/a más ampliamente a mi estudio “La sanción administrativa del acoso sexual laboral tras la Ley 50/98, de 30 de diciembre”, Revista de Derecho Social, número 10, 2000, que también fue publicado en Aequalitas, número 5, 2000.

¹²² Alcanza igual conclusión María Fernanda Fernández López, argumentando que, tanto en el acoso sexual como en el acoso sexista, la adopción de medidas por parte del empresario, aunque fueran insuficientes, se debe valorar para exonerar o minorar su culpa, “La tutela ...”, obra citada, página 81.

empleo –situada en la Sección III-. Radica su peculiaridad en el adelantamiento en la consumación del ilícito, ya que no se trata de no emplear de modo discriminatorio, sino de realizar ofertas discriminatorias.

Conviene precisar que, en las anteriores infracciones administrativas, la discriminación es la vulneración de la igualdad de trato –artículo 3 de la LOIEMH-, de modo que –a contrario sensu- las empresas no pueden ser sancionadas a través de esas infracciones cuando se trate de la igualdad de oportunidades –en consonancia con la voluntariedad de las acciones positivas privadas según el artículo 11.2 de la LOIEMH-, sin perjuicio de que, para integrar ambos aspectos de la igualdad en las relaciones laborales, la LOIEMH regule los planes de igualdad –a analizar en el siguiente Capítulo Décimo- y contemple determinadas infracciones y sanciones en relación con esa regulación –que también analizaremos en dicho Capítulo-.

b) Las sanciones accesorias y su posibilidad de conmutación.

La LOIEMH ha introducido un nuevo artículo en la LISOS, numerado 46 bis, que establece, en su apartado 1, que *“los empresarios que hayan cometido las infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 13 y 13 bis del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley serán sancionados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 40 (es decir sin perjuicio de la multa), con las siguientes sanciones accesorias: a) pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, y b) exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses”*.

A nuestro juicio, la norma establecida en el artículo 46 bis.1 de la LISOS –que se aplica a todas las clases de discriminación¹²³- no exige, para la imposición automática de las sanciones accesorias, una conexión entre el bien jurídico tutelado en las infracciones a las cuales se refiere y la finalidad de las ayudas, bonificaciones y beneficios a los cuales se refiere. Es decir, no obliga a que esas ayudas, bonificaciones y beneficios sean, cuando se trate de infracciones sobre igualdad por razón de sexo, en programas de fomento del empleo femenino. Basta con ser el empresario infractor de alguna de esas infracciones beneficiario de cualesquiera programas de empleo para que se apliquen las tales sanciones accesorias.

Comoquiera que, en el artículo 46 de la LISOS se establecen otras sanciones accesorias en relación con las infracciones muy graves en materia de empleo –entre las cuales se encuentra la del artículo 16.2º-, se plantea la cuestión de si son acumulables a las del artículo 46 bis. La respuesta es negativa porque la LOIEMH modificó el artículo 46 de la LISOS para introducir el inciso “*salvo lo establecido en el artículo 46 bis de esta Ley*”, que permite concluir la aplicación preferente de este último. Por lo tanto, las sanciones accesorias que se impondrán cuando sean aplicables ambos artículos serán las del artículo 46 bis, con todas sus consecuencias –incluyendo la posible sustitución por un plan de igualdad-.

Pero lo más novedoso de esta regulación –y así lo afirma la propia Exposición de Motivos de la LOIEMH, IV- es la posibilidad de conmutar esas sanciones accesorias –según el artículo 46 bis.2 de la LISOS- por planes de igualdad cuyo análisis se abordará en el siguiente Capítulo Décimo, si bien ahora adelantaremos que solo se admite esa conmutación “*en el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el apartado 12*

¹²³ Como los apartados 12 y 13 bis del artículo 8 y el apartado 2 del artículo 16 de la LISOS contemplan, además de conductas discriminatorias por razón de sexo, conductas relativas a otras formas de discriminación, a las infracciones derivadas de esas otras formas de discriminación asimismo se les aplicarán, en consecuencia, las sanciones accesorias establecidas en el artículo 46 bis.1 de la LISOS.

del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley referidas a los supuestos de discriminación directa o indirecta por razón de sexo”, para destacar que no se admite ni siquiera en todos los casos en los cuales se pueden imponer las sanciones accesorias del artículo 46 bis.1 de la LISOS.

c) La introducción de un proceso laboral de oficio relativo a la actuación inspectora de la igualdad.

La LOIEMH introdujo –a través de su disposición adicional 13^a- un nuevo proceso de oficio en la LPL –artículo 146.d)-, conservado en la vigente LJS –artículo 148.c)- que se inicia como consecuencia “*de las comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo y en las que se recojan las bases de los prejuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente*”. Indudablemente se ha introducido un nuevo proceso laboral de oficio con la intención –que se reconoce en la Exposición de Motivos de la LOIEMH, IV- de reforzar el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

VII. LA FORMACIÓN DE LAS PERSONAS PRESTADORAS DEL SERVICIO PÚBLICO.

Todo lo expuesto a lo largo de este Capítulo demuestra la complejidad técnica de la integración de la dimensión de la igualdad en las actuaciones de los Poderes Públicos, dependiendo su efectividad, en una gran medida, de la formación de las personas en quienes aquellos se encarnan¹²⁴. Por ello, nada mejor para rematar el Capítulo que destacar la

¹²⁴ Como muy atinadamente destaca Juana María Gil, “*es por esta razón que el legislador entiende fundamental y obligatorio, ahora jurídicamente hablando, la formación en género de todos aquellos que pueden estar comprometidos en el proceso de erradicación de la violencia de género*” y –añadimos

atención que la LOPIVG y la LOIEMH –y en sus ámbitos las leyes autonómicas¹²⁵ - prestan a la formación inicial y continua del personal de la Administración General del Estado y organismos públicos vinculados o dependientes de ella¹²⁶, y de las Carreras Judicial y Fiscal, el Cuerpo de Secretarios y demás personal al servicio de la Administración de Justicia¹²⁷.

nosotros-, en última instancia de la discriminación por razón de sexo / género. Ahora bien, como también muy atinadamente alerta esa autora, *“incorporar (la perspectiva de género) a la formación de jueces, equipos psicosociales, profesionales de la salud, profesorado ... supone algo más que cursar un seminario, máster o experto en género ... se requiere pasarla por el estómago, porque empaparse de la perspectiva de género ... va más allá de una etiqueta fashion o de una terminología políticamente correcta. Significa comprometerse con la libertad y la igualdad de los seres humanos y no permitir el mantenimiento de la subordinación estructural de un sexo”*, “Los diferentes ...”, obra citada, página 18.

¹²⁵ Quizás el ejemplo más destacado lo encontramos en la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura, que crea un Centro de Estudios de Género con atribuciones en investigación, formación y documentación, y, en cuanto al área de formación, tanto *“promoverá y realizará acciones formativas especializadas en materia de igualdad entre mujeres y hombres y violencia de género, dirigidas a diversos sectores profesionales, así como al conjunto de la ciudadanía”*, como *“fomentará la colaboración con los diferentes servicios de las Administraciones Públicas con competencia en materia de formación de profesionales y velará por su inclusión transversal en los currículos formativos de acceso a la Administración”* –véase artículo 11 de la antes citada Ley-.

¹²⁶ El artículo 61 de la LOIEMH, rubricado *“formación para la igualdad”*, establece, en su apartado 1, que *“todas las pruebas de acceso al empleo público de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella contemplarán el estudio y la aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres en los diversos ámbitos de la función pública”*, y, en su apartado 2, que *“las Administraciones Generales del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella impartirán cursos de formación sobre igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y sobre prevención de la violencia de género, que se dirigirán a todo su personal”*. Respecto al profesorado, el artículo 7 de la LOPIVG obliga a las Administraciones Educativas a la inclusión de formación específica en materia de igualdad en los planes de formación inicial y permanente.

¹²⁷ La disposición adicional 3ª de la LOIEMH modifica la LOPJ para establecer: a) Que *“todas las pruebas selectivas para el ingreso y la promoción en las Carreras Judicial y Fiscal contemplarán el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas contra la violencia de género, y su aplicación transversal en el ámbito de la función jurisdiccional”* –artículo 310 de la LOPJ-. b) Que la Escuela Judicial, en relación con los miembros de la Carrera Judicial, y el Centro de Estudios Jurídicos, en relación con los miembros de la Carrera Fiscal, del Cuerpo de Secretarios Judiciales y demás personas al servicio de la Administración de Justicia, impartirán anualmente cursos de formación sobre el principio de igualdad entre mujeres y hombres –véase al respecto la LOPJ, artículo 433 bis, apartado 5, respecto a la Escuela Judicial, y artículo 434, apartado 2, respecto al Centro de Estudios Jurídicos-.

CAPÍTULO DÉCIMO

LOS INSTRUMENTOS DE INTEGRACIÓN DE LA IGUALDAD EN LAS EMPRESAS

SUMARIO: I. LA INTEGRACIÓN DE LA IGUALDAD EN LAS EMPRESAS A TRAVÉS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. II. LOS DEBERES DE NEGOCIAR Y DE ADOPTAR MEDIDAS DE IGUALDAD: a) Caracterización del deber de negociar medidas de igualdad. b) Caracterización del deber de adoptar medidas de igualdad. III. LOS DEBERES DE NEGOCIAR Y DE ADOPTAR PLANES DE IGUALDAD: a) Obligatoriedad en empresas de más de 250 trabajadores/as. b) Obligatoriedad impuesta en convenio colectivo. c) Conmutación de una sanción administrativa accesoria. d) Obligatoriedad en el empleo público estatal. e) Planes de igualdad voluntarios. IV. LOS RASGOS DEFINITORIOS DE UN PLAN DE IGUALDAD: a) Elementos estáticos de los planes de igualdad. b) Elementos dinámicos de los planes de igualdad. c) Las comisiones de igualdad. d) Ámbito empresarial y transparencia. V. ACCIONES POSITIVAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. VI. CONTROL DE LEGALIDAD DE CONVENIOS COLECTIVOS. VII. LA INTEGRACIÓN DE LA IGUALDAD EN LAS EMPRESAS A TRAVÉS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL: a) Voluntariedad versus regulación en la responsabilidad social en el ámbito de la igualdad de género. b) La participación equilibrada de las mujeres en consejos de administración de sociedades mercantiles. VIII. LAS MEDIDAS DE FOMENTO DE LA IGUALDAD EN LAS EMPRESAS.

I. LA INTEGRACIÓN DE LA IGUALDAD EN LAS EMPRESAS A TRAVÉS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

Hasta la LOIEMH, el Derecho Colectivo del Trabajo se había mantenido impermeable al principio de igualdad entre mujeres y hombres, acaso en la creencia –la misma, dicho sea de paso, que ha retrasado la impregnación de la igualdad en otros ámbitos del ordenamiento jurídico- de su neutralidad, lo cual era una de las causas de la tradicional pobreza de contenidos de la negociación colectiva en materia de igualdad –véase el Capítulo Segundo-. Una neutralidad aún más criticable si consideráramos las obligaciones –ciertamente un tanto ambiguas, aunque sin duda con

contenido- impuestos desde la Unión Europea¹, y, muy especialmente, si nos comparáramos con la situación de otros Estados de nuestro entorno².

La LOIEMH, rompiendo la pasividad legal, instaura un marco normativo especial para la negociación colectiva de medidas de igualdad diferente del marco normativo general para la negociación colectiva, regulando en su texto los planes de igualdad de las empresas –Capítulo III del Título IV- y en el empleo público estatal –artículo 64-, y la acción positiva en la negociación colectiva –artículo 43-, y modificando el régimen de la negociación colectiva en el Título III del ET –disposición adicional 11^a.17/19-. Un cambio muy importante desde una perspectiva estratégica al demostrar que ningún ámbito jurídico se puede quedar fuera de la efectiva aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

Para justificar esa instauración, la Exposición de Motivos de la LOIEMH alude a la concepción transversal de la igualdad, que obliga a aplicarla en todos los ámbitos y a todos los sujetos, de ahí la afirmación de que *“el logro de la igualdad real y efectiva en nuestra sociedad requiere ... también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares”*, y con *“especial atención a la corrección de la desigualdad*

¹ La Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, establece, en el apartado 1 del artículo 21, que los Estados miembros *“adoptarán las medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales a fin de promover la igualdad de trato”*, como *“el seguimiento de los convenios colectivos”*, mientras, en el apartado 2, se establece que *“alentarán a los interlocutores sociales, sin perjuicio de su autonomía, a promover la igualdad entre hombres y mujeres, a fomentar normativas laborales flexibles con el objetivo de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, y a celebrar, en el nivel adecuado, convenios que establezcan normas antidiscriminatorias”*. La comparativa entre el imperativo *“adoptarán”* –del apartado 1- y el orientativo *“alentarán”* –del apartado 2- arroja, como afirma Fernando Valdés Dal-Ré, *“ conclusiones ambiguas”*, *“Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva”*, Editorial Reus, Madrid, 2010, página 45.

² La tendencia general es la imposición a las empresas de obligaciones como garantes de la igualdad. En unos países la obligación se dirige a adoptar planes de igualdad en empresas a partir de cierto número de trabajadores/as –de 10 ó más, Suecia desde 1991-, o medidas de igualdad en cualquier empresa –Noruega desde 2003-, o medidas de igualdad en cualquier empresa y planes de igualdad a partir de cierto número de trabajadores/as –de 30 ó más, Finlandia desde 2005-. En otros países se obliga a negociar medidas de igualdad –Luxemburgo desde 2004-. Y en otros se facilita la negociación imponiendo la obligación a las empresas de más de 50 trabajadores/as, o cuando así se haya pactado en el sector, de elaborar –con sanción penal- un informe anual sobre las condiciones de trabajo, que se deberá comunicar a la representación legal de trabajadores/as y a la Inspección de Trabajo –Francia desde 2001-. Véase el estudio *“Gender equality plans at the workplace”* del European Industrial Relations Observatory, 2004.

en el ámbito especial de las relaciones laborales”, lo cual se concreta en “promover la adopción de medidas concretas a favor de la igualdad en las empresas, situándolas en el marco de la negociación colectiva, para que sean las partes libre y responsablemente, las que acuerden su contenido”.

Tal justificación en las exigencias de la transversalidad de la existencia de un marco normativo especial para la negociación colectiva de medidas de igualdad entre mujeres y hombres determina, además, que sus características generales estén claramente inspiradas en la transversalidad. En primer lugar, el marco normativo especial se caracteriza por atribuir a la empresa una posición de garante de la igualdad que se traduce en la imposición de deberes de hacer tendentes a la creación de condiciones de igualdad –no bastando con no discriminar-, siendo el más típico de esos deberes legales, que es la implantación legalmente exigida o voluntaria de planes de igualdad, estrategia típica de la transversalidad –la planificación-.

En segundo lugar, el marco normativo especial se caracteriza por el particularismo de las medidas y de los planes de igualdad –en línea con la cercanía a la realidad asimismo buscada por la transversalidad- porque obedecen a la realidad concreta de una empresa a la cual ofrecen respuesta. Por ello, un conjunto de medidas de igualdad que, para una empresa, es un plan, para otra empresa con una realidad diferente, serían unas medidas dispersas y sin coherencia interna. También por ello el establecimiento de cláusulas genéricas alejadas a la realidad de la empresa ni son medidas de igualdad, ni mucho menos constituyen un plan de igualdad, aunque se adopte la apariencia formal de plan de igualdad supuestamente exhaustivo.

Y, en tercer lugar, el marco normativo especial se caracteriza por la necesidad de continua revisión –otra característica propia de las estrategias de transversalidad- de las medidas y los planes de igualdad, lo que nos sitúa en un contexto de negociación dinámica que contrasta con la negociación estática imperante en nuestro sistema de negociación estatutaria, aunque en

las recientes reformas del Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de julio, el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, se hayan introducido –a lo menos en la configuración legal y a la espera de su aplicación práctica- elementos de mayor dinamismo que han reducido las distancias entre el marco normativo especial y el marco normativo general.

II. LOS DEBERES DE NEGOCIAR Y DE ADOPTAR MEDIDAS DE IGUALDAD.

Los deberes de negociar y de adoptar medidas de igualdad se erigen en la piedra angular de los instrumentos legales de implicación de la negociación colectiva en la efectividad del principio de igualdad. Al efecto, el artículo 45.1 de la LOIEMH –que es la norma cabecera del Capítulo III del Título IV de la LOIEMH- dice que *“las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral”*.

Y el ET –que se modifica al efecto por la disposición adicional 11ª.17 de la LOIEMH- dice, en su artículo 85.1.II, que *“sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el Capítulo III del Título IV de la LOIEMH”*. De este modo, la LOIEMH remitía al ET y el ET remite a la LOIEMH en una curiosa remisión normativa de ida y de vuelta que, en el camino de ida y de vuelta, ha dejado cosas por resolver.

Sin duda la previa cuestión a abordar es de qué estamos hablando cuando hablamos de medidas de igualdad. Y la respuesta inmediata, al margen de algunas divergencias terminológicas entre el artículo 45.1 de la LOIEMH y el artículo 85.1.II del ET, debe ser la que se deriva, según su artículo 1, de la finalidad de la propia LOIEMH –a saber, “*hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer*”-: tanto las medidas de igualdad de trato dirigidas a erradicar las discriminaciones directas e indirectas, como las medidas de igualdad de oportunidades dirigidas a fomentar los niveles de igualdad en la empresa.

Una respuesta más profunda se deriva de la comparación entre las medidas de igualdad y los planes de igualdad, que son específicamente regulados en los artículos 46 y 47 de la LOIEMH, de donde, a contrario, las medidas de igualdad no tienen por qué cumplir ni con las exigencias estáticas del plan de igualdad –un conjunto ordenado de medidas-, ni con sus exigencias dinámicas –diagnóstico previo de situación, adopción del plan de igualdad, seguimiento y evaluación-. Si cumplen esas exigencias, dejarán de ser propiamente medidas de igualdad y pasarán a ser auténticos planes de igualdad –voluntarios cuando no se trate de alguno de los supuestos recogidos como obligatorios en el artículo 45 de la LOIEMH-.

a) Caracterización del deber de negociar medidas de igualdad.

La cuestión interpretativa central en el examen del artículo 45.1 de la LOIEMH y del artículo 85.1.II del ET es la caracterización del nuevo deber de negociar medidas de igualdad³. Para iniciar la indagación⁴, es necesario

³ Fernando Valdés Dal-Ré califica el deber de negociar medidas de igualdad como “*una relevante medida promocional de la negociación colectiva*”, afirmando al respecto que “*de entre todas las medidas adoptadas por la Ley Orgánica de Igualdad y destinadas a dotar de la mayor intensidad posible, compatible con los principios informadores de nuestro sistema constitucional de relaciones laborales, a la función reguladora de la negociación colectiva en materia de igualdad, el deber de negociar*”

recordar que el artículo 85.1 del ET contiene, después de la LOIEMH, dos párrafos, el II, que es el analizado, y el I, donde se establece, dentro del respeto a las leyes, la libertad de contenidos con una enumeración general de posibles contenidos, y con una alusión expresa a los procedimientos de solución de discrepancias surgidas en determinados periodos de consultas. También es necesario recordar –para completar el contexto normativo- que el artículo 85.3 del ET detalla el contenido mínimo del convenio colectivo.

Partiendo del expuesto contexto normativo, el párrafo II del apartado 1 del artículo 85 del ET es una norma de significado diferente a las demás recogidas en ese artículo 85 del ET. De entrada, se nos presenta, literal, lógica y sistemáticamente, como una excepción a la libertad de contenidos establecida en el párrafo I del apartado 1 del artículo 85 del ET, no como una mera posibilidad que se quiera fomentar –como ocurre con los procedimientos de solución de discrepancias surgidas en determinados periodos de consultas a que expresamente se alude con fin de fomento en el artículo 85.1.I del ET-. Aunque es una excepción que no llega a tener el alcance de contenido mínimo como es el apartado 3 del artículo 85 del ET.

Siendo algo más que fomentar una posibilidad aunque sin llegar a ser un contenido mínimo del convenio colectivo, nos quedamos en un deber específico de negociar, lo cual lo emparenta con el deber genérico de

constituye, de seguro, la medida estrella ... aquella que ... ha despertado la mayor atención doctrinal, ha levantado las más favorables expectativas sociales y sindicales y, acaso y también, ha generado las más intensas oposiciones y preocupaciones en algunos sectores empresariales ... (determinando esta opción de política de derecho) la ruptura del consenso entre los interlocutores sociales en el marco del diálogo social mantenido de manera constante en el ciclo 2004/2008”, “Igualdad ...”, obra citada, página 74.

⁴ Seguimos sustancialmente en la indagación el desarrollo de Jaime Cabeza Pereiro en “Derecho colectivo y principio de igualdad”, dentro de la obra colectiva, que yo mismo coordiné, “Ley de Igualdad y Contrato de Trabajo”, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2007, páginas 163 y 164, y en “Los planes de igualdad y la negociación colectiva”, en el libro dirigido por María Elósegui Itxaso “Políticas de género”, CGPJ, Madrid, 2008, páginas 135 y 135. Una postura doctrinal algo diferente es la de Manuel Pérez Pérez / Esperanza Roales Paniagua, quienes consideran que el deber de negociar medidas de igualdad se traduce en un nuevo contenido mínimo del convenio colectivo, y si como tal no se ha recogido en el apartado 3 del artículo 85 del ET ha sido más para evitar denuncias de intervencionismo que, según esta doctrina, por razones jurídicas, “El deber, el derecho y la promoción de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva”, Temas Laborales, número 91, 2007, páginas 300 a 305, y, en especial, páginas 303 y 304.

negociar del artículo 89.1 del ET. ¿Por qué, si esto es así, el deber específico de negociar medidas de igualdad se sitúa en el artículo 85 del ET? Porque, aunque el deber específico de medidas de igualdad se asemeja en el procedimiento al deber genérico de negociar, los aspectos sustantivos prevalecen sobre los procedimentales al referirse a medidas de igualdad, de ahí sea correcta su inclusión en el artículo 85 del ET, sobre “*contenido*” de los convenios colectivos estatutarios, y no en el 89, sobre “*tramitación*”⁵.

Continuando la indagación, el siguiente paso, para acabar de definir el deber específico de negociar medidas de igualdad, es detallar semejanzas y diferencias con el deber genérico de negociar. Ambos deberes –y esta es una semejanza clara- exigen negociar de buena fe⁶, lo que se traduce en un haz de obligaciones: iniciación del tracto contractual con la comparecencia a la reunión de apertura del proceso negociador; disposición real a intercambiar opiniones y debatir las propuestas y contrapropuestas, ofreciendo la motivación y la información pertinente para justificar la posición propia y oponerse a la contraria; y realización de los esfuerzos razonables para alcanzar, en un tiempo igualmente razonable, el acuerdo⁷.

⁵ También Jaime Cabeza Pereiro se cuestiona la ubicación sistemática del deber específico de negociar medidas de igualdad, y, aunque reconoce que “*la opción del legislador resulta discutible*”, concluye que “*el artículo 89 del ET se refiere a la tramitación del procedimiento negociador, de modo que (no) sería idónea la referencia a este novedoso deber de negociar sobre materia concreta en dicho precepto estatutario*”, “Derecho ...”, obra citada, páginas 163 y 164, y “Los planes ...”, obra citada, página 135.

⁶ Aunque no ofrece ninguna duda razonable la exigencia de buena fe en la negociación de medidas de igualdad, no le falta razón a Juana María Serrano García cuando echa en falta que ni en la LOIEMH ni en el ET se establezca esa exigencia de una manera expresa, en contraste con el Code du Travail de Francia donde se obliga expresamente a la negociación leal y seria, “Participación y planes de igualdad en la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, página 76.

⁷ Dicho haz de obligaciones son las que se derivan de la buena fe en el deber genérico de negociar, véase al respecto Jaime Cabeza Pereiro, “La buena fe en la negociación colectiva”, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1995, página 223. Un haz de obligaciones que es perfectamente extensible al deber específico de negociar medidas de igualdad, véase al respecto Fernando Valdés Dal-Ré, “Igualdad ...”, obra citada, página 83. En un sentido similar, Patricia Nieto Rojas ha afirmado que “*se entenderá que se ha adoptado por parte de la empresa una actitud dialogante si no se limita a lanzar una propuesta inflexible y está dispuesta a introducir ciertos cambios en la misma, a ofrecer explicaciones sobre su postura o a mantener el proceso abierto durante un plazo razonable de tiempo*”, en los “Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres”, coordinados por Jesús Ramón Mercader Uguina, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, páginas 409 y 410.

Igualmente otra semejanza clara entre el deber genérico de negociar del artículo 89.1 del ET y el deber específico de negociar medidas de igualdad de los artículos 45.1 de la LOIEMH y 85.1.II del ET, es el que ninguno de ellos obliga a llegar a un acuerdo, y, en cuanto a este segundo, el que ello es así se deriva explícitamente de la expresión “*medidas que deberán negociar, y en su caso acordar*” utilizada en el artículo 45.1 de la LOIEMH. Tal circunstancia no debiera suponer ninguna pérdida importante en la eficacia real del deber específico de negociar medidas de igualdad porque, aunque no es garantía de alcanzar un acuerdo, en cuanto se sientan las bases para alcanzarlo en la práctica es lo que debiera ocurrir.

Respecto a las diferencias entre el deber genérico de negociar del artículo 89.1 del ET y el deber específico de negociar medidas de igualdad de los artículos 45.1 de la LOIEMH y 85.1.II del ET, la diferencia más significativa se encuentra en el mayor alcance de este respecto a aquel. De un lado, el genérico se refiere a las materias fijadas en la comunicación inicial –artículo 89.1 del ET-, y se enerva si hay convenio en vigor –sin perjuicio de lo establecido en la redacción actualmente vigente del artículo 86.1 del ET⁸-, mientras el específico no encuentra esas limitaciones, de donde se puede exigir la negociación de medidas de igualdad en cualquier momento de la negociación o vigencia de un convenio colectivo estatutario.

De otro lado, el mayor alcance del deber específico de negociar medidas de igualdad frente al deber genérico de negociar se manifiesta de manera sobresaliente en que, mientras este está pensado exclusivamente

⁸ El artículo 86.1 del ET, en la redacción del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, y de la Ley 3/2012, de 6 de julio, establece que “*durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán negociar su revisión*”. Se trata de una novedad donde se aprecia muy claramente la apuesta legislativa por un sistema de negociación colectiva dinámica apreciada ya en el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de julio. Con esta norma, que permite negociar durante la vigencia del convenio colectivo –aunque, al no haberse modificado el artículo 89.1, no se impone el deber de negociar-, se han acortado las distancias entre el marco normativo de negociación de igualdad –en que se impone el deber de negociar incluso durante la vigencia del convenio colectivo- y el marco normativo general de negociación colectiva –en que no se impone ese deber durante la vigencia del convenio colectivo, pero ahora ya no se impide la negociación-.

para la negociación colectiva estatutaria, aquel se puede canalizar asimismo a través de la extraestatutaria –de hecho, a los planes de igualdad, que es el producto negocial más acabado del deber específico de negociar medidas de igualdad, no se les exige incluirse en un convenio colectivo estatutario, ni cumplir sus propias formalidades legales-. Se puede, desde esta perspectiva, afirmar que el artículo 85.1.II del ET no agota la remisión a la “*legislación laboral*” que se contiene en el artículo 45.1 de la LOIEMH⁹.

Otra diferencia radica en que las medidas de igualdad no pueden ser excluidas de la negociación colectiva en ámbitos inferiores a través de los acuerdos en la cumbre porque el artículo 85.1.II del ET impone el deber de negociar las medidas de igualdad imperativamente sin excepción alguna. Tal diferencia se ha reducido con el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de julio, que eliminó en el artículo 83.2 del ET la expresa posibilidad de excluir materias de la negociación en ámbitos inferiores a través de los acuerdos en la cumbre, y con el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, que admite la negociación en cualquier caso a nivel de empresa de las materias recogidas en el artículo 84.2 del ET¹⁰.

⁹ En idéntico sentido, Fernando Valdés Dal-Ré concluye que “*los ámbitos de imputación normativa de los deberes de negociar medidas y planes de igualdad previstos en la LOIEMH y en el ET no son coextensos o, si se prefiere, tales deberes no se agotan estrictamente ... en la negociación de convenios de eficacia general; también se activan en la negociación de acuerdos colectivos así como, y con la atipicidad social que ello tiene, en la negociación de convenios colectivos de eficacia limitada, sea cuál fuere el nivel en el que estos fueren suscritos*”, “Igualdad ...”, obra citada, página 82. Postura diferente es la de Sara Ruana Albertos / Aránzazu Vicente Palacio, para quienes la reconducción del deber de adoptar medidas de igualdad a la negociación colectiva estatutaria es “*bastante más plausible por motivos de razonabilidad y pragmatismo*”, “Comentarios a la Ley de Igualdad”, dirigidos por José Ignacio García Ninet y coordinados por Amparo Garrigues Giménez, Editorial CISS, Valencia, 2007, páginas 356 y 357.

¹⁰ Tales materias negociales en las cuales, desde el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, ostenta prioridad aplicativa el convenio de empresa sin posible exclusión por acuerdos en la cumbre son: a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores. e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa. f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

Una última diferencia se aprecia a la vista de la débil coercibilidad del deber genérico de negociar –una acción declarativa en proceso de conflicto colectivo, salvo si es un sindicato quien insta la negociación, en cuyo caso se podría apreciar vulneración de la libertad sindical-, mientras el incumplimiento del deber específico de negociar medidas de igualdad habilita el amparo ordinario por vulneración del principio de igualdad cuando se afecta la igualdad de trato –más dudoso si lo afectado es la igualdad de oportunidades-. Por esto mismo, el incumplimiento del deber específico, que no se traduce en infracción administrativa específica en la LISOS, se puede constituir en infracción relativa al principio de igualdad¹¹.

En conclusión, el deber de negociar, que es algo más que fomentar una posibilidad aunque sin llegar a ser un contenido mínimo del convenio colectivo, se traduce, como el deber genérico de negociar, en un haz de obligaciones dirigidas a negociar de buena fe, pero sin obligación de llegar a acuerdo, aunque su alcance supera al del deber genérico de negociar porque se puede exigir la negociación de medidas de igualdad en cualquier momento de la negociación o vigencia de un convenio colectivo, y en el ámbito de la negociación colectiva extraestatutaria, sin posibilidad de exclusión de la negociación colectiva en ámbitos inferiores a través de los acuerdos en la cumbre y con unas mayores dosis de coercibilidad jurídica¹².

¹¹ Ni el incumplimiento del deber genérico de negociar ni el incumplimiento del deber específico de negociar medidas de igualdad se traducen en una infracción administrativa específica en la LISOS –a diferencia de lo que, como se verá, ocurre con el deber de negociar planes de igualdad-, lo cual plantea la cuestión de si se pueden reconducir a las infracciones generales –como la del artículo 7.10º de la LISOS, referida a “*los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves de acuerdo con el artículo siguiente*”-. Al margen de esta cuestión, el incumplimiento del deber específico de negociar medidas de igualdad puede –como se afirma en el texto principal- constituir infracción relativa al principio de igualdad –que, si se afecta la prohibición de discriminación o supone un acoso sexual o sexista, sería una infracción muy grave según el artículo 8.12º, 13º y 13º bis de la LISOS-.

¹² De este modo, y utilizando las palabras de Jaime Cabeza Pereiro, “*las materias sobre promoción de la igualdad y eliminación de discriminaciones han transitado desde la periferia al centro más característico de la negociación colectiva y se conciben desde la LO 3/2007 como contenidos privilegiados de los convenios colectivos*”, “Derecho ...”, obra citada, página 165, y “Los planes ...”, obra citada, página 138. Tal tránsito de las medidas de igualdad desde la periferia hasta la centralidad de la negociación colectiva ha supuesto simultáneamente que la negociación colectiva ha asumido un papel destacado dentro de la

b) Caracterización del deber de adoptar medidas de igualdad.

El artículo 45.1 de la LOIEMH no solo se refiere a un deber de negociar, sino que también obliga a las empresas a “*adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres*” con la finalidad de “*respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral*”, lo cual, a la vista de la literalidad de la norma, nos permite concluir que –a diferencia del deber de negociar que implica a la representación del personal- el de adoptar medidas de igualdad implica exclusivamente a la empresa y que –a diferencia del deber de negociar que no obliga a acordar medidas de igualdad- el de adoptar medidas de igualdad obliga, obviamente, a la adopción de dichas medidas.

Ni uno ni otro deber se dirigen ni exclusiva ni primordialmente a implantar medidas de igualdad genéricas¹³, sino concretas, dirigidas a superar una carencia manifestada a través del análisis de la información que la representación unitaria del personal debe recibir “*al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales* –artículo 64 del ET-, o a través de cualquier otro medio –por

lucha por la igualdad de los sexos, pudiéndose afirmar, ahora en palabras de Fernando Valdés Dal-Ré, que “*la LOIEMH ha rescatado a la negociación colectiva de la zona periférica y suburbial en la que se había instalado, en parte por decisión legal y en parte, y en modo alguno menor, por voluntad propia, ubicándola en una posición ... de una innegable visibilidad*”, “Igualdad ...”, obra citada, página 64.

¹³ Lo cual no quiere decir que las medidas de igualdad no deban comprender cláusulas antidiscriminatorias generales y cláusulas de transmisión / transcripción de las normas legales a los convenios colectivos, al contrario ello es muy conveniente. Pero ese no es el fin exclusivo de las medidas de igualdad, ni siquiera es su fin primordial. Sobre esas cláusulas, sus ventajas –función pedagógica- e inconvenientes –producen una apariencia de igualdad que no siempre se corresponde con la realidad-, véase el análisis que realicé en el estudio que coordiné “El principio de igualdad en la negociación colectiva”, MTAS, Madrid, 2009, páginas 69 a 83. Sobre la función pedagógica de los convenios colectivos, véase Carlos Luis Alfonso Mellado, “El convenio colectivo y la no discriminación por razón de sexo”, en el libro colectivo, dirigido por Pilar Calvo Escartín, “Discriminación de género en la negociación colectiva del País Valenciá”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, páginas 91 a 93.

ejemplo, el estudio diagnóstico de un parámetro de igualdad, una queja sindical o de algún trabajador/a, una actuación judicial o administrativa¹⁴.

Ante esa constatación, el artículo 45.1 de la LOIEMH nos conduce a la negociación colectiva estatutaria en los términos del artículo 85.1.II del ET, y a la negociación colectiva extraestatutaria –aunque, a nuestro juicio, a esta se acudirá solo después de agotar infructuosamente la estatutaria-, de modo que, si se alcanza un acuerdo sobre las medidas de igualdad queda simultáneamente cumplido el deber de adoptar medidas de igualdad, siendo cuando fracasa en todo o en parte la negociación cuando queda al descubierto el deber de adoptar medidas de igualdad porque, si lo entendiésemos de otra manera, “*se estaría concediendo al empresario un derecho de veto*”¹⁵, lo que, obviamente, no es una interpretación razonable.

Varia el alcance del deber de adoptar medidas de igualdad tras el fracaso del deber de negociar según si la situación de desigualdad a la que se pretende dar una solución afecta al principio de igualdad de trato –es decir, se trata de una discriminación directa o indirecta-, en cuyo caso la empresa se encuentra obligada legalmente a remediarla, o si afecta al principio de igualdad de oportunidades, en cuyo caso no existe una obligación empresarial fuerte, de donde el remedio dependerá de la responsabilidad social de la empresa y de su compromiso con la igualdad, sin perjuicio, naturalmente, de la existencia de ayudas públicas que inciten al fomento de la igualdad, y la empresa las disfrute o pretenda disfrutarlas.

¹⁴ Según ya sostuvimos en “El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres”, Revista de Derecho Social, número 41, 2008, página 38, y en “El principio ...”, obra citada, página 38. De manera parecida, Juana María Serrano García afirma que “*(el) deber de negociar se transforma en obligación de negociar para el empresario cuando, tras analizar la situación empresarial, se confirma el incumplimiento en la empresa del principio de igualdad*”, “Participación ...”, obra citada, página 76. En contrario, Fernando Valdés Dal-Ré considera que, al buscar la LOIEMH tanto la reparación de la discriminación sexista como su prevención, la existencia de dichos deberes “*no queda condicionada a la previa constatación o sospecha, en el ámbito de la empresa, de una situación de desigualdad*”, “Igualdad ...”, obra citada, página 95. Pero ello, al predicar en todos los casos esos deberes de todas las empresas, dejaría sin espacio a la responsabilidad social corporativa –artículos 72 y 73 de la LOIEMH-.

¹⁵ Utilizando las palabras de Juana María Serrano García, “Participación ...”, obra citada, página 78.

Hay algunas cuestiones de interés en orden a las medidas acordadas en convenio estatutario o extraestatutario, o adoptadas unilateralmente. La primera se refiere a su ámbito de aplicación. Aunque el artículo 46.3 de la LOIEMH establece el ámbito empresarial de los planes de igualdad –lo cual podría llevar a concluir lo mismo respecto a las medidas de igualdad¹⁶–, asimismo admite *“el establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo”*, de donde debemos concluir que las mismas se pueden adoptar como medidas de igualdad al margen de un plan de igualdad, lo cual nos lleva a la ineludible conclusión de que las medidas de igualdad no necesariamente deben de tener ámbito empresarial.

La segunda se refiere a su vigencia temporal. Al respecto, la doctrina más autorizada ha distinguido entre las medidas acordadas con la representación del personal, en cuyo caso *“mantendrán la vigencia prevista en el respectivo convenio colectivo o acuerdo de empresa, aplicándose durante el periodo de tiempo pactado, que podrá haber sido determinado o indeterminado”*, y las medidas unilateralmente adoptadas por la empresa, en cuyo caso *“la naturaleza preferente del cauce pactado ... (permite concluir que) pueden en cualquier momento ser sustituidas o modificadas a través de alguno de los instrumentos generados en el cauce negocial, sea este un convenio colectivo o sea un acuerdo de empresa”*¹⁷.

Y la tercera se refiere a su seguimiento. La LOIEMH no contempla con relación a las medidas de igualdad una norma de alcance similar al artículo 47 de la LOIEMH sobre transparencia en los planes de igualdad.

¹⁶ De hecho, Fernando Valdés Dal-Ré considera un elemento común entre medidas y planes el de que *“ambos tienen un ámbito funcional de aplicación coincidente con la totalidad de la empresa”* porque *“aún cuando es esta una previsión que se establece de manera expresa solo para los planes (artículo 46.3 LOIEMH), su aplicación también a las medidas ... se infiere del sujeto pasivo sobre el que recae el deber ex artículo 45.1 LOIEMH, que es la empresa”*, *“Igualdad ...”*, obra citada, página 96. Nuestra opinión en contrario –que se argumenta en el texto principal– creemos, además, que permite una mayor flexibilidad en la práctica, posibilitando medidas de igualdad aplicables a determinados centros de trabajo en empresa multicelulares o de estructura compleja, y/o a determinadas categorías de trabajadores/as.

¹⁷ Las citas literales se han tomado de Fernando Valdés Dal-Ré, *“Igualdad ...”*, obra citada, página 103.

Alguna doctrina ha sostenido su aplicación analógica¹⁸. Sin embargo, no es necesario acudir a ella porque la LOIEMH, modificando al efecto el artículo 64 del ET, ha reconocido a la representación unitaria del personal el derecho “*a recibir información ... sobre las medidas que se hubieren adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa*”. Probablemente el artículo 47 de la LOIEMH sea algo más exigente, pero ello lo explica la mayor complejidad del plan de igualdad.

III. LOS DEBERES DE NEGOCIAR Y DE ADOPTAR PLANES DE IGUALDAD.

Los deberes de negociar y de adoptar medidas de igualdad y los deberes de negociar y adoptar planes de igualdad operan en ámbitos de actuación excluyentes¹⁹ e incluso difieren en su caracterización porque, mientras los primeros son uniformes, los segundos son multiformes en la medida en que el alcance de los deberes de negociar y adoptar planes de igualdad depende de cuál sea la fuente de la obligatoriedad del plan de igualdad según el artículo 45 de la LOIEMH: la ley respecto a las grandes empresas –apartado 2-; el convenio colectivo –apartado 3-; o la actuación

¹⁸ En tal sentido, Fernando Valdés Dal-Ré sostiene la aplicación analógica a las medidas de igualdad de las exigencias de transparencia establecidas en el artículo 47 de la LOIEMH “*en una interpretación sistemática o de conjunto de los principios normativos ordenadores de las dos grandes vías de avance hacia un ejercicio real y efectivo del derecho de igualdad*”, y atendiendo a “*la consideración (de las medidas de igualdad) como una de las herramientas más relevantes, al menos en atención a criterios de frecuencia en el uso y de la población laboral afectada, para el logro de una efectiva implantación del derecho de igualdad entre mujeres y hombres*”, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 104 y 105.

¹⁹ Como muy correctamente apunta Fernando Valdés Dal-Ré, “*y la afirmación resulta de una notable obviedad, los deberes de negociar medidas y planes de igualdad carecen de puntos de encuentro, sean por superposición sean por yuxtaposición. La relación geométrica entre medidas y planes (y, por tanto, la de sus respectivos deberes de negociar) no es la propia del alineamiento en forma continua, de modo que la frustración de unas, las medidas, abre el acceso a los otros, los planes; esa relación responde a la lógica del paralelismo. Cada uno de estos deberes contribuye a la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres a través de cauces que discurren por itinerarios paralelos, pero estancos. A la postre, esta singular relación se debe y trae causa en el carácter alternativo y no sucesivo o acumulativo con el que se configuran las medidas y los planes, cada uno de los cuales tiene unos ámbitos de imputación normativa de carácter excluyente*”, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 93 y 94.

administrativa –apartado 4-. A estos supuestos de obligatoriedad se une el plan de igualdad en el empleo público estatal –artículo 64 de la LOIEMH-.

a) Obligatoriedad en empresas de más de 250 trabajadores/as.

Según establece el apartado 2 del artículo 45 de la LOIEMH, *“en el caso de las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad con el alcance y contenido establecidos en este Capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral”*. De este modo, el deber de implantar planes de igualdad en las grandes empresas se configura como una modulación del deber de adoptar medidas de igualdad, y el deber de negociar planes de igualdad se configura en paralelo al deber de negociar medidas de igualdad.

La literalidad de la norma nos conduce a la inmediata precisión de ser las empresas la unidad de cómputo, lo que se compadece con el ámbito empresarial de los planes de igualdad de las grandes empresas según el artículo 46.3 de la LOIEMH. En cuanto al cómputo de la plantilla, la doctrina científica más atinada²⁰ se ha inclinado por computar todos los contratos de trabajo, sean indefinidos sean temporales, sean a jornada completa o sean a jornada parcial. Incluso a trabajadores con su contrato

²⁰ Para Jaime Cabeza Pereiro, *“deben computarse todos los contratos”*, “Derecho ...”, obra citada, página 170, ratificando su opinión cuando añade que *“no parece que deban aplicarse las normas relativas al cómputo de plantilla a los efectos de las elecciones sindicales del artículo 72 ET y preceptos concordantes, puesto que su lógica obedece a propósito totalmente distinto”*, “Los planes ...”, obra citada, página 147. Fernando Valdés Dal-Ré considera esa solución la que *“traduce de manera más fiel el principio de igualdad de trato que informa la ordenación jurídica de las ... modalidades contractuales atípicas; esto es los contratos de trabajo de duración determinada –artículo 15.6 ET- y los trabajos a tiempo parcial –artículo 12.4.d) ET-”*, “Igualdad ...”, obra citada, página 111. Patricia Nieto Rojas defiende, sin embargo, la aplicación analógica del sistema de cómputo del artículo 72 del ET, en los “Comentarios ...” coordinados por Jesús Ramón Mercader Uguina, obra citada, páginas 400 y 401.

suspendido²¹. ¿Qué ocurre en los casos en que el número fluctúa a lo largo de un periodo temporal significativo, como el de un año? Parece lo más razonable concluir en tales casos la obligatoriedad del plan de igualdad²².

Remata el artículo 45.2 de la LOIEMH con una remisión a “*la legislación laboral*”, entendiéndose es al artículo 85.2.II del ET que –en la redacción dada en la disposición adicional 11^a.18 de la LOIEMH- establece que “*sin perjuicio de la libertad de contratación que se reconoce a las partes, a través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores de la ... forma*” detallada en dos incisos, el de la letra a) donde se delimita como es esa articulación en los convenios colectivos de empresa, y el de la letra b) donde se delimita como es esa articulación en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa.

(a) “*En los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios*”. Supuesto de la norma es una gran empresa con un convenio colectivo estatutario propio –si no lo tuviera se le aplicaría la letra b)-. Y la finalidad de la norma es reconducir la negociación del plan de igualdad al ámbito estatutario, excluyendo el extraestatutario. Ahora bien, la referencia a “*el marco de la negociación*” nos permite admitir tanto la inclusión del plan de igualdad en el articulado o en un anexo del convenio colectivo –lo cual es la práctica más corriente y más recomendable²³- como la adopción de otras fórmulas dentro del marco de la negociación colectiva estatutaria.

²¹ En este mismo sentido se manifiesta Fernando Valdés Dal-Ré, “Igualdad ...”, obra citada, página 112.

²² Para Gemma Fabregat Monfort “*un plan de igualdad a temporadas genera una inseguridad jurídica que no me parece defendible, o al menos no me lo parece si no se trata de variaciones cuantitativas de plantilla con efectos tan dilatados en el tiempo que sí puedan justificarlo ... menos aún me parece que pueda defenderse el permitir que no se adopte el plan de igualdad en los momentos en los que sí se alcance el número de 250 trabajadores, por ser estos residuales en la cotidianidad de la empresa*”, “Los planes de igualdad como obligación empresarial”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, página 24.

²³ Como explica Fernando Valdés Dal-Ré, es la mejor solución por una doble causa: “*La primera causa se vincula a la incorporación, en un único cuerpo contractual, de toda la ordenación jurídica de las*

Tal reconducción de la negociación del plan de igualdad al marco de la negociación estatutaria, que podemos calificar de positiva desde una valoración de política legislativa al colocar a la igualdad en el mismo ámbito de negociación estatutaria imperante en la empresa de que se trata, no se debiera considerar una norma tan rígida que, en determinados casos, no admita excepción que habilite la negociación del plan de igualdad sin esperar a la renovación del convenio colectivo estatutario propio, y, en particular, cuando durante la vigencia de ese convenio la empresa alcance una plantilla de 250 trabajadores que no tenía cuando se había negociado, en cuyo caso lo más idóneo sería negociar desde ya el plan de igualdad²⁴.

No contempla la norma los convenios de ámbito infraempresarial, lo cual se compadece con el ámbito empresarial que, según el artículo 46.3 de la LOIEMH, ostenta el plan de igualdad en las grandes empresas. Por ello, en las grandes empresas con varios convenios colectivos propios –de centro de trabajo, multicentro o franja-, el plan de igualdad de la empresa adoptará la fórmula de convenios o acuerdos que tanto pueden articular la negociación en ámbitos infraempresariales como pueden establecer normas sustantivas de mayor o menor concreción aplicables con carácter general –o ambas cosas-. Tal convenios o acuerdos debieran ser, a nuestro juicio, estatutarios si aplicamos el espíritu en el cual se basa el inciso de la letra a).

(b) *“En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran*

relaciones laborales, incluidas las materias de igualdad (unidad formal) ... (ello) tiene un notable valor pedagógico, siendo evidente que la pertenencia del plan de igualdad al instrumento contractual colectivo por excelencia acentúa el carácter pactado del propio plan de igualdad ... (y se) facilita a los trabajadores el conocimiento agregado del conjunto de las condiciones que regulan las relaciones laborales, lo que les posibilita un más sencillo manejo. La segunda (causa) la dispensa la unidad material ... la inclusión del plan de igualdad posibilita una integrada comprensión de las medidas convenidas, propiciando una más adecuada sistematización y valoración de las reglas convenidas, y, sobre todo, una mejor aplicación de las mismas”, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 140 y 141, passim.

²⁴ También Fernando Valdés Dal-Ré alcanza esta solución valorando el carácter autónomo del deber de negociar planes de igualdad ex artículo 45 de la LOIEMH, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 129 a 132.

establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad". Supuesto de la norma es una gran empresa sin convenio colectivo estatutario propio –si lo tuviera se le aplicaría la letra a)-. Y la finalidad de la norma es potenciar, desde un nivel supraempresarial²⁵, la regulación de la igualdad en esas grandes empresas, que se podrá formalizar en convenio o acuerdo estatutario o extraestatutario según esos términos y condiciones.

Tal habilitación legal para el establecimiento de las oportunas reglas de complementariedad, que podemos calificar de positiva al potenciar la apertura de espacios negociadores en grandes empresas donde la negociación colectiva estatutaria no se ha desarrollado convenientemente²⁶, admite cláusulas que tanto pueden articular la negociación en ámbitos infraempresariales como pueden establecer normas sustantivas de mayor o menor concreción aplicables con carácter general –o ambas cosas-²⁷. Aunque desde el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, y la Ley

²⁵ Algunos convenios colectivos supraempresariales ya han hecho uso de la facultad que les atribuye el artículo 85.2.II.b) del ET. Véanse los artículos 101 a 108 del XVII Convenio Colectivo General de la Industria Química, BOE de 9.4.2013 –los artículos homónimos del XVI fueron comentados por Teresa Pérez del Río en www.fitega.ccoo.es -, o la disposición adicional 6ª del III Convenio Colectivo Estatal de la Industria de la Madera –BOE de 7.12.2007-. Procedente es recordar, en este momento, lo establecido en el artículo 25 de Ley Gallega 2/2007, de 28 de marzo, de trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia, que fomenta la negociación de un Acuerdo Marco Interprofesional de ámbito autonómico sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Desafortunadamente, aún no llegó a buen puerto.

²⁶ A ese efecto positivo del artículo 85.2.II.b) del ET se refiere Ricardo Escudero Rodríguez, “Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007”, Relaciones Laborales, número 9, 2007, página 70, quien cita como ejemplos de sectores productivos con un elevado número de grandes empresas y en los que la negociación colectiva de empresa o no está desarrollada o lo está de manera precaria, los de limpieza, banca, cajas de ahorros, grandes almacenes, telemarketing, hostelería y residencias de personas mayores. Fernando Valdés Dal-Ré realiza una parecida crítica positiva de la norma, “Igualdad ...”, obra citada, página 139.

²⁷ De modo que, como concluye Fernando Valdés Dal-Ré, “(el convenio (de sector) puede erigirse en un convenio marco, limitándose a ofrecer a la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa las directrices u orientaciones generales a las que dicha negociación ha de atenerse en lo concerniente a la forma de llevar a cabo tanto la negociación misma (deber de negociar) como su contenido (plan de igualdad). Además, también puede el mencionado convenio de sector proceder a desarrollar el contenido más propiamente sustantivo del plan de igualdad ... puede formular reglas que tengan la naturaleza de condiciones mínimas, de modo que los planes de igualdad convenidos en las empresas no puedan sino mejorarlas ... puede identificar aquellas medidas de igualdad cuya regulación quede reservada a su exclusiva competencia ... (o) establecer normas básicas”, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 134 a 136.

3/2012, de 6 de junio, se admite la posibilidad de negociar en cualquier caso a nivel de empresa las materias recogidas en el artículo 84.2 del ET²⁸.

No contempla la norma los supuestos de grandes empresas sin convenio colectivo propio –de donde no se les aplica la letra a)- cuando simultáneamente ningún convenio colectivo supraempresarial establece reglas de complementariedad –conforme a la letra b)-. Ahora bien, ello, como resulta evidente, no exime “*a las empresas incluidas en el ámbito de imputación normativa del artículo 45.2 de la LOIEMH de la obligación de abrir tratos contractuales para la negociación de planes de igualdad*”²⁹. En estos casos, el plan de igualdad solo se podrá formalizar en convenio o acuerdo extraestatutario porque, en otro caso, entraría en concurrencia con el convenio supraempresarial sin que este haya permitido la concurrencia³⁰.

¿Qué ocurre si se incumple el deber de negociar el plan de igualdad? Sustancialmente son trasladables las consecuencias detalladas para el supuesto de incumplimiento de negociar medidas de igualdad. Y, a diferencia de lo que ocurría con el deber de negociar medidas de igualdad, el deber de negociar el plan de igualdad sí encuentra una infracción administrativa específica en la LISOS –introducida a través de la LOIEMH-, a saber, y como infracción grave, “*no cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad (establece) el Estatuto de los*

²⁸ Aquí está el principal problema que, desde la perspectiva de la igualdad, plantea el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, porque algunas de las materias en las cuales ostenta prioridad aplicativa el convenio de empresa afectan directamente al núcleo de la igualdad –en especial, las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal-, de modo que, aunque en los convenios en la cumbre se establezcan cláusulas mínimas en esas materias, siempre podrán ser reformadas in pejus en el convenio de empresa. Hasta el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de julio, ello no era posible en ningún caso. Desde este Real Decreto Ley y hasta el Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, ello era posible salvo si el convenio en la cumbre establecía cláusula en contrario. Y desde este Real Decreto Ley, como ha confirmado la Ley 3/2012, de 6 de julio, ya es posible en todo caso. La alerta surge porque en esos ámbitos inferiores de negociación la igualdad no siempre está bien tratada.

²⁹ La cita literal la he tomado de Fernando Valdés Dal-Ré, “Igualdad ...”, obra citada, página 143.

³⁰ Véase, en este mismo sentido, Fernando Valdés Dal-Ré, “Igualdad ...”, obra citada, página 144.

Trabajadores” –artículo 7.13º de la LISOS-. Un incumplimiento que no solo abarca la negativa a negociar, sino además el no negociar de buena fe.

¿Qué ocurre si, a pesar de negociar de buena fe, no se alcanza acuerdo sobre el plan de igualdad? Como el deber de negociar el plan de igualdad se configura como una modulación del deber de negociar medidas de igualdad, y este no obligaba a llegar a un acuerdo, la conclusión evidente es que aquel tampoco. Al fracasar el deber de negociar el plan de igualdad, y como ocurría al fracasar el deber de negociar medidas de igualdad, queda al descubierto el deber de adoptar medidas de igualdad, en este caso con las modulaciones –implantación de un plan de igualdad- que el artículo 45.2 de la LOIEMH ha ligado al tamaño de la empresa, y que supone un mayor compromiso de la empresa como garante de la igualdad.

b) Obligatoriedad impuesta en convenio colectivo.

Según establece el apartado 3 del artículo 45 de la LOIEMH, “*sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las empresas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo*”. Aquí el plan de igualdad no necesariamente será “*con el alcance y contenido establecidos en este capítulo*” –como se afirma en el artículo 45.2 de la LOIEMH-. No obstante, si se establece una obligación convencional, a primera vista lo más probable es que haga remisión a la regulación legal en cuanto al alcance y al contenido del plan de igualdad, o, sin hacer esa expresa remisión, esa regulación legal se tome como modelo.

Como se habla de “*convenio colectivo que sea aplicable*”, tanto vale el empresarial como el supraempresarial. Incluso en uno infraempresarial en cuanto la obligatoriedad impuesta en convenio colectivo no implica asumir el postulado de ámbito empresarial del artículo 46.3 de la LOIEMH.

¿Se podría en uno extraestatutario? La solución negativa encuentra fundamento en la contradicción existente entre la vocación de generalidad del plan de igualdad y la eficacia limitada del convenio colectivo extraestatutario. Ahora bien, si el empresario puede adoptar voluntariamente un plan de igualdad –artículo 45.5 de la LOIEMH-, es razonable admitir sea obligado en un convenio colectivo extraestatutario.

c) Conmutación de sanciones administrativas accesorias.

Según establece el apartado 4 del artículo 45 de la LOIEMH, *“las empresas también elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo”*, y *“en el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el apartado 12 del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 (de la LISOS) referidas a los supuestos de discriminación directa o indirecta por razón de sexo”* –artículo 46 bis.2 de la LISOS-.

De la lectura conjunta de ambas normas legales –el artículo 45.4 de la LOIEMH y el artículo 46 bis.2 de la LISOS- surgen algunas cuestiones interpretativas. Ante todo, la literalidad del artículo 46 bis.2 de la LISOS impide aplicar la conmutación –por más que se pudiera sostener lege ferenda la conveniencia de su aplicación en otros casos con identidad de razón y sin perjuicio de un desarrollo reglamentario ampliatorio admisible al no ser restrictivo de los derechos de la empresa sancionada- fuera de los supuestos en él previstos –artículos 8.12º y 16.2º de la LISOS y solo si se

trata de discriminación sexista-, aunque se trate de otras infracciones punibles con las sanciones accesorias del artículo 46 bis.1 de la LISOS³¹.

Una dificultad se deriva de la ambigüedad de la expresión “*previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras*”, que, a nuestro juicio, se debe entender en el sentido de que se agotará, en primer lugar, el intento de negociación y, en segundo lugar, se acudirá a la consulta, sin que se le atribuya la facultad de decidir una cosa u otra a la Autoridad Laboral³². Pero no resulta claro si la negociación o consulta es un elemento constitutivo de la posibilidad de conmutación, de donde se cuestiona si, sin existir esa representación en la empresa, cabe o no la conmutación, una cuestión sobre la cual existen opiniones doctrinales razonables que la admiten³³ y otras que la niegan³⁴.

La referencia a “*un plan de igualdad en la empresa*” se debe entender –porque nos encontramos ante un expediente administrativo

³¹ Quedan así fuera de la posibilidad de conmutación las infracciones muy graves tipificadas en los apartados 13 y 13 bis del artículo 8 de la LISOS y las infracciones muy graves tipificadas en el apartado 12 del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 cuando no se trate de discriminación por razón de sexo, aunque, en todos estos casos, se pueden imponer las sanciones accesorias a que se alude en el artículo 46 bis.1 de la LISOS. Por descontado, no se aplicará la posibilidad de conmutación en relación con otras infracciones susceptibles –ex artículo 46 de la LISOS- de ser penadas con otras sanciones accesorias.

³² En este sentido, Fernando Valdés Dal-Ré, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 166 a 168. Se manifiestan en sentido contrario, atribuyendo la facultad de decidir el procedimiento a la Autoridad Laboral –aunque sin realizar ninguna argumentación-, Patricia Nieto Rojas, “Comentarios ...”, obra citada, página 404, y Sara Ruano Albertos / Aránzazu Vicente Palacio, en los “Comentarios ...” dirigidos por José Ignacio García Ninet y que coordina Amparo Garrigues Giménez, obra citada, página 364.

³³ Posición doctrinal sostenida por Gemma Fabregat Monfort, para quien “*dado que se trata de un plan de igualdad cuya obligatoriedad viene impuesta por la Autoridad laboral y teniendo en cuenta, además, que la negociación se limita en defecto de acuerdo a un trámite de consultas ... de no poderse elaborar el plan de igualdad por no existir representantes de los trabajadores, el empresario podrá amortizar tanto el trámite de la consulta como el de la negociación*”, “Los planes ...”, obra citada, página 18. Posición esta que sería defendible, por su mayor flexibilidad, siempre que su conclusión no fuese amortizar los trámites de negociación y de consulta, sino que su conclusión fuese sustituir la intervención de la representación legal por una representación ad hoc elegida directamente por la plantilla de la empresa, aunque debamos reconocer la dificultad de llegar a dicha conclusión sin un apoyo normativo explícito.

³⁴ Posición doctrinal sostenida por Fernando Valdés Dal-Ré, para quien “*una interpretación sistemática de los artículos en juego, en la que se tenga en cuenta el contexto en el que se adopta la decisión administrativa –procedimiento sancionador abierto por infracción grave a deberes vinculados con la igualdad por razón de género-, milita a favor de la ... tesis ... (de) que ha de clausurarse toda posible vía de elaboración del plan de igualdad sin la intervención de la representación social de los trabajadores ... esta inteligencia fuerza a excluir el que la Autoridad laboral pueda acordar este procedimiento de sustitución en caso de ausencia de órganos de representación*”, “Igualdad ...”, obra citada, página 166.

referido no a la situación general de la empresa sino a una infracción concreta- como un plan para la mejora de los parámetros de igualdad dentro del ámbito del incumplimiento administrativo de que se trate –por ejemplo, en el retributivo si la sanción se deriva de una discriminación salarial-. Ahora bien, el que ello sea así no impide que la empresa asuma la implementación de un plan de igualdad que se refiera a más parámetros de igualdad que los situados en el ámbito del incumplimiento administrativo de que se trate, e incluso que se refiera a todos los parámetros de igualdad.

Si se incumpliere el plan de igualdad sustitutorio, (1) será ineficaz la sustitución de las sanciones accesorias, cuyo plazo de prescripción había quedado suspendido al aprobarse la conmutación –artículo 46 bis.1 in fine y 2 de la LISOS-, y (2) se incurre en la infracción administrativa específica muy grave –artículo 8.17º de la LISOS- de “*no elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley*”. Infracción administrativa específica distinta en su sanción a la grave del artículo 7.13º de la LISOS para conductas similares respecto a otros planes de igualdad.

A la vista de su penalidad muy grave, además de la asociada a la infracción de origen –incluyendo sus sanciones accesorias-, esta infracción ha generado dudas doctrinales en cuanto a su adecuación con el non bis in idem³⁵ y con el principio de proporcionalidad³⁶, que se deben despejar

³⁵ José Delgado Ruíz concluye que “*resulta desproporcionado sancionar (el) incumplimiento (en relación con el plan de igualdad) con la misma penalidad que la infracción de la que trae causa*”, constituyendo “*un verdadero supuesto de duplicidad de sanciones*”, “Régimen sancionador de la ley de igualdad”, en “Comentarios ...” coordinados por Jesús Ramón Mercader Uguina, obra citada, páginas 712 y 713. A nuestro juicio, es más correcta la opinión de María Fernanda Fernández López quien destaca que la infracción del artículo 8.17º de la LISOS no solo se justifica en el mantenimiento de la situación discriminatoria no resuelta dado el incumplimiento del plan, sino además en su propio incumplimiento, en cuanto cuestiona su eficacia como instrumento de superación de situaciones discriminatorias, con lo que, al no haber un fundamento común con la infracción de origen, se respeta el non bis in idem, “La tutela laboral frente a la discriminación por razón de sexo”, Editorial La Ley, Madrid, 2008, páginas 94 a 99.

considerando el complejo conjunto de bienes jurídicos protegidos –la reiteración en la conducta discriminatoria y el incumplimiento de un acuerdo de conmutación-. En línea con lo expuesto, la conducta *“hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos”* concurre –eliminado así la aparente ambigüedad de la infracción- cuando ese incumplimiento suponga la reiteración en la conducta discriminatoria, pero no en otro caso.

d) Obligatoriedad en el empleo público estatal.

Aunque ni se alude en el artículo 45 de la LOIEMH, existe otro supuesto de obligatoriedad del plan de igualdad, y es el ámbito del empleo público estatal, ya que, como establece el artículo 64 de la LOIEMH, *“el Gobierno aprobará, al inicio de cada legislatura, un Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella”*, añadiéndose que *“el Plan establecerá los objetivos a alcanzar en materia de promoción de la igualdad de trato y oportunidades en el empleo público, así como las estrategias o medidas a adoptar para su consecución”*, y que *“el Plan será objeto de negociación, y en su caso acuerdo, con la representación legal de los empleados públicos en la forma que se determine en la legislación sobre negociación colectiva en la Administración Pública y su cumplimiento será evaluado anualmente por el Consejo de Ministros”*. Por Acuerdo de 28 de enero de 2011 del Consejo de Ministros se ha aprobado

³⁶ José Delgado Ruíz concluye que *“el distinto trato que se dispensa al incumplimiento de los planes de igualdad en el régimen administrativo sancionador (que) se pretende justificar en su distinto origen ... (es un) quebranto del principio de proporcionalidad”*, “Régimen sancionador de la ley de igualdad”, en “Comentarios ...” coordinados por Jesús Ramón Mercader Uguina, obra citada, página 712. Pero esta opinión olvida que, en la base del artículo 8.17º de la LISOS, se encuentra una discriminación sexista sancionada en una resolución administrativa, de modo que el empresario, al incumplir el plan sustitutorio, mantiene sin solucionar una vulneración de la igualdad de trato, con desprecio tanto de esa resolución administrativa como de las finalidades del plan de igualdad como instrumento de superación de situaciones discriminatorias, mientras que en la base del artículo 7.13º de la LISOS nunca existe una resolución administrativa sancionadora, e incluso puede no existir una vulneración de la igualdad de trato.

el I Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus Organismos Autónomos –BOE de 1.6.2011-.

De manera semejante a la Administración General del Estado, es algo perfectamente posible, completamente deseable y, además, algunas ya la han asumido³⁷, que otras Administraciones Públicas asumieran la obligación de planes de igualdad respecto a sus empleados/as públicos/as.

e) Planes de igualdad voluntarios.

Según establece el apartado 5 del artículo 45 de la LOIEMH, “*la elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras*”. Hay dos escenarios posibles para un plan de igualdad voluntario. Uno es cuando, habiendo constancia de una carencia de igualdad en la empresa, y, en consecuencia, habiendo nacido el deber de negociar y adoptar medidas de igualdad, el empresario, en vez de adoptar una medida de igualdad, decide voluntariamente adoptar un plan de igualdad. En este caso, al haberse efectuado una negociación, queda cumplimentada la consulta establecida en el artículo 45.5 de la LOIEMH³⁸.

Otro escenario posible para un plan de igualdad voluntario es cuando, sin constancia de una carencia de igualdad en la empresa y, en consecuencia, sin haber nacido el deber de negociar y adoptar medidas de

³⁷ Así, el artículo 10.1 de Ley Gallega 2/2007, de 28 de marzo, de trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia establece que “*los planes de igualdad serán obligatorios para la Administración autonómica, sus organismos autónomos, las sociedades públicas, las fundaciones del sector público autonómico, las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la Comunidad Autónoma y los organismos con dotación diferenciada en los Presupuestos de la Comunidad Autónoma que, careciendo de personalidad jurídica, no estén integrados en la Administración de la Comunidad Autónoma*”.

³⁸ Son aplicables a este supuesto las afirmaciones de Manuel Pérez Pérez / Esperanza Roales Paniagua de que “*no siendo el deber de negociar medidas que fomenten la igualdad identificable con la facultad de elaborar e implantar planes, sí se puede decir que, si se cumple de forma voluntaria con esta hipótesis, indirectamente se está cumpliendo con el deber legal de negociar medidas de igualdad*”, y, al contrario, “*si no se hace esta elaboración e implantación voluntaria, sigue vivo el deber legal que vincula a todas las empresas de negociar las medidas que fomenten la igualdad*”, “El deber ...”, obra citada, página 316.

igualdad, el empresario decide voluntariamente adoptarlo. Aquí estamos ante una manifestación de responsabilidad social de la empresa, esto es fundada en la voluntariedad –artículos 72 y 73 de la LOIEMH-³⁹, con la matización de que –sin duda dada la complejidad de un plan de igualdad- se exige la consulta establecida en el artículo 45.5 de la LOIEMH. Por lo demás, la consulta es obligatoria, de donde su ausencia determina la nulidad del plan de igualdad, aunque el informe no vincula a la empresa.

El artículo 49 de la LOIEMH obliga al Gobierno a fomentar la adopción voluntaria de planes de igualdad, especialmente en las pequeñas y medianas empresas, e incluyendo el apoyo técnico necesario. Si uno de los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos es el fomento de la igualdad en las relaciones particulares –artículo 14.10º de la LOIEMH-, la totalidad de los instrumentos de integración de la igualdad en las empresas –medidas de igualdad, planes de igualdad o responsabilidad social empresarial- deben ser fomentados. Ahora bien, si la acción es voluntaria y compleja –como son los planes de igualdad voluntarios- ese deber resulta aún más acusado. Ello justifica la existencia del artículo 49 de la LOIEMH.

IV. LOS RASGOS DEFINITORIOS DEL PLAN DE IGUALDAD.

Según el artículo 46, apartado 1, de la LOIEMH, *“los planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo”*, en los cuales *“(se) fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas*

³⁹ De ahí que Amparo Merino Segovia analice el plan de igualdad voluntario del artículo 45.5 de la LOIEMH como una acción o un instrumento de responsabilidad social previsto en la LOIEMH, “Igualdad de género, empresa y responsabilidad social”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, páginas 72 a 76.

a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados". Tal concepto, aunque está pensado para los planes de igualdad de las grandes empresas, resulta aplicable a todas las modalidades de planes de igualdad⁴⁰.

Una lectura de la norma nos pone de manifiesto que, entre los elementos esenciales del concepto de plan de igualdad, hay unos estáticos y otros dinámicos. Los elementos estáticos son los que más claramente asociamos a la existencia de un plan de igualdad: un conjunto ordenado de medidas dirigidas a la consecución de la igualdad. Pero el plan de igualdad, para serlo –de ahí estemos ante otros elementos esenciales–, exige la concurrencia de ciertos elementos dinámicos: realización previa de un diagnóstico de situación, adopción y establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados. Solo si concurren los elementos estáticos y los elementos dinámicos existirá un plan de igualdad.

a) Elementos estáticos de los planes de igualdad.

Como se deriva del artículo 46, apartado 1, de la LOIEMH, un plan de igualdad es *“un conjunto ordenado de medidas”*, lo que es la antítesis de medidas dispersas y sin coherencia interna⁴¹. Tales medidas podrán incidir sobre cualquier materia. A modo de ejemplo, la LOIEMH afirma

⁴⁰ El artículo 45, apartado 2, de la LOIEMH obliga a las empresas de más de 250 trabajadores a elaborar y aplicar *“un plan de igualdad con el alcance y contenido establecido en este Capítulo”* –comprensivo de los artículos 45 a 48–, de modo que, en principio, las exigencias del artículo 46, apartado 1, de la LOIEMH solo son exigibles solo a esas empresas. Pero las exigencias del artículo 46, apartado 1, de la LOIEMH –a diferencia de las contenidas en el apartado 2 del artículo 46 y en el artículo 47– son exigencias consustanciales al concepto mismo de plan de igualdad, es decir, si no concurren, no se puede considerar existe un auténtico plan de igualdad, sino medidas genéricas o aisladas de igualdad. Así, el concepto del artículo 46, apartado 1, es extensible a los planes de igualdad obligatorios según convenio colectivo –artículo 45, apartado 3–, a los derivados de la conmutación de una sanción administrativa –artículo 45, apartado 4–, y a los voluntariamente asumidos por la propia empresa –artículo 45, apartado 5–.

⁴¹ Un plan de igualdad, como bien afirma Gemma Fabregat Monfort, *“es un todo, con coherencia interna”*, “Los planes ...”, obra citada, página 13. Para Sara Ruano Albertos / Aránzazu Vicente Palacio, un plan de igualdad *“indica la existencia de un proyecto organizado”*, en los “Comentarios ...” dirigidos por José Ignacio García Ninet y que coordina Amparo Garrigues Giménez, obra citada, página 368.

que *“para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo”* –artículo 46.2-.

Las medidas de igualdad pueden ser de implantación inmediata – como mejoras de los derechos de maternidad, paternidad o conciliación-, o progresiva –como una composición equilibrada por sexo de la plantilla-. Teóricamente, aquellas son propias del convenio colectivo, al ser un instrumento negocial más rígido, mientras estas lo son del plan de igualdad, de funcionamiento dinámico –de hecho, cuando el artículo 46.1.II de la LOIEMH establece el contenido de los planes de igualdad, se refiere a *“los concretos objetivos de igualdad a alcanzar (y) las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución”*-. Pero en la práctica la libertad de las partes conduce a situaciones más complejas en cuanto a los diversos contenidos.

b) Elementos dinámicos de los planes de igualdad.

Como se deriva del artículo 46, apartado 1, de la LOIEMH, un plan de igualdad no es cualquier conjunto ordenado de medidas, sino solo aquel incardinado en un proceso (1) que se inicia con el previo diagnóstico de situación, (2) que culmina con su adopción y (3) que continúa con su seguimiento y evaluación. La LOIEMH se limita a citar estas tres fases, dejando su regulación en detalle a los propios planes de igualdad, que, de este modo, disponen de amplio ámbito de autorregulación. En suma, es en los propios planes de igualdad donde se encuentra el centro de gravedad de

la regulación de sus aspectos dinámicos –sin perjuicio de lo regulado en convenio colectivo supraempresarial según el artículo 85.2.II.b) del ET-.

(1) El diagnóstico previo de situación. Aparte de exigirlo con carácter previo a la adopción del plan –artículo 46, apartado 1-, la LOIEMH nada más dice sobre dicho diagnóstico, ni siquiera quién lo debe hacer, quedando así abierta la posibilidad de hacerlo unilateralmente el empresario, conjuntamente con la representación del personal, o con intervención de terceras personas. Lo que sí hace la LOIEMH es introducir nuevas competencias a favor de la representación unitaria del personal, en particular en orden a recibir información sobre el estado de la igualdad dentro de la empresa⁴² que, aunque la empresa haga un autodiagnóstico, garantizan la más adecuada información de la representación del personal.

(2) La adopción del plan de igualdad. Que obedece a una negociación entre la empresa con la representación del personal cuando así se exija –artículo 45.2 de la LOIEMH-, e incluso suele ser así aún cuando ello no se exija –artículo 45.5 de la LOIEMH-. Tampoco es inusual que, cuando la representación del personal con la cual se ha negociado reúne las exigencias de legitimación necesarias para negociar convenios colectivos estatutarios, el plan de igualdad se formalice como un convenio colectivo o sus medidas se incluyan en el convenio colectivo, en su propio texto articulado o como un anexo al convenio colectivo. Tal forma de proceder subsana el inconveniente de falta de publicidad de los planes de igualdad.

(3) Seguimiento y evaluación. Si bien el artículo 46.2 de la LOIEMH exige “el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación

⁴² Se le reconoce a la representación unitaria del personal –artículo 62 del ET-: 1ª. “(El) derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo”. 2ª. “Vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres”. 3ª. “(La colaboración) con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación”.

de los objetivos fijados”, se deja –como es tónica general en la regulación legal de la materia- el desarrollo de esas cuestiones a la autonomía de las partes, que la suelen concretar en una comisión de igualdad –a las cuales se alude incidentalmente en el artículo 47 de la LOIEMH- con las más diversas denominaciones –comisiones paritarias, mixtas, de control, de seguimiento o de vigilancia, observatorios o instancias de igualdad, o calificando la igualdad como de trato y oportunidades, o solo de oportunidades, o de género, o entre los sexos, o de mujeres y hombres ...-.

c) Las comisiones de igualdad.

Ya antes de la LOIEMH, en algunas empresas o sectores se habían instaurado comisiones de igualdad a través de los convenios colectivos aplicables. Tras la LOIEMH, esa tendencia se ha visto potenciada en la medida en que –aunque no las regula- en su artículo 47 se alude a “*las comisiones paritarias de los convenios colectivos a las que estos atribuyan ... competencias (de seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre planes de igualdad)*”. Hoy día, en la práctica totalidad de los planes de igualdad, se contemplan, a consecuencia de su intrínseco dinamismo, comisiones de igualdad o figuras específicas similares. Pero en los convenios colectivos a todos los niveles su implantación es más irregular.

Siendo la autonomía de las partes amplísima en la configuración de las comisiones de igualdad –u otras figuras específicas similares-, e instaurándose no solo en los planes de igualdad, también en algunos convenios colectivos, se produce una gran cantidad de variantes reguladoras en cuanto a sus competencias, difíciles de encuadrar en función de unos criterios generales si no es cometiendo alguna imprecisión. Asumiendo ese riesgo, distinguiremos tres grandes grupos de comisiones

de igualdad: con funciones de vigilancia⁴³, con funciones de vigilancia más facultades negociadoras⁴⁴, y con funciones de asesoramiento⁴⁵. Y aún se añade la existencia en ocasiones de otras figuras específicas similares⁴⁶.

d) Ámbito empresarial y transparencia.

Hay dos elementos legalmente exigidos para los planes de igualdad de las grandes empresas en los artículos 46.3 y 47 de la LOIEMH que, al no ser consustanciales al concepto de plan de igualdad, no necesariamente son predicables de cualquier otro plan de igualdad, aunque, probablemente, la tendencia en la práctica será tomar como modelo el legalmente establecido para las grandes empresas a la hora de pactar en un convenio colectivo, de acordar la conmutación de sanción o de implantar un plan de

⁴³ Un primer modelo competencial de comisiones de igualdad es el atributivo de competencias de seguimiento del plan de igualdad de la empresa –que es el modelo a que se refiere el artículo 47 de la LOIEMH-, y se aparece en los convenios colectivos de empresa donde se implantan planes de igualdad o en los planes de igualdad. En estos casos, las comisiones de igualdad pueden ser paritarias –es decir, con representación de la empresa y del personal-, o simplemente delegadas del comité de empresa o elegidas directamente por la representación del personal. Además, estas comisiones suelen asumir las competencias en materia de igualdad atribuidas a la representación del personal en el artículo 62 del ET.

⁴⁴ Un segundo modelo competencial de comisiones de igualdad es el que, además de las funciones de vigilancia, atribuye competencias de negociación y/o mejora del plan de igualdad, en cuyo caso deben ser necesariamente paritarias –es decir con participación de representantes de la empresa porque si no la negociación sería imposible-. Se trata de una práctica loable en cuanto facilita una negociación colectiva dinámica del plan de igualdad. No se encuentra aparentemente tan extendido como el modelo anterior, aunque las comisiones de igualdad con competencias de seguimiento del plan de igualdad si son paritarias acabarán muy probablemente asumiendo en la práctica competencias de reforma del plan de igualdad.

⁴⁵ Un tercer modelo competencial de comisiones de igualdad es el atributivo de competencias de asesoramiento a las empresas que instauren planes de igualdad, y se aparece exclusivamente en los convenios de sector. Al ser comisiones sectoriales, sus competencias difieren de las de empresa, y tienden a funcionar como instituciones de apoyo en la aplicación de la ley en las empresas, aunque pueden ir algo más allá, buscando implantar planes sectoriales de igualdad. Por ejemplo, véase el artículo 105 del XVII Convenio Colectivo General de la Industria Química, BOE de 9.4.2013, o el artículo 79 del Convenio colectivo de trabajo de ámbito estatal del sector de la mediación en seguros privados, BOE de 3.2.2012.

⁴⁶ Junto a las comisiones de igualdad, algunos planes de igualdad regulan otras figuras específicas similares, como agentes de igualdad que actúan como puntos de información o como responsables del plan, o dos defensores/as de la igualdad, uno/a por la empresa y otro/a por la representación laboral. Si la determinación de la naturaleza de las comisiones de igualdad obligaba al examen de cada convenio colectivo, plan de igualdad o, en general, acuerdo donde se hayan constituido o donde se encuentren reguladas, ello resulta aún más acusado en el caso de estas otras figuras específicas similares. Habrá que estar a cada caso concreto en cuanto a su organización, nombramientos, competencias y funcionamiento.

igualdad voluntario, con lo cual se trata de dos elementos que pueden ser habituales en los demás casos. Tales elementos legalmente exigidos para las grandes empresas y habituales en los demás casos, son los siguientes:

1°. Uno es el de que *“incluirán la totalidad de una empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo”* –artículo 46.3 de la LOIEMH-. Con esta norma no se pretende tanto igualar las medidas a aplicar en los distintos centros de trabajo, de ahí la salvedad final que en ella se contiene, como se pretende evitar que, por el juego de las normas generales sobre representación unitaria de los/as trabajadores/as, determinados centros con una escasa o nula representación queden descolgados del plan de igualdad.

2°. Otro es la transparencia regulada en el artículo 47 de la LOIEMH, que garantiza *“el acceso de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras o, en su defecto, de los propios trabajadores y trabajadoras, a la información sobre el contenido de los Planes de igualdad y la consecución de sus objetivos”*, añadiendo que *“lo previsto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre planes de igualdad por parte de las comisiones paritarias de los convenios colectivos a las que estos atribuyan estas competencias”*.

V. ACCIONES POSITIVAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

El artículo 43 de la LOIEMH, rubricado *“promoción de la igualdad en la negociación colectiva”*, afirma que, *“de acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres”*. Aunque los deberes empresariales establecidos en el artículo 45 de la

LOIEMH ya comprenden tácitamente las acciones positivas, la discusión alrededor de su legitimidad nos permiten calificar como algo muy prudente la decisión legislativa de habilitar expresamente a la negociación colectiva.

Tal habilitación ostenta un carácter general –es decir, no habilita, en sí misma considerada, cualquier acción positiva- y se debe complementar – el inciso inicial de la norma es “*de acuerdo con lo establecido legalmente*”- con los llamamientos a la negociación colectiva realizados en la legislación laboral y, en particular, en el artículo 17.4 del ET, donde se establece que “*la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones*”, concretando las reservas y las preferencias que, a tal efecto, se podrán establecer tanto en “*las condiciones de contratación*” como en “*las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación*”.

VI. CONTROL DE LEGALIDAD DE CONVENIOS COLECTIVOS.

Además del fomento de la igualdad, la LOIEMH busca erradicar la discriminación en la negociación colectiva, introduciendo al efecto –a través de su disposición adicional 11^a.19- un apartado 6 al artículo 90 del ET según el cual “*la Autoridad laboral velará por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo*”, algo que ya antes debía hacer a causa de la norma general –contenida en el apartado 5- sobre control de legalidad de los convenios colectivos –aunque la referencia al principio de igualdad, única materia expresamente nominada, se debería traducir en una diligencia especial-, añadiendo dos cosas más:

a) Que, “*a tales efectos, podrá recabar el asesoramiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según proceda por su ámbito territorial*”, algo sin duda

factible aún antes de la LOIEMH atendiendo a las amplias competencias de esos organismos –por ejemplo, el Instituto de la Mujer es competente para asesorar al Gobierno, según el artículo 2.5° de la LIM-. Amplias competencias que asimismo amparan a los organismos de igualdad para instar de la Autoridad laboral que esta de oficio se dirija a la Jurisdicción competente –por ejemplo, el Instituto de la Mujer es competente para impulsar medidas antidiscriminatorias, según el artículo 2.4° de la LIM-.

b) Que *“cuando la Autoridad laboral se haya dirigido a la jurisdicción competente por entender que el convenio colectivo pudiera contener cláusulas discriminatorias, lo pondrá en conocimiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según su ámbito territorial”*, concluyendo con un *“sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 95 de la LPL”* – donde se establece la posibilidad de solicitar, por el órgano judicial, un dictamen a los organismos públicos competentes en litigios sobre discriminación sexista- cuyo sentido es admitir que el órgano judicial se dirija a esos organismos aunque estos conocieran antes del asunto litigioso.

VII. LA INTEGRACIÓN DE LA IGUALDAD EN LAS EMPRESAS A TRAVÉS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL.

Aunque es el más importante en la teoría y en la práctica, la negociación colectiva no es el único instrumento de integración de la igualdad en las empresas contemplado en la LOIEMH, que asimismo regula, en su Título VIII, *“la igualdad en la responsabilidad social de las empresas”*, comprensivo de tres artículos, los dos primeros –el 73 y el 74- de contenido general, mientras el tercero –el 75- es una medida concreta. Conviene destacar, antes de comenzar el análisis de estas normas, que la igualdad de los sexos es un aspecto en el cual inciden todos los

instrumentos internacionales y europeos sobre responsabilidad social de las empresas⁴⁷. También los instrumentos existentes en el ámbito nacional⁴⁸.

a) Voluntariedad versus regulación en la responsabilidad social en el ámbito de la igualdad de género.

La característica distintiva de la responsabilidad social empresarial es la voluntariedad, como lo reconoce el artículo 73 de la LOIEMH cuando dice, en su párrafo primero, que *“las empresas podrán asumir la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social”*. Tales acciones se definen con amplitud como *“medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o en su entorno social”*. Inciso final que admite –según es la configuración habitualmente aceptada de la responsabilidad social de las empresas- su posible proyección en la empresa y/o en su entorno social.

El gran dilema de la responsabilidad social empresarial es que, aunque la voluntariedad pugna con todo tipo de regulación, esta es

⁴⁷ La no discriminación en el empleo aparece en los documentos de responsabilidad social empresarial más destacados a nivel mundial, véanse los números 21 a 23 de la Declaración de Principios sobre empresas multinacionales de la OIT (adoptada en 1977 y enmendada en 2000), el apartado V.1.e) de las Líneas Directrices para empresas multinacionales de la OCDE (2000, última revisión 2011), y el principio sexto del Pacto Mundial de las Naciones Unidas Global Compact (2000). A nivel europeo, véanse los números 28 y 29 del Libro Verde de la Comisión “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas” (18.7.2001). Para más información, véase Inmaculada Ballester Pastor, “El distintivo de calidad empresarial como manifestación de la responsabilidad social corporativa y su repercusión en las prácticas empresariales defensoras de la igualdad de oportunidades. Estudio de derecho internacional y comunitario”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número 67, 2007.

⁴⁸ El documento más conocido sobre responsabilidad social empresarial en España es el Informe de la Subcomisión para potenciar y promover la responsabilidad social de las empresas, creada dentro de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados, conocido como el Libro Blanco (2005), y, entre sus Recomendaciones, la 11 se refiere a *“fomentar la igualdad entre hombres y mujeres en todos los planos de actividad de la empresa”*, explicando al respecto que *“la empresa es uno de los espacios sociales en los que más difícil está resultando la igualdad de mujeres y hombres – son evidentes las discriminaciones existentes en el salario, en las profesiones, en la carrera profesional, en los órganos directivos – una política integral de responsabilidad social empresarial debe incluir un compromiso firme y decidido por ir superando esas desigualdades y debe tener aplicación en todos los planos de actividad empresarial”*, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 4.8.2006.

necesaria para verificar frente a la sociedad –en especial, los consumidores- si la empresa efectivamente está cumpliendo con los compromisos que dice haber asumido. Sin duda alguna este gran dilema ha determinado que la LOIEMH –hasta ahora la única norma española con rango legal sobre responsabilidad social empresarial- no se haya decantado ni por una radical voluntariedad –si lo hubiera hecho estas normas sobrarían- ni por una regulación legal completa⁴⁹, estableciendo –en la búsqueda de un difícil punto intermedio- varias reglas fiscalizadoras de un típico derecho blando:

- La primera es la recomendación indirecta de concertar las acciones de responsabilidad social con los sujetos implicados que se trasluce de la afirmación de que *“la realización de estas acciones podrá ser concertada con la representación de trabajadores y trabajadoras, las organizaciones de consumidores y consumidoras y usuarios y usuarias, las asociaciones cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres y los organismos de igualdad”* –artículo 73, párrafo segundo-⁵⁰. Además, si se alcanzase un acuerdo con alguno de los sujetos implicados es evidente que la acción de responsabilidad social de que se trate se deberá de sujetar en su adopción y en su ejecución a los términos de ese acuerdo.

- La segunda es la obligación de informar *“a los representantes de los trabajadores de las acciones que no se concierten con los mismos”* – artículo 73, párrafo tercero-. Por la amplitud de la redacción, la obligación se refiere tanto a las acciones de responsabilidad social en el seno de la

⁴⁹ Amparo Merino Segovia critica, justamente, que *“la dedicación monográfica que hace el Título VII de la LOIEMH a la igualdad en la responsabilidad social empresarial no ha servido para definir un modelo legal coherente, con una regulación jurídica que aborde cuestiones de contenido, evaluación y verificación, y sometido a normas de transparencia y a controles externos de legislación perfectamente definidos – en definitiva. Lejos de aportar un enfoque común y unitario que actúe como referente social, el legislador no ha hecho sino dar mayor incertidumbre al concepto, permitiendo a las empresas con su indefinición ofrecer pruebas de su responsabilidad social en materia de igualdad sin tener que garantizar que cumplen con la legislación social local o internacional”*, “Igualdad ...”, obra citada, páginas 34 y 35.

⁵⁰ También María José Senent Vidal destaca que el artículo 73.II de la LOIEMH es *“una indicación destinada a sugerir la conveniencia de (la) realización”* de conciertos con grupos de interés en el ámbito de la responsabilidad social, véase comentario al artículo 73 de la LOIEMH, “Comentarios ...” dirigidos por José Ignacio García Ninet y coordinados por Amparo Garrigues Giménez, obra citada, página 531.

empresa como en su entorno social⁵¹. Se ha criticado doctrinalmente la ambigüedad de la norma porque no especifica ni de qué representantes se trata –lo cual puede plantear problemas en grupos multinacionales-, ni cuándo se dará la información –si es previa a la acción o si se exige periodicidad-. Una interpretación útil conduce a informar a quienes pueda afectar las medidas y cuando sea lo adecuado para su mejor conocimiento.

- La tercera es la sumisión a la normativa laboral de “*las decisiones empresariales y acuerdos colectivos relativos a medidas laborales*” – artículo 73, apartado cuarto-. Con esta escueta norma se quiere significar que, aunque la acción de responsabilidad social nazca de la voluntad unilateral de la empresa, una vez adoptada se incorpora al contenido de la relación laboral –bien a través de su recepción en la negociación colectiva o en el contrato de trabajo, bien como condición más beneficiosa adquirida-, de modo que su modificación, limitación o derogación solo será posible si en su adopción la empresa se ha reservado válidamente esas facultades o, en otro caso, dentro de los límites fijados para el ejercicio del *ius variandi*.

- La cuarta es la sumisión del uso publicitario de las acciones de responsabilidad social a “*las condiciones establecidas en la legislación general de publicidad*”, y, a esos efectos, se legitima al Instituto de la Mujer, u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, “*para ejercer la acción de cesación cuando consideren que pudiera haberse incurrido en supuestos de publicidad engañosa*” –artículo 74-. No se está limitando la legitimación de los organismos públicos de igualdad a los

⁵¹ En el mismo sentido, María José Senent Vidal, en “Comentarios ...”, obra citada, página 534, y Amparo Merino Segovia, quien justifica esa amplitud en que “*toda actuación y política externas de la empresa que tenga que ver con el desarrollo de las comunidades locales, acción social ... tendrá, sin lugar a dudas, repercusiones, sean directas o indirectas, sobre sus propios trabajadores*”, “Igualdad ...”, obra citada, página 49. De hecho, es en relación con las acciones externas de responsabilidad social donde esta norma adquiere toda su relevancia si consideramos que en relación con las internas, la empresa se encuentra ya obligada a facilitar información sobre la igualdad a la representación del personal de conformidad con el artículo 64 del ET –modificado por la LOIEMH-. Así las cosas, Amparo Merino Segovia concluye que “*cualquier medida igualitaria interna tiene cabida en el artículo 64 del ET ... el artículo 73 de la LOIEMH lo es para las actuaciones externas*”, “Igualdad ...”, obra citada, página 51.

supuestos de publicidad engañosa, sino atribuyéndoles legitimación en los supuestos específicos de publicidad engañosa. Para los supuestos de publicidad ilícita se habrá de acudir a la legislación general de publicidad⁵².

b) La participación de las mujeres en consejos de administración de sociedades mercantiles.

El artículo 75 de la LOIEMH⁵³, bajo el epígrafe “*participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles*”, establece que “*las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley*”, añadiendo que “*lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros delegados antes de la entrada en vigor de esta Ley*”. De la letra de esta norma se puede concluir:

⁵² Al respecto, en el artículo 6.2 de la Ley General de Publicidad –en la redacción dada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, se establece que “*frente a la publicidad ilícita por utilizar de forma discriminatoria o vejatoria la imagen de la mujer, están legitimados para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32, 1 a 4 de la Ley de Competencia Desleal: a) La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico. c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro. d) El Ministerio Fiscal*”.

⁵³ Se trata de una norma novedosa que ha dado lugar a mucha discusión. El precedente mediato lo debemos buscar en Noruega, donde se aprobó una ley en 2003 que obliga a las empresas a constituir consejos de administración con un porcentaje de mujeres no inferior al 40%, con sanción de expulsión del registro de empresas y disolución de la compañía decidida judicialmente. Las nuevas empresas debían cumplir el requisito desde su creación, y el resto disponían de un plazo de adaptación de dos años desde el 1.1.2006. Inspirándose en el modelo noruego y precedente inmediato de la LOIEMH, la diversidad de género en los consejos de administración era una de las recomendaciones –la número 15- del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, conocido como Código Conthe (2006). Véase el estudio que he escrito con María Elósegui Itxaso, “La participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles”, Revista del Poder Judicial, número 86, 2007, páginas 253 a 284.

1º. Que la medida se dirige –según se deriva del propio epígrafe del artículo 75- a “*sociedades mercantiles*”⁵⁴, y –como se deriva ahora del contenido del artículo 75- solo a aquellas en las cuales haya un “*consejo de administración*”⁵⁵ que estén “*obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada*”, lo cual nos obliga a acudir a la legislación mercantil, donde, sin embargo, no se establece directamente esa obligación, sino que, en el artículo 176 de la LSA –aplicable, según el artículo 84 de la LSRL, a las sociedades de responsabilidad limitada-, se faculta a ciertas sociedades a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada, siendo, en consecuencia, las no contempladas las que están obligadas a presentarla.

2º. Que se pretende alcanzar una composición equilibrada –definida en la disposición adicional 1ª de la LOIEMH- en los consejos de administración o, en términos más comprensivos, en el órgano colegiado de administración social. Pero no se va más allá. Y es que el artículo 75 ni incide sobre las facultades de organización del consejo de administración en orden a la designación de presidente/a, vicepresidente/a, secretario/a, u otros cargos que crea convenientes, ni incide sobre las facultades del consejo de administración en orden a la delegación de funciones a altos

⁵⁴ El legislador parte de la constatación de que, en el actual sistema económico, es difícilmente imaginable una sociedad civil que, por sus grandes dimensiones, fuese destinataria de una medida como la establecida en el artículo 75 de la LOIEMH, de ahí que se contemple exclusivamente a las sociedades mercantiles. Por otro lado, las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada son siempre mercantiles ex lege –artículo 3 de la LSA y artículo 3 de la LSRL-. Así las cosas, es evidente, utilizando las palabras de Ana Belén Campuzano Laguillo, que “*el legislador no ha pretendido adentrarse en la cuestión de la mercantilidad de las sociedades*”, “La presencia equilibrada de hombres y mujeres en consejos de administración de las sociedades mercantiles”, en la obra colectiva coordinada por Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús Ramón Mercader Uguina, “La Ley de Igualdad: Consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007”, página 192.

⁵⁵ No debemos realizar una lectura literal del consejo de administración, de ahí que “*se contarán entre los sujetos obligados cualesquiera personas jurídicas que ... procedan a nombrar un órgano general de administración, aunque su denominación no sea exactamente la de consejo de administración ... como cajas de ahorro y otras fundaciones ... o como las sociedades cooperativas*”. María José Senent Vidal, en el comentario al artículo 75 de la LOIEMH, “Comentarios ...” dirigidos por José Ignacio García Ninet y coordinados por Amparo Garrigues Giménez, obra citada, página 550. Una lectura no literal que debiera llevar a incluir aquellos supuestos en que, tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada, su administración se haya confiado a varios administradores sin constituir un consejo de administración – artículo 57.1 de la LSRL-, o en que, tratándose de una sociedad anónima, su administración se haya confiado a dos administradores, sin constituir consejo de administración –artículo 136 de la LSA-.

directivos/as⁵⁶. En tales ámbitos pueden operar otras normas contenidas en la LOIEMH, aunque, como ocurre con el artículo 75, se trata de soft law⁵⁷.

3º. Que el verbo “*procurarán*”, utilizado en el artículo 75, se compadece con la voluntariedad característica de las acciones de responsabilidad social de las empresas, lo cual no impide –al contrario, exige- someter al artículo 75 a los mismos controles de las acciones de responsabilidad social de las empresas. Para facilitarlos en relación con la medida establecida en su artículo 75, la LOIEMH ha obligado a incluir en la memoria anual integrada en las cuentas societarias anuales “*la distribución por sexos al término del ejercicio del personal de la sociedad ... entre los que figurarán ... el de consejeros*” –artículo 200 de la LSA, según la redacción ofrecida por disposición adicional 26ª de la LOIEMH-.

4º. Que, en consonancia con la voluntariedad propia de las acciones de responsabilidad social, el artículo 75 pretende alcanzar su finalidad, que –según la Exposición de Motivos de la LOIEMH- es “*que el criterio prevalente en la incorporación de consejeros sea el talento y el rendimiento profesional ... (sin que el sexo constituya) un obstáculo como factor de elección*”, sin imponer una forma concreta de cumplimiento, de ahí que no se haya modificado la normativa mercantil sobre elección de administradores en la LSA y en la LSRL, debiéndose satisfacer esa finalidad a través del sistema ordinario de elección a través de la junta general⁵⁸, o de los sistemas especiales de proporcionalidad⁵⁹ y cooptación⁶⁰.

⁵⁶ Quedan fuera los altos cargos directivos, con o sin poderes delegados del consejo de administración, “*dejando (así) al margen ... ámbitos de dirección en los que reside, las más de las veces, el verdadero poder de decisión*”, María José Senent Vidal, en “Comentarios ...”, obra citada, páginas 551 y 552.

⁵⁷ El artículo 50.4 de la LOIEMH contempla, entre los posibles criterios para la concesión del distintivo empresarial en materia de igualdad, “*la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección ... de la empresa*”, dejando su efectividad en manos del desarrollo reglamentario. Y el artículo 30.2 de la LOIEMH, entre las “*actuaciones encaminadas al desarrollo del medio rural*”, alude al fomento de la incorporación de las mujeres a “*los órganos de dirección de empresas y asociaciones*”.

⁵⁸ Mantenido la vigencia del artículo 123 de la LSA –y del artículo 58 de la LSRL-, el nombramiento se encomienda a la junta general, sin exigir al elegido/a la cualidad de socio/a, salvo una disposición estatutaria en contrario. Por lo tanto, no afectando el artículo 75 de la LOIEMH a ninguna de esas normas

5°. Que el artículo 75 se aplicará en “*un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley*”. El sentido del plazo no es obligar al cumplimiento, lo que casaría mal con la no obligatoriedad del artículo 75. La lógica del plazo se entiende en el contexto de las acciones de responsabilidad social, que se basan en una consideración ética que se puede transmutar, por su usual cumplimiento, en un compromiso jurídico. De este modo, el artículo 75 seguirá manteniendo, aún transcurrido el plazo, su vigor como mera recomendación, aunque con mayor intensidad si su cumplimiento se haya asumido por la mayoría de las empresas afectadas y los valores de la igualdad sexual hayan avanzado en la conciencia social.

Como medida hermana del artículo 75, el artículo 54.2 de la LOIEMH establece que “*la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella observarán el principio de presencia equilibrada en los nombramientos que le corresponda efectuar en los consejos de administración de las empresas en cuyo capital participe*”. Medida hermana pero no gemela, porque el

legales, es la junta general de la sociedad anónima –o de responsabilidad limitada– quien, tanto antes como ahora, elige a la administración social. Ni la LSA ni la LSRL, ni ninguna otra norma mercantil, establecen los criterios de nombramiento, aunque, como práctica usual, el interés general del accionariado se dirigirá al nombramiento de personas de reconocida competencia y con un margen de confianza. Tampoco esto se ha modificado con el artículo 75 de la LOIEMH. Antes al contrario, la recomendación de imparcialidad sexual que contiene el artículo 75 de la LOIEMH pretende garantizar la reconocida competencia del nombrado/a y, simultáneamente, eliminar los recelos en orden a confiar en las mujeres.

⁵⁹ El sistema proporcional –artículo 137 de la LSA, inaplicable en las de responsabilidad limitada– supone que “*las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de vocales del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción*”. La aplicación de la recomendación legal de composición equilibrada no presenta mayores dificultades cuando las acciones voluntariamente agrupadas generan derecho a la elección de dos o más vocales del consejo de administración, debiendo esa cuota cubrirse respetando, en sí misma considerada, una presencia equilibrada. Si solo generan derecho a la elección de un vocal, y en defecto de previsión estatutaria o de regla general de funcionamiento, el cumplimiento de la recomendación legal quedará al compromiso con la igualdad del accionariado y a la negociación de los diversos grupos de acciones.

⁶⁰ El sistema de cooptación –artículo 138 de la LSA, inaplicable en las de responsabilidad limitada– supone que “*si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes, el consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera junta general*”. La aplicación de la recomendación legal de composición equilibrada conduce en estos casos a considerar, no las designaciones en sí mismas consideradas, sino la composición general del consejo de administración, lo que, las más de las veces, se saldará en cooptar a socias mujeres.

artículo 54.2 es una medida de empoderamiento de carácter obligatorio –y al respecto es decisivo tanto el término “*observarán*” como la ausencia de plazos- que se compadece con la asunción ejemplar de la igualdad por los Poderes Públicos, en este caso de la Administración General del Estado⁶¹.

Tras el análisis del artículo 75 de la LOIEMH –y su comparativa con el 54.2-, se observa la existencia de elementos propios de dos técnicas jurídicas muy diferentes: la fijación de objetivos, la unilateralidad –se dirige a mujeres- y el carácter temporal son elementos típicos de la acción positiva; la voluntariedad lo es de la responsabilidad social de las empresas. Y no se puede negar que entre esos elementos existe una evidente contradicción, en cuanto la fijación de objetivos y plazos casa mal con la voluntariedad. Estamos, en resumen, ante una medida de empoderamiento que utiliza hasta donde puede las técnicas de la acción positiva para construir una norma poco más que admonitiva y de débil normatividad⁶².

VIII. LAS MEDIDAS DE FOMENTO DE LA IGUALDAD EN LAS EMPRESAS.

Si uno de los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos es el fomento de la igualdad en las relaciones particulares –artículo 14.10º de la LOIEMH-, la totalidad de los mecanismos de integración de la

⁶¹ ¿Qué ocurre cuando coincidan los ámbitos de los artículos 54.2 y 75? Si la Administración General del Estado solo designa algunos/as consejeros/as, el artículo 54.2 se aplica a estas designaciones, mientras las demás –de otros/as accionistas- se sujetarán al artículo 75. Pero si la Administración General del Estado designa a todo el consejo de administración, el artículo 54.2 desplazará la aplicación del artículo 75.

⁶² Con un cierto matiz diferencial, María Elósegui Itxaso sostiene “*que introducir objetivos y plazos supone una coacción en la libertad de empresa contradictoria con la voluntariedad de las acciones de responsabilidad social, una intervención legislativa en la empresa privada que generará rechazo frente a la mayor eficacia de las medidas autoasumidas*”, si bien tanto ella como yo dejamos entonces claro que “*rechazamos la postura maximalista de que toda norma en la materia, incluso una recomendación, es una intervención intolerable en la libertad de empresa, pues la realidad social de infrarrepresentación femenina en los consejos de administración obliga al legislador a hacer algo. Y que también nos parece inasumible –en el estado actual de nuestro pensamiento jurídico- la otra postura maximalista, radicalmente contraria, de imponer cuotas coactivas –al estilo de Noruega que, no resulta ocioso decirlo, es país no integrado en la Unión Europea-*”, “La participación ...”, obra citada, página 284.

igualdad en las empresas –deberes de negociar y adoptar medidas de igualdad, planes de igualdad o responsabilidad social empresarial- deben ser fomentados. La LOIEMH no concreta cuáles son esas medidas de fomento –que dependerán de la coyuntura política, social y económica-, pero permite que lo sean ciertos beneficios en la contratación administrativa –artículos 31 y 32- y en las subvenciones públicas –artículo 33-, y el distintivo para las empresas en materia de igualdad –artículo 50-.

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO

LAS CLÁUSULAS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EFECTIVA DE LA IGUALDAD DE LOS SEXOS

SUMARIO: I. LAS CLÁUSULAS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EFECTIVA DE LA IGUALDAD DE LOS SEXOS. II. EL DERECHO COMUNITARIO: a) El derecho a la tutela judicial efectiva de la igualdad. b) Legitimación activa y asistencia a las víctimas. c) Los plazos de recurso. d) Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias. e) La protección frente a represalias. III. LA REGULACIÓN GENERAL DE LA LEY DE IGUALDAD: a) El derecho a la tutela judicial efectiva de la igualdad. b) Legitimación activa. c) Asistencia a las víctimas. d) El caso especial de los acosos sexual y sexista. e) Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias. IV. LAS CLÁUSULAS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EFECTIVA DE LA IGUALDAD DE LOS SEXOS EN LA LEY DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL: a) Delimitación competencial en juicios sobre igualdad y acoso. b) Prejudicialidad penal en juicios sobre igualdad y acoso. c) Legitimación basada en derechos subjetivos: ¿exclusiva legitimación de la víctima de la violación? d) Intervención de los sindicatos de trabajadores/as en litigios sobre igualdad de género. e) Intervención de los organismos públicos de igualdad y asociaciones de defensa de la igualdad. f) Asistencia pública a las víctimas por parte del Ministerio Fiscal. g) El estatuto procesal de la víctima de la discriminación. h) Problemas de legitimación pasiva y litisconsorcio pasivo necesario en casos de acoso. h) Medidas cautelares en casos de acoso. i) La sentencia. j) Ejecución de la sentencia del despido de la víctima del acoso. V. LA GARANTÍA FRENTE A REPRESALIAS.

I. LAS CLÁUSULAS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EFECTIVA DE LA IGUALDAD DE LOS SEXOS.

Si el Derecho Procesal es instrumental respecto a las Ramas Sustantivas del Derecho en el sentido de que la razón de existir de las normas procesales se encuentra en garantizar la aplicación de las normas sustantivas al punto de que, sin unas adecuadas normas procesales, las normas sustantivas son tan ineficaces como lo sería un cuchillo sin hoja o una campana sin badajo, estas afirmaciones, si válidas con relación a

cualquier norma sustantiva, lo son aún más cuando se trata de una norma sustantiva de igualdad de los sexos porque esas normas luchan contra un poderoso enemigo: los prejuicios de género, que potencialmente impregnan todos los aspectos de la vida de un modo casi siempre difícil de visibilizar.

De este modo, la omnipresencia y la invisibilidad de los prejuicios de género obligan, para hacer visible la discriminación en cualquier escenario, a determinadas especialidades del derecho a la tutela judicial efectiva que, en general, se sitúan en una línea de flexibilización de las formalidades procesales que garantice la accesibilidad de las víctimas a la Justicia –cauces procesales adecuados, legitimaciones ampliadas, facilidad probatoria, asistencia pública a las víctimas, sentencias útiles-. Unas especialidades justificadas en la consideración de la igualdad de los sexos como derecho fundamental y en el principio de integración de la igualdad de los sexos –transversalidad- en la actuación de los Tribunales de Justicia.

Tales especialidades, que genéricamente denominaremos cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de los sexos, aparecen, en mayor o en menor medida, tanto en los instrumentos internacionales sobre discriminación contra las mujeres como en los ordenamientos jurídicos internos modélicos en materia de igualdad de mujeres y hombres. No extraña, en consecuencia, su regulación ni en el derecho comunitario –aparecen en todas las directivas de igualdad- ni en el derecho español, donde tienen un doble aval constitucional porque, según el artículo 14 de la CE, la discriminación no prevalecerá, y porque, según el artículo 53.2 de la CE, la igualdad se protege a través del amparo constitucional y ordinario.

II. EL DERECHO COMUNITARIO.

La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y

mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, fue la primera que introdujo una garantía explícita de control jurisdiccional¹, al referirse –en su artículo 6- a *“las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato ... pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes”*. Todas las directivas posteriores recogieron esa garantía de control jurisdiccional².

La Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, mejoró, con las interpretaciones dadas por el Tribunal de Justicia, el artículo 6 de la Directiva 76/207/CEE³, las cuales han sido refundidas en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de julio de 2006, que regula las cláusulas de protección

¹ Ya antes, en la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos –la primera de las directivas dictadas sobre igualdad de los sexos-, se obligaba –en su artículo 6- a los Estados miembros a introducir en sus ordenamientos jurídicos internos *“medios eficaces que permitan velar por el respeto a este principio (el de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos)”*. Pero la norma era imprecisa, al no citar ningún medio de garantía, y muy tosca porque, en concreto, no aludía al control jurisdiccional, aunque, por las tradiciones constitucionales de los países miembros, por el sustrato democrático de la propia comunidad europea y por los instrumentos europeos de derechos humanos, resultaba imposible concluir que, al hablar de medios eficaces de garantía, no se estaba incluyendo el control jurisdiccional.

² Así, el artículo 6 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, el artículo 10 de la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social, el artículo 9 de la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad, y el artículo 12 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Idénticos todos al antiguo artículo 6 de la 76/207/CEE.

³ Tal versión mejorada de las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva se reitera en la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, y –aunque bastante más reducida a la de la Directiva 2002/73/CE- en la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, que sustituye a la 86/613/CEE. Igualmente aparecen cláusulas semejantes –no siempre idénticas- tanto en la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000 del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, como en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

jurisdiccional efectiva en el Título III “*disposiciones horizontales*”, Capítulo I “*recursos y cumplimiento*”, comprensivo de tres artículos, el 17 “*defensa de los derechos*”, el 18 “*indemnización o reparación*”, y el 19 “*carga de la prueba*”. Siendo su contenido extensible a todos los ámbitos de la igualdad –salvo algunas excepciones⁴-, será la base de la exposición.

a) El derecho a la tutela judicial efectiva de la igualdad.

Mejorando el enunciado general del originario artículo 6 de la Directiva 76/207/CEE, el artículo 17 de la Directiva 2006/54/CE establece, en su apartado 1, que “*los Estados miembros velarán por que, tras el posible recurso a otras autoridades competentes, incluidos, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, existan procedimientos judiciales para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la presente Directiva en favor de toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiera, del principio de igualdad de trato, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se haya producido la discriminación*”.

La norma contempla el derecho a acudir a un juez para que este decida la cuestión, es decir es –usando los términos más habituales utilizados en los derechos internos de los Estados miembros- un derecho de acceso a la Justicia o a la tutela judicial efectiva de Juzgados y Tribunales. Es un derecho admitido con carácter general –y no solo en relación con la

⁴ Las excepciones más significativas se encuentran en la Seguridad Social Pública contemplada en la Directiva 79/7/CEE y en el ámbito del trabajo autónomo contemplado en la Directiva 2010/41/UE. Y la más llamativa es la de que en esos ámbitos no se aplican las reglas sobre la carga de la prueba de la Directiva 97/80/CE, que actualmente se encuentran en el artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siguiendo esta tónica de baja intensidad de las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva en el ámbito de la Seguridad Social Pública, ha llegado, en alguna ocasión, a establecer criterios más flexibles –por ejemplo, compárese el diferente tratamiento de los intereses como mecanismo de reparación de la discriminación en las SSTJUE de 2.8.1993, Caso Marshall II, C-271/91, que se refiere al acceso al empleo y donde sí se consideran obligados, y de 22.4.1997, Caso Sutton, C-66/95, que se refiere a las prestaciones sociales públicas y donde no se consideran obligados-.

igualdad de los sexos- en la totalidad de los Estados miembros⁵ y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶. Tal reconocimiento general –en el caso de Italia, en su Constitución- basta para trasponer la norma comunitaria, sin ser obligado un reconocimiento específico para la igualdad de los sexos –STJUE de 26.10.1983, Caso Comisión vs Italia, C-163/82-.

Se trata de un derecho de alcance absoluto, sin admitir excepciones ni siquiera en materia de seguridad pública –el asunto se refería a un trabajo de policía en situación de graves disturbios internos-, no pudiendo excluirse el control judicial dando carácter de prueba irrefutable a una certificación de la autoridad pública donde se afirme el cumplimiento de las exigencias para autorizar una excepción al principio de igualdad –STJUE de 15.4.1986, Caso Johnston, C-222/84, que además reconoce efecto directo a la norma-. Otro matiz destacado en la aplicación judicial es que su incumplimiento trasciende de lo procesal a lo material, constituyendo así una discriminación sexista –STJUE de 29.10.2009, Caso Pontin, C-63/08⁷-.

⁵ Aunque en muchas constituciones este derecho no aparece expresamente recogido, se ha considerado implícito en el derecho al proceso debido o en otras exigencias democráticas –en Alemania en el artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949, que recoge la cláusula de Estado de Derecho-. Otros textos constitucionales sí lo recogen expresamente. Así, el artículo 24 de la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947 declara que *“todos pueden actuar en juicio para la defensa de sus derechos e intereses legítimos”*. El artículo 20 de la Constitución portuguesa de 25 de abril de 1976 *“garantiza a todos el acceso al Derecho y a los Tribunales para defender sus derechos e intereses protegidos legalmente”*. O el artículo 24 de la Constitución española de 28 de diciembre de 1979, que declara que *“todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*.

⁶ En el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se establece, bajo la rúbrica *“derecho a un proceso equitativo”*, que *“toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por las leyes, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”*. La tutela jurisdiccional se refuerza en relación con los derechos –entre ellos la igualdad de mujeres y hombres- reconocidos en el propio Convenio, en cuyo artículo 13, bajo la rúbrica *“derecho a un recurso efectivo”*, se establece que *“toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”*.

⁷ La STJUE de 29.10.2009, Caso Pontin, C-63/08, aporta, en efecto, esa enseñanza adicional de bastante interés. Considera contraria a la normativa sustantiva comunitaria sobre igualdad de los sexos la normativa de un Estado miembro adoptada para trasponer el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE –en el caso, en Luxemburgo-, cuando esa normativa priva a la trabajadora embarazada que haya sido despedida durante su embarazo de una acción jurisdiccional indemnizatoria, mientras dicha acción sí que puede ser

Por lo demás, en el ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres su contenido no se agota en la exigencia de judicialización como garantía de derechos, deducida del apartado 1 del artículo 17 de la Directiva 2006/54/CE, sino que presenta otras concreciones adicionales –de hecho la jurisprudencia comunitaria ha deducido de esa exigencia de judicialización casi todas las demás cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad-, y en la medida en que se deducen de ese mismo apartado 1 del artículo 17 de la Directiva 2006/54/CE –sin perjuicio del análisis posterior de las contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 17 y en los artículos 18 y 19 de la Directiva 2006/54/CE-, analizaremos ahora las dos siguientes:

1ª. Aunque el artículo 17 no impone expresamente ninguna exigencia acerca del cauce procesal a seguir, este –si no se comprometería la eficacia de la igualdad- debe ser adecuado –y así se afirma en el Preámbulo de la Directiva, Considerandos (28) y (29)-. Por ello, el Tribunal de Justicia, si bien reconoce la libertad de los Estados miembros en orden al cauce procesal a seguir, estableció dos límites –STJUE de 1.12.1998, Caso Levez, C-236/96-: a) Principio de equivalencia, según el cual esa regulación “*no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna*”. b) Principio de efectividad, según el cual esa regulación no haga “*prácticamente imposible o excesivamente difícil*” el ejercicio del derecho.

La verificación del cumplimiento del principio de equivalencia corresponde al órgano nacional. Pero el Tribunal ha establecido algunos criterios generales –por desgracia, muy crípticos- para facilitar esa labor, afirmando –STJUE de 16.5.2000, Caso Preston, C-78/98-: a) Que “*el órgano jurisdiccional nacional debe verificar la similitud de estos recursos*

ejercitada por cualquier otro trabajador despedido, si dicha limitación de las vías de recurso constituye un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo. De este modo –y aquí está la enseñanza-, la defectuosa transposición del principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el derecho comunitario en materia de igualdad de los sexos, es susceptible de transformarse en una vulneración de la normativa sustantiva comunitaria sobre la igualdad de los sexos.

desde el punto de vista de su objeto, de su causa y de sus elementos esenciales". b) Que *"el órgano jurisdiccional nacional debe comprobar de manera objetiva y abstracta la similitud de estas normas desde el punto de vista del lugar que ocupan en el conjunto del procedimiento, del desarrollo de dicho procedimiento y de las particularidades de dichas normas"*.

2ª. Se obliga a los Estados a *"garantizar una protección jurisdiccional al trabajador cuyo empresario, tras la extinción de la relación laboral, se niega a proporcionar referencias como reacción a una acción judicial ejercitada para exigir que se respete el principio de igualdad"* –STJUE de 2.9.1998, Caso Coote, C-185/97, precedente judicial que explica el inciso final del artículo 17.1 de la Directiva 2006/54/CE⁸. La protección se extiende, en el Preámbulo de la Directiva –Considerando (32)-, al *"empleado que defienda o testifique a favor de una persona amparada por la presente Directiva"*, lo cual supone que el defensor o el testigo están también protegidos aún extinguidas sus relaciones laborales.

b) Legitimación activa y asistencia a las víctimas.

La progresiva publicación de los problemas de las mujeres como fórmula de visibilización de las desigualdades de género, reivindicación habitual del movimiento feminista, presenta, en materia de legitimación activa respecto a acciones de tutela antidiscriminatoria, unas importantes consecuencias tendentes a expandir las facultades de demandar. Pero esa

⁸ Como ha destacado Jean Jacqmain, *"más allá de su aspecto anecdótico, el Caso Coote subraya lo que la mayor parte de las legislaciones nacionales relativas a la igualdad en las condiciones de trabajo (sin duda, es cierto, hipnotizadas por el artículo 7 de la directiva) habían olvidado: el despido no constituye, para un empleador, la única manera de ejercer represalias frente a una queja por discriminación. Implacablemente, el Tribunal de Justicia sigue inventariando los recursos insospechados del artículo 6 y de su fórmula hermética hacer valer sus derechos"*, Observaciones al Caso Coote, Chroniques de Droit Social, 1998, pág. 599 (la traducción del francés al español es propia). Por lo demás, y según ha destacado Elisa Sierra Hernaiz, si se estimase la demanda *"la empresa debería emitir los informes solicitados o, en su caso, resarcir económicamente a la trabajadora por el daño sufrido"*, *"La garantía de indemnidad (Comentario al Caso Coote del TJCE)"*, Aranzadi Social, Volumen III, 1998, BIB 1998 1131.

tendencia se encuentra condicionada por las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico en orden a la protección de los intereses de los grupos⁹. Sin duda, el modelo estadounidense es el que, a través de las *class actions*, ha permitido alcanzar los resultados más llamativos tanto por su novedad en el aspecto técnico jurídico como por las cuantiosas condenas.

Aunque durante la elaboración de la Directiva 2002/73/CE se discutió introducir una fórmula semejante a las *class actions*, la norma entonces introducida –actual artículo 17.2 de la Directiva 2006/54/CE– establece que *“los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre o en apoyo del demandante, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial y/o administrativo establecido para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva”*.

El resultado final ha sido así muy modesto porque, más allá de la grandilocuencia del Preámbulo de la Directiva 2006/54/CE, que justifica esta norma en *“el fin de aumentar el nivel de protección que ofrece la presente Directiva”* –Considerando (31)–, lo cierto es que no se le atribuye a la víctima individual la legitimación para actuar, además de en su propio nombre, en el del colectivo –como ocurre en las *class actions*–, ni tampoco se le atribuye una legitimación a las personas jurídicas públicas o privadas dedicadas a defender intereses colectivos si no es en nombre o con

⁹ El derecho comparado conoce tres modelos básicos de protección de los intereses de los grupos: (1) el orgánico privado, que atribuye legitimación a sujetos privados colectivos, y es el que prevalece en los derechos europeos continentales –Alemania, España, Francia o Italia–; (2) el orgánico público, que atribuye legitimación a sujetos públicos más o menos especializados –ombudsman–, y es el que prevalece en los derechos escandinavos –Dinamarca, Noruega o Suecia–; y (3) el modelo social, que atribuye legitimación a las víctimas para actuar en su propio nombre y en nombre del colectivo –aunque este no tenga personalidad jurídica–, y es el que prevalece en los derechos anglosajones –señaladamente en los Estados Unidos–, aunque algunos países de civil law hayan introducido instituciones semejantes –como Brasil o Canadá–. Más ampliamente, véase Joaquín Silguero Estagnan, “La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos”, Editorial Dykinson, Madrid, 1995.

autorización de la víctima individual. Quizás el temor a imponer una fórmula tan incisiva como las class actions condujo a tan pobre resultado.

Una norma de baja intensidad obligatoria que se compadece con la asimismo baja intensidad obligatoria del artículo 20.2.a) de la Directiva 2006/54/CE, que, “*sin perjuicio del derecho de víctimas y asociaciones u otras personas jurídicas contempladas en el artículo 17, apartado 2*”, atribuye a los organismos de igualdad, la competencia de “*prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación*” sin obligar a la atribución de legitimación activa para la iniciación de un procedimiento judicial. De nuevo, el legislador comunitario se ha marcado una meta muy modesta, dejando en esta materia una cuasi total libertad a los Estados miembros¹⁰.

Nada impide la existencia de normas internas más favorables en cuanto a la legitimación activa. La STJUE de 10.7.2008, Caso Feryn, C-64/07 –dictada en el ámbito de la Directiva 2000/43/CE, aunque sus normas son similares en esta cuestión a las de la Directiva 2006/54/CE-, entendió que estamos ante “*normas mínimas*”, de ahí que la Directiva permite a la legislación nacional reconocer el derecho de las asociaciones con un interés legítimo, o del organismo de igualdad, “*a promover los procedimientos judiciales o administrativos dirigidos a hacer respetar las obligaciones derivadas de la misma Directiva, sin que actúen en nombre de un denunciante determinado, o a falta de un denunciante identificable*”.

¹⁰ Los derechos internos se alinean en tres sistemas de asistencia pública a las víctimas de discriminación: (1) el románico –España, Francia, Italia o Portugal-, se caracteriza por la limitada intervención procesal de los organismos públicos, aunque hay alguna excepción –en España la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer o en Italia el Consiglieri di Parità-; (2) el escandinavo –Suecia y Finlandia- se caracteriza por la legitimación judicial del Ombudsman; y (3) el anglosajón –Reino Unido e Irlanda- se caracteriza por el activismo judicial de un organismo especial de asistencia a las víctimas –en el Reino Unido es la Equal Opportunities Commission-. La clasificación de los sistemas es de Francisco Javier Pozo Moreira, “La actuación de los organismos públicos en el proceso laboral en supuestos de discriminación por sexo: la obligada asistencia a la víctima por parte de los organismos para la promoción de la igualdad”, Revista del Ministerio de Trabajo, número 53, 2004, páginas 133 a 135.

c) Los plazos de recurso.

De conformidad con el apartado 3 del artículo 17 de la Directiva 2006/54/CE, “*los apartados 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de las normas nacionales en materia de plazos de interposición de recursos en relación con el principio de igualdad de trato*”. Por lo tanto, tanto las acciones de las víctimas individuales como la intervención de las personas jurídicas se pueden limitar, en las legislaciones nacionales, a unos plazos de prescripción o caducidad material. No obstante, esa libertad de los legisladores nacionales no es absoluta en la medida en que se debiera de someter a los imperativos propios del derecho a la tutela judicial efectiva, y, en concreto, a los expuestos principios de equivalencia y de efectividad.

Así las cosas, la STJUE de 16.5.2000, Caso Preston, C-78/98, consideró contrario al principio de eficacia, por hacer muy difícil el ejercicio del derecho, un plazo computado al acabar cada contrato, en los casos de contratos temporales sucesivos, celebrados a intervalos regulares y referidos a un mismo empleo. Y la STJUE de 29.10.2009, Caso Pontin, C-63/08, consideró que un plazo especial de caducidad de quince días para impugnar una extinción contractual contraria a la prohibición de despido durante el embarazo “*no parece*” –es la expresión literalmente utilizada– que cumpla con esos dos principios, aunque deja la decisión definitiva sobre si ello es así al órgano judicial nacional –en el caso, luxemburgués–.

d) Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias.

El artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE establece que “*los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio*

sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”, y que “dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori”, salvo cuando “el único perjuicio sufrido por el demandante sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo”. Se justifican estas normas por sus antecedentes jurisprudenciales:

1ª. Los Estados miembros, para la sanción de una violación del principio de igualdad, ostentan *“la libertad de elegir entre las diferentes soluciones adecuadas para realizar sus objetivos”*, sin estar obligados, en una discriminación en el acceso al empleo, a imponer al empresario contratar al trabajador. Ahora bien, si un Estado escoge la indemnización, *“ésta debe, en todo caso, para asegurar su eficacia y su efecto disuasorio, ser adecuada por relación a los perjuicios sufridos y debe, por tanto, ir más allá de una indemnización puramente simbólica como, por ejemplo, el reembolso de los gastos ocasionados por la candidatura”* –SSTJUE (2) de 10.4.1984, Caso Colson and Kaman, C-14/83¹¹, y Caso Hartz, C-79/93-.

2ª. No es acorde con las normas comunitarias un tope máximo fijado a priori para la indemnización derivada de un despido discriminatorio, ni la inexistencia de intereses derivados del tiempo transcurrido hasta el pago efectivo de la indemnización –STJUE de 2.8.1993, Caso Marshall II, C-271/91-. Pero sí es posible un tope máximo individual *“cuando el empresario pueda probar que no habría obtenido la plaza vacante aunque la selección se hubiera efectuado sin discriminaciones, debido a la*

¹¹ Para la adecuada comprensión de esta sentencia comunitaria quizás sea conveniente referirse al cambio que supuso en el derecho alemán, explicado por Wolfgang Däubler, “Derecho del Trabajo”, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, páginas 806 y 807. La aplicación del artículo 611, letra a), párrafo 2, del Código Civil, obligaba al empresario a indemnizar los daños que se originaban al trabajador por haber confiado en celebrar el contrato de trabajo, lo cual se entendía solo amparaba la reclamación de los gastos del envío de la solicitud para presentarse a la convocatoria, de donde, con cierta ironía, se le llamaba el artículo del franqueo. Después del Caso Colson and Kaman, la jurisprudencia germana ha rectificado su interpretación, admitiendo indemnizaciones superiores de hasta seis mensualidades, e incluso, de acreditar la candidata rechazada que, de no mediar la discriminación, hubiera sido contratada, se le indemniza el valor del puesto de trabajo, lo que supone aplicar las indemnizaciones del despido.

superior cualificación del candidato contratado”, aunque no un tope máximo aplicable a la totalidad de las indemnizaciones de los candidatos – STJUE de 22.4.1997, Caso Nils Draehmpaelh vs Urania, C-180/95-.

3°. Los Estados miembros “*deben procurar que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional que tengan una índole y una importancia similares*” –STJUE de 11.10.2007, Caso Paquay, C-460/06, donde, en aplicación combinada de la Directiva 92/85/CEE y el artículo 6 de la 76/207/CEE, se concluye que un despido discriminatorio notificado después del periodo de prohibición de despido por maternidad, pero iniciado antes, debe ser sancionado igual que si el despido se hubiera notificado en ese periodo-. Lo cual supone aplicar a un tema de derecho sustantivo los principios de equivalencia y efectividad.

e) La protección frente a represalias.

Atendiendo a la sistemática de las directivas sobre igualdad entre mujeres y hombres, la protección frente a represalias nunca se ha incluido dentro de las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva. Tal protección se contenía, en la Directiva 76/207/CEE, tanto antes como después de su reforma por la 2002/73/CE, en un artículo, el 7, diferente a donde se contenían las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva, el 6. Y el artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE, donde se regula la protección frente a represalias, está en el Capítulo III del Título III dedicado a “*disposiciones horizontales generales*”, mientras las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva aparecen en el Capítulo I dedicado a “*recursos y cumplimiento*”.

¿Por qué esta separación de ambas instituciones? A nuestro juicio, obedece a la intención del legislador comunitario de crear una garantía autónoma frente a la “*victimización*” –que, por cierto, es la rúbrica literal

del artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE- de quien participe en una reclamación, sea el reclamante o quienes lo apoyen, sea la reclamación judicial o extrajudicial. Situar esa garantía dentro de las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva abriría la posibilidad de interpretar restrictivamente que solo surge a favor del reclamante en una reclamación judicial. La decisión de situarla separada permite construir una garantía más amplia que si fuese una cláusula de protección jurisdiccional efectiva.

Así las cosas, el artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE¹² establece que *“los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los que sean representantes de los trabajadores según las leyes y/o prácticas nacionales, contra el despido o cualquier otro trato desfavorable del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato”*. Y en su Preámbulo se incluye en la garantía a un *“empleado que defienda o testifique a favor de una persona amparada por la presente Directiva”* –Considerando (33)-.

No se especifica cuáles serán las consecuencias de la vulneración de la protección frente a represalias. Pero no es difícil concluir deben ser a lo menos las mismas de una vulneración directa del principio de igualdad. Si aceptásemos lo contrario, se podría directamente vulnerar ese principio, esperar a la reclamación, y seguidamente represaliar con consecuencias jurídicas menos gravosas. Tal conclusión se compadece con la llamada

¹² Su precedente se encuentra en el artículo 5.c) del Convenio 158 de la OIT, sobre terminación de la relación de trabajo a instancia del empleador, donde se establece que no constituirá causa justa para la esa terminación *“presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos”*. Hay, sin embargo, dos llamativas diferencias con el artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE. De un lado, su ámbito de aplicación es más amplio que el de la norma comunitaria, al no limitarse a quejas o reclamaciones relativas al principio de igualdad entre mujeres, sino en general a cualquier ley o reglamento. Y de otro lado, su contenido es más reducido que el de la norma comunitaria, dado que se limita a proteger frente al despido, sin aludir a cualquier otro trato desfavorable. Sobre estas normas, ver Diego Álvarez Alonso, “La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2005, páginas 22 a 27.

eficacia justificante de los derechos fundamentales, o exención de perjuicio a causa de su ejercicio. Ahora bien, suponiendo la represalia un mayor desvalor frente a una vulneración directa, lo que sí aparenta posible es que, en los derechos internos, se asocien consecuencias jurídicas más gravosas.

III. LA REGULACIÓN GENERAL DE LA LEY DE IGUALDAD.

Antes de la LOIEMH, las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de los sexos no aparecían explícitas en la legislación española –salvo alguna excepción como los artículos 95.3 y 96 de la LPL-, sin perjuicio de que, siendo la igualdad de los sexos un derecho fundamental, se le aplicaban sus garantías, lo cual, aunque cubría las exigencias más notorias de las normas comunitarias, determinaba muchas deficiencias por ausencia de normas específicas para la tutela de la igualdad de los sexos. La LOIEMH mejoró la situación con normas de general aplicación –contenidas en los artículos 9, 10, 12 y 13- e introduciendo reformas varias en las leyes procesales no penales –LEC, LJCA y LPL-.

a) El derecho a la tutela judicial efectiva.

La LOIEMH reconoce, en transposición del artículo 17.1 de la Directiva 2006/54/CE, el derecho a la tutela judicial efectiva del principio de igualdad al afirmar –en su artículo 12.1- que “*cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación*”. Al establecer como cauce procesal el denominado amparo ordinario, se redondea la

transposición al cumplir con los principios de equivalencia y efectividad, y se contempla la doctrina de la STJUE de 2.9.1998, Caso Coote, C-185/97.

¿Cómo se justifica una norma limitada a aplicar, con algún matiz, en el ámbito de la igualdad de los sexos el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE, sobre todo si consideramos que, con tal reconocimiento, ya se entendía bien transpuesto el artículo 17.1 de la Directiva 2006/54/CE? La justificación del artículo 12.1 se encuentra en la pedagogía normativa y en el carácter omnicomprensivo como código general de la igualdad que se ha pretendido atribuir a la LOIEMH. Pero, además, servirá como canon interpretativo para la resolución de cuestiones conflictivas, como la duplicidad de procedimientos para la tutela de los derechos fundamentales¹³, o la garantía ante represalias postcontractuales¹⁴.

b) Legitimación activa.

De conformidad con el artículo 12.2 de la LOIEMH, *“la capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden*

¹³ Como la tutela de la igualdad se ajustará, según el artículo 12.1 de la LOIEMH, a las exigencias del artículo 53.2 de la CE, estas se aplicarán incluso cuando –artículo 182 de la LPL, actual artículo 184 de la LJS- la tutela se canalice a través de un procedimiento distinto del amparo ordinario. En el Anteproyecto de ley existía un inciso donde ello se decía expresamente, pero se eliminó, sin duda por innecesario. La propia LOIEMH modificó el artículo 182 de la LPL para extender a los procesos a los que se remite la posibilidad de acumular la indemnización por discriminación o lesión de derechos fundamentales. Y en esa línea sigue el artículo 184 de la LJS. También Rosario Tur Ausina considera que el artículo 12.1 de la LOIEMH *“puede servir para corregir ciertas deficiencias, fundamentalmente en el ámbito laboral”*, comentario al artículo 12, en *“Comentarios a la Ley de Igualdad”*, dirigidos por José Ignacio García Ninet, y coordinados por Amparo Garrigues Jiménez, Editorial CISS, Valencia, 2007, página 179.

¹⁴ A la vista del artículo 12.1 de la LOIEMH, el rechazo de una solicitud de emisión de certificado de servicios prestados por causa de represalia por una reclamación relacionada con el principio de igualdad entre mujeres y hombres es una discriminación por razón de sexo –STJUE de 2.9.1998, Caso Coote, C-185/97-. Pero la legislación laboral española vigente no contiene ninguna previsión sobre el deber empresarial de emitir un certificado de servicios prestados –como sí lo contenía el artículo 75.5 de nuestra histórica Ley de Contrato de Trabajo de 1944, derogada en 1994-, aunque se podría entender integrado en el deber general de buena fe –artículo 1258 del Código Civil-. En el caso de conflicto, los órganos judiciales, si la empresa alegase la ausencia de un deber legal de certificación, deberán indagar si esa negativa empresarial trasciende de la legalidad ordinaria para constituir una infracción constitucional y, si ello fuera así, se debería condenar a la empresa a emitir el certificado más la indemnización procedente.

a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las leyes reguladoras de estos procesos”. Contrasta esta norma con la propuesta en el Anteproyecto, que legitimaba, “en especial cuando (la) vulneración sea de efectos colectivos o difusos”, tanto a “los organismos públicos con competencias en la materia”, como a “las personas jurídicas públicas y privadas legalmente constituidas y suficientemente representativas cuya finalidad sea la defensa del principio de igualdad”.

La LOIEMH –sin modificar al efecto la LPL- desarrolla su artículo 12.2 a través de sendas adiciones, literalmente idénticas, en la LEC – artículo 11 bis- y en la LJCA –artículo 19.1.i)-. Tales normas reconocen la legitimación “para la defensa del derecho a la igualdad de trato” –es decir activa y pasiva- de “los sindicatos y asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente”, siempre con autorización de los sujetos afectados y sin perjuicio de su propia legitimación procesal. A pesar de la letra de la norma, no es un caso de legitimación procesal sino de representación, calificable como voluntaria.

También reconocen “cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación” la legitimación “para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos” –es decir activa- (1) a “los organismos públicos con competencia en la materia”, (2) a “los sindicatos más representativos”, y (3) a “las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres”, sin perjuicio, en todo caso, de la propia legitimación procesal de los sujetos afectados si “estuvieran determinados”. Los sindicatos solo los más representativos, entendemos tanto a nivel estatal como autonómico. Y las asociaciones solo las estatales y cuyo fin primordial sea la igualdad sexual.

c) La asistencia a las víctimas.

La LOIEMH –con la finalidad de trasponer el artículo 20.2.a) de la Directiva 2006/54/CE- ha introducido un artículo 2 bis en la Ley 16/1983, de 24 de octubre, del Instituto de la Mujer, donde se establece que este *“ejercerá con independencia las siguientes funciones ... la prestación de asistencia a las víctimas de discriminación para que tramiten sus reclamaciones por discriminación”*. Entre la timidez de la norma legal – que no atribuye directamente legitimación- y su escasa aplicación práctica, nuestro derecho destaca en comparación con otros derechos europeos donde la asistencia pública a las víctimas es más incisiva y se utiliza con habitualidad –como ocurre en los derechos anglosajones o escandinavos-.

d) El caso especial de los acosos sexual y sexista.

Frente a la tendencia extensiva de la legitimación activa de la cual son ejemplo modélico los Estados Unidos de América, donde, en supuestos de acoso colectivo, es factible ejercitar una class action¹⁵, la legitimación limitada a los titulares del derecho encuentra con relación a la violencia de género en el trabajo algunos muy importantes fundamentos derivados del derecho a la intimidad, de ahí las restricciones a la legitimación establecidas en algunos derechos europeos, como es el caso de Francia¹⁶.

¹⁵ Desde el Caso Jensen versus Eveleth Taconist, 139 FRD (Dminn 1991), del Tribunal de Distrito de Minnesota, en los Estados Unidos se ha admitido la utilización de las class actions en juicios sobre acoso sexual. Este caso se ha llevado al cine en la película “North country” (2006), dirigida por Niki Caro y protagonizada por Charlize Theron (en España titulada “En tierra de hombres”), véase mi estudio “El acoso sexual, y su tratamiento jurídico, en el cine norteamericano”, Revista Electrónica Proyecto de Cine, en www.proyectodecine.wordpress.com. La posibilidad de seguir el cauce de las class actions, que se abrió con ese caso, permite explicar las astronómicas indemnizaciones que, en algunas ocasiones, se alcanzan en los Estados Unidos. Quizás la indemnización más conocida fue –a mediados de los años noventa- la de 9,5 millones de dólares acordada en conciliación entre Mitsubishi y 29 trabajadoras que denunciaron la tolerancia empresarial existente ante auténticas orgías acaecidas en una fábrica de Illinois.

¹⁶ En Francia, donde se les concede a los sindicatos la facultad de ejercitar, en defensa de los trabajadores, incluso no afiliados, las acciones frente a discriminaciones sexistas si el trabajador interesado no se opone en un plazo a contar desde su notificación en forma, esa facultad solo se les concede, en los casos de acoso sexual, si ha mediado un consentimiento expreso de la víctima. Véase Ana Murcia Clavería, “La

Ha seguido la LOIEMH esos fundamentos de excepción, y, en su artículo 12, apartado 3, se establece así que *“la persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo”*.

Si bien se habla de cualquier acoso sexual o por razón de sexo, sin realizar más especificaciones, la limitación de la legitimación establecida en el artículo 12.3 de la LOIEMH encuentra su justificación cuando existe una afectación significativa de la intimidad, como, por ejemplo, si se trata de un chantaje sexual explícito, directo o expreso dirigido a conseguir un acceso carnal con una persona concreta. Pero la justificación se tambalea en otros supuestos fácticos donde la persona destinataria de un acoso sexual o por razón de sexo se encuentra más difuminada, como puede ocurrir en los supuestos de chantaje sexual implícito, indirecto o tácito o en los supuestos de acoso colectivo, se trate de acoso sexual o por razón de sexo.

A medida que se difumina la persona acosada, aparece un interés colectivo, y cuando este predomina sobre el derecho a la intimidad, no hay motivo para negar la legitimación activa de los sujetos colectivos. Si bien se mira, cuando el interés colectivo predomina sobre el derecho a la intimidad, estaremos ya lejos de la situación de acoso que el legislador ha manejado como fundamento de la limitación, y nos acercaremos a situaciones de discriminación sexista sin afectación significativa de la intimidad. Deberíamos entonces reconocer la legitimación de los sujetos colectivos por la regla general del artículo 12.2 de la LOIEMH, que se justifica en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE¹⁷.

intervención voluntaria en el proceso laboral”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, páginas 284 y 285. Tal tendencia de limitar la legitimación activa se aprecia en las legislaciones iberoamericanas. Así, en la Ley 7474 de Costa Rica (3.3.1995) se legitima a las personas ofendidas por hostigamiento sexual y, si son menores, a padres, representantes legales o al patronato nacional de la infancia –artículos 19 y 20-. La Ley 27.942 del Perú (26.2.2003) se refiere a la víctima como la legitimada para acciones civiles –artículos 9, 12, 20, 21 y 22-. O la Ley 20.005 de Chile (18.3.2005) se refiere a la persona afectada –artículo 1-.

¹⁷ También se manifiestan claramente a favor de la interpretación en sus justos términos de lo establecido en el apartado 3 del artículo 12 de la LOIEMH Ana Rubio Castro y Juana María Gil Ruíz “Dignidad e igualdad de derechos. El acoso en el trabajo”, Editorial Dykinson, Madrid, 2012, páginas 140 a 142.

Por lo demás, el artículo 12.3 de la LOIEMH se refiere solo a los procesos y, dentro de estos, a los no penales. Si se trata de procedimientos administrativos, nada impide su tramitación cuando se puedan incoar de oficio –como los procedimientos de infracción ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social-. Tampoco la norma alcanza a los expedientes disciplinarios dentro de la empresa ni a la sanción disciplinaria del acosador¹⁸. En el proceso penal por acoso sexual, expresamente se admite la persecución del delito, además de por denuncia de la víctima o de su representante legal, por querrela del Ministerio Fiscal “*que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia*” –artículo 191 del CP-.

e) Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias.

El artículo 10 de la LOIEMH, sobre “*consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias*”, afirma que “*los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidades a través de un sistema de reparaciones e indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias*”. Se traspone –con el añadido de la nulidad- el artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE, de donde la norma española se aplicará conforme la comunitaria y su jurisprudencia aplicativa.

¹⁸ El deber empresarial de protección frente al acoso sexual y sexista trasciende de las personas trabajadoras individualmente consideradas para asegurar un ambiente laboral colectivo libre de acoso, de ahí su obligación de investigar cuando se le ponga en su conocimiento un acoso sexual o sexista, o cuando tenga datos de los cuales se induzca un acoso sexual o sexista, una investigación que puede acabar en sanción si la víctima colabora mínimamente en la constatación de los hechos investigados. Tampoco es relevante por razones semejantes la intercesión de la víctima a favor del agresor para que no lo sancionen. Sobre este último aspecto, véase la razonada STSJ/Cantabria de 25.3.2008, RS 199/2008. Comentada por Salvador Perán Quesada, quien concluye que la empresa “*no tiene que tolerar una situación constitutiva de grave incumplimiento contractual pese a la intercesión de la víctima*”, en “La aplicación de la LO 3/2007 a un supuesto de acoso sexual en la empresa”, Aranzadi Social, número 12, 2008, BIB 2008 2139.

Nos encontramos ante una norma general, como lo delata su colocación dentro del Título I de la LOIEMH, que se ha establecido, según la Exposición de Motivos, “*para reforzar la protección judicial del derecho de igualdad*”. En otras palabras, es un denominador común de acciones a favor de la persona discriminada para reforzar su protección judicial que –por su generalidad- se entiende sin perjuicio de las acciones que le ofrezcan otras normas jurídicas –subsidiariedad- e incluso si no le ofrecen ninguna –amplitud-, siempre que sea factible su aplicación –adaptabilidad-¹⁹. Denominador común de acciones establecido a favor de la persona discriminada integrado por las siguientes consecuencias jurídicas:

1º. La consideración de “*nulos y sin efecto*” de “*los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo*”. Con esta norma –que deberá ser aplicada conjugándose con la regulación propia de cada acto o negocio jurídico-, tanto se admite la nulidad total como se admite la nulidad parcial –es decir la que afecta solo a las cláusulas que constituyan o que causen discriminación sexista-, que, en el ámbito de las relaciones laborales, será la solución más habitual –porque su regulación propia está fuertemente inspirada en el principio de conservación-. Una aplicación de la nulidad parcial en el ámbito de los seguros está en el artículo 72.2 de la LOIEMH²⁰.

¹⁹ La generalidad de la norma explica su amplitud, su adaptabilidad y su subsidiariedad. Su amplitud porque se aplica –como reza su rúbrica- a toda conducta discriminatoria –lo cual obliga a una interpretación amplia del concepto actos usado en su texto, comprendiendo incluso conductas a las que la categoría de actos les resultaría difícilmente aplicable, como manifestaciones de desprecio hacia un sexo o prohibiciones de acceso de las mujeres a un local, y que, por ello, podrían encontrar difícil tutela a través de otras acciones-. Su adaptabilidad porque no siempre se aplican todas las consecuencias a todas las conductas discriminatorias –de hecho, la indemnización es la única consecuencia siempre factible, las demás encuentran, como se verá en el texto principal, ciertas limitaciones-. Y su subsidiariedad porque no impide en ningún caso aplicar adicionalmente otras consecuencias derivadas de las relaciones jurídicas subyacentes –por ejemplo, la resolución en las obligaciones recíprocas, artículo 1124 del Código Civil-.

²⁰ De acuerdo con el artículo 72.2 de la LOIEMH, “*en el ámbito de los contratos de seguros o de servicios financieros afines, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 10 de esta Ley, el incumplimiento de la prohibición contenida en el artículo 71 otorgará al contratante perjudicado el derecho a reclamar la asimilación de sus primas y prestaciones a las del sexo más beneficiado, manteniendo en los restantes extremos la validez y eficacia del contrato*”. Al establecer esa facultad de modificación contractual solo en los casos señalados, se levantan dudas sobre si se podría admitir en otros casos, lo que sería deseable,

Si bien la nulidad es el efecto jurídico más radical derivado de una infracción de las leyes, y ello se compadece con el rango constitucional del principio de igualdad, presenta importantes limitaciones prácticas. En primer lugar, solo ostenta eficacia cara al pasado, sin efecto disuasorio ad futurum, de ahí la necesidad de completarla con otras consecuencias jurídicas. En segundo lugar, su aplicación es imposible cuando se trata de actos de efecto instantáneo –por ejemplo, un acoso sin represalia-. Y, en tercer lugar, su aplicación es difícil –no imposible si admitimos como se debiera el efecto constructivo de las declaraciones de nulidad- cuando se trata de omisiones –por ejemplo, una no contratación discriminatoria²¹-.

2º. La exigencia de *“responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido”*. Desde una perspectiva teórica, la restitutio in integrum –o reposición completa en la situación anterior- es la solución perfecta, aunque, en la práctica, nunca será posible una reposición completa en una materia donde, al aparecer implicada la dignidad de la persona, siempre hay daños morales. Y en ocasiones la reposición en la situación anterior ni incompleta resulta posible –pensemos, por ejemplo, en que el derecho del que se ha privado a la víctima de la discriminación y del que tendría que ser repuesta ha sido adquirido por un tercero de buena fe-.

véase María Paz García Rubio, “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”, Revista Derecho Privado y Constitución, número 21, 2006, página 159. En el ámbito laboral es, como se ha dicho en el texto principal, solución habitual anular la condición discriminatoria conservando el contrato de trabajo.

²¹ Sobre esta cuestión, Susana Navas Navarro admite la contratación forzosa siempre que se cumplan las siguientes tres condiciones –justificando la limitación de la libertad de contratación en el principio de proporcionalidad en relación con la efectividad de la tutela de la igualdad entre mujeres y hombres-: (1) que no haya alternativa en el mercado por prestarse el bien o servicio en régimen de monopolio, o cuando se produzcan situaciones de necesidad, (2) que no se haya celebrado por el discriminador el contrato con un tercero de buena fe, y (3) que estén determinados o sean determinables los otros elementos esenciales del contrato, “Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)”, Anuario de Derecho Civil, volumen 60, número 4, 2007, páginas 1619-1640. Parecidamente, véanse las opiniones de María Paz García Rubio, “Discriminación ...”, obra citada, y de Ana Giménez Costa, “La negativa a contratar por razón de género en el derecho privado”, disponible en www.urv.cat .

Así las cosas, la indemnización –que, aunque la norma la contempla como alternativa de la reparación, se puede acumular a esta si la misma no es completa- ha resultado un mecanismo bastante más eficaz (a) porque es aplicable en todos los casos, incluso en aquellos en que las demás acciones resultan inaplicables o de muy difícil aplicación –como un acoso sin represalia, una no contratación discriminatoria o la adquisición del derecho por tercero de buena fe-, (b) porque es el mejor mecanismo para la eficacia preventiva / disuasoria –quien discrimina paga-, y (c) porque permite reparar, no solo los daños materiales, también los morales –que son tan importantes en una materia donde está en juego la dignidad de la persona-.

3º. La exigencia de responsabilidad “*así como (y) en su caso*” –es decir, cuando medien las exigencias de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad- “*a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias*”. Las sanciones, como garantía más imperfecta de cumplimiento de la norma jurídica, entran dentro de las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias no en relación de alternatividad con “*reparaciones o indemnizaciones*”, sino en relación de eventual adición, al afirmarse que se producen “*así como (y) en su caso*”. Pueden las sanciones de las conductas discriminatorias nacer de delitos penales o infracciones administrativas²².

Una última cuestión sobre las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias es si, con carácter general, es admisible una acción de cesación de la conducta discriminatoria. Al respecto, se ha

²² Carolina Mesa Marrero niega la conexión entre este régimen de sanciones y los daños punitivos del derecho anglosajón, primero “*porque las sanciones no cumplen una función indemnizatoria, al contrario de lo que sucede con los punitive damages, que suponen una indemnización adicional e independiente a la que se fija por la reparación del daño causado*”, y segundo “*porque ... en nuestro derecho de daños el importe de la indemnización no suele superar el alcance económico del daño efectivamente producido ... por el contrario, el quantum indemnizatorio en concepto de punitive damages viene dado por la gravedad de la conducta*”, “¿Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: ¿un resquicio para los punitive damages”, en la obra colectiva, coordinada por Laura López de la Cruz / Marta Otero Crespo, y dirigida por María Paz García Rubio / María del Rosario Valpuest Fernández, “El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, página 1217.

respondido afirmativamente atendiendo a la semejanza del supuesto de conductas discriminatorias con el supuesto de intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, donde sí se contempla esa acción de cesación –artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo-. Sin tanta dificultad argumental, la acción de cesación se podría fundamentar en la amplitud con la que se concibe la tutela judicial cautelar en el artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²³.

IV. LAS CLÁUSULAS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EFECTIVA DE LA IGUALDAD DE LOS SEXOS EN LA LEY DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL.

La tutela judicial de los derechos fundamentales –el denominado amparo ordinario- se regulaba, en el ámbito del proceso laboral, de una manera muy deficiente²⁴ porque no se regulaba un cauce adecuado a todos los derechos fundamentales, sino solo a la libertad sindical –artículos 175 a 180 de la LPL-, y, a partir de esa regulación, se establecía su extensión a los demás derechos fundamentales –artículo 181 de la LPL-, sin contemplar

²³ María Paz García Rubio en “Discriminación ...”, obra citada, acudía a la analogía con el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Más modernamente, la autora expone que le convenció Julio Pérez Gil en el sentido de que el artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “*hace innecesario que una norma material en la que se reconozcan derechos subjetivos establezca los mecanismos hábiles para su tutela judicial*”, “La supuesta nulidad de los actos y negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo en el ámbito del derecho civil y mercantil”, Revista electrónica NUL: Estudios sobre validez e ineficacia, 2009, accesible en página <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=724> . Siguiendo sustancialmente las argumentaciones de María Paz García Rubio, Ana Giménez Costa asimismo concluye la aplicabilidad general de la acción de cesación, “La negativa ...”, obra citada.

²⁴ Para la situación del proceso laboral de tutela de derechos fundamentales anterior a la LJS, véase Fernando Valdés Dal-Ré, “El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en “Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral”, CGPJ, Madrid, 1991, Antonio Baylos Grau / Jesús Cruz Villalón / María Fernanda Fernández López, “Instituciones de Derecho Procesal Laboral”, Editorial Trotta, Madrid, 1991, Ignacio Albiol Montesinos / Ángel Blasco Pellicer, “Proceso de tutela de libertad sindical y otros derechos fundamentales”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, mi propio estudio “La garantía jurisdiccional social de la libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en “Derechos fundamentales y contrato de trabajo”, que coordiné con Matías Movilla García, Editorial Comares, Granada, 1998, y Faustino Cavas Martínez, “El proceso laboral de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2004.

la especialidades necesarias para la tutela de los demás derechos fundamentales y, en lo que ahora nos interesa, de la igualdad de los sexos, de modo que cuestiones tales como la intervención de sujetos colectivos, o las medidas cautelares, quedaban en una laguna bastante difícil de llenar.

Al mismo tiempo, la LPL establecía una remisión a otras modalidades procesales especiales –artículo 182 de la LPL- cuyo alcance – en concreto, si la remisión admitía o excluía la aplicación de las garantías del proceso de tutela de derechos fundamentales- motivó serias discusiones con riesgo de debilitación de la tutela. La LOIEMH resolvió –para todos los derechos fundamentales- la más conocida de esas discusiones, admitiendo acumular la indemnización establecida en el proceso de tutela de derechos fundamentales en esas otras modalidades procesales especiales. Si bien, el TS, cambiando su previa doctrina, se adelantó unos meses a la solución de la LOIEMH –STS de 17.5.2006, RCU 4372/2004-.

Hemos de esperar a la más moderna LJS, que busca “*la asignación al juez social de la función de garante ordinario de los derechos fundamentales*” –Exposición de Motivos, IV-, para un fortalecimiento de la tutela laboral de los derechos fundamentales –que repercutirá en la tutela de la igualdad de género- a través de la reestructuración del proceso laboral de amparo ordinario, que de ser un proceso solo pensado para la libertad sindical pasa a ser un proceso pensado para todos los derechos fundamentales –artículos 177 a 183 de la LJS-, y a través de la extensión de las garantías del proceso de tutela de derechos fundamentales a las modalidades procesales especiales a que remite el artículo 184 de la LJS²⁵.

²⁵ Y es que, según el artículo 178.2, “*cuando la tutela del derecho deba necesariamente realizarse a través de las modalidades procesales a que se refiere el artículo 184, se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal*”. Con insistencia demostrativa de la preocupación legislativa, el artículo 184 establece, en relación con las demandas a las cuales se refiere, que “*se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones sobre tutela de derechos fundamentales y libertades públicas*”

Por ello –salvo limitación legal expresa²⁶-, las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de los sexos analizadas a lo largo de este y el siguiente Capítulo²⁷ son aplicables a la totalidad de los procesos laborales, tanto si se siguen por la modalidad procesal especial de tutela de derechos fundamentales como si se siguen por las modalidades procesales especiales a que remite el artículo 184 de la LJS²⁸. Incluso si la parte decide –fuera de los casos del artículo 184 de la LJS que se tramitarán “*inexcusablemente*” conforme a sus reglas- renunciar a la modalidad procesal especial de tutela de derechos fundamentales, al ostentar esta un carácter opcional²⁹, las mismas son aplicables al proceso que corresponda³⁰.

con las propias de la modalidad procesal respectiva”. Lo que se compadece con la posibilidad de acumular a otras demandas una indemnización por la lesión de derechos fundamentales –artículo 26.2-.

²⁶ Lo que nos abstenemos de valorar como correcto o incorrecto con carácter general porque la limitación resultará criticable en algunas ocasiones por lo que supone de restricción de una garantía sustantiva – como es el caso de la limitación de la intervención de organismos públicos y asociaciones de defensa de la igualdad-, mientras en otras ocasiones la limitación se explica en la medida en que la garantía solo se entiende en el contexto de una modalidad procesal especial –véase el caso del artículo 284.2 de la LJS-.

²⁷ Nuestro estudio aquí se limita a analizar los aspectos del amparo judicial laboral de los derechos fundamentales y las libertades públicas con trascendencia específica sobre la igualdad de género. Un análisis extenso del amparo judicial laboral lo acometo en “La tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012.

²⁸ Que, tras la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado Laboral, se refiere a “*las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores*”, y a los procesos especiales consiguientes.

²⁹ Porque, según se razona en la STS de 21.3.1995, RCO 1328/1994, “(el artículo 53.2 de la CE) si bien impone la existencia de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, no concibe al mismo como cauce procesal único para obtener la tutela judicial frente a violaciones de derechos de tal clase, sino con el valor optativo indicado; así lo demuestra la expresión podrá que incluye en su texto ... permitiendo, por consiguiente, que el demandante decline utilizarlo, por preferir que su pretensión se sustancie por el cauce procesal que corresponda por razón de la materia sobre la que aquella versa”. La ventaja de renunciar, en estos casos, a la modalidad procesal de tutela es que, si se desestima la vulneración del derecho fundamental, se puede abordar el análisis de la legalidad ordinaria dentro del mismo proceso, lo que no cabe en la modalidad procesal de tutela al atribuírsele una cognición limitada –ex artículo 178.1 de la LJS y STS de 14.7.2006, RCU 5111/2004, dictada en Sala General-.

³⁰ De entenderlo de otra manera, el derecho fundamental a la igualdad de género –y, en general, cualquier derecho fundamental o libertad pública- se vería degradado a consecuencia del proceso a través del cual

a) Delimitación competencial en juicios sobre igualdad y acoso.

La delimitación del ámbito de la Jurisdicción Social se acomete, como antes ya ocurría en los artículos homónimos de la LPL, en los artículos 1, 2 y 3 de la LJS. Aquellos artículos –los de la LPL- habían generado ciertos problemas en su aplicación en los supuestos de acoso cuando el acoso se le imputa, no al empresario o al personal directivo, sino a un compañero de trabajo u otra persona relacionada con la empresa. Frente a esa interpretación –que se manifestó en algunas resoluciones judiciales-, la STC 250/2007, de 17 de diciembre, consideró se trataba de una interpretación restrictiva del artículo 2 de la LPL que privaba a la demandante de su derecho a la tutela judicial efectiva ante un acoso sexual.

Y es que lo determinante no es quien es el agresor –en la sentencia citada, se trataba de otro trabajador de otra empresa del que la trabajadora recibía órdenes, trabajando ambos en el mismo barco-, sino si el acoso se produce “*como consecuencia del contrato de trabajo*”, lo que, según el artículo 2.a) de la LPL, determina la competencia de los órganos jurisdiccionales sociales –en consonancia con el 9.5 de la LOPJ-. Únicamente en el supuesto de haberse producido el acoso de la víctima fuera del ámbito de la relación laboral –lo que difícilmente sucederá si el acosador es el empresario, siendo más factible si es otro trabajador, cliente o persona relacionada con la empresa-, sería competente el Orden Civil.

se canaliza. Ahora bien, la intercomunicabilidad de las especialidades de la modalidad procesal especial de tutela de derechos fundamentales solo abarca, en estos casos, a las especialidades garantizadoras de la efectividad del derecho fundamental –es decir a las cláusulas analizadas a lo largo de este y el siguiente Capítulo-, no abarcando ni a la preferencia y sumariedad –si bien la más llamativa de las modalidades procesales no contempladas en el artículo 184 de la LJS, que es la de conflictos colectivos, también goza de preferencia ex artículo 159 de la LJS-, ni a los aspectos procedimentales derivados de esa preferencia y sumariedad –en otro caso se dejaría sin contenido alguno la opción legislativa de regular una modalidad procesal especial de derechos fundamentales y libertades públicas, que es lo que hacen la LPL y la LJS-.

Para resolver la cuestión de una manera definitiva, la LJS atribuye, en el artículo 2, letra f), al juez social las cuestiones litigiosas “*sobre tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados con este por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios*”³¹. La Exposición de Motivos, III, de la LJS reconoce que con ello se quiere dar acogida a la doctrina sentada en la STC 250/2007, “*excluyéndose expresamente ... la competencia residual que tradicionalmente ha venido asumiendo el orden jurisdiccional civil*”.

También se extiende, en ese mismo artículo 2.f), la Jurisdicción Social a las cuestiones litigiosas “*sobre las reclamaciones en materia de libertad sindical y de derecho de huelga frente a actuaciones de las Administraciones Públicas referidas exclusivamente al personal laboral*”, olvidando la alusión a los demás derechos fundamentales, y es un lapsus calami a corregir sin necesidad de demasiado esfuerzo hermenéutico, lo cual supone que, siempre con relación exclusiva al personal laboral, la Jurisdicción Social será competente respecto a cuestiones litigiosas sobre las reclamaciones en materia de discriminación por razón de sexo y acoso sexual y sexista frente a las actuaciones de las Administraciones Públicas.

b) Prejudicialidad penal en juicios sobre igualdad y acoso.

³¹ De manera reiterativa, el artículo 177.1 de la LJS establece que “*se podrá recabar (la) tutela (de un derecho fundamental o libertad pública) a través de (la) modalidad procesal especial de tutela) cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios*”. Y casi obsesivamente vuelve reiterar esto mismo el artículo 177.4 de la LJS, afirmando que “*la víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una con el empresario*”.

De acuerdo con el artículo 4.1 de la LJS –en términos idénticos al artículo 4.1 de la LPL-, *“la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones previas y prejudiciales no pertenecientes a dicho orden, que estén directamente relacionadas con las atribuidas al mismo”*. Únicamente se produce el efecto devolutivo en el supuesto del artículo 4.3 de la LJS –en términos idénticos al artículo 4.3 de la LPL-: *“Hasta que las resuelva el órgano judicial competente, las cuestiones prejudiciales penales suspenderán el plazo para adoptar la debida decisión solo cuando se basen en falsedad documental y su solución sea de todo punto indispensable para dictarla”* –en mismo sentido, artículo 86 de la LJS, ídem al 86 de la LPL-.

Así las cosas, en los casos de violación de derechos fundamentales, aunque sean delito o falta –caso típico del acoso sexual-, se pueden utilizar las acciones laborales de manera independiente a las acciones penales. ¿Incluso la acción laboral indemnizatoria? La solución afirmativa es sustentable en el entendido de que, si se ejercita la acción civil en la vía penal, el juez penal evitará duplicar la indemnización. Sin embargo, la STS de 5.6.2005, RCUUD 1838/2004, ha considerado, si concurre con la laboral, la preferencia de la vía penal, de donde, solo si en ella no resulta satisfecha la acción indemnizatoria, se podría reclamar en la vía laboral, quedando interrumpido el plazo de prescripción durante el trámite del proceso penal.

Tal doctrina jurisprudencial, con alguna matización, es la base del artículo 183, apartado 4, de la LJS, donde se establece que *“cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquella o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social”*. La matización a que se alude se

encuentra en la posibilidad de reclamar la indemnización en vía laboral, aún en trámite la vía penal, si se hace reserva de ejercicio de la acción civil.

En cualquier caso, el artículo 183.4 de la LJS se limita a resolver el supuesto de concurrencia de la vía penal con la vía laboral, pero – literalmente interpretado- no obliga a la víctima a acudir a la vía penal para reclamar la indemnización –lo que, además, chocaría con el artículo 177.4-, de modo que, aunque el órgano judicial social considere la existencia de indicios constitutivos de un ilícito penal, no se puede declarar incompetente si la víctima no ha ejercitado la acción penal, sin perjuicio de que el órgano judicial, en la sentencia, acuerde enviar testimonio al Ministerio Fiscal para depuración de las responsabilidades penales –exclusivamente las penales, pues para las civiles la víctima ya ha optado por las acciones laborales-.

c) Legitimación basada en derechos subjetivos: ¿exclusiva legitimación de la víctima de la violación?

Aunque –siguiendo el artículo 12.3 de la LOIEMH- se establece, tanto para la persona acosada como para cualquier víctima, que “*será la única legitimada en esta modalidad procesal (de tutela de derechos fundamentales)*” –artículo 177.4 de la LJS-, también se reconoce legitimación activa a “*cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere (lesionada) ... la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso*” –artículo 177.1 de la LJS-, lo que refuerza la interpretación de admitir la legitimación de personas diferentes a la víctima cuando existe un interés colectivo prevalente –como en el chantaje sexual implícito, indirecto o tácito y el acoso ambiental colectivo-.

También la LJS refuerza, a nuestro juicio, la interpretación – anteriormente avanzada- de que el artículo 12.3 de la LOIEMH no se

refiere a los procedimientos administrativos siempre que se prevea su incoación por causas diferentes a la denuncia de la víctima, como ocurre con los procedimientos ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. De este modo se explica que, en la regulación de los litigios sobre sanciones administrativas en materia de acoso sexual o por razón de sexo, se establezca que la víctima estará legitimada para comparecer en el litigio “según su libre decisión y no podrá ser demandada o emplazada de comparecencia contra su voluntad” –véase el artículo 151.5.III de la LJS-.

d) Intervención de los sindicatos de trabajadores/as en litigios sobre igualdad de género.

Durante la vigencia de la derogada LPL, se reconoció la legitimación activa del sindicato con implantación en la empresa –no, en consecuencia, de cualquier sindicato en cuanto estos no son guardianes abstractos de la legalidad- para demandar a través de un proceso de conflicto colectivo por discriminación sexista indirecta en el acceso al empleo –STS de 18.2.1994, RCO 1735/1992³²-, por establecer condiciones de empleo discriminatorias –STS de 25.1.1999, RCO 2567/1998-, o por excluir a los eventuales de asambleas y votaciones –STS de 2.2.2000, RCO 245/1999-. Tampoco nada debiera entonces impedir –de conformidad con el viejo artículo 177.2 de la LPL- la actuación en esos mismos casos del sindicato como coadyuvante.

La LJS ha ratificado esas conclusiones sobre la legitimación activa y la intervención sindical como coadyuvante. De un lado, el artículo 17.4 establece que “*los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del*

³² Se trata de una decisión dictada en el contexto del denominado Caso Fasa-Renault, que luego se resolvió definitivamente en la STS de 4.5.2000, RCO 3708/1999. Sobre la STS de 18.2.1994, RCO 1735/1992, véase mi estudio “La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de las Sentencias de 18 de febrero 1994 y de 4 octubre 1995 del Tribunal Supremo)”, Aranzadi Social, número 17, 1996. Una panorámica del caso en mi estudio “Discriminación indirecta: Una aproximación a la Sentencia de 4 de mayo de 2000 del Tribunal Supremo”, Revista de Derecho Social, número 12, 2000.

conflicto están legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate ... en especial ... a través del proceso de conflicto colectivo, en defensa de los derechos e intereses de una pluralidad de trabajadores indeterminada o de difícil determinación; y, en particular ... del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en todas las materias atribuidas al orden social”.

Y, de otro lado, el artículo 177.2 establece que *“en aquellos casos en los que corresponda al trabajador, como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal, podrán personarse como coadyuvantes el sindicato al que este pertenezca, cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo ... si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado”.* Se trata de una intervención procesal adhesiva –es decir, el sindicato no puede disponer del objeto del litigio como si fuera parte principal, actuando como colaborador de dicha parte principal- que se fundamenta en el papel institucional de los sindicatos recogido en el artículo 7 de la Constitución.

Las posibilidades de actuación de los sindicatos en los procesos sobre discriminación sexista –y, en general, vulneración de derechos fundamentales- se completan con el artículo 20 de la LJS –heredero del artículo homónimo de la LPL-, que les permite intervenir *“en nombre e interés de los trabajadores ... afiliados a ellos que así se lo autoricen”.* Aquí el sindicato no es ni parte principal –como cuando se encuentra afectada la dimensión colectiva de un derecho fundamental-, ni parte adhesiva –como cuando, estando exclusivamente legitimado el trabajador,

actúa como coadyuvante-, sino representante voluntario del trabajador/a afiliado –en una institución, dicho sea de paso, escasamente utilizada-³³.

e) Intervención de los organismos públicos de igualdad y asociaciones de defensa de la igualdad.

Más problemas interpretativos surgen en relación con la legitimación de los organismos públicos de igualdad y de las asociaciones de defensa de la igualdad. La LPL nada decía al respecto, lo cual desató opciones interpretativas dispares, una considerando que, como la LOIEMH no había modificado la LPL, el legislador quería atribuir el monopolio de la legitimación de intereses colectivos, difusos o indirectos a los sindicatos, otra considerando que, en aplicación subsidiaria del artículo 11 bis de la LEC, están legitimados si bien solo en sus términos, y aún otra más considerando que, en aplicación directa del artículo 24 de la CE, esos sujetos no sindicales están legitimados cuando ostentan un interés legítimo.

La LJS sí contiene normas específicas en cuanto a la legitimación de organismos públicos de igualdad y asociaciones de defensa de la igualdad. Pero en términos más restrictivos que a los sindicatos. Sin duda la diferencia más importante radica en que no se les concede legitimación activa –como a los sindicatos en el artículo 17.4 de la LJS- a través del proceso de conflicto colectivo en defensa de los derechos e intereses de una pluralidad de trabajadores indeterminada o de difícil determinación. De este modo, la legitimación en la modalidad procesal de conflicto colectivo,

³³ Sobre la naturaleza jurídica del artículo 20 de la LPL ha discutido largamente la doctrina científica, defendiéndose es un supuesto de legitimación por sustitución o defendiéndose es un supuesto de representación voluntaria sui generis al sustentarse en el vínculo asociativo –solución que comparto-. Véanse más ampliamente los estudios de Ana Murcia Clavería, “La intervención ...”, obra citada, y de Carmen Ortiz Lallana, “La intervención del sindicato en el proceso de trabajo”, CES, Madrid, 1994.

que es, precisamente, la idónea para canalizar intereses colectivos, difusos o indirectos, es monopolio sindical –y lo ratifica el artículo 154 de la LJS-.

Cuando sí se atribuye legitimación activa al Instituto de la Mujer y a los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas –no a asociaciones privadas- es para la impugnación de convenios colectivos por ilegalidad “*a los efectos de impugnar las cláusulas que pudieran contener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo*” –artículo 165.1.a) de la LJS-. Así se resuelve una laguna contraria a las normas comunitarias porque, con la exclusiva legitimación sindical, no se garantizaba que “*se declare o pueda declararse nula o se modifique cualquier disposición contraria al principio de igualdad de trato en ... convenios colectivos*” –artículo 23.b) de la Directiva 2006/54/CE-³⁴.

Se cierra la regulación con una norma donde sí aparecen a la par sindicatos, organismos públicos de igualdad y asociaciones privadas: “*En aquellos casos en los que corresponda al trabajador, como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal, podrán personarse como coadyuvantes el sindicato al que este pertenezca, cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, así como, en supuestos de discriminación, las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado*” –según el artículo 177.2³⁵-.

³⁴ Ya sostuvimos en 2003 la necesidad de “*ampliar la legitimación –aunque sea con límites para no mermar la estabilidad del convenio colectivo– cuando la impugnación del convenio colectivo se fundamente en discriminación por razón de sexo*”, en el estudio “Las exigencias de transposición de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002”, Aranzadi Social, número 5, 2003, BIB 2003 720.

³⁵ ¿Se trata de una norma exclusivamente aplicable a la modalidad procesal especial de tutela de derechos fundamentales –artículos 177 a 183 de la LJS-, o su aplicación se extiende a las modalidades procesales por cuyos trámites inexcusablemente se canalizaran las pretensiones de tutela de derechos fundamentales –artículo 184 de la LJS-? A nuestro juicio, esto último. Tales modalidades procesales tienen reglas de legitimación activa –por ejemplo, en el despido el trabajador-, aunque ello no impide la actuación de organismos públicos de igualdad o asociaciones de defensa de la igualdad como coadyuvantes, es decir en calidad de una intervención procesal adhesiva –y menos si consideramos el artículo 178.2 de la LJS-.

¿Queda así el sistema suficientemente cerrado? El legislador procesal laboral ha querido preservar, tanto con la LPL como con la LJS, el monopolio sindical en la defensa de intereses colectivos, difusos o indirectos dentro del ámbito de las relaciones laborales. La actuación de otros sujetos, cuando se trata de atribuir legitimación activa, se ha restringido a organismos públicos y a una concreta modalidad procesal –sin duda con la finalidad de corregir un defecto de transposición de las directivas comunitarias sobre igualdad de los sexos-, y, en los demás casos, esa actuación se ha limitado de manera exclusiva a una intervención procesal adhesiva como una parte coadyuvante del trabajador demandante.

Ahora bien, si comparamos la tan restringida intervención de las asociaciones de defensa de la igualdad con la algo más amplia intervención que se les concede en el artículo 11 bis de la LEC y en el artículo 19.1.i) de la LJCA, y, sobre todo, si consideramos la amplitud del derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 24 de la CE, es cuando surgen las dudas sobre si el sistema queda suficientemente cerrado debiéndose admitir que, en un determinado conflicto, se les pueda considerar –a esas asociaciones e incluso a organismos públicos de igualdad- como legítimas interesadas, con lo cual su legitimación arrancarían de la propia norma constitucional sin poder resultar restringida por la legislación ordinaria³⁶.

f) Asistencia pública a las víctimas por parte del Ministerio fiscal.

³⁶ Ya antes de la LJS, María Fernanda Fernández López –comentando la LOIEMH- concluía que “*pueden existir pretensiones en la rama social del derecho que incumben de forma directa a los intereses asociativos, que integran la noción de interés legítimo desde la perspectiva asociativa y que no pueden dejarse ayunas de tutela judicial porque si es esta es la interpretación que prevalece, se habrá vulnerado, por supuesto, el artículo 22 CE, pero también el derecho a la tutela judicial efectiva ... no (hay) argumento bastante para excluir del proceso laboral ... –por el solo hecho de no ser sindicatos- a asociaciones habilitadas para la defensa y promoción de intereses relativos a la igualdad por su propia existencia –argumento ex artículo 7.3 LOPJ-, por su relevancia ex artículo 22 CE y por la estrecha conexión entre sus fines y la promoción de la igualdad efectiva ex artículo 9.2 CE*”, “La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género”, Editorial La Ley, Madrid, 2008, página 196 a 202.

Sin afectar a la posibilidad de asistencia pública a las víctimas a través del Instituto de la Mujer –artículo 2 bis en la Ley 16/1983, de 24 de octubre, del Instituto de la Mujer-, la LJS ha abierto una nueva –e interesante- vía en la medida en que, en su artículo 177.3, que contempla – como se hacía en el antiguo artículo 175.3 de la LPL- la intervención del Ministerio Fiscal como parte en los procesos de tutela en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, se añade ahora que “(velará) especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas”. También velará por la integridad de la reparación de las víctimas al actuar como parte en el proceso de ejecución –artículo 240.4 de la LJS-.

g) El estatuto procesal de la víctima de la discriminación.

Introduce la LJS la novedad –con relación a la vieja LPL- de regular las garantías de confidencialidad en la prestación del testimonio de la víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas. Al respecto, después de establecer la legitimación activa de la víctima en el proceso de tutela de derechos fundamentales –que hemos analizado en las líneas precedentes-, se establece, en el inciso final del apartado 4 del artículo 177, que “*si se requiriese su testimonio el órgano jurisdiccional velará por las condiciones de su práctica en términos compatibles con su situación personal y con las restricciones de publicidad e intervención de las partes y de sus representantes que sean necesarias*”.

La norma está descontextualizada porque en el proceso de tutela de derechos fundamentales la víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales o libertades públicas no asume la posición de testigo, sino la de parte, de modo que, si queremos entender su alcance, la debemos situar en su contexto, que no es otro que el de un juicio, usualmente un despido,

entre el trabajador presunto causante de la vulneración y su empresa donde se propone el testimonio de la presunta víctima. Aquí es donde el órgano judicial *“velará por las condiciones de su práctica en términos compatibles con su situación personal y con las restricciones de publicidad e intervención de las partes y de sus representantes que sean necesarias”*.

Cuestión subsiguiente es la de si la víctima puede tener mayor intervención que la de mero testigo en ese procedimiento entre el trabajador presunto causante de la vulneración y su empresa. Una posible solución afirmativa tropieza en algunas modalidades procesales con sus cerradas legitimaciones: siguiendo con el ejemplo del despido, la legitimación activa es del trabajador y la pasiva de la empresa. Y, sin embargo, si el despido es declarado improcedente –lo cual puede obedecer a la actuación de la empresa, que no comparece, concilia, se allana, no se defiende con diligencia o no recurre-, el trabajador despedido puede demandar a la presunta víctima por una vulneración de su derecho fundamental al honor.

Quizás la posible solución afirmativa se sustente en una lectura descontextualizada del inciso inicial del artículo 177.4 de la LJS, de modo que, cuando dice que *“la víctima ... podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del vínculo que le una al empresario”*, está permitiendo que, en cualquier procedimiento laboral –y no solo en el de tutela de derechos fundamentales-, la víctima pueda actuar de manera más activa que el simple testimonio propuesto por las partes litigantes. Si el inciso final del artículo 177.4 de la LJS se encuentra descontextualizado, acaso sea lo más lógico considerar que asimismo lo está su inciso inicial.

Una solución afirmativa que, además, encuentra una manifestación legal expresa en la regulación del estatuto procesal de la víctima en los litigios sobre sanciones administrativas de acosos sexuales o sexistas. En

efecto, el artículo 151.5.III de la LJS –además de reiterar la previsión sobre el testimonio de la víctima contenida en el artículo 177.4 de la LJS- añade que *“la víctima estará legitimada para comparecer en el procedimiento según su libre decisión y no podrá ser demandada o emplazada de comparecencia contra su voluntad”*. Aquí la norma se encuentra perfectamente contextualizada, permitiendo a la víctima actuar, o no, como parte principal o coadyuvante de la posición de la Administración Pública.

h) Problemas de legitimación pasiva y litisconsorcio pasivo necesario en casos de acoso.

El artículo 182.1.b) de la LJS se alude, como posibles condenados, a *“empleador, asociación patronal, administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada”*, lo que supone atribuir legitimación pasiva al que le sea imputable la lesión, y, aplicada esta norma a la violencia de género en la relación laboral –acoso sexual y por razón de sexo-, debemos reconocer, y así nos lo demuestra la casuística judicial, que, en no pocas ocasiones, la víctima se encuentra ante varios posibles sujetos legitimados pasivamente: la empresa como obligada a la protección frente a la violencia de género en el trabajo y el agresor como causante de la lesión, siempre que aquella se cause en la relación laboral –artículo 2.f) de la LJS-.

Situación de pluralidad de sujetos demandados que obliga a determinar si la víctima es libre de demandar a quien quiera o si debe demandar a todos los implicados –litisconsorcio pasivo voluntario o litisconsorcio pasivo necesario-. El artículo 177.4 de la LJS, resguardando la primacía de la voluntad de la persona acosada, establece que *“corresponderá a la víctima ... elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión”*

–lo cual, dicho sea de paso, se compadece con la posibilidad de demandar conjunta o separadamente a los deudores solidarios, artículo 1.444 del CC-.

Ahora bien, se excepciona *“cuando la víctima pretenda la condena (del posible causante directo de la lesión) o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare”*. La excepción se entiende en relación con la STS de 30.1.2008, RCU 2543/2006, donde, en un supuesto de acoso moral, se apreció un defecto litisconsorcial porque *“la pretensión ejercitada en esta litis presenta la particularidad de que en ella se insta la condena de (la empresa) a trasladar al (presunto acosador) de modo que la actora no esté en relación subordinada y directa con el mismo en el desempeño de su trabajo, lo que en definitiva supone la condena de este último a ser trasladado o a ser cambiado del puesto de trabajo”*.

i) Medidas cautelares en casos de acoso.

Antes de la LJS, la tutela judicial cautelar de los derechos fundamentales se concretaba, con relación a la tutela de la libertad sindical, en el artículo 178 de la derogada LPL. Se trataba de una norma de perfiles muy limitados. En primer lugar, porque solo contemplaba la suspensión de los efectos del acto impugnado –tutela cautelar negativa-, sin contemplar otras medidas para garantizar una reparación adecuada –tutela cautelar positiva-. En segundo lugar, porque se refería solo a la libertad sindical, sin resultar posible su extensión literal, dada su redacción, a otros derechos fundamentales. Y, en tercer lugar, porque era dudosa su aplicación a las modalidades procesales a las cuales se remitía el artículo 182 de la LPL.

Por causa de esa laguna legal en orden a la tutela cautelar de los derechos fundamentales, y, en concreto, de la violencia de género en la relación laboral, se viene admitiendo, en la doctrina judicial, la suspensión

de la prestación de servicios durante la tramitación de la demanda de resolución al amparo del artículo 50 del ET cuando la continuidad de la prestación de servicios suponga un riesgo físico o moral, lo que, típicamente, puede acaecer en los casos de acoso. Similarmente, en Alemania desde 1994, si el empresario no se ocupa adecuadamente de una reclamación de acoso sexual, el empleado ostenta derecho a la cesación del trabajo sin pérdida del salario si esto resulta necesario para su protección.

La LJS ha querido corregir estas deficiencias. Al respecto, se establece, en su artículo 180.4, que *“cuando la demanda se refiera a protección frente al acoso ... podrán solicitarse, además (de las medidas cautelares previstas en los demás apartados del artículo), la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas, en su caso, aquellas que pudieran afectar al presunto acosador u vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto (lógicamente) deberá ser oído este”*.

Y, para completar la regulación, se añade que esas mismas medidas cautelares son aplicables *“en los procesos seguidos a instancia de la trabajadora víctima de la violencia de género para el ejercicio de los derechos que le sean reconocidos en tal situación”* –según el mismo 180.4 concordante con el 139.2-, y *“en los procesos en los que se ejercite la acción de extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador con fundamento en el artículo 50 del ET en aquellos casos en que se justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral del trabajador, pueda comportar una posible vulneración de sus demás derechos fundamentales o libertades públicas”* –artículo 79.7-.

j) La sentencia.

Al regular el contenido de la sentencia estimatoria de la demanda, el artículo 182 de la LJS distingue una tutela declarativa –la existencia de la vulneración denunciada y la concreción del derecho o libertad infringidos según su contenido constitucionalmente declarado-, una tutela anulatoria – la nulidad radical de la conducta-, incluyendo la nulidad constructiva – interrumpir una conducta o realizar una conducta omitida-, una tutela interdictal –el cese inmediato del comportamiento antisindical, discriminatorio o vulnerador de derechos fundamentales-, una tutela repositoria –la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo-, y una tutela indemnizatoria –la indemnización que procediera-.

También se regulan distintos aspectos de la indemnización –artículo 183-: el juez se pronunciará sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso –es decir, siempre que se haya pedido-, le corresponda a la parte demandante en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental como de los daños y perjuicios adicionales derivados; su cuantificación será prudencial cuando la prueba del importe exacto resulte demasiado difícil o costosa; se resarcirá suficientemente a la víctima para restablecerla, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior al daño, y para contribuir a la finalidad de prevenir el daño; y se contempla su acumulación con otras indemnizaciones tasadas.

El elenco de acciones contra la discriminación o lesión de derechos fundamentales se completa, en el ámbito de la relación laboral, con las canalizables a través del artículo 184 de la LJS, donde se incluye la resolución indemnizada por incumplimiento empresarial al amparo del artículo 50 del ET. Gracias a esa remisión, se completa en relación con la discriminación sexista y en el ámbito de la relación laboral, el elenco de acciones que, en el ámbito de las obligaciones civiles recíprocas, se

concede a quien sufre su incumplimiento –el artículo 1.124 del Código Civil legitima al perjudicado, si incumplimiento de obligaciones recíprocas, a solicitar cumplimiento o resolución, en ambos casos con indemnización-.

Las normas citadas, aunque de mayor ámbito al aplicarse a todas las violaciones de derechos fundamentales y libertades públicas, son la concreción en el proceso social del artículo 10 de la LOEIMH y la transposición más detallada del artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE –e incluso algunas como el valor preventivo / disuasorio de la indemnización conectan con esa norma comunitaria, extendiendo lo en ella previsto a todas las violaciones de derechos fundamentales y libertades públicas-, debiendo considerarse, en la aplicación de esas normas, la doctrina judicial existente sobre los posibles contenidos de la sentencia estimatoria de una demanda de discriminación sexista, destacándose los siguientes aspectos:

(1) El cumplimiento de la obligación se hace efectivo a través de la nulidad de la conducta discriminatoria –incluyendo la nulidad constructiva-combinada con las tutelas interdictal y repositoria, lo cual se concreta en la contratación laboral forzosa si la discriminación ha operado en la fase precontractual³⁷, en el reconocimiento del derecho contractual excluido o limitado a causa de la discriminación si esta ha operado durante la vigencia del contrato –es la pretensión típica en reclamos de igualdad retributiva-, o en la nulidad de la extinción contractual si la discriminación ha operado en

³⁷ La contratación forzosa no presenta en el ámbito laboral problemas tan intensos como en el civil –entre otras cosas porque cada puesto de trabajo es un bien insustituible y las condiciones del contrato siempre están determinadas o son determinables aplicando leyes, reglamentos y convenios colectivos-. Por ello, la STC 229/1992, de 14 de diciembre, no tuvo reparo en obligar a HUNOSA a contratar a la trabajadora a la que se había excluido del trabajo en el interior de la mina. Y la STC 173/1994, de 7 de junio, obligó a renovar un contrato temporal en el Museo Reina Sofía. Para ejecutar estas condenas, como bien afirmó Carlos Luis Alfonso Mellado, se estará a las normas del despido, “Comentario a la STC 173/1994: la protección frente a las discriminaciones en el empleo”, Poder Judicial, número 35, 1994. Siguiendo estas ideas, la STSJ/Las Palmas de 22.12.2008, RS 980/2007, condenó –en una discriminación en el acceso al empleo- a contratar a la trabajadora, a salarios dejados de percibir y a una indemnización de 6.000 euros.

el momento extintivo –como en los despidos por embarazo / maternidad o en los constitutivos de represalia por la no sumisión a un acoso sexual³⁸-.

(2) La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador/a al amparo del artículo 50 del ET esta admitida para el acoso sexual³⁹, con la especialidad de que, frente a la obligación general de continuar en el trabajo hasta la sentencia resolutoria firme, se estimó siempre justificado el que la víctima no volviese al trabajo desde la agresión sexual. Actualmente, la LJS ya permite adoptar medidas cautelares ad hoc –artículo 79.7 de la LJS, más arriba analizado-. Nada impide, además, la consideración de cualquier discriminación sexista como un incumplimiento resolutorio

³⁸ O, dicho en otros términos, en los supuestos de chantaje sexual explícito, directo o expreso. Aunque la represalia por la no sumisión a un acoso sexual –que vulnera el artículo 14 de la CE- se distingue teóricamente de la represalia por la denuncia o demanda del acoso sexual –que vulnera el artículo 9 de la LOIEMH en relación con los artículos 14 y 24 de la CE-, en la práctica se suelen solapar ambas circunstancias porque, si una víctima no se somete al acoso sexual, lo más habitual es que, además, denuncie o demande. Supuestos en los cuales se ve una o ambas cosas son la STSJ/Andalucía-Granada de 20.5.1998, RS 200/1998, la STSJ/Asturias de 1.2.2002, RS 2400/2001, la STSJ/Madrid de 31.10.2006, RS 3652/2005, la STSJ/Cataluña de 2.6.2004, RS 1128/2004, que declara la improcedencia en cuanto la trabajadora renunció expresamente a la nulidad, la STSJ/Cataluña de 15.5.2006, RS 8713/2005, la STSJ/Las Palmas de 18.5.2007, RS 1636/2006, la STSJ/Málaga de 19.4.2007, RS 725/2007, o la STSJ/Galicia de 22.1.2010, RS 4677/2009, comentada por Efrén Borrajo Dacruz, “Acoso sexual y por razón de sexo”, Actualidad Laboral, número 9, 2010, y por Francisco Marín Martínez, “El despido discriminatorio de trabajadora víctima de acoso sexual”, Revista de Derecho Social, número 52, 2010.

³⁹ La primera resolución resolviendo el contrato de trabajo por un acoso sexual al amparo del artículo 50 del ET es la STCT de 2 de julio de 1985, donde se detalla un supuesto donde a la trabajadora, a través de “*proposiciones de tipo sexual*” durante dos años, “*(se le creó) una situación de extrema tensión, hasta que (un) día ... (el gerente de la empresa) llegó a agredirla causándole lesiones ligeras*”. Todos los casos se acomodan en alguno de los dos siguientes supuestos típicos: que el acosador sea el empresario o el representante legal de la empresa, o que, siendo otra persona, se haya producido en el ámbito de la relación laboral sin que la empresa haya adoptado las medidas adecuadas para su prevención. Véanse la STSJ/Galicia de 28.1.2000, RS 5653/1999, la STSJ/Cataluña de 15.7.2002, AS 2002 2881, la STSJ/Madrid de 13.6.2007, RS 1994/2007, la STSJ/Madrid de 15.10.2007, RS 3336/2007, la STSJ/Las Palmas de 19.2.2008, RS 1740/2006, la STSJ/Asturias de 23.5.2008, RS 3833/2007, la STSJ/Valencia de 10.6.2008, RS 1470/2008, la STSJ/Cataluña de 2.7.2008, RS 2397/2008, o la STSJ/Andalucía – Sevilla de 22.7.2008, RS 3837/2007, en un supuesto donde el acoso sexual se entremezcla con el acoso sexista.

Mención especial dentro del repaso a las acciones resolutorias merece el Asunto Viveros del Suevo. El gerente de la empresa, a través de un circuito cerrado de televisión, observaba a las trabajadoras en los servicios y con cámaras situadas debajo de las mesas. Al aperebirse las trabajadoras, denunciaron penalmente y realizaron una huelga, culminando en un acuerdo de reanudación de la actividad sin represalias. Pero la reincorporación asimismo del gerente motivó las demandas de resolución, estimadas en instancia y confirmadas en suplicación, con reconocimiento de una indemnización adicional a la derivada de la resolución contractual en una cuantía de 30.000 euros a cada una de las trabajadoras afectadas. Véase la STSJ/Asturias de 20.6.2003, RS 3545/2002, que fue comentada por Ángel González Maciá, “El valor de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales. ¿Es el Derecho del Trabajo la hermana pobre del Derecho?”, Aranzadi Social, número 10, 2004, BIB 2004 1528.

siempre que sea grave y culpable –artículo 50.c) del ET-. Al respecto hay algunos casos judicializados sobre derechos de maternidad y conciliación⁴⁰.

(3) La indemnización se considera la respuesta más efectiva frente a la discriminación tanto porque es aplicable en cualquier caso como porque puede incorporar elementos preventivos / disuasorios. Su utilización en el ámbito de la discriminación sexista arranca de mediados de la década de los noventa aplicada en supuestos de acoso sexual, estando en la actualidad perfectamente asentada, tanto si se reclama separadamente⁴¹, como si se

⁴⁰ Por ejemplo, la STSJ/Valencia de 6.7.2005, RS 1063/2005, estima la resolución por destinar a la trabajadora “a tareas de inferior categoría y retribución a las que venía desempeñando ... primero, al poco de conocer su estado de gestación; y, después, cuando se reincorporó al trabajo tras un período de excedencia para cuidado de hijo menor”. O la STSJ/Madrid de 3.2.2009, RS 5422/2008, estima la resolución por falta de reincorporación de la trabajadora, tras la maternidad y excedencia por cuidado de hijo, al puesto de trabajo reservado con degradación de funciones “que conllevaron una minusvaloración de su trabajo, un trato peyorativo y una limitación en sus aspiraciones y formación profesionales”.

⁴¹ La primera resolución concediendo una indemnización –de 1.500.000 pesetas- por acoso sexual en la relación laboral fue la SJS 5 Vigo de 30.12.1993, Pto. 973/1993, de cuyo caso conoció, en vía de recurso, el TSJ/Galicia en dos sentencias sucesivas, la de 22.4.1994, RS 1154/1994, y la de 23.7.1994, RS 3141/1994 –se rebajó la indemnización a cargo de la empresa a 500.000 pesetas aunque se mantuvo la del directivo acosador en 1.500.000 pesetas-. El TSJ/Galicia –en este y en otros casos de la época- sentó las bases para los reclamos indemnizatorios –que después se acogieron por otros TSJ del Estado-, aunque con una tendencia a la moderación indemnizatoria –que poco a poco se ha superado en el TSJ/Galicia y en los demás TSJ del Estado-. Véase la STSJ/Galicia de 17.2.1995, RS 4354/1994, con una indemnización de 100.000 pesetas, la STSJ/Galicia, con una indemnización de 683.165 pesetas, la STSJ/Galicia de 11.10.1995, con una indemnización de 100.000 pesetas, la STSJ/Galicia de 15.3.1996, con una indemnización de 500.000 pesetas, la STSJ/Galicia de 20.9.1996, RS 4196/1996, con una indemnización de 250.000 pesetas, la STSJ/Las Palmas de 7.1.1998, RS 1335/1997, con una indemnización de 3.000.000 pesetas, la STSJ/Las Palmas de 29.9.1998, RS 826/1998, con una indemnización de 500.000 pesetas, la STSJ/Galicia de 15.9.2000, AS 2000 2798, la STSJ/Galicia de 28.11.2000, RS 3465/2000, con una indemnización de 500.000 pesetas, la STSJ/Galicia de 23.1.2001, RS 320/1995, con una indemnización de 569.430 euros, la STSJ/Galicia de 7.5.2002, RS 2055/2002, con una indemnización de 500.000 pesetas, comentada por Juan Antonio Altés Tárrega, “Acoso sexual en el trabajo”, Aranzadi Social, número 20, 2002, BIB 2003 120, la STSJ/Cataluña de 11.7.2002, RS 1587/2002, con una indemnización de 1.000.000 pesetas, la STSJ/Castilla La Mancha de 16.5.2003, RS 1036/2003, con una indemnización de 3.000 euros, comentada por Elena Lasosa Irigoyen en “Indemnización por daños y perjuicios derivada de acoso sexual en el trabajo”, Aranzadi Social, número 18, 2003, BIB 2003 1518, la STSJ/Andalucía de 24.7.2003, RS 1284/2003, con una indemnización de 6.000 euros, la STSJ/Andalucía – Málaga de 4.12.2003, AS 2504/2003, con una indemnización de 6.000 euros, la STSJ/Galicia de 3.2.2004, RS 6394/2003, con una indemnización de 12.000 euros, la STSJ/Galicia de 15.9.2005, RS 1911/2005, con una indemnización de 6.000 euros, la STSJ/Las Palmas de 29.9.2005, RS 1078/2004, con una indemnización de 2.176,20 euros a una de las demandantes y de 3.627 euros a la otra demandantes, la STSJ/Valencia de 10.10.2006, RS 2966/2006, con una indemnización de 18.000 euros para cada una de las dos demandantes, la STSJ/Madrid de 31.10.2006, RS 3652/2005, con una indemnización de 30.000 euros, la STSJ/Las Palmas de 13.4.2007, RS 1239/2006, con una indemnización de 5.000 euros, la STSJ/Valencia de 10.10.2007, RS 2966/2006, con una indemnización de 18.000 euros, la STSJ/Tenerife de 1.9.2009, RS 257/2009, con una indemnización de 14.200,81 euros a cargo del acosador y absolviendo a la empresa, la STSJ/Cataluña de 1.4.2011, RS 6727/2010, con una indemnización de 13.140,18 euros, o la STSJ/Cataluña de 17.7.2012, RS 2811/2012, con una indemnización de 28.450 euros.

reclama acumulada a la nulidad del despido⁴², o a la resolución indemnizada de la relación laboral⁴³. También se ha aplicado en supuestos de discriminación retributiva⁴⁴, de discriminación por maternidad⁴⁵, y, en general, se puede aplicar en cualquier supuesto de discriminación sexista⁴⁶.

⁴² Dictadas en juicios de despido que se califica nulo o improcedente –y que ya han sido antes citadas al hablar de la acción de nulidad-, la STSJ/Madrid de 31.10.2006, RS 3652/2005, con indemnización adicional de 30.000 euros, la STSJ/Cataluña de 2.6.2004, RS 1128/2004, con indemnización adicional de 2.903,43 euros, la STSJ/Cataluña de 15.5.2006, RS 8713/2005, con indemnización adicional de 14.000 euros, y la STSJ/Galicia de 22.1.2010, RS 4677/2009, con indemnización adicional de 4.000 euros.

⁴³ Dictadas en juicios de resolución que es objeto de estimación –y que han sido antes citadas al hablar de la acción de resolución-, la STSJ/Cataluña de 15.7.2002, AS 2002 2881, con indemnización adicional de 3.988.000 pesetas, la STSJ/Asturias de 20.6.2003, RS 3545/2002, con indemnización adicional de 30.000 euros, la STSJ/Madrid de 13.6.2007, RS 1994/2007, con indemnización adicional de 6.000 euros, la STSJ/Las Palmas de 19.2.2008, RS 1740/2006, con indemnización adicional de 18.000 euros, la STSJ/Asturias de 23.5.2008, RS 3833/2007, con indemnización adicional de 3.000 euros, la STSJ/Valencia de 10.6.2008, RS 1470/2008, con indemnización adicional de 11.026,65 euros, , la STSJ/Cataluña de 2.7.2008, RS 2397/2008, con indemnización adicional de 12.000 euros, y la STSJ/Andalucía – Sevilla de 22.7.2008, RS 3837/2007, con indemnización adicional de 12.000 euros.

⁴⁴ Una resolución destacada concediendo una indemnización –de 3.000.000 pesetas- por discriminación retributiva fue –casando las sentencias desestimatorias recurridas- la STS, Civil, de 10.4.1999, RC 2934/1994, que la cuantificó atendiendo al *“sufrimiento continuado e incesante, capaz de perturbar la armonía psíquica de una persona (derivado de) la intensa presión laboral que hubo de soportar hasta que el contrato se extinguió ... máxime cuando se trata de una trabajadora que se encontraba realizada en la ocupación que desempeñaba y que, en definitiva, conduce a pensar que hubo de sentirse fracasada como mujer”*. Comentada esta sentencia por Francisca Ferrando García, “Concurrencia de responsabilidades contractual ex artículo 50 ET y aquiliana”, Revista de Derecho Social, número 8, 1999, y por Juan José Fernández Domínguez / Rodrigo Tascón López, “Responsabilidad empresarial por los daños causados a una trabajadora a la que se discriminaba por razón de sexo”, La Ley, número 5148.

⁴⁵ Una resolución destacada concediendo una indemnización –de 34.676.869 pesetas- por discriminación por maternidad fue la SJS 33 Madrid de 31.10.2000, Pto. 490/2000, que fue revocada por la STSJ/Madrid de 23.4.2001, RS 688/2001, y esta anulada por la STC 182/2005, de 4 de julio, declarando firme la sentencia de instancia. La sentencia de suplicación –luego anulada en la STC 182/2005, de 4 de julio- fue objeto de duras críticas doctrinales emitidas por Enrique Lillo Pérez, “Discriminación por razón de sexo y arbitrariedad judicial”, Revista de Derecho Social, número 14, 2001, y por Belén Villalba Salvador, “Maternidad y no discriminación”, Revista de Derecho Social, número 15, 2001. Por su lado, la STC 182/2005, de 4 de julio, fue comentada de modo laudatorio por María Luisa Martín Hernández, “Recurso de amparo. Prohibición de discriminación por razón de sexo (embarazo) en el seno de la relación laboral (Comentario a la STC 182/2005, de 4 de julio)”, Aranzadi Social, número 2, 2005, BIB 2005 1601.

⁴⁶ Algunos ejemplos adicionales se rastrean en relación con discriminaciones sexistas directas en materia de clasificación y/o promoción profesional. En un supuesto de relegación en ascensos de una trabajadora, pagándole menos e imponiéndole una jornada diferente a sus compañeros por motivos sexistas y sindicales, aparte de ordenar el cese inmediato de la conducta discriminatoria con las consecuencias oportunas en materia de promoción profesional y retribuciones, se condena a la empresa a una indemnización de 250.000 pesetas –STSJ/Málaga de 25.10.1996-. Y en un supuesto de encuadramiento de una trabajadora en una categoría inferior a la de sus compañeros varones, se condena a la empresa a una indemnización calculada sobre las diferencias con las retribuciones establecidas en el convenio colectivo aplicable, aunque los trabajadores varones encuadrados en la categoría superior no percibiesen la totalidad de lo establecido en dicho convenio colectivo –STSJ/Valladolid 19.6.2006, RS 1040/2006-.

¿Qué conceptos son indemnizables? En primer lugar, los daños materiales, que comprenden tanto el daño emergente –son los daños derivados de la lesión, acreditados usualmente con facturas-, como el lucro cesante –son las ganancias dejadas de obtener, por ejemplo, a consecuencia de una relegación en ascensos-. En segundo lugar, los daños físicos, cuya cuantificación se puede realizar utilizando los baremos de tráfico. Y, en tercer lugar, los daños morales, que son los de más difícil objetivación y cuantificación, habiendo la doctrina judicial –durante la vigencia de la LPL- utilizado criterios variados, pudiéndose citar –entre los que pueden seguir vigentes tras la LJS- los siguientes con un carácter no exhaustivo:

- La mayor o menor efectividad de las otras tutelas –de modo que la irreparabilidad de la lesión conduce a mayores cuantías, o, en sentido contrario, la existencia de otras reparaciones conduce a menores cuantías-.

- La gravedad de la lesión y la culpabilidad del agente –que puede ir, de mayor a menor intensidad, desde el ánimo de dañar a la víctima, la mera conciencia de ilicitud del acto, o la actuación imprevista e inconsciente-.

- La reiteración de la lesión –cuando esta consiste en un acto de efectos instantáneos- o la persistencia de sus efectos –cuando aquella consista en un acto de efectos permanentes- incrementan las cuantías.

- Las circunstancias concurrentes, tales como el haber obligado a la víctima a acudir reiteradamente a los tribunales, o el carácter público de la empleadora –que le obliga a un mayor respeto del orden constitucional-.

- La alusión a criterios genéricos que sirven de marco argumental para los anteriores criterios, como las exigencias de equidad, las referencias a la proporcionalidad o las cuantías indemnizatorias más habituales.

(4) Cuando se trata de una discriminación colectiva –que es lo usual si es indirecta-, las acciones expuestas pueden ser insuficientes para la tutela judicial efectiva del derecho a la igualdad de género. ¿Puede

entonces solicitarse la condena de la empresa a la adopción de una política de personal para reparar hacia el futuro la discriminación colectiva? De entrada, nada impide se acuerde ello en conciliación, lo cual, si bien se mira, sería algo semejante a acordar un plan de igualdad. Si esto es así, nada debería impedir se pudiese solicitar eso mismo judicialmente y se pudiese acordar en especial cuando –por las circunstancias del caso- sea identificable un interés cualificado para prevenir futuras discriminaciones.

k) Ejecución de la sentencia del despido de la víctima del acoso.

Dando solución legal a un engorroso problema –que algunos órganos jurisdiccionales solventaban de la misma manera aunque sin un apoyo legal expreso-, el artículo 286.2 de la LJS –residenciado dentro de las normas sobre ejecución definitiva de las sentencias dictadas en juicios de despido- establece que *“en los supuestos de declaración de nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, la víctima del acoso podrá optar por extinguir las relación laboral con el correspondiente abono de la indemnización procedente y de los salarios de tramitación”* contemplados para el supuesto de no readmisión o readmisión irregular en los despidos improcedentes –véase artículo 281.2-.

V. LA GARANTÍA FRENTE A REPRESALIAS.

La garantía de indemnidad por el ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas, entendida como exención de cualesquiera perjuicios derivados de ese ejercicio, es un elemento central de su contenido esencial. Es lo que doctrinalmente se ha denominado la eficacia justificante de los derechos fundamentales, o la exención de

perjuicio a causa de su ejercicio⁴⁷. Una eficacia justificante extensible sin demasiado esfuerzo argumental al ejercicio de los derechos de igualdad por razón de sexo si consideramos que, en nuestro texto constitucional, los mecanismos de protección de los derechos fundamentales y del principio de igualdad por razón de sexo están equiparados –artículo 53.3 de la CE-.

Pues bien, con todo este bagaje constitucional –y el comunitario que hemos analizado más arriba dentro de este Capítulo Décimo Primero-, la LOIEMH, artículo 9, titulado “*indemnidad frente a represalias*”, establece que “*se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres*”. Incluyendo así el ejercicio judicial y extrajudicial como detonantes de dicha garantía de indemnidad.

Siguiendo esa línea de amplitud de la garantía, el artículo 17.1.II del ET, en la redacción dada por la LOIEMH, establece que “*serán igualmente nulas ... las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación*”. Con anterioridad a la LOIEMH, la norma –que se había introducido a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre- no aludía a la acción administrativa,

⁴⁷ Por ello, la protección frente a represalias por el ejercicio de los derechos de igualdad entre mujeres y hombres directamente nace del artículo 14 de la CE, sin necesidad de acudir a la garantía de indemnidad frente a represalias por el ejercicio de acciones judiciales incluida en el artículo 24 de la CE, aunque una represalia por el ejercicio de los derechos de igualdad entre mujeres y hombres pueda ser, asimismo, una represalia por el ejercicio de acciones judiciales –en cuyo caso se vulnerarían a la vez los artículos 14 y 24 de la CE-. Sobre la garantía de indemnidad del artículo 24 de la CE, Jaime Cabeza Pereiro, “Derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador: la garantía de indemnidad”, en “Derechos fundamentales y contrato de trabajo”, coordinado por quien esto suscribe y por Matías Movilla García, Editorial Comares, Granada, 1998, Diego Álvarez Alonso, “La garantía ...”, obra citada, y María Teresa Igartua Miró, “La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional”, CES, Madrid, 2008.

aunque como aludía tanto a la reclamación efectuada en la empresa como a la acción judicial, no era muy difícil realizar una interpretación correctora.

Obsérvese que las redacciones del artículo 9 de la LOIEMH y del artículo 17.1.II del ET no son idénticas. El artículo 9 de la LOIEMH protege a quien se queja, reclama, denuncia, demanda o recurre. Pero el artículo 17.1.II del ET no circunscribe el ámbito subjetivo de la protección a quien de algún modo ejerce su derecho, sino que basta con que la decisión del empresario sea desfavorable para un trabajador y sea una reacción ante una reclamación judicial o extrajudicial. De este modo, se protege, por poner algún ejemplo, a un testigo o a un mediador, o a quien defiende o asesora al titular del derecho. Interpretación que se coherente, asimismo, con lo establecido en las normas comunitarias de referencia.

¿Cuál es el alcance de la expresión “*el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres*” del artículo 9 de la LOIEMH y de la expresión “*el principio de igualdad de trato y no discriminación*” del artículo 17.1.II del ET, expresiones delimitadoras del ámbito objetivo de los derechos protegidos? Un entendimiento tradicional del principio de igualdad determinaría la exclusión de los derechos de conciliación de la garantía de indemnidad. Sin embargo, la LOIEMH los regula dentro de su texto y, en su artículo 44.1, se establece que se evitará “*toda discriminación basada en su ejercicio*”. Por lo tanto, debemos considerarlos objeto de la garantía establecida en el artículo 9 de la LOIEMH y en el artículo 17.1.II del ET.

¿Cómo se aplica la indemnidad frente a las represalias? Como si se tratase de una discriminación por razón de sexo: el artículo 9 de la LOIEMH se encabeza diciendo explícitamente que la represalia o retorsión “*se considerará discriminación por razón de sexo*”, y a idéntica conclusión conduce la expresión “*serán igualmente nulas*” del artículo 17.1.II del ET. Si esto es así, quien alegue la existencia de una represalia o retorsión por el

ejercicio de los derechos de igualdad por razón de sexo gozará de las facilidades probatorias consiguientes y, si la represalia o retorsión resultase acreditada, la sentencia estimatoria, aparte de declarar la nulidad de la decisión empresarial desfavorable, podrá conceder una indemnización.

CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO

LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

SUMARIO: I. LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA. II. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA. III. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: a) La carga de la prueba de la parte demandante. b) La prueba de la discriminación sexista indirecta. c) La prueba del conocimiento empresarial del embarazo. d) La carga de la prueba de la parte demandada. IV. LA LEGISLACIÓN INTERNA: a) La regulación general de la ley de igualdad. b) La regulación específica en el proceso social. V. EL DICTAMEN DE ORGANISMOS PÚBLICOS COMPETENTES. VI. LA PRUEBA ESTADÍSTICA. VII. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL JUICIO DE ACOSO SEXUAL.

I. LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA.

Ninguna de las directivas comunitarias sobre materia de igualdad de los sexos de los años setenta y ochenta contenía normas sobre carga de la prueba. Como tantas otras veces en el ámbito de la tutela de la igualdad, las elaboraciones iniciales surgieron –con el también usual precedente de la jurisprudencia estadounidense¹- del activismo del Tribunal de Justicia. Y surgieron asociadas a la introducción del concepto de discriminación

¹ El Tribunal Supremo, en el Caso Green vs McDonnell Douglas, 411 US 792 (1973), consideró que al demandante le basta demostrar un “*prima facie case of discrimination*” –en el caso, el rechazo a contratar a un solicitante cualificado perteneciente a una minoría quedando vacante el puesto de trabajo o ocupado por alguien que no era de esa minoría- y, hecho esto, se desplaza la prueba al empleador porque, como todo empleador actúa racionalmente, conoce y puede explicar las razones de su decisión y, si no lo hace, el motivo más probable del rechazo es la discriminación. La doctrina ha sido matizada en el Caso St. Mary’s Honor Society vs Hicks, 509 US 502 (1993), en el sentido de que, aún si el empleador ofrece una explicación que el demandante demuestra injustificada, el órgano judicial puede concluir –según las circunstancias- que no hay discriminación, sin que exista un derecho automático del demandante basado en la normativa antidiscriminatoria a obtener sentencia favorable ante la ausencia de una prueba plena.

indirecta, que traslada el centro de gravedad de la conducta discriminatoria de la intencionalidad al impacto adverso no justificado de un colectivo femenino: la STJUE de 31.1.1981, Caso Jenkins, C-96/80, es la primera en que se distribuyen los papeles en orden a la prueba de la discriminación².

Más frontal y detalladamente –sin una específica limitación a la discriminación indirecta- se abordaron las cuestiones probatorias en la STJUE de 17.10.1989, Caso Danfoss, C-109/88, donde –en un auténtico “*leading-case*”- se afirma que “*cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política de salarios no es discriminatoria, una vez que los trabajadores femeninos hayan demostrado, a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos*”.

Tales elaboraciones –que suponían admitir la prueba estadística y excluían la intención en la existencia del ilícito- encajaban más fácilmente en los ordenamientos de common law –Reino Unido o Irlanda-³. Pero

² La STJUE de 31.1.1981, Caso Jenkins, C-96/80, sobre diferencias salariales en trabajos a tiempo parcial, una sentencia iniciática de la jurisprudencia europea sobre discriminación sexista indirecta, es, asimismo, la primera donde, al acoger ese concepto de discriminación indirecta, no se exige acreditar la intención de discriminar, y se erige la acreditación del impacto adverso en el dato que obliga a la otra parte a acreditar una justificación no discriminatoria de la conducta causante de ese impacto adverso. De este modo, se distribuyen los papeles entre quien alega la discriminación y quien se opone al alegato de una manera que, en la jurisprudencia comunitaria, se consolidará, en poco tiempo, como un test de discriminación sexista indirecta habitualmente usado en el ámbito del contrato de trabajo a tiempo parcial.

³ Donde a un demandante civil le basta con probar la mayor probabilidad de sus evidencias frente a las del demandado dentro de un sistema de prueba libre –se admite cualquier medio de prueba, salvo determinadas excepciones-, mientras en los ordenamientos de civil law a un demandante civil se le exige probar la verdad de sus alegaciones dentro de un sistema donde se regulan legalmente los medios de prueba. Véase Kevin M. Clearmont / Emily Sherwin, quienes encuentran la diferencia última en que “*el civil law busca la legitimación en el mito de que los tribunales solo actúan sobre hechos verdaderos, no meras probabilidades*”, mientras “*los tribunales de common law buscan su legitimidad en otros sitios, quizás en otros mitos, y eso les hace libres para adoptar estándares de prueba más justos y eficientes para llegar a la verdad del caso*” (la traducción es propia), “A comparative view of standars of proff”, The American Journal of Comparative Law, volume 50, número 2, Spring – 2002, páginas 243 a 275.

chirriaban en los ordenamientos de civil law. En Francia⁴ las conductas discriminatorias eran ilícitos penales o sancionadores en cuya investigación actuaba de oficio el órgano judicial y en cuyo enjuiciamiento se utilizaba una presunción de inocencia que dificultaba las condenas. Cuando se abrió el camino de los procesos civiles o, en su caso, laborales alegando discriminación, el peso de la tradición llevaba muchas veces a no estimar las demandas si no se podía acreditar la existencia de una falta empresarial.

Buscando la armonización para una mayor efectividad de las normas sobre igualdad, y después de varios intentos más ambiciosos⁵, se aprobó la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, cuyo objetivo –según su artículo 1- es *“(el) mejorar la eficacia de las medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación del principio de igualdad de trato, que permitan que todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato puedan invocar sus derechos en vía jurisdiccional después de haber recurrido, en su caso, a otros órganos competentes”*.

⁴ Las referencias al derecho francés las he tomado de Sophie Latraverse, quien destaca otra diferencia importante entre los ordenamientos de common law y de civil law, en cuanto en los ordenamientos de common law el deber de lealtad procesal tiende a permitir el acceso del demandante a las pruebas en poder del demandado, pudiendo el juez conminar a su exhibición, mientras en los ordenamientos de civil law el juez, según la tradición romanista, no está facultado a requerir la exhibición a la parte que dispone de la prueba, ni a realizar cualquier otra investigación de oficio o a instancia de parte, e incluso se ha llegado a considerar hecho delictivo –seguimos hablando del derecho francés- el quedarse el trabajador con copias de documentos de la empresa a los efectos meramente probatorios, “El derecho de acceso a la prueba: el desafío de la prueba de la discriminación en los países de derecho civil – el ejemplo francés”, accesible en http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/03_Burden_of_proof/2005_Latraverse_ES.pdf .

⁵ La Comisión presentó el 27 de mayo de 1988 una Propuesta de Directiva, que fue sometida varias veces a discusión sin llegar a aprobarse por el Consejo. Otro intento fallido fue a través del diálogo social amparado en el Protocolo Social del Tratado de Maastricht. La última Propuesta –y que sirvió de base para la Directiva 92/80/CE- fue presentada por la Comisión el 20 de septiembre de 1996. Se trataba de textos, en líneas generales, con contenidos más completos que el texto final de la Directiva 97/80/CE: su ámbito de aplicación se extendía a la Seguridad Social Pública; el desplazamiento de la carga de la prueba se admitía expresamente cuando la parte demandada aplique un sistema o tome una decisión no transparente; se exoneraba a la parte demandante de acreditar la existencia de una falta de la parte demandada; se garantizaba la instrucción judicial efectiva de las demandas de discriminación; y se regulaba un derecho de acceso de la parte demandante a los documentos en poder de la parte demandada.

Igualmente es positivo el haber definido –en su artículo 2- la discriminación indirecta “*cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo*”. Recoger aquí esta definición obedece a la importancia de la prueba en los juicios sobre discriminación indirecta. Como dice el Considerando (19) del Preámbulo, “*la prueba de la discriminación es aún más difícil de aportar cuando la discriminación es indirecta*”, y eso hace que sea “*necesario definir(la)*”.

Donde la Directiva falla es cuando –en su artículo 3- establece un ámbito de aplicación limitado porque, aunque se incluyen “*las situaciones cubiertas por el artículo 119 del Tratado CEE y las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, y en la medida en que exista discriminación por razón de sexo, las Directivas 92/85/CEE y 96/34/CEE*”⁶, no se incluye, acaso por el temor a una avalancha de quejas causante de un desequilibrio financiero, la 79/7/CEE sobre Seguridad Social Pública. Tampoco la actual 2012/41/UE sobre actividades autónomas. Por no citar, ni siquiera se cita la 86/378/CEE, modificada por la 96/97/CE, sobre Seguridad Social Privada, aunque esta está incluida al estar incluida en el ámbito del 119 del TCEE⁷.

La Directiva –asimismo en su artículo 3- acaba de completar su ámbito cuando, desde otra perspectiva, afirma su aplicación “*a cualquier*

⁶ La inclusión de las Directivas 92/85/CEE y 96/34/CEE –actual 2010/18/UE- “*en la medida en que exista discriminación por razón de sexo*” resulta bastante confusa porque no solo ellas sino cualquier otra –por ejemplo, las directivas sobre salud laboral, jornada de trabajo, sucesión de empresas o garantías en la crisis de empresa- dictada sobre empleo o condiciones de trabajo –que son los ámbitos de la 75/117/CEE y la 76/207/CEE- se entienden incluidas “*en la medida en que exista discriminación por razón de sexo*”.

⁷ Según es jurisprudencia reiterada en múltiples ocasiones desde su primera manifestación en la STJUE de 7.5.1990, Caso Barber, C-262/88. Y la aplicación de la Directiva 97/80/CE a la Seguridad Social Privada se confirma con la Directiva 2006/54/CE, en cuanto se refunde la 86/378/CEE, modificada por la 96/97/CE, y en cuanto se colocan entre las disposiciones horizontales de aplicación general a todas las directivas refundidas las normas relativas a la carga de la prueba –también refundidas- de la 97/80/CE.

procedimiento civil o administrativo relativo a los sectores público o privado que prevea un recurso con arreglo al derecho nacional en la aplicación de las disposiciones contempladas”, esto es tanto procesos judiciales como procedimientos administrativos, salvo los “extrajudiciales de carácter voluntario o previstos en el derecho nacional” –en particular, procedimientos de mediación y conciliación, según el Considerando (12) del Preámbulo-. Por lo demás, “la presente Directiva no se aplicará a los procesos penales, salvo que los Estados miembros así lo dispusieren”.

Al regular –en su artículo 4- la distribución de la carga de la prueba – que es, propiamente, el contenido normativo de la norma comunitaria-, se establece –en términos de generalidad tanto en cuanto a la carga probatoria de la persona demandante como en cuanto a la carga probatoria de la persona demandada- que, *“cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato, presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponderá a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”* –artículo 4.1-

Una interpretación apegada a la literalidad de la norma –donde se utiliza la palabra *“presumir”*- nos conduciría al reconocimiento de una prueba de indicios en su sentido más clásico, es decir, a partir de un hecho base o indicio plenamente acreditado se deduce, conforme a un criterio racional, el hecho consecuencia de la discriminación sexista. Estaríamos ante la denominada prueba indirecta frente a la prueba directa de la discriminación sexista. Aunque estaríamos realizando, en ambos casos, un juicio de veracidad, es decir, se estaría obligando al demandante a una prueba plena, bien directamente del hecho de la discriminación sexista, o bien indirectamente del hecho base o del indicio que nos permita deducirla.

Sin embargo, es posible otra interpretación más amplia si la palabra “*presumir*” la entendemos en un sentido más lato que permitiría admitir juicios de verosimilitud, como el principio de prueba o la prueba prima facie, a primera vista o de la verdad interina, que se basan en justificaciones, pruebas semiplenas o apariencias frente a la prueba plena⁸. Los antecedentes judiciales apuntan en esa dirección al admitir la prueba estadística⁹. Y la Directiva 2006/54/CE lo confirma cuando, en el Considerando (30) de su Preámbulo, afirma que “*deben adoptarse disposiciones para garantizar que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada cuando a primera vista haya un caso de discriminación*”.

En todo caso, la Directiva contempla una cláusula de posible mejora del nivel de protección en los derechos internos –artículo 4.2-, apreciándose en ordenamientos significativos del civil law que en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina científica se está acogiendo el juicio de verosimilitud en la aplicación de las reglas sobre el desplazamiento de la carga de la prueba de la discriminación –como Italia¹⁰

⁸ Utilizaremos a lo largo de la exposición los términos principio de prueba, prueba prima facie, a primera vista o de la verdad interina, y el de justificaciones, pruebas semiplenas o apariencias, en el sentido sustancialmente equivalente de mecanismos probatorios que trasladan al órgano judicial la sospecha vehemente de la existencia de discriminación alejándose, en mayor o menor medida, del modelo de referencia que, en los ordenamientos de civil law, supone la prueba plena sea directa o indirecta. Conviene advertir la ausencia de un consenso doctrinal en orden al sentido exacto de cada uno de esos conceptos, siendo habitual distinguir entre unos y otros en base a variados criterios. Un sólido intento de conceptualización es el de Michele Taruffo, “La prueba de los hechos”, Editorial Trotta, Madrid, 2009. Hemos optado, sin embargo, por la unificación terminológica expuesta aún a riesgo de haber cometido algunas imprecisiones, porque esas imprecisiones parecen irrelevantes a los efectos de nuestra exposición.

⁹ Para Cristóbal Molina Navarrete la prueba estadística se encuentra implícitamente reconocida en la Directiva –y, en consecuencia, la Directiva obliga a su admisibilidad en los derechos internos- en cuanto se necesita para la apreciación de una discriminación indirecta, “Acciones positivas y efectividad de la tutela procesal antidiscriminatoria (A propósito de la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo)”, La Ley, número 4759, página 9. Tal interpretación la ha ratificado el Considerando (10) de la Directiva 2002/73/CE en la medida en que en el mismo ya se alude de una manera explícita a la prueba estadística.

¹⁰ En Italia, el artículo 40 del Decreto Legislativo de 11 de abril de 2006, número 198, Código de igualdad de oportunidades hombre mujer –que refunde el artículo 4.6 de la Ley de 10 de abril de 1991, número 125- desplaza la carga de la prueba cuando la parte demandante acredite “*hechos, incluso derivados de datos estadísticos*” que establezcan “*de manera precisa y concordante la presunción de la existencia de actos, acuerdos o conductas discriminatorias por razón de sexo*” (la traducción es propia). Según el artículo 2729 del Código Civil, la presunción simple solo la admitirá el juez si es grave, precisa y concordante, de modo que, al faltar la gravedad en el antes citado artículo 40, la doctrina entiende se

o Bélgica¹¹-. Por lo demás, se faculta a los derechos internos a implantar la investigación de oficio de los hechos, en cuyo caso no se aplica la regla de distribución de la carga de la prueba –artículo 4.3-, lo cual resulta lógico porque la víctima no se sujeta en tales procesos a carga probatoria expresa.

Queda solo por apuntar la importancia de la Directiva en la evolución posterior de las directivas sobre la tutela de las otras igualdades¹² y sobre la tutela de la igualdad de los sexos en ámbitos no laborales¹³, así como su refundición en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006¹⁴, y, más concretamente, en su artículo 19, que sistemáticamente se coloca dentro del Capítulo sobre “*recursos y cumplimiento*” donde aparecen las demás cláusulas de protección jurisdiccional efectiva –demostrando la consideración de la normativa sobre la carga de la prueba como una de las

establece un mecanismo probatorio menos exigente. Para Michele Taruffo se trataría de un juicio de verosimilitud “*id quod plerumque accidit*” valorando la conformidad de la actuación empresarial con los criterios habituales de gestión de la empresa, “La prueba ...”, obra citada, páginas 510 y 511, *passim*.

¹¹ En Bélgica, el artículo 33 de la Ley de 10 de mayo de 2007, sobre lucha contra la discriminación entre mujeres y hombres, después de establecer, en su apartado 1, una norma general sobre carga de la prueba, enumera no exhaustivamente, en sus apartados 2 y 3, hechos suficientes para presumir una discriminación directa, a saber “(1) *elementos que presenten alguna recurrencia de un trato desfavorable en relación con el mismo sexo ... o (2) elementos que revelen una situación de peor trato de la víctima con relación a la situación de una persona comparable*”, o una discriminación indirecta, a saber “(1) *estadísticas generales relacionadas con la situación del grupo del que la víctima es parte, o hechos de conocimiento general, o (2) la utilización de un criterio intrínsecamente sospechoso, o (3) informaciones estadísticas básicas reveladoras de un trato desfavorable*” (la traducción es propia). Fácilmente se comprueba con su simple lectura la superación de los estándares probatorios característicos de ordenamientos de civil law.

¹² Artículo 8 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y artículo 10 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que comprende en su ámbito las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual.

¹³ Artículo 9 de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

¹⁴ En el Considerando (30) del Preámbulo de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), se afirma, y es de interés destacarlo en cuanto el Preámbulo de una Directiva es un elemento interpretativo de suma importancia, que “*la adopción de normas sobre la carga de la prueba tiene una gran importancia para garantizar el respeto efectivo del principio de igualdad de trato*”, que “*deben adoptarse disposiciones para garantizar que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada cuando a primera vista haya un caso de discriminación*”, que “*la apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta sigue correspondiendo al órgano nacional competente*”, y que “*(resulta admisible) un régimen probatorio (interno) que resulte más favorable*”.

mismas-, y dentro del Título sobre “*disposiciones horizontales*” aplicable, en consecuencia, a la totalidad de los ámbitos de la Directiva 2006/54/CE.

II. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA.

Mientras los órganos legiferantes comunitarios hacían sus deberes aprobando directivas donde se han plasmado normas sobre la distribución de la carga de la prueba de la discriminación sexista, el Tribunal de Justicia, que fue motor de arranque de ese proceso normativo, ha continuado aplicando la distribución de la carga de la prueba de la discriminación sexista, y, atendiendo a la totalidad de su jurisprudencia, se pueden alcanzar las siguientes conclusiones sobre la distribución de la carga de la prueba de la discriminación sexista –que, con las debidas adaptaciones, se podrían extender a otras formas de discriminación conformando un auténtico derecho común de tutela de la igualdad de trato-:

1^a. Incluso antes de la Directiva 97/89/CE, se afirmaba que “*la carga de la prueba puede ser desplazada cuando ello se revele necesario para no privar a los trabajadores víctimas de discriminación aparente de todo medio eficaz para hacer que se respete el principio de igualdad de retribución*” –STJUE de 27.10.1993, Caso Enderby, C-127/92¹⁵-. Así, y ya aplicando la Directiva 97/89/CE, “*cuando un empleado alega que se ha vulnerado el principio de igualdad de trato en su perjuicio y presenta hechos que permiten presumir la existencia de discriminación directa o indirecta ... corresponde a la demandada probar que no se ha vulnerado dicho principio*” –STJUE de 10.3.2005, Caso Nikoloudi, C-196/02-.

¹⁵ Comentada esta emblemática sentencia comunitaria por Jaime Cabeza Pereiro, “Discriminación salarial indirecta por razón de sexo”, Relaciones Laborales, Tomo Segundo, 1994, páginas 486 y siguientes.

2ª. Le corresponde, en consecuencia, al demandante acreditar hechos de los cuales se deduzca la discriminación, o sea, si esta es retributiva, *“que percibe una retribución inferior a la que el empresario paga a su compañero de trabajo del sexo opuesto ... (que) realiza el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, comparable al de su compañero de referencia”*, siendo indicio de que ello es así –pero no una prueba decisiva- *“el hecho de que la trabajadora que pretende ser víctima de una discriminación por razón de sexo y el trabajador de referencia estén clasificados en la misma categoría profesional prevista por el convenio colectivo aplicable a su empleo”* –como dice la STJUE de 26.6.2001, Caso Brunnhofer, C-381/99-.

Ahora bien, *“cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia”* la comparativa de los puestos de trabajo no permitiría demostrar la existencia de discriminación, de modo que, para no dejar a las mujeres trabajadoras en una situación de total indefensión probatoria, bastará, en las expuestas circunstancias, para trasladar a la empresa la carga de la prueba de la ausencia de discriminación, que se acredite, *“a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos”* –según la STJUE de 17.10.1989, Caso Danfoss, C-109/88-.

Si la retribución es a destajo, no vale como indicio para trasladar la carga de la prueba a la empresa, de acuerdo con la STJUE de 31.5.1995, Caso Royal Copenhagen, C-400/93, atender a las retribuciones medias de dos grupos de trabajadores, uno masculinizado y otro feminizado. Pero la diferencia sí vale como indicio cuando *“las retribuciones individuales se componen de una parte variable, que está en función del resultado individual de la labor realizada por cada trabajador, y de una parte fija diferente según los grupos de trabajadores (y) no pudiera determinarse*

*qué factores fueron decisivos a la hora de fijar los porcentajes o unidades de medida aplicados para calcular la parte variable de la retribución”*¹⁶.

3ª. La STJUE de 9.2.1999, Caso Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez, C-167/97, que es el asunto en el que la prueba estadística se presentó en sus perfiles más técnicos, ha establecido, para la valoración de los datos estadísticos a efectos de acreditar discriminación indirecta en una norma, las siguientes tres condiciones: *“si se refieren a un número suficiente de individuos, si no constituyen la manifestación de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos”*. Respecto a la referencia temporal de la estadística, el juez nacional *“tras tomar en consideración todas las circunstancias jurídicas y fácticas pertinentes”*, determinará la fecha para apreciar la legalidad de la norma¹⁷.

En la STJUE de 6.12.2007, Caso Úrsula VoB, C-300/06¹⁸, se reitera, siguiendo la doctrina del Caso Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez, que *“el mejor método de comparación de estadísticas consiste en comparar la proporción de trabajadores afectados por (la) diferencia de trato, por un lado, entre la mano de obra masculina y, por otro, la misma proporción*

¹⁶ También se aclara en el Caso Royal Copenhagen que, *“para efectuar la oportuna comparación entre las retribuciones medias de dos grupos de trabajadores remunerados a destajo, el órgano jurisdiccional nacional deberá asegurarse (1) de que cada uno de los dos grupos esté integrado por la totalidad de trabajadores que, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, pueda considerarse que se encuentran en una situación comparable y (2) de que estén integrados por un número relativamente importante de trabajadores, de forma que quede excluida la posibilidad de que las diferencias existentes obedezcan a fenómenos puramente fortuitos o coyunturales, o se deban a distintos resultados individuales de la labor realizada por los trabajadores de que se trate”*. En esta exigencia se vislumbran los criterios de pertinencia de la prueba estadística después consagrados en el Caso Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez.

¹⁷ Hay dos posibilidades teóricas, una es la de atender a todo el tiempo de aplicación de la norma –criterio diacrónico–, y otra es la de atender a un momento concreto –criterio sincrónico–, lo cual abre el problema de cuál es el momento a considerar, si el de adopción de la norma –lo que supondría obligar a los poderes públicos a legislar con una perspectiva de género– o si el de su aplicación –lo que supondría considerar los eventuales cambios sociales posteriores a la adopción de la norma–. La cuestión tenía su importancia en el Caso Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez porque, entre la fecha de adopción de la norma y la de su aplicación, habían transcurrido ocho años. El Tribunal de Justicia eludió una respuesta universal y, como ha señalado la doctrina más autorizada, su respuesta *“constituye una obra maestra en el ejercicio de nadar y guardar la ropa”*, Jaime Cabeza Pereiro, “El derecho de la mujer a trabajar en igualdad: apuntes sobre el estado de la cuestión”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 104, 2001, página 201.

entre la mano de obra femenina”, existiendo una apariencia de discriminación sexista “si los datos estadísticos disponibles muestran que el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial dentro del grupo de trabajadoras mujeres es considerablemente mayor que el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial dentro del grupo de trabajadores varones”.

4ª. Según la STJUE de 21.7.2011, Caso Kelly, C-104/10, la normativa sobre la carga de la prueba de la discriminación no prevé el derecho de un candidato a una formación profesional, que considera que el acceso a esta se le ha denegado a causa de la inobservancia del principio de igualdad de trato, a acceder a la información que posee el organizador de esa formación sobre las cualificaciones de los demás candidatos, aunque matiza que no se podrá denegar el acceso a la información si, en el contexto de la prueba de tales hechos, se frustra el efecto útil de la normativa comunitaria. En ese caso, el organizador facilitará la información respetando las garantías de confidencialidad de las personas candidatas¹⁹.

La STJUE de 19.4.2012, Caso Meister, C-415/10, que es un supuesto donde la demandante alega la existencia de un rechazo al empleo por una discriminación múltiple acumulativa –por su sexo, su edad y su origen étnico-, ratifica la doctrina del Caso Kelly aunque matiza que *“no cabe excluir que una denegación total de acceso a la información por una parte demandada pueda constituir uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten*

¹⁸ Véase el comentario del Caso Úrsula VoB realizado por José María Miranda Boto, “Trabajo a tiempo parcial, horas extraordinarias y discriminación por razón de sexo”, Aranzadi Social, número 21, 2007.

¹⁹ La Sentencia Kelly se ha calificado, con razón, de una *“decisión singularmente tímida”* porque *“las afirmaciones de la Corte se anulan simultáneamente entre sí”*, concluyendo que *“esta decisión no va a facilitar en nada la carga probatoria de la víctima cuando la discriminación surge de la comparación de la víctima con una o con varias personas determinadas”*, Jean Jacquain, “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género”, Aequalitas, número 29, 2011, páginas 7 y 8, passim. Natividad Mendoza Navas / Juana María Serrano García enfocan su atención en la lectura finalista de la decisión que les permite concluir de manera más optimista que *“queda fuera de toda duda que es necesario y pertinente facilitar la información que permita hacer cumplir el objetivo del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 97/80/CE”*, “Inversión de la carga de la prueba y confidencialidad ante el incumplimiento del principio de discriminación por razón de sexo”, Revista de Derecho Social, número 55, página 149.

presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta”, siendo el tribunal nacional a quien “incumbe ...verificar si así sucede en el asunto principal, tomando en consideración todas las circunstancias del litigio”²⁰.

5ª. Frente a la prueba del demandante, al demandado le corresponde (1) *“negar que los requisitos de aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras se cumplan en su caso”,* lo que sería una contraprueba dirigida a desvirtuar la existencia de los indicios de discriminación o, más sencillamente, un contraindicio, o (2) *“invocar razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo, para justificar la diferencia de retribución”,* lo que sería una prueba plena en contrario tendente a romper el enlace entre la existencia de unos hechos indiciarios, que no se niegan, con la existencia real de una discriminación por razón de sexo –STJUE de 26.6.2001, Caso Brunnhofer, C-381/99-.

III. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

a) La carga de la prueba de la parte demandante.

Aunque la STC 38/1981, de 23 de noviembre, iniciadora de la doctrina de flexibilización de la carga de la prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales²¹, aparentaba introducir una

²⁰ La Sentencia Meister –en sus fundamentos- apunta –sin duda con la finalidad de ofrecer una respuesta útil al órgano judicial nacional- varias circunstancias a tomar en consideración –que conducen sin duda hacia la sospecha de discriminación-: - Que, *“a diferencia de lo que ocurría en el asunto que dio lugar a la Sentencia Kelly, antes citada, parece ser que el empresario demandado en el litigio principal denegó totalmente a la Sra. Meister el acceso a la información cuya comunicación solicitaba esa Señora”* –Párrafo 44-. - Que la empresa demandada *“no niega la adecuación entre el nivel de cualificación de la Sra. Meister y el mencionado en el anuncio de contratación, y la doble circunstancia de que, pese a ello, el empresario no la convocó a una entrevista con vistas a la contratación, y la interesada tampoco fue convocada en el nuevo proceso de selección de candidatos para ocupar el puesto ofrecido”* –Párrafo 45-. Por lo tanto, el Caso Meister resuelve en un sentido positivo las dudas que había levantado el Caso Kelly.

²¹ El Tribunal Constitucional ha justificado su doctrina en *“la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración”* –STC 90/1997, de 6 de mayo-. Además, la STC 21/1992, de 14 de febrero, encuentra, cuando la lesión constitucional se canalice a

auténtica inversión de la carga de la prueba –lo cual resultaría algo ilógico²²-, muy pronto se obligó a la parte demandante a añadir algo más a la mera alegación de discriminación. La STC 34/1984, de 9 de marzo, y aún más claramente la STC 38/1986, de 21 de marzo, le exigen a la parte demandante acreditar “*la existencia real y efectiva de una diferenciación de trato ... (y) de indicios racionales de los que pueda deducirse que esa desigualdad está vinculada a algún factor prohibido de diferenciación*”.

La referencia a los “*indicios racionales*” se completó, en la STC 114/1989, de 22 de junio, con la referencia a “*una razonable sospecha*” como palancas ambas válidas para desplazar la carga de la prueba. También en la STC 21/1992, de 14 de febrero, se alude a “*unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de ... discriminación o lesión*”. ¿Quiere esto decir que, además de la prueba de indicios, se admite otro mecanismo probatorio sustentado en la sospecha o apariencia? Alguna doctrina ni se plantea la posibilidad de más mecanismos que el de los indicios²³, mientras otra admite la posibilidad de usar el mecanismo del principio de prueba²⁴. Obvio es decir se trata de mecanismos diferentes²⁵.

través de un despido, otra justificación “*en la facilidad con que, dado el régimen jurídico de los despidos ... improcedentes, podría un empresario encubrir un despido atentatorio contra un derecho fundamental del trabajador bajo la apariencia de un despido sin causa, por medio de ... (una) carta de despido que diera lugar a una declaración de despido ... improcedente*”. Y la STC 82/1997, de 22 de abril, concluye, en un tono bastante enfático, que “*la experiencia enseña que de no existir ... (una) adecuada distribución de la carga de la prueba, la interdicción de la discriminación no es efectiva ni real, permaneciendo, podría decirse, en el plano de la mera declaración de buenas intenciones o de la simple retórica*”.

²² Bastaría el alegato de discriminación para invertir, en todo caso, la carga de la prueba, con la consiguiente posibilidad de abusos hasta el punto de que “*las proposiciones más insostenibles serían las más fáciles de alegar*”, como en su momento oportunamente razonaron Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer / María Fernanda Fernández López, “Igualdad y discriminación”, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, página 300. Más ampliamente, véase José Luis Monereo Pérez, “La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, páginas 16 y 17.

²³ Siguiendo ese criterio, “*solo cuando el o los indicios están probados y de los mismos se deduzca la probabilidad de discriminación entrará en juego la inversión de la carga de la prueba*”, Juan Montero Aroca, Comentario al artículo 96, “Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral”, coescritos con Manuel Iglesias Cabero / José María Marín Correa / Mariano Sampedro Corral, Editorial Civitas, Tomo I, Madrid, 1993, página 658. También Javier Gárate Castro, al estudiar la jurisprudencia social ordinaria, nos recuerda que, conforme a ella, a la parte demandante no le bastaría con acreditar “*una simple sospecha*”, “La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales”, Monografías de la Revista Xurídica Galega, Santiago de Compostela, 1999, véanse páginas 131 a 136.

Después de cierta ambigüedad jurisprudencial²⁶, la STC 90/1997, de 6 de mayo, claramente introduce la expresión principio de prueba cuando se refiere a *“la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental ... principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquella se haya producido”*. Un párrafo el transcrito que, por su reiteración en sentencias posteriores, se ha convertido en tópico judicial²⁷.

²⁴ Para Teresa Pérez del Río / María Fernanda Fernández López / Salvador Del Rey Guanter, *“ni siquiera es preciso que se prueben indicios de discriminación, entendida la expresión en el sentido técnico que corresponde a una prueba de presunciones, basta con un mero principio de prueba que muestre la existencia de lo que en nuestra jurisprudencia se ha denominado un clima discriminatorio”*, *“Discriminación e igualdad en la negociación colectiva”*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993. En similar sentido, Antonio Baylos Grau / Jesús Cruz Villalón / María Fernanda Fernández López, *“Instituciones de Derecho Procesal”*, Editorial Trotta, Madrid, 1991, páginas 153 a 156, Ignacio García-Perrote Escartín, *“La prueba en el proceso de trabajo”*, Editorial Civitas, Madrid, 1994, páginas 208 a 212, y –con un amplio desarrollo de estas tesis flexibilizadoras- José Luis Monereo Pérez, *“La carga ...”*, obra citada.

²⁵ Mientras la técnica de los indicios o presunciones judiciales, reconocida con generalidad en el artículo 386 de la LEC, obliga a la parte a acreditar cumplidamente el hecho base de la presunción y será el juez el que, sobre ese hecho base, deducirá la discriminación como hecho consecuencia, la técnica del principio de prueba no obliga a la parte a acreditar ese hecho, sino solo a imbuir en el juez la sospecha racional de discriminación en atención a un juicio de verosimilitud. Tal técnica probatoria, aunque no se reconoce con generalidad en la LEC, tampoco es desconocida ni en la propia LEC –véase su artículo 256.1.8º-, ni en otras normas de nuestro ordenamiento jurídico –véase el artículo 127.2 del CC-. Un estudio monográfico sobre el principio de prueba lo realizó en su momento Juan Burgos Ladrón de Guevara, quien lo conceptúa como una prueba semiplena caracterizada por aportar una probabilidad en relación a la certeza plena, *“El principio de prueba en el proceso civil español”*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1989.

²⁶ Tras la STC 114/1989, de 22 de junio, que aludió, por primera vez, a la *“razonable sospecha”*, la STC 135/1990, de 19 de julio, mantuvo una exclusiva referencia a los indicios como detonante para invertir la carga de la prueba, y lo mismo cabe decir de la STC 180/1994, de 20 de junio, mientras la STC 21/1992, de 14 de febrero, ya hablan de *“unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de discriminación”*, y las SSTC 7/1993, de 18 de enero, 293/1983 de 18 de octubre, y 85/1995, de 6 de junio, aluden a *“existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción”*. No es extraño que, ante esta ausencia de total concreción en la jurisprudencia constitucional, se la tildase, en la época, de *“un tanto ambigua”*, José Luis Monereo Pérez, *“La carga ...”*, obra citada, página 38.

²⁷ Muy pronto se afianzó el principio de prueba –STC 74/1998, de 31 de marzo, o en la STC 87/1998, de 21 de abril-, aclarando –SSTC 17/2003, de 30 de enero, 49/2003, de 17 de marzo, 151/2004, de 20 de septiembre, 216/2005, de 12 de septiembre, 120/2006, de 24 de abril, y 168/2006, de 5 de junio-, que, a los efectos de desplazar la carga de la prueba, *“tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho”*.

El Tribunal Constitucional, a la vista de las amplias citas literales que, en sus sentencias más modernas, se contienen de las anteriores en orden exponer su jurisprudencia sobre la flexibilización de la carga de la prueba de la discriminación o de la lesión de derechos fundamentales, aparenta estar muy cómodo con la elaboración general de su doctrina en cuanto al alcance de la carga de la prueba del demandante. Y acaso a causa de ello dedica más atención a identificar en cada caso concreto los hechos usados como indicios o principios de prueba. Tomando, en consecuencia, las sentencias dictadas desde 1997 hasta 2011, se consideran como indicios o principios de prueba más habitualmente utilizados los cinco siguientes:

1°. Siempre que la estructura del acto discriminatorio o lesivo del derecho fundamental exija el ánimo de discriminar o lesionar, es indicio decisivo –y usado tan habitualmente que se le ha dado un nomen iuris propio, el de conexión temporal- la correlación temporal entre el ejercicio del derecho fundamental y la actuación empresarial. Por lo demás, es un indicio a veces valorado junto con otros datos indiciarios –STC 90/1997, de 6 de mayo, STC 140/1999, de 22 de julio, o STC 101/2000, de 10 de abril-, aunque otras veces resulta un indicio por sí decisivo –a la STC 29/2000, de 31 de enero, le bastó la correlación temporal entre el ejercicio de los derechos fundamentales de expresión y reunión con la decisión extintiva-.

2°. La comparación del demandante con otros trabajadores comparables –que se podría denominar como la conexión comparativa- se ha utilizado en alguna sentencia constitucional, a veces para destacar como a esos trabajadores comparables no se les perjudicó como se perjudicó al demandante –STC 90/1997, de 6 de mayo-, a veces para destacar como un grupo de trabajadores, en el cual se integra el demandante, fue perjudicado

fundamental”. Eso sí, “*en la aportación de una prueba verosímil o principio de prueba de la vulneración denunciada resultará insuficiente la simple afirmación de la discriminación o lesión de un derecho fundamental, lo mismo que reflejar tal afirmación en unos hechos*” –STC 41/2006, de 13 de febrero-.

–STC 101/2000, de 10 de abril-. También se trata de un indicio que, según las circunstancias, puede ser por sí solo decisivo –a la STC 74/1998, de 31 de marzo, le bastó la comparativa atendiendo a diferencias salariales y de promoción entre dos grupos de trabajadores afiliados a distinto sindicato-.

3°. La existencia de conflicto o de antecedentes discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales –STC 84/2002, de 22 de abril, STC 17/2005, de 1 de febrero, STC 326/2005, de 12 diciembre, STC 41/2006, de 13 de febrero, o STC 2/2009, de 12 de enero-. En puridad, no estamos tanto ante la valoración del conflicto o de los antecedentes como indicios, sino –a nuestro juicio- ante la valoración de las circunstancias en que ese conflicto se manifiesta o en que se produjeron los antecedentes para configurar una sospecha de panorama discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales, entroncando más el raciocinio judicial con el característico del principio de prueba que con el característico de la prueba de indicios.

4°. La manifestación empresarial de la causa discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales que, según su contenido y su contexto, puede operar como indicio –STC 140/1999, de 22 de julio, o STC 87/2004, de 10 de mayo-, o como prueba directa –STC 182/2005, de 4 de julio, donde se afirma que *“la confesión del representante legal de la empresa ... revela de forma patente el motivo que fue causa de las decisiones empresariales de relegación de la trabajadora ... no se trata de que la recurrente haya ofrecido un panorama indiciario de la lesión que aduce, sino que se ha acreditado plenamente conexión causal entre los hechos denunciados y el motivo jurídicamente relevante que los fundamentó (la triple maternidad)”*.

5°. La flagrante ausencia de justificación empresarial. Si la justificación empresarial concurre o no concurre es, ciertamente, la segunda fase de la argumentación. Pero su flagrante ausencia es a veces usada como refuerzo de otros datos indiciarios o del principio de prueba –STC 84/2002, de 22 de abril, STC 17/2003, de 23 de enero, STC 216/2005, de 12 de

septiembre, STC 17/2007, de 12 de febrero, STC 144/2005, de 6 junio-. Nunca, sin embargo, hemos detectado su utilización como indicio único, y ello resulta lógico porque de admitirse como único dato indiciario supondría subvertir las dos fases de la argumentación probatoria con el dudoso resultado de reaparecer la categoría del despido nulo fraudulento.

6ª. El contexto de los acontecimientos es un elemento de verosimilitud del alegato discriminatorio. Así la STC 183/2007, de 10 de septiembre²⁸, consideró antisindical denegar el empleo a un trabajador sindicado, a pesar de ser considerado idóneo por la empleadora, cuando la contratación la decidió un comité de empresa dominado por otro sindicato y existiendo entre este y el del trabajador un acuerdo tácito de que decida en cada centro de trabajo el sindicato mayoritario en el comité de empresa. Técnicamente, el indicio es la consideración de idoneidad de la empresa, lo demás es únicamente un principio de prueba que, al otorgar verosimilitud a los alegatos discriminatorios, potencia la fuerza de convicción del indicio.

b) La prueba de la discriminación sexista indirecta.

Dentro de la jurisprudencia constitucional sobre prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales, nos detendremos, dada sus particularidades fácticas y consiguiente trascendencia teórica, en la STC 41/1999, de 22 de marzo. Se trata de un interesantísimo caso judicial referido a una discriminación sexista indirecta en el acceso al empleo²⁹. La sentencia, que nuestra doctrina de inmediato calificó como

²⁸ He comentado esta sentencia en “Represalias sindicales en acceso al empleo, y carga de su prueba (Comentario de la STC 183/2007, de 10 de septiembre)”, Aranzadi Social, número 2, 2009.

²⁹ La STC 41/1999, de 22 de marzo se dictó en el contexto del Caso Fasa-Renault, que luego se resolvió definitivamente en la STS de 4.5.2000, RCO 3708/1999. Sobre la STC 41/1999, de 22 de marzo, me permito remitir a mi estudio “La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de la Sentencia 41/1999, de 22 de marzo, del Tribunal Constitucional)”, Aranzadi Social, número 12, 1999.

“una importante sentencia”³⁰, además de situarse entre las sentencias de su época en las cuales se consolidó la alusión tanto a la prueba de indicios como a un principio de prueba, contiene una novedad de alcance general entendible en el contexto de una discriminación de muy difícil acreditación.

Así es que se dice que “*el órgano judicial, en un proceso de tutela antidiscriminatoria caracterizado por sus dificultades probatorias (aquí, por otra parte, incrementadas por asumir la posición de parte demandante un sindicato, sin intervención de concretos sujetos individualizados), venía obligado a velar por que las pruebas admitidas fueran aportadas al proceso en los términos requeridos, y todo ello con la finalidad, cumpliendo así su función de garante del derecho fundamental en juego, de que el sindicato demandante pudiera acreditar unos indicios suficientes para invertir el onus probandi*”. Conclusión última es la concesión del amparo por la vulneración del derecho a la prueba –artículo 24 de la CE-.

Tal nuevo avance supone un llamamiento a la intervención judicial en aquellos casos –y el prototípico es la discriminación sexista indirecta, y más si el demandante es un sujeto colectivo- en los cuales se erige en “*decisiva*” la norma de flexibilización de la carga de la prueba. Si bien se mira, ello entronca con el entonces vigente artículo 95.3 de la LPL –actual artículo 95.3 de la LJS-, donde se establecía 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 competentes*”. Con la STC 41/1999, de 22 de marzo, el “*podrá*” se deberá de leer como “*deberá*” en los casos que en la misma se han contemplado.

Más ampliamente sobre ese caso véase mi estudio “Discriminación indirecta: Una aproximación a la Sentencia de 4 de mayo de 2000 del Tribunal Supremo”, Revista de Derecho Social, número 12, 2000.

³⁰ Como expresamente afirma Ignacio García-Perrote Escartín, “Obligación del órgano judicial de posibilitar la acreditación de los indicios de la vulneración de los derechos fundamentales: el juez debe asegurar que las pruebas admitidas sean aportadas (tutela de derechos fundamentales, manifestaciones del principio de investigación en el proceso laboral e indefensión). Cometario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1999, de 22 de marzo”, Revista de Derecho Social, número 7, 1999, página 121.

c) La prueba del conocimiento empresarial del embarazo.

Entre los hechos cuya carga de prueba es de la parte demandante, el Tribunal Constitucional alude, en algunas ocasiones³¹, al conocimiento empresarial, sea referido a la pertenencia de la parte demandante al colectivo protegido por la prohibición de discriminación, sea referido al ejercicio por la parte demandante del derecho fundamental. Si no se acredita ese conocimiento empresarial, se rompe, en el caso de la prueba de indicios, la conexión lógica entre el hecho base y el hecho consecuencia, como así lo ha ratificado el Tribunal Constitucional. Y se podría decir algo semejante para el caso del principio de prueba al diluirse completamente la verosimilitud de la discriminación o la lesión de derechos fundamentales.

Si bien se ha aplicado también en otros supuestos de vulneración de derechos fundamentales, probablemente donde mejor se ha perfilado –y acaso donde más veces se ha aplicado– la exigencia de conocimiento empresarial es en relación con asuntos sobre discriminación por embarazo, como es la STC 41/2002, de 25 de febrero, o la STC 17/2003, de 23 de enero³², donde se afirma que, *“en situaciones como la de autos, al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente de la extinción del contrato será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en*

³¹ El Tribunal Constitucional nunca ha delimitado los casos en los cuales es necesario acreditar el conocimiento empresarial, aunque, a nuestro juicio, no son todos y, cuando menos, no resultaría necesario acreditar ese conocimiento empresarial (1) si la estructura del acto discriminatorio o lesivo del derecho fundamental no exige el ánimo de discriminar o lesionar –por ejemplo, una discriminación sexista indirecta, en cuanto se acredita a través del resultado–, o (2) si la dinámica de ejercicio del derecho fundamental permite deducir el conocimiento empresarial –por ejemplo, una represalia por una reclamación de acoso sexual, o por la participación en una huelga contra una situación discriminatoria–.

³² Más ampliamente sobre estas sentencias relativas a cuestiones probatorias, véanse el estudio de María Amparo Ballester Pastor, “El alcance de la distribución de la carga probatoria en despido objetivo supuestamente discriminatorio. STC 41/2002, 25 febrero”, Actualidad Laboral, número 39, 2002, y el estudio de Carmen Ortiz Lallana, “La prueba indiciaria y su aplicación al despido discriminatorio por razón de embarazo (Sentencia TC 17/2003, de 30 de enero)”, Social Mes a Mes, número 96, 2004.

conexión lo uno (el factor protegido –embarazo-) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación –extinción contractual-)”.

La doctrina fue luego reiterada –entre otras- en la STC 175/2005, de 4 julio, en la STC 342/2006, de 11 de diciembre, y en la STC 17/2007, de 12 febrero, afirmándose en esta última que *“el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del artículo 14 de la CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto”*. Y la STC 92/2008, de 21 julio, remacha al respecto que *“difícilmente puede apreciarse la existencia de un tratamiento peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora”* si no se acredita o se deduce el conocimiento empresarial sobre el embarazo.

Ahora bien, el conocimiento empresarial de la situación protegida se puede deducir de datos concurrentes y se puede acreditar a través de indicios o principio de prueba. Por ejemplo, en la STC 17/2003, de 23 de enero, el conocimiento empresarial del embarazo se dedujo de *“que la gestación se conocía en el centro de trabajo”*, y es ello lo que habilita la valoración de *“la correlación y proximidad temporal entre el conocimiento en el centro de trabajo de ese hecho y la extinción”*, añadiéndose como otro indicio *“la desconexión temporal entre el cese (acordado en 1998) y el momento en el que se verificó la causa legal que hubiera habilitado regularmente la ruptura contractual (muy anterior en el tiempo, en 1996)”*.

d) La carga de la prueba de la parte demandada.

Frente a un hecho presunto deducido de un hecho base, el perjudicado por la presunción, de acuerdo con el artículo 385.2 de la LEC, puede, sin negar el hecho base, atacar el enlace entre el hecho base y el

hecho presunto –es una prueba plena en contrario-, o puede atacar el hecho base –es una contraprueba o, más sencillamente, un contraindicio-. La jurisprudencia constitucional –acaso porque se trata de una opción constructiva- se ha centrado en desarrollar la opción de la prueba plena en contrario, sin aludir al contraindicio –acaso porque se trata de una opción destructiva-, aunque, en no pocas ocasiones, el amparo se desestima por insuficiencia de unos indicios debilitados por la contraprueba empresarial³³.

Centrándonos, en consecuencia, en la opción de la prueba plena en contrario, “*no se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo (la no discriminación o la no lesión de cualquier otro derecho fundamental) pero sí de entender que el despido, tachado de haber incurrido en aquella discriminación o en esta lesión, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión*”³⁴. Hecha esta apreciación de carácter general, la prueba de la parte demandada se dirigirá a acreditar una justificación objetiva, racional y proporcional, suficientemente probada, de su conducta, desmintiendo así la discriminación o la lesión de derechos fundamentales.

1º. Las exigencias de objetividad, racionalidad y proporcionalidad se valoran según un juicio de proporcionalidad³⁵ que, en el ámbito de la relación laboral, se ha desglosado, desde la década de los noventa, en otros tres subjuicios diferentes: “(1) *si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); (2) si, además, es necesaria, en el*

³³ Véanse, por ejemplo, las SSTC 293/1993, de 18 de octubre, 85/1995, de 6 de junio, 308/2000, de 18 de diciembre, 136/2001, de 18 de junio, 142/2001, de 18 de junio, 214/2001, de 29 de octubre, 14/2002, de 28 de enero, 151/2004, de 20 de septiembre, o 3/2006, de 16 de enero, o el ATC 89/2000, de 21 de marzo.

³⁴ En palabras de la STC 21/1992, de 14 de febrero, después reiteradas en SSTC 266/1993, de 18 de octubre, 85/1995, de 6 de junio, 82/1997, de 22 de abril, 74/1998, de 31 de marzo, 87/1998, de 21 de abril, 140/1999, de 22 de julio, 29/2000, de 31 de enero, 142/2001, de 18 de junio, 84/2002, de 22 de abril, 97/2002, de 25 de noviembre, 114/2002, de 20 de mayo, 188/2004, de 2 noviembre, 38/2005, de 28 febrero, 175/2005, de 4 julio, 3/2006, de 16 enero, 16/2006, de 19 enero, 120/2006, de 24 abril, 342/2006, de 11 diciembre, 183/2007, de 10 septiembre, 233/2007, de 5 noviembre, y 257/2007, de 17 diciembre.

³⁵ Más ampliamente sobre el juicio de proporcionalidad, véase Edurne Terradillos Ormaetxea, “Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); (3) finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicio sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en un sentido estricto)”.

Tal test se aplicó en la STC 99/1994, de 11 de abril –en el caso conocido como del deshuesador de jamones sobre derecho a la propia imagen del trabajador-, en la STC 6/1995, de 10 de enero –en el caso conocido como Caso Tenerife F.C., un supuesto de libertad de expresión de un futbolista-, en la STC 136/1996, de 23 de julio –en el caso conocido como Caso Tocino, un supuesto de discriminación por embarazo de una trabajadora-, en la STC 98/2000, de 10 de abril –en el caso conocido como Caso Casino de La Toja-, y en la STC 186/2000, de 11 de agosto –ésta y la anterior sobre controles auditivos y visuales en el trabajo respectivamente, considerando aquellos inconstitucionales y estos no en los casos resueltos-.

Sin embargo, se constata en sentencias posteriores la ausencia de referencia al juicio de proporcionalidad, surgiendo la duda de si es que no han surgido casos donde a la empresa se le reprocha su incumplimiento, o si estamos ante un repliegue judicial. Por ejemplo, en la STC 233/2007, de 5 noviembre, se enerva el panorama discriminatorio sexista sin aludir al juicio de proporcionalidad, aludiendo simplemente a justificaciones empresariales vinculadas a *“factores objetivos, de carácter organizativo y productivo, ajenos a una intención discriminatoria”*, como es *“un incremento de necesidades en el taller de chapa durante la excedencia (que motiva el reingreso de la trabajadora con un cambio de sus funciones)”*³⁶.

³⁶ Comenta esta resolución Jaime Cabeza Pereiro, quien pretende realizar –utilizando sus propias palabras- *“una crítica sorda por la tarea que la Corte debió abordar y no abordó y por la escasa sensibilidad hacia una situación que, desde el sentido común y desde un análisis extra-jurídico del caso parece clara: a una mujer que vuelve de una excedencia por cuidado de hijo se le cambian las tareas”*, y, en cuanto a la justificación de la empresa, concluye que, en relación con los derechos de conciliación,

2ª. Cuando se trata de una discriminación sexista indirecta, la jurisprudencia constitucional española ha desarrollado –en línea con la evolución del concepto de discriminación indirecta apreciada en el derecho estadounidense y en el derecho comunitario, véase el Capítulo Cuarto- un test de justificación de la medida causante del impacto adverso o desventaja particular que –sin diferir sustancialmente del test de justificación objetiva, racional y proporcional valorado según se explica en el número anterior- incide de manera especial en la exigencia de necesidad estricta para excluir justificaciones de mera conveniencia que inutilizarían el concepto de discriminación indirecta dejándolo convertido en concepto de laboratorio.

En el ámbito de la discriminación retributiva, la jurisprudencia constitucional ha sido muy insistente en la admisibilidad restrictiva del criterio del esfuerzo físico como justificativo de diferencias retributivas entre trabajadores y trabajadoras, siendo la STC 58/1994, de 28 de febrero, Caso Antonio Puig, donde se analizó con mayor detenimiento ese criterio, admitiéndolo “(solo) si se acreditase de forma indubitada que el esfuerzo físico constituye un elemento determinante absoluto de aptitud para el desarrollo de la tarea, o bien, que se trate de un elemento esencial en esta, siendo preciso, aún en estos casos, que se combine con otros rasgos tipificadores neutros desde el punto de vista que interesa considerar”.

En otros ámbitos donde se ha aplicado el concepto de discriminación sexista indirecta en la jurisprudencia constitucional, esta ha seguido iguales criterios de necesidad estricta, descartando justificaciones de mera conveniencia –aún si alegadas por los Poderes Públicos- como el interés público en la cobertura urgente de una plaza como justificación para negar el derecho a excedencia voluntaria de funcionaria interina con cinco años

“casi siempre va a poder esgrimirse una justificación por parte de la empresa ... de ahí que es importante ponderar la necesidad, la adecuación y la proporcionalidad de la medida de la empresa”, “Ejercicio de derechos de conciliación, discriminación y jurisprudencia constitucional. Una crítica a la STC 233/2007, de 5 de noviembre”, Revista de Derecho Social, número 40, 2007, páginas 141 a 152.

de antigüedad –STC 240/1999, de 20 de diciembre-, o el principio de contributividad del Sistema de Seguridad Social como justificación de un cómputo de carencia a efectos de acceso a prestaciones sociales perjudicial para quien trabajó a tiempo parcial –STC 253/2004, de 22 de diciembre-.

3º. No se admite la justificación pluricausal³⁷, esto es el despido con móvil discriminatorio y disciplinario, y no se admite porque “(se) ha de llegar a la convicción, no de que el despido no es absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino de que el despido es absolutamente extraño a una conducta antisindical, de modo que pueda estimarse que, aún puesta entre paréntesis la pertenencia o actividad sindical del trabajador, el despido habría tenido lugar verosímelmente, en todo caso por existir causas suficientes, reales y serias, para entender como razonable, desde la mera perspectiva disciplinaria, la decisión empresarial” –afirmación tomada de la STC 104/1987, de 17 de junio-³⁸.

Por lo tanto, aparenta irrelevante en el plano constitucional la intensidad en la acreditación del móvil disciplinario según la legalidad ordinaria, que permite hablar de despido pluricausal de intensidad mínima –la empresa se limita a invocar su poder disciplinario legal-, media –la empresa acredita hechos sancionables, pero insuficientes para el despido-, y máxima –la empresa acredita hechos suficientes para justificar el despido-. No obstante, decimos aparenta porque el grado de intensidad en la acreditación del móvil disciplinario sí es relevante desde la perspectiva

³⁷ Más ampliamente, Jaime Segalés Fidalgo, “El despido pluricausal. Nuevas reflexiones en torno al modelo de prueba de indicios a propósito de la STC 41/2006”, Aranzadi Social, número 14, 2006.

³⁸ Por ello, es necesario acreditar “*causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios*” –SSTC 74/1998, de 31 de marzo, 87/1998, de 9 de julio, 144/1999, de 22 de julio, 29/2000, de 31 de enero, 142/2001, de 18 de junio, 84/2002, de 22 de abril, o 17/2005, de 1 de febrero-, o “*que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales*” –SSTC 293/1993, de 18 de octubre, 85/1995, de 6 de junio, 82/1997, de 22 de abril, 202/1997, de 25 de noviembre, 308/2000, de 18 de diciembre, 214/2001, de 29 de octubre, 48/2002, de 25 de febrero, o 188/2004, de 2 de noviembre-. En las SSTC 41/2006, de 13 febrero, y 138/2006, de 8 mayo, se ha realizado una lectura coordinada de ambas formulaciones jurisprudenciales.

constitucional en la medida en que la fuerza de convicción del indicio o del principio de prueba se debilita o refuerza según ese grado de intensidad³⁹.

4°. Una decisión empresarial legalmente acausal –es decir, ejercitable sin necesidad de alegar el empresario causa- no excluye la discriminación o lesión de derechos fundamentales. Si bien la regla probatoria se proyecta modélicamente sobre actos disciplinarios, se puede aplicar a otros actos diferentes, como la resolución en periodo de prueba, la negativa a readmitir tras una excedencia o la denegación de cantidades –STC 90/1997, de 6 de mayo-, o la renovación de contratos temporales –STC 74/2008, de 23 junio-. También a empleadores públicos y a puestos de libre designación –SSTC 29/2000, de 31 de enero, 114/2002, de 20 de mayo, 17/2003, de 30 de enero, 171/2003, de 29 de septiembre, o 92/2009, de 20 de abril-⁴⁰.

Y es que la existencia de discriminación sexista no se excluye aunque “*el empresario se encuentre en el ejercicio de actos amparados por la legislación laboral*” porque “*la libertad empresarial no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales*”. De donde “*la conducta empresarial fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo no puede ser valorada como un mero acto de libertad o como el ejercicio de*

³⁹ Aunque como la legalidad constitucional y la legalidad ordinaria operan en planos diferentes, tanto es posible un despido improcedente no discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales como un despido procedente discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales, la experiencia demuestra que, en línea de tendencia, un despido improcedente presenta más alta probabilidad de ser discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales, mientras un despido procedente presenta más baja probabilidad de ser discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales. Utilizando las palabras de la doctrina jurisprudencial, “*la acreditación plena del incumplimiento contractual habilitante del despido permite entender, en principio y como regla general, satisfecha la carga empresarial de neutralización de los indicios*” –STC 41/2006, de 13 febrero-, aunque “*la declaración de procedencia del despido no permite descartar –en todo caso y sin excepción- que este sea lesivo de derechos fundamentales*” –STC 138/2006, de 8 mayo-.

⁴⁰ De hecho, “*la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de este de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo ... (es) una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador*” –SSTC 90/1997, de 10 de mayo, 29/2002, de 11 de febrero, 30/2002, de 11 de febrero, 66/2002, de 21 de marzo, 350/2004, de 20 de septiembre, 17/2005, de 1 de febrero, 144/2005, de 20 de junio, 171/2005, de 20 de junio, 216/2005, de 12 de septiembre, 326/2005, de 12 de diciembre, 138/2006, de 8 de mayo, 168/2006, de 5 de junio, y 125/2008, de 20 de octubre, afirmaciones así pues muy reiteradas en la jurisprudencia constitucional-.

facultades habilitadas por el Derecho, lo mismo que el interés empresarial latente en ese tipo de decisiones, sea del tipo que sea, no puede legitimarse a través de medidas contrarias al mandato constitucional de prohibición de la discriminación de la mujer” –véase STC 182/2005, de 4 de julio-.

5°. Tales exigencias de objetividad, racionalidad y proporcionalidad con todas sus resultas –necesidad estricta, no pluricausalidad y afectación de decisión libre- se deben justificar individualizadamente, afirmándose que *“la genérica explicación de la empresa resulta insuficiente, pues no ha acreditado ad casum que existiese alguna justificación laboral real y de entidad suficiente en su decisión” –STC 29/2002, de 11 de febrero-, o que “la existencia de una reestructuración organizativa general no neutraliza por sí misma el panorama indiciario ... ya que no excluye que en el caso de autos se utilizase como pretexto para dar cobijo a una actuación lesiva del derecho a la libertad sindical” –STC 188/2004, de 2 de noviembre-.*

Resultan así insuficientes justificaciones vinculadas a la apariencia de legalidad formal de una contratación materialmente irregular, como la finalización de una beca encubridora de una relación laboral –STC 171/2005, de 20 junio-, o justificaciones abstractas, como un *“desajuste con los criterios de funcionalidad de la brigada donde presta servicio” –STC 216/2005, de 12 de septiembre-, o ambas cosas, como la finalización de un arrendamiento encubridor de una relación laboral unido a una justificación tan abstracta como “(una) política empresarial de sustitución de este tipo de contratos” cuando, en sustitución del cesado, se contrata a otro profesional mediante otro arrendamiento –STC 144/2005, de 6 junio-.*

6ª. La exigencia de suficiencia probatoria –aplicable a la objetividad, racionalidad y proporcionalidad de la justificación empresarial o, en la discriminación sexista indirecta, a la necesidad estricta-, aparece en la STC 114/1989, de 22 de junio, en la cual se afirma que *“el empresario, en*

consecuencia, ha de probar, sin que le baste el intentarlo”, de donde se colige que “ha de llevar al ánimo del juzgador no la duda, sino la convicción de que el despido fue absolutamente extraño a todo propósito discriminatorio”. Tal exigencia se reitera en la STC 87/2004, de 10 de mayo, la cual “(repite) otra vez (que es) una auténtica carga probatoria y no un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales”⁴¹.

IV. LA LEGISLACIÓN INTERNA.

a) La regulación general de la ley de igualdad.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, ha introducido, en su artículo 13.1, una norma de alcance cuasi general –salvo procesos penales según el artículo 13.2- sobre la “prueba”, estableciendo, en su primer párrafo, que, “*de acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad*”. Una norma reiterada ad pedem litterae –incluso el inciso “*de acuerdo con las leyes procesales*”- en la LEC –artículo 217.5- y en la LJCA –artículo 60-.

El problema es determinar si el sentido de la norma coincide con la interpretación hasta el momento ofrecida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, o si contiene una regla más favorable, y sobre esa cuestión hay dos posiciones en la doctrina científica.

⁴¹ Si la empresa no cumple la exigencia de suficiencia probatoria, como se viene afirmando en la jurisprudencia constitucional a lo menos desde la STC 90/1997, de 6 de mayo, “*la ausencia de prueba trasciende ... el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador*”. Otras sentencias con esa doctrina son la 175/2005, de 4 julio, la 168/2006, de 5 de junio, la 17/2007, de 12 de febrero, la 74/2008, de 23 junio, o, en fin, la 2/2009, de 12 de enero.

Una primera entiende que, al trasladarse la carga de la prueba cuando *“las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo”* y al exigir a la parte demandada para su enervación *“probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad”*, estamos ante una inversión automática de la carga de la prueba a través de la mera alegación de discriminación⁴².

Otra segunda destaca la necesidad de interpretar la expresión *“las alegaciones de la parte demandante”* como alegaciones *“fundamentadas, fundadas, no arbitrarias”*, ajenas a *“un comportamiento procesal incoherente o irracional”*, que no sean *“voluntaristas ni amparadas por un hecho, el sexo, que tomado aisladamente ni afirma ni niega nada”*⁴³. *“Tiene que existir algún tipo de panorama que permita aventurar la posible existencia de discriminación”* porque el inciso *“de acuerdo con las leyes procesales”* nos sitúa ante una norma no autosuficiente, lo que hace *“verdaderamente problemático argumentar sobre ella cualquier reinterpretación de (las leyes procesales a las cuales se ha remitido)”*⁴⁴.

Se puede aún añadir como otro argumento a favor de que el párrafo 1 del artículo 13 de la LOIEMH exige una aportación fáctica que funde lógicamente unas alegaciones, la circunstancia de que, en su párrafo 2, se

⁴² Javier López Sánchez, quien matiza que *“dado que las actuaciones discriminatorias suelen ocultarse tras actos formalmente ajustados a Derecho, la demanda será contestada con la alegación y prueba de las circunstancias que prestarán la apariencia de legalidad de la actuación del demandado ... (de donde) la simple alegación de discriminación será insuficiente si la actora no se adelanta a desenmascarar, mediante prueba indiciaria, la posible motivación que ocultará la contraalegación del demandado”*, concluyendo así que *“la previsión del artículo 13 LO 3/2007 tiene carácter vinculante y no programático ... en relación con la carga de la prueba en supuestos de discriminación por razón de sexo, pero en la práctica, a pesar de las buenas intenciones que animan a la persona que legisla, no logrará alterar el modo de actuar de los justiciables y los tribunales”*, “Las reglas de la carga de la prueba en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, Aequalitas, número 23, 2008, página 54.

⁴³ Tomando las palabras utilizadas por María Fernanda Fernández López, “La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género”, Editorial La Ley, Madrid, 2008, páginas 158 a 160, *passim*.

⁴⁴ Se manifiestan en los términos recién expuestos José María Goerlich Peset y María Amparo García Rubio, “La tutela de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las relaciones laborales”, en “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, coordinados por Tomás Sala Franco / María Amparo Ballester Pastor / José María Bañó León / José Miguel Embid Irujo / José María Goerlich Peset, Editorial La Ley, Madrid, 2008, página 639.

posibilita la obtención “a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior” de una determinada prueba –a saber, el informe o dictamen de organismos públicos competentes- a través de la mediación del órgano judicial, es decir –si le queremos dar algún sentido a aquella expresión- a los efectos de configurar la base fáctica que permita el traslado de la carga de la prueba, de donde se presupone –hasta el extremo de constituir una interpretación auténtica- una exigencia de acreditación de una base fáctica.

A nuestro juicio, esto, que es lo más acorde con la jurisprudencia constitucional y comunitaria⁴⁵, es lo correcto. Ni en el anteproyecto⁴⁶, ni en el proyecto de ley⁴⁷, se pretendía alterarlas, sino solo darles rango legal. Fue en el trámite parlamentario, y sin mediar discusiones u objeciones específicas, cuando una Enmienda del Grupo Socialista, fundamentada en “(un) más correcto uso de los términos procesales”⁴⁸, acabó colando la

⁴⁵ Como concluye Gema Tomás Martínez que “el artículo 13 de la Ley de igualdad efectiva 3/2007, ha incorporado al Derecho español la cláusula europea de inversión de la carga de la prueba aplicable al proceso civil y al contencioso-administrativo en supuestos de discriminación por razón de sexo (que) en el proceso laboral ya estaba regulada (con anterioridad)”, advirtiendo al respecto que, de seguirse otra interpretación, “habría que decir que la ley española no respeta las Directivas cuya transposición persigue llevar a efecto”, “La carga de la prueba en reclamaciones civiles de discriminación por razón de sexo”, dentro de “La prueba judicial”, Editorial La Ley, Madrid, 2011, páginas 1139 y 1140, *passim*.

⁴⁶ En el anteproyecto de ley, el artículo correspondiente –que era el 11- establecía que “en cualquier proceso civil, contencioso administrativo o social en que de las alegaciones o pruebas de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo o de un principio fundado de prueba de un panorama discriminatorio, le corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Como se puede comprobar se trataba de una norma –que se reiteraba en la LEC y en la LJCA- que recogía de una manera técnicamente precisa y muy acorde con la jurisprudencia comunitaria y constitucional, el mecanismo de flexibilidad de la carga de la prueba de la discriminación.

⁴⁷ El proyecto de ley aprobado por el Gobierno contenía –en su artículo 13- algunas ligeras modificaciones respecto al anteproyecto, al introducir el inciso “de acuerdo con las leyes procesales” –lo que reducía el valor jurídico de la norma- y al no hacer alusión expresa al principio de prueba –lo que suponía una restricción sobre todo porque se predicaba el adjetivo “fundado” de los indicios-. Quizás esta modificación obedeció a un defectuoso entendimiento del Dictamen del Consejo de Estado que afirmaba que “no se trataría de una inversión automática de la carga de la prueba sino del establecimiento de unas presunciones a favor del demandante que no eximirían a este de de la carga de aportar un principio de prueba, unos indicios fundados”. Como se observa, no se había prescindido del principio de prueba.

⁴⁸ Aunque es técnicamente bastante discutible la justificación de la supuesta corrección técnica. Se elimina la referencia a los indicios porque “(es) propio del proceso penal al que, en ningún caso, se alude en este texto”, mientras el cambio de “(aportar) una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada” por “probar la ausencia de discriminación”, se fundamenta en que, “en cualquiera que sea el proceso, no cabe, por ninguna de las partes, la aportación de justificaciones, sino de prueba para fundar

redacción final del artículo 13.1 de la LOIMH que ha dado lugar a ríos de tinta. Pero al margen de la corrección –o no- de la supuesta corrección técnica, lo realmente importante es que no se quiso hacer otra cosa más que una mera corrección técnica, sin alterar el sentido de la norma proyectada.

Cuestión diferente es que, con esta tortuosa tramitación hasta la redacción final de la LOIEMH, se ha perdido la oportunidad de recoger claramente, además de la técnica de indicios, la técnica del principio de prueba –como se hacía en el anteproyecto-. En todo caso, su aplicación no genera duda porque se sustenta en la jurisprudencia constitucional. Y, sobre todo, porque se ampara en la sana crítica en la valoración de la prueba en cuanto el examen del contexto fáctico –anteriores conflictos, secuencia de actos, situación de las partes- es un criterio racional de primer orden para verificar la verosimilitud de la discriminación y, en caso de concurrir con indicios –como será lo más habitual-, potenciar su fuerza de convicción.

b) La regulación específica en el proceso social.

Desde 1990, la LPL contenía dos artículos sobre distribución de la carga de la prueba en litigios sobre derechos fundamentales. Uno era el 96, sobre discriminación sexista, que la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, amplió a otras discriminaciones. Otra era el 179.2, sobre libertad sindical. Ambas normas diferían, además de en los derechos contemplados, en su sede iuris –aquella entre las normas procesales comunes, mientras esta en el proceso de tutela-, y en su contenido –aquella invertía la prueba cuando de las alegaciones de la parte actora se dedujese la existencia de indicios fundados, mientras esta era una vez constatada la existencia de indicios-.

sus pretensiones”, Enmienda 461 del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, Serie A, 22 de noviembre de 2006, página 197. Tales justificaciones se caen por su propio peso si atendemos a la jurisprudencia constitucional y comunitaria.

La LJS ha resuelto estas discordancias normativas. En primer lugar, tanto su artículo 96.1 como el 181.2, se refieren a todos los derechos fundamentales y libertades públicas –aunque el 96.1, de manera más omnicomprendensiva, alude especialmente a las discriminaciones y el acoso-. Y, en segundo lugar –y más importante-, el 181.2 no dice –como el 179.2- “*una vez constatada la existencia de indicios*”, sino “*una vez justificada la existencia de indicios*”, lo cual supone una recepción de la técnica del principio de prueba que se sustenta en justificaciones dirigidas a trasladar al juez la sospecha de la lesión, permitiendo incluso que las justificaciones surjan de las alegaciones de la parte actora –como admite el artículo 96.1-.

Se trata esta segunda de una modificación legal muy oportuna –aunque acaso pudo ser aún más clara- cuando, como ha constatado la mejor doctrina⁴⁹, la jurisprudencia ordinaria realiza a veces una interpretación exigente de la carga de la prueba a cargo de la parte demandante, ya que, no siendo incorrecto afirmar que la simple sospecha no basta para desplazar la carga de la prueba a la parte demandada –y así se ha declarado en las SSTS de 9.2.1996, RCO 2429/1994, de 15.4.1996, RCUD 1347/1995⁵⁰, y de 25.3.1998, RCO 1274/1997-, esa afirmación se ha reiterado en la doctrina de suplicación hasta convertirla en un axioma descontextualizado que olvida que, si la sospecha es verosímil, sí basta para el desplazamiento.

Por lo demás, el artículo 96.1, al contemplar ahora todos los derechos fundamentales y libertades públicas, convierte en anecdótico el confinamiento del artículo 181.2 dentro del proceso de tutela en cuanto, estando aquella situada entre las normas generales de la prueba laboral, la norma es aplicable tanto en el proceso laboral ordinario como en cualquiera

⁴⁹ María Fernanda Fernández López, después de analizar la jurisprudencia ordinaria, detecta, en efecto, que, en algunas sentencias –citando varias-, se deslinda entre los indicios y las meras sospechas, lo que conduce a una “*devaluación de las reglas sobre facilitación de la carga de la prueba*”, “La tutela ...”, obra citada, páginas 142 a 155.

⁵⁰ Que fue anulada, al vulnerar los artículos 18 y 28 de la CE, por la STC 45/1999, de 22 de marzo.

de las modalidades procesales especiales, modélicamente en la despedido. También en la adopción de medidas cautelares en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales del artículo 180 de la LJS⁵¹. Idénticas razones llevan a su aplicación a los incidentes declarativos dentro del procedimiento ejecutivo, como el de no readmisión o readmisión irregular.

V. EL DICTAMEN DE ORGANISMOS PÚBLICOS COMPETENTES.

El artículo 13.1 de la LOIEMH contiene, en su párrafo segundo, la precisión adicional de que, *“a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes”*. La norma tiene un claro precedente en el artículo 95.3 de la LPL⁵², que establecía, desde el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, 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 competentes”*. Actualmente, el artículo 95.3 de la LJS ha ampliado la norma a las demás discriminaciones.

¿Para qué fines probatorios sirve el dictamen de los organismos públicos competentes? En primer lugar, para verificar la existencia de

⁵¹ Así lo sostuvo Antonio Baylos Grau, “Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos”, dentro del libro colectivo “La prueba en el proceso laboral”, Cuadernos de Derecho Judicial XXIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, páginas 33 y 34.

⁵² Unos comentarios del artículo 95.3 de la LPL los encontramos en Teresa Pérez del Río / Salvador del Rey Guanter / María Fernanda Fernández López, “Discriminación ...”, obra citada, páginas 209 y 210, y en Antonio Baylos Grau / Jesús Cruz Villalón / María Fernanda Fernández López, “Instituciones ...”, obra citada, páginas 146 a 148. Otro estudio a destacar es el de Francisco Javier Gamero López-Peláez, “Actividad probatoria y derechos fundamentales”, en “Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales”, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, páginas 305 a 311. Igualmente me permito remitir a mis estudios “El artículo 95.3 de la LPL”, Relaciones Laborales, número 10, 1999, y “El dictamen de los organismos públicos competentes en los procesos laborales sobre discriminación por razón de sexo”, La Ley, número 6424, 2006, páginas 1457 a 1460. Después de la LOIEMH, véase el análisis acometido por María Fernanda Fernández López, “La tutela ...”, obra citada, páginas 178 a 182.

impacto adverso sobre el colectivo femenino en los supuestos de discriminación sexista indirecta –por ejemplo, en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, se acudió, para acreditar la feminización del colectivo de trabajadores a tiempo parcial, a la EPA-⁵³. En segundo lugar, para verificar la justificación de una medida de acción positiva –por ejemplo, en la STC 128/1987, de 16 de julio, se acudió, para acreditar la menor tasa de actividad de las mujeres casadas respecto a los hombres casados, a la EPA-. Operaría el dictamen, en estos dos casos, como una prueba de informes⁵⁴.

En tercer lugar, para acreditar el igual valor de los trabajos, uno masculino y otro femenino, sometidos a una comparación, a los efectos de verificar si existe discriminación retributiva en los términos establecidos en el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores. No se trata aquí, a diferencia de los casos anteriores, de una prueba de informes, sino de una real prueba pericial. Y, en cuarto lugar, para asesorar al órgano judicial en cualquier caso de discriminación. Aquí la utilidad del dictamen es mucho menor, al no aportar al juicio ni hechos, como en la prueba de informes, ni máximas de experiencia, como en la pericial. Sería un no vinculante asesoramiento institucional que, eso sí, valdría para cualquier conducta de discriminación.

Considerando la multiplicidad de utilidades probatorias del dictamen de los organismos públicos competentes –una prueba de informes, una

⁵³ La conexión de la norma con la discriminación indirecta es un lugar común. Antonio Baylos Grau / Jesús Cruz Villalón / María Fernanda Fernández López destacan el fin de la norma de salvar dificultades técnicas y económicas para la prueba del impacto adverso, “Instituciones ...”, obra citada, página 147. Juan Montero Aroca afirma que el dictamen presenta interés “especialmente cuando el hecho no sea discriminatorio de modo directo, pero sí indirecto”, en “Comentarios ...”, obra citada, páginas 655 y 656. Y Bartolomé Ríos Salmerón nos recuerda que “los supuestos de discriminación indirecta y los datos relativos a una acción positiva pueden ser de difícil obtención y manejo por el juez social”, en “Pruebas de confesión, testimonio y pericia. Otros Medios”, dentro de “La prueba en el proceso social”, Cuadernos de Derecho Judicial XXIII/1997, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, páginas 106 y 107.

⁵⁴ Según José Almagro Nosete la prueba de informes es “el medio de prueba que consiste en la incorporación al proceso de datos de hecho, extraídos de antecedentes documentales preconstituidos, obrantes en los archivos, libros y registros de entidades públicas o privadas, que son seleccionados y coordinados a tal fin por quien ostenta la representación de aquellas, de acuerdo con los puntos a que se contrae la petición judicial o el precepto legal que lo ordena”. Reproducen el concepto, y de ahí lo hemos tomado, Juan Montero Aroca / Manuel Ortells Ramos / Juan Luis Gómez Colomer, “Derecho Jurisdiccional”, Tomo II, Volumen 1º, 2ª edición, Librería Bosch, Barcelona, 1989, páginas 267 y 268.

prueba pericial o un asesoramiento institucional- se comprenderá que, lejos de ser un defecto, es un acierto la generalidad del artículo 95.3 de la LJS. Tal diferente naturaleza del dictamen de los organismos públicos competentes ostenta relevancia en el proceso social a los efectos de la revisión fáctica en el recurso de suplicación –artículo 193.b) de la LJS-. “A la hora de manejar el informe en un recurso de suplicación habrá que ser cuidadoso y estar a lo que su contenido sugiera; como norma, empero, podrán ser tratados los informes (a) que ... aludimos como documentos”⁵⁵.

Lo que sí es un defecto, y grave, es la redacción potestativa del artículo 95.3 de la LJS porque, si el dictamen de los organismos públicos competentes es –salvo cuando actúa como asesoramiento institucional- un auténtico medio de prueba a cuyo través se aportan al juicio hechos – prueba de informes- o máximas de experiencia –prueba pericial-, existe un derecho a su admisión si la prueba es útil y pertinente, de modo que, si siéndolo se deniega, se vulnera el artículo 24 de la CE⁵⁶, y eventualmente el 14⁵⁷. Conclusión avalada en la letra del artículo 13.1 de la LOIEMH, que obliga al órgano judicial a recabar el dictamen “*si lo estimase útil y pertinente*”. En consecuencia, el dictamen es, en estos casos, preceptivo.

VI. LA PRUEBA ESTADÍSTICA.

⁵⁵ Como afirma con corrección Bartolomé Ríos Salmerón, “Pruebas ...”, obra citada, página 107.

⁵⁶ Idénticamente, Francisco Javier Gamero López-Peláez, “Actividad probatoria ...”, obra citada.

⁵⁷ Como afirman Antonio Baylos Grau / Jesús Cruz Villalón / María Fernanda Fernández López, “en la medida en que a través de estos informes se trata de hacer efectivo un derecho fundamental en sede jurisdiccional, la solicitud de los mismos ... tiene una trascendencia especial, que probablemente conduzca a estimar violado el propio artículo 14 de la CE”, “Instituciones ...”, obra citada, página 148.

Discriminación indirecta y prueba estadística presentan una íntima relación teórica y práctica⁵⁸, aunque la misma puede ser más o menos intensa, apreciándose dos modelos, uno estricto y otro atenuado⁵⁹. El modelo estricto es característico de los Estados Unidos, donde se manejan de manera más técnica las pruebas estadísticas, utilizando criterios bastante bien definidos para cuantificar el impacto adverso –los más utilizados son la tasa negativa de rechazos⁶⁰ y el análisis de desviaciones⁶¹-. Pero el problema surge al definir los elementos de la comparación, tanto dentro de la empresa⁶², como el otro elemento de comparación –el número de candidaturas⁶³ o el de personas capaces dentro del área de la empresa⁶⁴-.

⁵⁸ Muy bien lo condensa Esther Sánchez Torres cuando concluye que “*el desarrollo teórico del concepto de discriminación indirecta ha supuesto un verdadero revulsivo en los procesos de tutela antidiscriminatoria ... la decisiva importancia de medir el impacto que determinadas decisiones o prácticas empresariales tiene sobre el colectivo de mujeres, está llevando paulatinamente a los Tribunales a dotar de mayor importancia a la prueba estadística. Y en sentido paralelo, la incorporación del principio de transversalidad también a la actuación de los Tribunales, va a exigirles realizar una valoración del impacto que su decisión pueda tener sobre determinada situación socioeconómica, a riesgo de vulnerar el artículo 24 en conexión con el 14 CE*”, “La incidencia de la prueba estadística y del principio de transversalidad en la objetivación de la responsabilidad empresarial en materia de igualdad y no discriminación”, “La prueba judicial”, Editorial La Ley, Madrid, 2011, páginas 1813 y 1814 *passim*.

⁵⁹ Como muy oportunamente los ha denominado Daniel Pérez Prado, “Discriminación indirecta y la prueba estadística: Caminos que debieran confluir”, *Justicia Laboral*, número 43, 2010, páginas 93 a 121.

⁶⁰ La Equal Employment Opportunities Comision ha acogido en las Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures la regla de la tasa negativa de rechazos, o regla de los 4/5, o del 80%, que se estructura en cuatro pasos: (1) Calcular la tasa de seleccionados de cada grupo –por ejemplo, si se contrataron 52 de 100 aspirantes blancos, la tasa es del 52%, y si se contrataron 14 de 50 aspirantes negros, la tasa es del 28%- (2) Tomar el grupo con más contratados –en el ejemplo, los blancos-. (3) Dividir la tasa de seleccionados de un grupo por la tasa de seleccionados del grupo con más contratados –en el ejemplo, dividir 28 entre 52-. (4) Si el resultado es inferior a 4/5, o sea a 0,80, hay indicios de impacto adverso –en el ejemplo, el resultado es 0,538, de donde hay indicios de impacto adverso-. Fuente: Adoption of questions and answers to clarify and provide a common interpretation of the Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures, *Federal Register* 44, número 43, 2.3.1979, página 11998.

⁶¹ En el Caso *Hazelwood School District vs United States*, 433 US 299 (1977), se aceptó utilizar el análisis de desviaciones, considerándose significativas las superiores al doble o al triple. Veamos cómo se aplicó. La Escuela de Hazelwood contrató, de 1972 a 1974, a 15 profesores negros en 405 contrataciones. Se sustentó la demanda del Gobierno en que, como en el área de empleo –incluyendo la Ciudad de Sant Louis- había un 15,4% de personas negras calificadas, lo esperable sería haber contratado 62 profesores negros, suponiendo la desviación –de 15 a 62- más del cuádruplo: hay indicios de impacto adverso. Pero, descontando la Ciudad de Sant Louis, se reducía al 5,7% el porcentaje de personas negras calificadas, de donde lo esperable sería haber contratado 23 profesores negros, lo que suponía una desviación –de 15 a 23- de menos del doble: no hay indicios de impacto adverso. El Tribunal Supremo –que directamente no resuelve- establece criterios de valoración de esas estadísticas, devolviendo el asunto al juez de instancia.

⁶² No es lo mismo valorar la estructura sexual de la totalidad de la plantilla de una empresa, lo cual imposibilitaría la prueba del impacto adverso en empresas con elevada mano de obra femenina no

Indudablemente esas dificultades, de las cuales lo anterior es solo un botón de muestra, han llevado a relativizar la importancia de la prueba estadística del impacto adverso en Europa, de modo que “*en la jurisprudencia británica los tribunales han confiado más en el sentido común y su general experiencia y conocimiento, que en concienzudas estadísticas, que de otra parte no son exigibles al empresario con relación con la composición sexual de la empresa*”⁶⁵. También en los Estados Unidos han surgido críticas, destacando por su gracejo la de aquel juez que afirma que “*demasiadas personas utilizan las estadísticas como un hombre borracho utiliza una farola: como un soporte y no como iluminación*”⁶⁶.

En España, la utilización de la prueba estadística ha seguido habitualmente ese modelo europeo atenuado. De hecho, las estadísticas más usadas en el argumentario judicial son muy generales y, en consecuencia, escasamente conflictivas al limitarse a ratificar hechos asequibles con un conocimiento básico de la realidad social española –por ejemplo, la STC 128/1987, de 16 de julio, y la STC 253/2004, de 22 de diciembre, acuden a la Encuesta de Población Activa para verificar, respectivamente, la mayor tasa de ocupación masculina y la feminización del trabajo a tiempo parcial-

calificada, que valorar la estructura sexual de una categoría profesional elevada o de los trabajadores contratados a consecuencia de determinada oferta empresarial, que son criterios mucho más exigentes.

⁶³ Son, según nos recuerda María Amparo Ballester Pastor, las “*flow statistics*”, “Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo”, Relaciones Laborales, Tomo Primero, 1993, página 188. El inconveniente de este criterio radica en que, al atender al número de personas candidatas, han podido quedar fuera, por la propia configuración discriminatoria de la oferta empresarial, personas cualificadas.

⁶⁴ Son, según nos recuerda María Amparo Ballester Pastor, las “*stock statistics*”, “Discriminación ...”, obra citada, página 188. El inconveniente de este criterio –que es el seguido en las Guideliness de la EEOC– radica en que no siempre resulta fácil determinar cuál es el área de actuación de la empresa.

⁶⁵ Como afirma Carmen Sáez Lara, “Mujeres y mercado de trabajo”, CES, Madrid, 1994, página 119.

⁶⁶ “*Too many use statistics as a drunk man uses a lamppost – for support and not for illumination*”, afirmación que se contiene en el Caso Keely versus Westinghouse Electric Corporation, 404 FSupp. 573 (E.D.Mo. 1975). Tomada esta cita de Jaime Cabeza Pereiro, “El derecho ...”, obra citada, página 198.

. Si se ha habido algún conflicto en la valoración de esas estadísticas, fue, a nuestro juicio, de modo innecesario –STC 240/1999, de 20 de diciembre⁶⁷–.

Ahora bien, cuando ha sido idóneo utilizar estadísticas más técnicas, se ha hecho con bastante solvencia. La STS de 4.5.2000, RCO 3708/1999⁶⁸, y la STSJ/País Vasco de 30.1.2001, RS 3009/2000, manejaron datos numéricos sobre composición de la plantilla para apreciar discriminación sexista indirecta en el acceso al empleo. También la apreciaron las SSTJ/Cantabria de 14.11.2005, RS 905/2005⁶⁹, y de 23.5.2007, RS 417/2007, analizando las estadísticas intraempresariales, o “pass rates”, o “flow statistics” –el número de mujeres y hombres contratados/as- y las estadísticas extraempresariales, o “stock statistics” –el número de mujeres y hombres cualificados/as en el área de influencia de la oferta de empleo-.

También es ejemplar el uso de estadísticas en la STS de 18.7.2011, RCO 133/2010, para detectar una discriminación sexista indirecta en la promoción interna en varios centros de trabajo de unos grandes almacenes, afirmando al efecto que los datos estadísticos no son *“imprecisos y aparentes por cuanto reflejan una realidad: el número total de empleados de cada centro de trabajo, el número de mujeres ocupadas en cada uno, los*

⁶⁷ Sin duda alguna, la STC 240/1999, de 20 de diciembre, ha sido, dentro de la jurisprudencia constitucional, donde se ha manifestado más problemáticamente la cuestión de la prueba estadística. La decisión consideró discriminatoria sexista indirecta la denegación a una funcionaria temporal, con más de cinco años de servicio, de una excedencia para el cuidado de hijo, razonando el impacto adverso *“al ser mayoritariamente las mujeres las que en la práctica se ven en la necesidad de solicitar (esa) excedencia”*. El voto particular considera las estadísticas aportadas insuficientes para esas afirmaciones. A nuestro juicio, sí eran suficientes –se trataba de certificaciones de las cuales se deducía que el personal sanitario temporal es mayoritariamente femenino y que la excedencia cuestionada usualmente la solicitan mujeres-, y, en todo caso, se trata de datos tan conocidos que hace innecesario su apoyo en estadísticas concretas. Parecidamente se manifiesta Jaime Cabeza Pereiro, “El derecho ...”, obra citada, página 200.

⁶⁸ Se trata de la decisión final del denominado Caso Fasa-Renault. La STS de 4.5.2000 RCO 3708/1999, la he comentado en mi estudio –al que me permito remitir- “La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de la Sentencia de 4 mayo 2000 del Tribunal Supremo)”, Aranzadi Social, número 12, 2000. Una panorámica del caso en mi estudio “Discriminación indirecta: Una aproximación a la Sentencia de 4 de mayo de 2000 del Tribunal Supremo”, Revista de Derecho Social, número 12, 2000.

⁶⁹ Comentada esta sentencia por Miguel Ángel Purcalla Bonilla, “Desigualdad de trato por razón de sexo en proceso de selección de personal”, Aranzadi Social, número 19, 2005, BIB 2005 2635.

ascensos producidos en cada centro en los años controvertidos, los puestos de ascenso ocupados por hombre y mujeres y el porcentaje de cada uno de esos sexos que han ascendido, tanto en función del total como del de empleados de cada sexo”, quedando así fijados los términos comparativos.

Sea como fuere, los datos estadísticos aportados son un punto de partida en la aplicación de la doctrina de la flexibilización de la carga de la prueba a los casos de discriminación sexista indirecta. Pero su aportación no es una exigencia cuyo no riguroso cumplimiento lleve a desestimar la acción. Cada caso obligará a determinar si los datos estadísticos aportados, por sí solos o unidos a otras pruebas y al conocimiento judicial de la realidad social, nos permiten configurar el panorama indiciario determinante de la inversión de la carga de la prueba. De ahí la relatividad de unas reglas rigurosas de valoración estadística y de ahí, asimismo, la imposibilidad de fijar unas reglas de validez universal en todos los casos.

VII. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL JUICIO DE ACOSO SEXUAL.

La circunstancia –muy habitual dado el componente sexual- de desarrollo del acoso sexual en un marco de clandestinidad preordenado por el agente determina, en esos casos, la disfuncionalidad de las reglas de flexibilización de la carga de la prueba si no se valora, como prueba principal, la declaración de la víctima⁷⁰. Y es que esos casos ofrecen

⁷⁰ Un ejemplo de disfuncionalidad es la desafortunada STC 136/2001, de 18 de junio, que, después de recordar la necesidad de la parte demandante de aportar indicios, niega la existencia de acoso sexual porque los hechos alegados como indicios son inocuos, entre ellos, un informe médico cuya eficacia probatoriase rebate por la distancia temporal entre cuando comenzó el presunto acoso y cuando se acudió a la consulta médica, por su propia redacción y por aparecer la crisis de ansiedad después de acaecido el despido. El defecto del TC fue no valorar la declaración de la víctima o, en su caso, devolver las actuaciones para que la valorase la Jurisdicción Ordinaria. Al no hacerlo así, el TC concluye desestimando el recurso de amparo “*habida cuenta de los límites de nuestra jurisdicción*”, lo cual es,

especiales dificultades probatorias⁷¹ porque la única prueba directa suele ser la declaración de la víctima, sin existir evidencias físicas, salvo si ha mediado un acto de violencia, y sin existir testigos directos, o, si los hay, suelen ser de referencia y no se comprometen a testificar por el miedo a represalias o a sufrir, junto con la víctima, una victimización secundaria⁷².

Tales dificultades probatorias –auténtico “*talón de Aquiles*” de los juicios de acoso⁷³ - nos llevan a plantear, si existiesen contradicciones en las declaraciones de las partes, cual debe ser creída. Una opinión extendida es la de no dar credibilidad a ninguna declaración, lo que, inevitablemente, llevará a la desestimación de la demanda. Esta opinión no es de recibo. Supone olvidar que esta situación probatoria ha sido buscada por el sujeto activo del acoso sexual, de donde no le puede beneficiar en perjuicio de la víctima. Como suele ocurrir con los delitos de naturaleza sexual, en el

como apunta María Fernanda Fernández López, “*una frase sorprendente*” que transmite las propias dudas del TC sobre el acierto de la sentencia recurrida, “La tutela ...”, obra citada, páginas 139 y 140.

⁷¹ Como afirma Ricardo Escudero Rodríguez, (a) “*muchas veces no hay más constancia que el testimonio de la víctima*”, (b) “*se trata de actos en los que no existen testigos o, si los hay, no se comprometen por el miedo a que el empresario pueda tomar represalias*”, (c) “*no existen, normalmente, evidencias físicas, salvo si el acoso ha ido acompañado de actos de violencia de cierta entidad*”, (d) “*a ello se ha de unir la falta de pruebas escritas*”, si bien “*puede ser más fácil demostrar su existencia cuando son varias las personas afectadas, pues el testimonio de todas ellas puede resultar más contundente*” o “*cuando el acoso se reitera y se prolonga en el tiempo, si bien no es necesario que ello suceda para que aquel exista*”, “El acoso sexual en el trabajo”, Relaciones Laborales, Tomo Segundo, 1989, página 476.

⁷² Se trataría de los “*testigos mudos*”, como los denomina Teresa Pérez del Río, “La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, página 91.

⁷³ Usando la afortunada metáfora de Ana Rubio Castro / Juana María Gil Ruíz, quienes llaman la atención sobre ciertas sentencias sociales que, en paralelo con otras penales sobre violencia de género, criticablemente realizan “*apreciaciones sexistas ... sobre las características y consecuencias del acoso discriminatorio*” con la finalidad de desacreditar el testimonio de la demandante cuando sus conductas no se corresponden con “*lo que se espera haga una víctima*”, o desvaloran apodócticamente –es decir, sin especificar adecuadamente los motivos de esa desvalorización- determinados elementos probatorios que corroboran las declaraciones de la demandante, como los informes médicos donde se constata la existencia de dolencias psíquicas postraumáticas, e incluso en alguna ocasión el informe apreciando la existencia de acoso sexual realizado por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, “Dignidad e igualdad de derechos. El acoso en el trabajo”, Editorial Dykinson, Madrid, 2012, páginas 171 a 181.

acoso sexual *“la producción de prueba extrínseca resulta difícil... (porque) se ocasionan en un marco de clandestinidad preordenado por el agente”*⁷⁴.

Si esto es así, la víctima debe gozar, como norma general, de una *“presunción de sinceridad”*⁷⁵. Podríamos contraargumentar que, con esas facilidades probatorias, se multiplicaran las demandas y las denuncias sin fundamento. Quien así opina realmente encubre, bajo un mandato de lógica argumental, un prejuicio discriminatorio contrario a la igualdad de los sexos: *“Este argumento reposa sobre la idea errónea de que las mujeres tienen una predisposición a pleitear, aman la confrontación ante los tribunales y, por ella, están dispuestas a sacrificar tiempo y dinero, a exponerse a reacciones hostiles en su trabajo y eventualmente a poner en peligro sus posibilidades de empleo, de promoción o de reingreso”*⁷⁶.

De este modo, la declaración de la víctima del acoso sexual – asociada eventualmente a otra prueba de cargo- sirve como prueba de cargo suficiente para fundamentar una condena de acoso sexual cuando se desarrolla en un entorno de clandestinidad preordenado por el agente. Así las cosas, se ha admitido, en el ámbito penal, que *“las manifestaciones de la víctima ... pueden servir para enervar el derecho a la presunción de inocencia cuando los jueces asimilan tales declaraciones, si no hay razones objetivas que hagan dudar de la credibilidad de quien así se expresa, o puedan invalidar sus afirmaciones”* –STS (Penal) de 2.6.1992, RC 1275/1992-, usando como criterios de valoración de la declaración⁷⁷:

⁷⁴ Utilizando las palabras del que fue Presidente de la Sala 2ª del Tribunal Supremo José Augusto De Vega Ruiz, “El acoso sexual como delito autónomo”, Editorial Colex, Madrid, 1991, páginas 91 y 92.

⁷⁵ Propone su introducción legal Jean Jacqmain, “Harcèlement sexuel sûr le lieux de travail: les moyens d'action juridiques en droit du travail”, Ministerio de Empleo y Trabajo, Bruselas, 1992, página 13.

⁷⁶ Informe Corcoran, “Analyse comparative des dispositions concernant le droit de recours dans les États membres en matière d'égalité”, Comisión de las Comunidades Europeas, Doc. V/564/84, página 55.

⁷⁷ Véanse los interesantes resúmenes jurisprudenciales realizados –que son los que han servido de base para la redacción del texto principal- por José Augusto De Vega Ruiz, “El acoso ...”, obra citada, páginas 91 y 92, por Ignacio Serrano Butragueño, “El acoso sexual”, Revista Tapia, Febrero, 1995, página 22, por

1º. La ausencia de incredibilidad subjetiva que se verifica atendiendo a dos aspectos relevantes, uno es la inexistencia de características psico-orgánicas de la víctima debilitadoras de su declaración –pensemos en la existencia de trastornos mentales, cuya concurrencia, con todo, puede ser irrelevante si los ha ocasionado el mismo acoso sexual-, y otro es la inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar de las relaciones previas entre el agresor y la víctima enturbiando su sinceridad –como animadversión, enemistad, odio, resentimiento, venganza u otros móviles semejantes-. En todo caso, el legítimo interés de la víctima en la condena del agresor no resulta un argumento válido como para viciar su declaración.

2º. La verosimilitud objetiva que se verifica atendiendo a dos aspectos relevantes, uno es la lógica interna de la declaración de la víctima –debilitando su fuerza de convicción si esta es insólita u objetivamente inverosímil, y, a la inversa, potenciando su fuerza de convicción si es acorde a las reglas de la común experiencia-, y otro es la existencia de corroboraciones fácticas periféricas, aunque cuando la no acreditación plena de esas corroboraciones se justifica –y muchos casos de acoso sexual son un buen ejemplo- porque el ilícito no deja huellas o porque se ha desarrollado en unas circunstancias concurrentes situadas bajo el dominio de hecho del agresor, este criterio no desvirtúa la credibilidad de la víctima.

3º. La persistencia en la incriminación caracterizada por la prolongación en el tiempo de la declaración de la víctima –sin contradecirse ni desdecirse, aunque sin exigir una reiteración exacta, como la de un disco o una lección memorizada, sino una identidad sustancial de las diversas declaraciones-, su concreción fáctica –narrando los hechos con la precisión con la cual cualquier persona en las mismas circunstancias

Francisco Alonso Pérez, “El testimonio de la víctima. Aspectos jurisprudenciales”, Diario La Ley de 7.5.1999, y, más moderno, por Antonio Pablo Rives Seva, “La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”, 4ª edición, Editorial Aranzadi, Madrid, 2008, páginas 492 a 495.

objetivas y subjetivas los hubiera narrado- y la ausencia de contradicciones –manteniendo una conexión lógica tanto entre los diversos extremos de la declaración, o coherencia interna, como entre la declaración con otros extremos derivados de los otros medios de prueba, o coherencia externa-.

Realmente, estos criterios, a valorar en cada caso judicial concreto, son unas reglas de sana crítica que, según el artículo 316 de la LEC, presiden la valoración de las declaraciones de las partes, y no solo en los procesos penales –sobre acoso sexual o, en general, sobre delitos sexuales-, de ahí su aplicabilidad al proceso laboral –en un acoso sexual laboral⁷⁸- y contencioso administrativo –en un acoso sexual a funcionario/a-, e incluso al proceso civil –por ejemplo, en un acoso sexual arrendaticio-. No se trata, en conclusión, de unas exigencias rígidas e inquebrantables sin cuya completa concurrencia no se pueda creer a la víctima, sino de parámetros o criterios orientativos que deben ser tenidos en cuenta por el órgano judicial.

Ahora bien, la presunción de sinceridad –que rige, en las condiciones expuestas, como norma general- no es indestructible –admite excepciones- porque “*en muchas ocasiones el testimonio de la presunta víctima puede ser producto de móviles de resentimiento o venganza, fabulación y otras similares*”⁷⁹. La variada casuística obliga a valorar las circunstancias de cada caso concreto para verificar la existencia de una eventual excepción, aunque, en cualquier caso, es oportuno precisar que el pasado sexual de la

⁷⁸ Como han admitido las SSTSJ/Andalucía – Sevilla de 29.1.2004, RS 3429/2003, y de 20.10.2009, RS 955/2009 –comentada por Rafael Álvarez Gimeno, “El acoso sexual en el trabajo: despido disciplinario y presunción de inocencia”, Aranzadi Social, número 3, 2010, BIB 2010 737-, o la STSJ/Castilla La Mancha de 15.3.2012, RS 196/2012. También la STSJ/Valencia de 10.10.2006, RS 2966/2006, destaca la importancia en los juicios laborales sobre acoso sexual realizado aprovechando el acosador la clandestinidad de “*las actitudes de quienes declaran ante el juez que preside la práctica de las pruebas: las palabras utilizadas, la convicción con que son relatados los hechos, las posibles contradicciones que se puedan llegar a producir*”. En alguna ocasión incluso se ha admitido revisar en suplicación los hechos probados cuando la valoración de la declaración de la víctima hecha en instancia se estima irracional – véanse la STSJ/Galicia de 7.11.2002, RS 4652/2002, y la STSJ/Sevilla de 29.1.2004, RS 3429/2003-.

⁷⁹ José Augusto de Vega Ruíz, “El acoso ...”, obra citada, páginas 91 y 92. Conviene reiterar que la existencia de demandas o de denuncias falsas u oportunistas se debe siempre considerar algo excepcional.

víctima, sea cual sea, no es una circunstancia que invalide su declaración, ya que, si así no fuese, se permitiría realizar un “juicio de honestidad” frontalmente contrario al derecho fundamental a la intimidad personal⁸⁰.

Fuera de la prueba del acoso sexual en un entorno de clandestinidad preordenado por el agente, sí puede jugar de manera típica la regla de flexibilización de la carga de la prueba (1) para acreditar un acoso sexual no clandestino –lo que ocurrirá típicamente en los acosos ambientales-, y, en general, para acreditar otras clases de acoso –sexista o moral-⁸¹, o (2) acreditada la realidad del acoso –sexual, sexista o moral-, para acreditar el conocimiento empresarial⁸² o para acreditar la existencia de represalias⁸³.

⁸⁰ Salvador Del Rey Guanter, “Acoso sexual y relación laboral”, Relaciones Laborales, Tomo Primero, 1993, página 237. Para Juan Antonio Altés Tárrega es “claro que la prueba sobre la inexistencia del (acoso sexual) no puede recaer en juicio sobre el nivel de deseabilidad de la víctima hacia la conducta o justificar la falta de una ofensa que cualifique el acoso en el comportamiento sexual habitual del sujeto pasivo”, recordando que “en Estados Unidos ... este tipo de referencias que implican una ilegítima intromisión en la vida sexual de la víctima están expresamente prohibidas, y por tanto no deben de tenerse en cuenta”, y concluyendo que, en España, “el derecho de las presuntas víctimas de acoso sexual laboral a no ver enjuiciada su honestidad durante el procedimiento judicial se encuentra comprendido ... en el artículo 11.1 de la LOPJ”, al prohibir las pruebas vulneradoras de derechos fundamentales, “El acoso sexual en el trabajo”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, páginas 265 a 267, *passim*.

⁸¹ Pues, tratándose de acoso moral laboral, como afirma María José Romero Ródenas, “corresponde al trabajador acreditar indiciariamente los hechos que a su juicio comportan la intimidación psicológica denunciada, tales como la no asignación de tareas, el aislamiento del trabajador, la asignación de funciones sin contenido real o práctico, etc., tras lo cual la empresa tiene que acreditar que existe una explicación razonable y lógica de tales actuaciones, ajenas por completo a la violación de los derechos fundamentales invocados”, “Protección frente al acoso en el trabajo”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2004, página 81. Esto es, la prueba del acoso moral, sexista y sexual no clandestino se ajusta modélicamente a la regla de flexibilización de la carga de la prueba a través de indicios o principio de prueba. Respecto a los indicios usualmente utilizados, véase Ángel Jurado Segovia, “Sobre la caracterización jurídica del acoso moral a la luz de los pronunciamientos judiciales”, Revista de Derecho Social, número 25, 2004.

⁸² Un buen ejemplo es la STC 250/2007, de 17 de diciembre, en que el hecho base es una serie de agresiones sexuales y requerimientos de parte de un jefe a la trabajadora y de denuncias de esta a otros jefes inmediatos y a compañeros de trabajo, en el contexto de trabajo a bordo de un barco, llegándose a la conclusión de que “si las agresiones sexuales y requerimientos eran conocidas en el barco, no resulta razonable deducir que tal conocimiento se constrictó a los trabajadores del buque y que no alcanzó a ningún responsable empresariales”, de donde se considera contrario al artículo 24 de la CE razonar – como se hizo en la sentencia recurrida en amparo- que la empresa no era responsable porque no conocía. Comentada por Mikel Urrutikoetxea Barrutia, “Alcance de la tutela del orden social en los supuestos de acoso sexual. A propósito de la STC 250/2007, de 17 diciembre”, Aranzadi Social, número 2, 2008.

⁸³ De modo que, acreditado un avance sexual por parte del empresario o de un directivo con facultades para extinguir el contrato de trabajo, existirán indicios de represalia si se produce tal extinción en cercanía temporal –conexión temporal- o no se le produce a otros compañeros –conexión comparativa-, debiendo la empresa justificar la decisión extintiva en causas ajenas al rechazo de la víctima ante al avance sexual.

En cualquier acoso –sexual clandestino o no, sexista o moral-, es necesaria, y es la enseñanza más importante de una jurisprudencia dirigida a facilitar la prueba de la discriminación, una intervención judicial “*constructiva*”⁸⁴.

⁸⁴ Utilizando las palabras de Jaime Cabeza Pereiro, quien pone como ejemplos de intervención judicial constructiva acordar el interrogatorio de la presunta víctima aunque no lo proponga el presunto agresor, o la ampliación del interrogatorio, o acordar, a petición de aquella, un careo con este, “El ejercicio del derecho a un ambiente laboral libre de acoso sexual”, en el libro colectivo “El derecho a trabajar en igualdad”, Instituto Andaluz de la Mujer, Málaga – Sevilla, 1999, página 139. Desde la LEC –artículo 306-, se permite al abogado de la parte que declare hacerle preguntas, lo que solventa alguno de los problemas apuntados. Otros ejemplos de intervención judicial constructiva podrían ser posibilitar, a instancia de la presunta víctima, una pericial psicológica del Médico Forense –artículo 93.2 de la LJS-, o la utilización de las diligencias finales –artículo 88 de la LJS-. Téngase en cuenta que la falta de implicación del órgano judicial en la aportación de la prueba puede ser violación del artículo 24 de la CE.

CONCLUSIONES

(I) Nuestro estudio se ha limitado al análisis, desde una óptica teórica dogmática, de las instituciones jurídicas básicas del derecho a la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres, lo que, desde una óptica jurídico positiva en el derecho español, se compadece con la circunstancia de que la LOIEMH se configura –según se reconoce en su Exposición de Motivos- como “*la ley – código de la igualdad entre mujeres y hombres*”, de modo que el estudio teórico dogmático ha corrido paralelo a –y se ha visto facilitado por- la exégesis jurídico positiva de los conceptos generales contenidos en la LOIEMH –sin entrar en regulaciones jurídicas concretas más que lo imprescindible para la comprensión de los conceptos generales-.

Tal estudio teórico dogmático de las instituciones jurídicas básicas del derecho a la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres se ha abordado con una pretensión de reelaboración conceptual desde la perspectiva de género. Ciertamente es que la LOIEMH no siempre define los conceptos en plena coherencia con esa perspectiva de género –en lo cual ha pesado no poco el deber de transposición de la normativa comunitaria-. Pero no menos cierto es que la LOIEMH se ha construido sobre el concepto de género –hasta en 43 ocasiones utiliza dicha palabra- que conduce a la “*dimensión transversal de la igualdad*” que –como asimismo se señala en su Exposición de Motivos- es “*principio fundamental del presente texto*”.

Aún en el estudio de las instituciones jurídicas básicas del derecho a la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres desde una perspectiva de género, nos centraremos en su aplicación en el Derecho del

Trabajo y de la Seguridad Social –dejando fuera de nuestro estudio muchos aspectos de Derecho Constitucional, de Derecho Civil, de Derecho Penal o de Derecho Administrativo-. Una delimitación adicional del ámbito de nuestro estudio que de nuevo se compadece con –y se encuentra facilitada por- la LOIEMH en la medida en que –de nuevo según se reconoce en su Exposición de Motivos- *“especial atención presta la Ley a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales”*.

(II) Delimitada nuestra investigación al estudio teórico dogmático de las instituciones jurídicas básicas del derecho a la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres en especial en su aplicación en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y abordada nuestra investigación con una pretensión de reelaboración conceptual desde la perspectiva de género de las instituciones jurídicas básicas del derecho a la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres en especial en su aplicación en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, las conclusiones de nuestro estudio se pueden sucintamente resumir –sin perjuicio de su mejor desarrollo en el cuerpo del estudio- como sigue.

(III) Concepto de discriminación sexista / igualdad de trato y oportunidades. La discriminación por razón de sexo / género se podría definir, en un sentido omnicomprendivo compatible con la normativa comunitaria, como la situación de subordinación de las mujeres respecto a los hombres a causa de los prejuicios de género. Lo cual sitúa el elemento de subordinación –o peyorativo- en un lugar preeminente –desplazando al comparativo- a los efectos de definir las diferencias de trato –impuesto a la víctima por terceras personas-, y de conectarlo con los prejuicios de género,

que son su causa, permitiendo incluir en el concepto de discriminación a las diferencias de estado –a veces a causa de decisiones de la propia persona-.

Y, en consecuencia, la tutela de la igualdad, para ser efectiva frente a todas las manifestaciones de discriminación sexista, debe contemplar diferencias de trato y diferencias de estado. Las de trato son susceptibles de corrección a través de la prohibición de discriminación –principio de igualdad de trato-. Las de estado obligan a incidir en lo sistémico a través de medidas de acción positiva, de igualdad de oportunidades, o de democracia paritaria –principio de igualdad de oportunidades-. Así contempladas, la igualdad de trato conecta solo con la igualdad, mientras la igualdad de oportunidades conecta tanto o más con la libertad, al buscar remover los prejuicios que condicionan las vidas de mujeres y de hombres.

Resulta oportuno destacar, para concluir, que igualdad de trato y de oportunidades no son correlativas con igualdad formal y material. La de trato presenta varios elementos de igualdad material –como la doctrina del trabajo de igual valor o la discriminación indirecta-. Y la de oportunidades, aunque se construye sobre elementos de igualdad material –medidas de acción positiva, de igualdad de oportunidades o de democracia paritaria-, no justifica toda igualdad material –no justifica el igualitarismo, o igualdad de resultados al margen de las capacidades-. Por ello, se está implantando, en sustitución del concepto de igualdad material, el de igualdad efectiva, que alude a una igualdad de trato y de oportunidades realmente aplicada.

(IV) Concepto de discriminación sexista directa. Mantener su concepto tradicional y, a continuación, establecer un listado de supuestos donde, para despejar las dudas, se considera existente la discriminación –a veces sin especificar si es discriminación directa o indirecta, o si es otra cosa-, demuestra las carencias de ese concepto tradicional. Por ello, es necesario reconceptualizar el concepto de discriminación sexista directa. El

punto de partida debe ser la definición de discriminación sexista como situación de subordinación de las mujeres respecto a los hombres a causa de los prejuicios de género. A partir de ahí, la discriminación sexista directa sería manifestación de esa situación con dos elementos adicionales:

(1) Un tratamiento diferente –de acción, palabra u omisión- dado –dolosa o culposamente- a una persona, lo que incluye el tradicional elemento comparativo, pero que permite adicionar otros supuestos donde la comparación es más flexible. El prejuicio de género siempre causa un perjuicio a la víctima que la hace de menos respecto a otras personas –lo cual supone la existencia más o menos difusa de un elemento comparativo-, pero no es necesaria una estricta comparación para concluir la existencia de discriminación sexista directa, permitiendo que un acoso sexual o un acoso sexista, o la denegación injustificada o la represalia por el ejercicio de derechos de conciliación, se califiquen como discriminación sexista directa.

(2) Una inmediata causalidad con los prejuicios de género –la supuesta inferioridad natural de las mujeres en todas las discriminaciones sexistas; la asignación a las mujeres de la función reproductora en la discriminación por maternidad; la consideración de la mujer como objeto sexual en el acoso sexual; la ofensa a quien no cumple los roles de su género en el acoso sexista; o la catalogación de los roles de cuidado como femeninos en las represalias por el ejercicio de derechos de conciliación-. Tal planteamiento llevará normalmente al sexo femenino de la víctima, aunque no impide la existencia de hombres discriminados cuando no cumplen con los roles de su género –son las denominadas ovejas negras-.

Así las cosas, la discriminación sexista directa es el trato dado a una persona –casi siempre una mujer- cuya causa inmediata son los prejuicios de género determinantes de la situación de subordinación de las mujeres con respecto a los hombres. De ese concepto se deriva, en un plano teórico, una mejor explicación de lo que es la discriminación sexista directa, al

conectar su concepto con los prejuicios de género y dejando en un segundo plano las no siempre fáciles argumentaciones de detección del elemento comparativo. También se derivan de ese concepto de discriminación sexista directa las siguientes importantes consecuencias de evidente relevancia:

- La superación de la espinosa cuestión de la bilateralidad / unilateralidad, evitando extender a los varones los supuestos privilegios paternalistas y, a la vez, permitiendo con naturalidad la apreciación de discriminación sexista contra varones incumplidores de sus roles de género.

- La facilitación de una distinción precisa entre las medidas paternalistas –perpetuadoras de estereotipos de subordinación femenina-, las situaciones de buena fe ocupacional –no construidas sobre prejuicios- y las acciones positivas –dirigidas a eliminar los efectos de los prejuicios-.

- La flexibilización de la pertinencia de la comparación, lo que facilitaría la apreciación de discriminaciones múltiples interseccionales donde se discrimina a una mujer negra, pero no a los hombres negros ni a las mujeres blancas, resultando difícil identificar una situación comparable.

- La calificación como discriminación sexista directa de la violencia de género, incluyendo el acoso sexual y el acoso sexista, lo que permite individualizar la violencia de género frente a otras formas de violencia conceptualmente cercanas –la violencia doméstica, el acoso moral laboral-.

- La calificación como discriminación sexista directa de los perjuicios derivados del embarazo, el parto y la lactancia natural detectados a través de un test de sustitución que, al poner a un hombre en la situación de la mujer, garantiza la eliminación completa de los prejuicios de género.

- La calificación como discriminación sexista directa de las denegaciones injustificadas de ejercicio de derechos de conciliación y de las represalias por el ejercicio de derechos de conciliación, lo que facilitará el considerar a los derechos de conciliación como derechos fundamentales.

(V) Concepto de discriminación sexista indirecta. A partir de las aplicaciones judiciales y de su concepto legal, estamos en condiciones de examinar las diferencias con la discriminación sexista directa. Sobre la cuestión se han desarrollado varias opiniones doctrinales. Unas consideran que la discriminación directa se cualifica por la intención, mientras que la indirecta se cualifica por el resultado. Pero la discriminación directa puede tener una intención no malévolas y la indirecta puede encubrir una intención malévolas. Otras consideran la discriminación indirecta como colectiva y oculta, aunque la directa asimismo puede ser colectiva y oculta, lo que demuestra que nos encontramos ante elementos accidentales, no esenciales.

Como punto de partida en la búsqueda del elemento esencial de la diferencia entre discriminación sexista directa y discriminación sexista indirecta, debemos destacar los elementos comunes. De entrada, nos encontramos en ambos supuestos –permítasenos la redundancia- ante una discriminación sexista –según la hemos definido en la anterior conclusión (III)-, es decir ante una situación de subordinación de las mujeres respecto a los hombres a causa de los prejuicios de género. Tal situación de subordinación se concreta en el tratamiento dado a una persona –o, dicho en otros términos, esa situación de subordinación se concreta en una diferencia de trato: estamos en el ámbito del principio de igualdad de trato-.

Hasta aquí los elementos comunes de la discriminación sexista directa e indirecta. El elemento diferencial está en la distinta conexión de causalidad existente entre esos dos elementos comunes. Tratándose de la discriminación sexista directa, el trato dado a la víctima encuentra su causa inmediata en los prejuicios de género determinantes de la situación de subordinación –recordando algún ejemplo: la mujer como encargada de la reproducción de la especie en la discriminación por maternidad; la mujer como objeto sexual en el acoso sexual; la sumisión de la esposa al marido

en la discriminación por estado civil; o la feminización de las labores de cuidado en las represalias debidas al ejercicio de derechos de conciliación-.

Pero en la discriminación indirecta la causalidad no es inmediata porque se interpone una circunstancia que obedece a diferencias físicas entre hombres y mujeres apreciables en promedio que, en la construcción social y cultural del género, se sobrevaloran –si son de predominancia masculina: la fortaleza física- o se minusvaloran –si son de predominancia femenina: el menor tamaño de la mano en relación con trabajos de empaquetado-, o a una característica social o cultural –por ejemplo, el trabajo a tiempo parcial- que se explica a consecuencia de los roles de género –en el ejemplo: las mujeres, condicionadas por esos roles, o no pueden acceder o acceden con dificultades a un trabajo a tiempo completo-.

Tal existencia de una circunstancia interpuesta explica la discriminación indirecta y las diferencias con la discriminación directa. En primer lugar, esa circunstancia interpuesta no es un rasgo esencial en la construcción del género –si lo fuera sería una discriminación directa-, sino una circunstancia de apariencia neutra en relación con la construcción del género y, para comprobar si esa circunstancia es realmente neutra o se encuentra en su trastienda la construcción del género, surge la necesidad – para la parte demandante- de acreditar un impacto adverso o una desventaja particular y la posibilidad –para la parte demandada- de justificar esa circunstancia en motivos ajenos a la existencia de discriminación por sexo.

No se trata, sin embargo, de que, mientras la discriminación directa es inderogable –es decir, no admite excepciones-, la discriminación indirecta admita excepciones –que es tanto como decir que es una discriminación derogable, afirmación espinosa en términos ontológicos-. Lo que, hablando con propiedad, se puede justificar es el impacto adverso o la desventaja particular. Pero si ello es así, no se trata tanto de que la discriminación indirecta se justifique, como de que, aunque haya impacto

adverso o desventaja particular, no existe la discriminación. A su vez, esto supone rechazar la existencia de una diferencia sustancial, en términos de una oposición, entre la discriminación directa y la discriminación indirecta.

En segundo lugar, y a consecuencia de lo anteriormente expuesto, la discriminación indirecta es oculta y colectiva –mientras la directa puede ser tanto abierta como oculta y tanto individual como colectiva-. Oculta en la medida en que, aunque los prejuicios de género son la causa mediata, la circunstancia interpuesta aparece como la causa inmediata. Y colectiva en la medida en que son las características generales de un colectivo humano las que permiten pasar por encima de la circunstancia interpuesta y desvelar la causa discriminatoria mediata. De ahí la importancia en el ámbito de la discriminación indirecta de las pruebas de carácter estadístico, porque resultan adecuadas para apreciar las características generales del colectivo.

En tercer lugar, el elemento subjetivo del injusto, mientras en la discriminación directa suele cristalizar en dolo y, más excepcionalmente, en culpa, en la indirecta, salvo excepcionales supuestos dolosos –cuando el causante del impacto adverso o desventaja particular es consciente del resultado discriminatorio, lo quiere y, para encubrir esa intención, ha interpuesto una circunstancia-, suele cristalizar en culpa con tendencia a la objetivación en la medida en que solo se exonera el causante del impacto adverso o desventaja particular cuando acredite la existencia de una finalidad legítima en relación con la circunstancia interpuesta y que los medios para alcanzar dicha finalidad son los necesarios y los adecuados.

En cuarto lugar, la situación de los varones es muy diferente en el ámbito de la discriminación indirecta con respecto al ámbito de la discriminación directa. Mientras la directa admite víctimas varones de los prejuicios de género –típicamente los supuestos de ovejas negras-, en la indirecta los varones difícilmente serán la mayoría perjudicada por una disposición, criterio o práctica neutra –únicamente en el más hipotético que

real supuesto de entornos hembristas donde prevaleciesen los valores femeninos sobre los masculinos-. Pero los varones sí pueden ser integrantes de un colectivo feminizado, en cuyo caso –a nuestro juicio- nada les debe impedir el hacer valer la prohibición de discriminación sexista indirecta.

Y, en quinto lugar, todas las anteriores diferencias sustantivas acarrear importantes diferencias probatorias pues, aunque tanto la prueba de la discriminación directa como la prueba de la discriminación indirecta se rigen a través de unas reglas comunes sobre la prueba, la interposición de una circunstancia interpuesta en la discriminación indirecta incrementa las dificultades de prueba justificando la introducción de las consiguientes especialidades probatorias –como son el dictamen de organismos públicos, la prueba estadística, o la necesidad estricta en la justificación empresarial-.

Recapitulando, no hay una oposición sustancial entre la discriminación directa y la discriminación indirecta porque ambas responden a los prejuicios de género y ambas generan diferencias de trato, encontrándose la diferencia en la forma de manifestación de la diferencia de trato y, en última instancia, del perjuicio de género, bien inmediatamente –sería una discriminación directa abierta- o bien mediando una circunstancia interpuesta que es un rango esencial en la construcción de género –sería una discriminación directa oculta-, o que, aunque es de apariencia neutra, causa un impacto adverso o desventaja particular no justificada en motivos ajenos al sexo –sería una discriminación indirecta-.

(VI) Medidas de acción positiva. A la vista de los diferentes –cuando no divergentes- perfiles que se aprecian en derecho comparado, derecho comunitario, convenios internacionales, jurisprudencia constitucional y jurisprudencia europea –un auténtico rompecabezas-, la decisión legislativa de establecer un marco general para la adopción de las llamadas acciones positivas y un concepto legal se debe saludar muy positivamente a los

efectos de mejorar la seguridad jurídica y, a la vez, de facilitar la aplicación de medidas de acción positiva. Siguiendo el concepto establecido legalmente, las medidas de acción positiva se caracterizan por varias notas:

(1) La finalidad de las medidas de acción positiva es hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, lo cual se verifica desde una dimensión colectiva en el determinado ámbito de aplicación de la medida de acción positiva. Tal verificación colectiva genera, cotejada con la dimensión individual, una cierta imperfección aplicativa –que se considera el más importante defecto de las medidas de acción positiva- en cuanto no necesariamente se beneficia a la totalidad de las víctimas de la discriminación existente en su ámbito, e incluso se beneficia a quien no fue discriminado dentro de su ámbito, ni necesariamente se perjudica solo a quienes fueron causantes de la discriminación existente en dicho ámbito.

(2) Como es característico de las medidas de acción positiva, se acuerdan de manera unilateral a favor del sexo excluido, lo que normalmente supone sean –y así lo refleja la ley- a favor de las mujeres o a favor de las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad. Aunque quizás se debió optar por una fórmula más abierta que contemplase a los hombres en ciertos casos destinados a remover los prejuicios de género.

(3) Su adopción se rodea de varias importantes cautelas: (a) son medidas específicas, en cuanto regulaciones completamente separadas según el sexo constituirían un apartheid sexual contrario a la esencia de la igualdad, (b) su presupuesto de hecho son situaciones patentes de desigualdad de hecho de las mujeres respecto de los hombres, (c) serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, es decir son temporales, y (d) son razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido tomando en consideración los otros tres factores pues cuanto más específicas sean las medidas, más patente sea la desigualdad y más temporal sea su vigencia, la acción positiva se encontraría más justificada.

(VII) Medidas de participación equilibrada. Que son medidas diferentes a las de acción positiva. No son medidas temporales para acelerar la igualdad real, sino medidas permanentes que instauran una igualdad real garantizando tanto la participación femenina como la participación masculina en el acceso al poder y en la toma de decisiones. Su ámbito de actuación es más limitado que el de las medidas de acción positiva, ya que únicamente se aplican en puestos de poder o de toma de decisiones donde no impera absolutamente el principio meritocrático bien porque no es relevante –como ocurre en las candidaturas electorales- bien porque existe un gran margen de discrecionalidad –en los demás casos-.

Se trata –en especial cuando se trata de candidaturas electorales y de nombramientos en cargos públicos- de una profundización en la idea de la democracia. De este modo, si la democracia es –según su etimología- el Gobierno del Pueblo, no es admisible que solo una parte del Pueblo definida por su sexo acceda al Gobierno –y es una afirmación bilateral, es decir, ni es admisible que accedan solo los hombres ni sería admisible que accedieran solo las mujeres, lo cual marca otra diferencia con las medidas de acción positiva, que son unilaterales-. Lo exigible es que el Pueblo entero, incluyendo en consecuencia a las mujeres y a los hombres, acceda al Gobierno. Lo cual supondrá el ampliar la legitimidad de la democracia.

Diferencias sustanciales con las medidas de acción positiva que aconsejan darles a estas medidas una denominación específica. Una denominación bastante extendida es medidas de democracia paritaria, aunque presenta el inconveniente de referirse solo a la participación en el poder político. Una denominación más amplia es medidas de empoderamiento decisorio, aunque presenta el inconveniente de ser un tanto rebuscada. Tales inconvenientes se superan con la denominación de medidas de participación, presencia o composición equilibrada que, además

de combinar la simplicidad de la primera con la amplitud de la segunda, al aludir a equilibrio ofrece evocaciones positivas y enraíza con la LOIEMH.

(VIII) Medidas de igualdad de oportunidades. Si bien a veces se usa la expresión en sentido vulgar abarcando algunas medidas en materia de tutela antidiscriminatoria –como las cláusulas de tutela judicial efectiva o la flexibilización de la carga de la prueba-, o en un sentido técnico amplio abarcando todas las medidas en materia de igualdad de oportunidades –incluyendo las medidas de acción positiva y las medidas de participación equilibrada-, en un sentido técnico estricto –que es el que aquí utilizaremos- son medidas que, dirigidas a uno o a ambos sexos, pretenden eliminar las diferencias entre hombres y mujeres a través de la erradicación permanente de los prejuicios de género causantes de dichas diferencias.

Utilizando en la explicación las categorías de diferencias de trato y diferencias de estado –según las definimos en la anterior conclusión (III)-, las medidas de igualdad de oportunidades no operan directamente sobre las diferencias de trato –como ocurre con las medidas de tutela discriminatoria-, sino sobre las diferencias de estado para que, erradicadas estas, desaparezcan aquellas. En términos más simples, actúan sobre las causas de la desigualdad para que, gracias a su erradicación, desaparezcan sus efectos. O, dicho en otros términos igualmente simples, pretenden, no la igualación dentro de un modelo androcéntrico, sino su cambio por un modelo donde no existan prejuicios de género en contra de ningún sexo.

De este modo, las medidas de igualdad de oportunidades son diferentes, no solo de las de tutela antidiscriminatoria –que operan en el ámbito de la igualdad de trato-, también de las de acción positiva, que –aunque operan en el ámbito de la igualdad de oportunidades- se justifican en una desigualdad de trato y aceleran la igualdad de trato. Por ello, a diferencia de las de acción positiva, las de igualdad de oportunidades son

permanentes. Ni siquiera en una utópica sociedad igualitaria se derogaría el permiso de paternidad si no es a riesgo del abandono masculino en el cuidado de hijos/as. Tampoco es imaginable una sociedad igualitaria si no se produce, en algún momento, una cobertura social del trabajo doméstico.

Ahora bien, como ocurre con las medidas de acción positiva, no son medidas a las cuales el Poder Legislativo –a lo menos en el momento actual de la evolución de la normativa internacional, comunitaria y constitucional- se encuentre sujeto de manera rígida, que es lo que ocurre con las medidas de tutela antidiscriminatoria. El Poder Legislativo no puede, por ejemplo, prohibir a las mujeres ser pilotos de aviones militares, o trabajar en el interior de las minas. Pero sí puede, por ejemplo, decidir regular, o no, el permiso de paternidad, y, si lo hace, concretar su duración. Naturalmente, esa afirmación se hace sin desconocer que la normativa –aún siendo muy genérica- impide al Poder Legislativo situarse en una inacción absoluta.

Las medidas de igualdad de oportunidades –según las hemos definido en sentido técnico estricto como dirigidas a erradicar los prejuicios de género contra las mujeres- son medidas potenciadas en el moderno derecho a la igualdad vinculado al principio de transversalidad. Al integrar la dimensión de género en la totalidad de las relaciones jurídicas, se detectan donde existen prejuicios de género contra las mujeres y, en un análisis crítico, se puede concluir como erradicarlo. No quiere esto decir que, antes de la eclosión del principio de transversalidad, no existiesen esas medidas –pues estaban permitidas y efectivamente existían-, sino que este principio las ha potenciado, dándoles una centralidad que antes no tenían.

Pero las medidas de igualdad de oportunidades no pretenden erradicar los prejuicios de género de una manera única, válida en cualquier caso y ocasión, sino que, según cómo actúan en cada caso y ocasión los prejuicios de género, la medida adoptará una estructura diferente para cada caso y ocasión. Ello nos conduce a otra característica esencial de las

medidas de igualdad de oportunidades: son polimórficas –como lo es la discriminación por razón de sexo / género-. Y, a los efectos de intentar identificar algunas medidas típicas de igualdad de oportunidades, es necesario establecer las conexiones conceptuales entre las medidas de igualdad de oportunidades y otros conceptos de tutela antidiscriminatoria.

(IX) Acoso sexual y acoso sexista. No se comprende la violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer, en ninguna de sus manifestaciones, si no es atendiendo al concepto de género, o sea a los estereotipos sociales y culturales asociados al sexo de una persona, porque la mujer no sufre violencia por su sexo entendido como mera diferencia física, sino por los estereotipos sociales y culturales asociados a su sexo, y de ahí la corrección técnica de la denominación de violencia de género. Y no solo la violencia de género está causada por los estereotipos sociales y culturales asociados a su sexo, sino que además los transmite y los perpetúa de la manera más reprobable. Género y violencia son, en consecuencia, dos conceptos de estrecha conjugación y que se retroalimentan mutuamente.

Quizás el acoso sexual sea el mejor ejemplo de ese esquema teórico porque obedece, no –como aparentemente se pudiera pensar- a las apetencias del agresor, sino a un determinado estereotipo de entendimiento de la sexualidad en el cual el hombre es el cazador –es activo- y la mujer es la presa –es pasiva-, y porque los estereotipos sexuales son elemento fundamental del género, de manera que, en nuestro entorno sociocultural, un hombre es tratado como hombre y una mujer es tratada como mujer si su comportamiento sexual es el definido por el estereotipo sexual del hombre o de la mujer. Dicho en resumen, el acoso sexual conecta directamente con la esencia del género como estructura de dominación.

Por ello, los acosos sexuales solo se visibilizan en clave de género de modo que, sin esa clave, muchos serían invisibles y los visibles se

canalizarían a través de otros ilícitos. Y por ello, la lucha jurídica contra el acoso sexual no comienza hasta que, en la década de los setenta, se elabora el concepto de género. De ahí la importancia de abordar unos conceptos de acoso sexual y sexista en clave de género, que permitan identificar las conductas antijurídicas sin necesidad de acudir a elementos perturbadores – como la exigencia de que sean no deseados, de que sean siempre reiterativos, de que demuestren libidinosidad, o, en general, cualquiera otras exigencias que invisibilizan la conducta o la derivan a otros ilícitos.

(X) Derechos de maternidad en perspectiva de género. Siendo la maternidad un hecho biológico predicable de la mitad de la ciudadanía, no son asumibles unos modelos donde la normativa sobre maternidad sea una manifestación de la protección paternalista –paternalismo- o una situación especial frente al principio de igualdad –igualitarismo-. Tales modelos se centraban en la óptica de la salud y no contemplaban adecuadamente la óptica de la igualdad. Pero no hay salud sin igualdad, ni igualdad sin salud. Ambas ópticas deben así ser integradas a través de la construcción de un nuevo modelo de género donde la maternidad sea origen de auténticos derechos que salvaguarden la salud de las trabajadoras a la vez que garanticen que su decisión de ser madres no les supondrá ningún perjuicio.

De la integración de salud e igualdad en la construcción de auténticos derechos de maternidad se deriva, en un plano teórico, su fundamentación tanto en la prohibición de discriminación como en el derecho a la integridad –artículos 14 y 15 de la CE-. Su contenido esencial se equipara al contenido mínimo exigido en la normativa comunitaria, aunque, potencialmente, debería llegar hasta la eliminación de todos los perjuicios que la maternidad conlleva a la trabajadora y a las empresas. Aunque es admisible un contenido adicional reforzando o mejorando las

medidas constitutivas del contenido esencial, ese contenido adicional en ningún supuesto puede suponer mantener o crear medidas proteccionistas.

Todo ello se concreta en determinadas consecuencias que, poco a poco, emergen en la normativa y en la aplicación judicial: una tutela de la maternidad más allá del hecho biológico diferencial es discriminatoria sexista por su carácter paternalista; la denegación injustificada o la represalia por el ejercicio de derechos de tutela de la salud en esos estrictos términos configurados es una discriminación por maternidad; la prohibición de discriminación por maternidad obliga, en una estrategia de socialización de la maternidad, a eliminar todo perjuicio derivado del embarazo, parto o lactancia natural; los empleadores no deben sufrir ningún perjuicio derivado de contratar mujeres, y, en su caso, ser compensados.

Ciertamente, estas consecuencias no están todavía acabadas en el ámbito normativo, ni aplicadas adecuadamente en la realidad laboral. En cuanto a la estrategia de socialización de la maternidad y a la política de coste cero de la maternidad, la legislación aún tiene mucho por hacer. Hasta hace poco se han mantenido residuos paternalistas en la legislación, y siguen existiendo en la realidad. La indemnidad de las trabajadoras por su decisión de ser madres es más utopía que realidad. Pero lo importante es que, aunque aún no se haya acabado el proceso de construcción de los derechos de maternidad, ni estén bien aplicados, sí sabemos hacia dónde se dirige ese proceso: la libertad para ser madres de las mujeres trabajadoras.

(XI) Derechos de conciliación en perspectiva de género. A la vista de la evolución histórica y del panorama comparado, los derechos de conciliación han evolucionado profundamente. Los derechos de conciliación de primera generación –o de conciliación pura- eran medidas dirigidas a la protección de la familia sin importar cómo dentro de ella se repartían los deberes de cuidado, lo que amparaba una distribución

estereotipada de las tareas que llevaba a su asunción por las mujeres. Mientras los derechos de conciliación de segunda generación –o de corresponsabilidad o, según denominación cada vez más usada proveniente del lenguaje comunitario, reconciliación- buscan la asunción equilibrada de los deberes de cuidado sin sometimiento a los estereotipos de género.

De este modo, los derechos de conciliación pura no se vinculaban ni al principio de igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres – porque garantizaban el reparto tradicional de roles-, ni al derecho a la vida personal y familiar –porque solo contemplan las decisiones familiares fundadas en los estereotipos-. Mientras los derechos de corresponsabilidad, necesariamente inscritos dentro del derecho antidiscriminatorio general, conectan –justamente por lo contrario: remueven el status quo paternalista y fomentan decisiones familiares no estereotipadas- tanto con el principio de igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres, como con el fomento de la libertad en las decisiones adoptadas en el ámbito familiar.

Hablando ahora desde la óptica constitucional española, se podría contra argumentar que los derechos de conciliación no se encuentran expresamente reconocidos como tales dentro de la CE. Pero ello sería una interpretación sumamente restrictiva. En primer lugar, porque supondría desconocer el carácter evolutivo de los derechos fundamentales, congelando su elenco en el momento de aprobación del texto constitucional –en una criticable interpretación originalista-, y dejando de lado la evolución de la normativa europea que ha conducido al reconocimiento de los derechos de conciliación como derechos fundamentales y que ostenta valor interpretativo de nuestro texto constitucional –artículo 10.2 de la CE-.

Y, en segundo lugar, porque supondría desconocer el fundamento de los derechos de conciliación en el principio de igualdad de hombres y mujeres y en el derecho a la intimidad personal y familiar, que son derechos fundamentales –artículos 14 y 18 de la CE-. Ciertamente, los

derechos de conciliación nacen de la acción legislativa, con lo cual parecen más vinculados a la igualdad de oportunidades –artículo 9.2 de la CE-. Pero la acción legislativa –como se verá a continuación- debe respetar su contenido esencial, en el cual se encuentra la igualdad de trato, y, una vez creados legalmente, la igualdad de trato rige la regulación de su ejercicio, prohibiendo las denegaciones injustificadas y las represalias de su ejercicio.

La consideración de los derechos de conciliación como derechos fundamentales no es, sin embargo, una consideración totalmente asentada en el estado actual de la ciencia jurídica española. Ante todo, porque, en esta como en tantas otras materias, los prejuicios de género consiguen que se vean como aventurados o subversivos todos los avances en materia de igualdad entre mujeres y hombres, cuando, correctamente entendidos, son exigencias de progreso social y económico. Pero también porque la consideración de los derechos de conciliación como derechos fundamentales se encuentra en construcción, sin que, hasta el momento, se hayan conseguido perfilar todas las consecuencias de esa consideración.

(XII) La integración del derecho a la igualdad en la actividad jurídica: el principio de transversalidad de la dimensión de género. Analizado el contenido del derecho a la igualdad de mujeres y hombres, nuestro análisis se concluye con una serie de conceptos instrumentales dirigidos a su efectiva aplicación. Tales conceptos instrumentales buscan la integración de la igualdad o de la perspectiva de género en la totalidad de las actividades jurídicas y de los poderes públicos, lo que se conoce técnicamente como principio de transversalidad de la dimensión de género. Con la transversalidad no se pretende sustituir las instituciones existentes por otras diferentes, aunque sí redimensionarlas en perspectiva de género.

Una concreción general del principio de transversalidad de la dimensión de género se realiza a través del establecimiento de unos

criterios generales de actuación de todos los Poderes Públicos. La exigencia de un lenguaje no sexista se sitúa dentro de esos criterios generales, a la vez que como contenido del derecho a no ser discriminado por sexo / género.

Más en concreto, la transversalidad obliga a los Poderes Públicos a adoptar determinadas estrategias –estadísticas desagregadas, planes de igualdad, nombramientos equilibrados, informe de evaluación del impacto de género, seguimiento de las políticas de igualdad, colaboración entre las Administraciones Públicas-, y a una determinada organización –organismos de igualdad-. A las Administraciones Públicas las obliga a usar sus instrumentos tradicionales de actuación –fomento y policía- para los fines de la igualdad. Y obliga a la formación de los/as servidores públicos.

Igualmente la transversalidad obliga a integrar la igualdad en las empresas, a cuyo fin se instituyen deberes de negociación y de adopción de medidas de igualdad y de planes de igualdad, modificando las normas sobre negociación colectiva. También la responsabilidad social corporativa es utilizada como instrumento para integrar la igualdad en las empresas.

Por último, las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva son la concreción de la integración de la igualdad en una actividad, como es la judicial, caracterizada por sus formalismos, dirigiéndose esas cláusulas a flexibilizar esos formalismos para garantizar la aplicación de la prohibición de discriminación –tutela judicial efectiva, ampliación de la legitimación, asesoramiento público, abreviación de procedimientos, sentencias efectivas, y, en particular, la redistribución de la carga de la prueba, la intervención de organismos públicos, las pruebas estadísticas, o la adecuada valoración de la declaración de las víctimas, para evitar que las excesivas rigideces probatorias impidan alcanzar la solución que sea justa-.

BIBLIOGRAFÍA

Aba Catoira, Ana, “La Reforma de los Estatutos de Autonomía de la Comunidad Valenciana y de Cataluña desde la perspectiva de género”, Artículo 14: Una perspectiva de género, número 22, 2006.

Aeberhard-Hodges, Jane, “Jurisprudencia reciente sobre el acoso sexual en el trabajo”, Revista Internacional del Trabajo, volumen 115, número 6, 1996.

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea / Consejo de Europa, “Manual de legislación europea contra la discriminación”, Luxemburgo, 2010, accesible en la página web del Consejo de Europa, www.echr.coe.int.

Agenjo Calderón, Astrid, “Lecturas de la crisis en clave feminista: una comparación de la literatura en torno a los efectos específicos sobre las mujeres”, Papeles de Europa, número 22, 2011, accesible en <http://revistas.ucm.es/index.php/PADE/article/view/37936/36702>.

Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, “Estado Social y Derecho del Trabajo”, en el libro, que coordina, “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992.

Albiol Montesinos, Ignacio / Blasco Pellicer, Ángel, “Proceso de tutela de libertad sindical y otros derechos fundamentales”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- “La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Alexy, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Alfonso Mellado, Carlos Luis, “Comentario a la STC 173/1994: la protección frente a las discriminaciones en el empleo”, Poder Judicial, número 35, 1994.

- “El convenio colectivo y la no discriminación por razón de sexo”, en el libro colectivo, dirigido por Pilar Calvo Escartín, “Discriminación de género en la negociación colectiva del País Valenciá”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- “Igualdad entre mujeres y hombres en la Función Pública”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008.

- “Conciliación de la vida familiar y laboral en el empleo público después del Estatuto Básico”, en “Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar (hacia un respeto igualitario de las reformas parentales)”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.

Almendros González, Miguel Ángel, “Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: Aspectos laborales”, Editorial Comares, Granada, 2002.

Alonso García, Ricardo, “El Juez español y el Derecho Comunitario”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.

Alonso Ligero, María de los Santos, “Lactancia y guarda legal”, en “Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, Tomo VII, EDERSA, Madrid, 1982.

Alonso Olea, Manuel, “La Ley del 24 de julio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer”, Revista de la Administración Pública, número 36, 1961.

- “Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve”, Editorial Civitas, Madrid, 1980.

- “Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social”, Tomos III, IV y V, Editorial Civitas, Madrid, 1985, 1986 y 1987, respectivamente.

- “El despido de un transexual. A propósito de la sentencia comunitaria de 30 de abril de 1996”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 87, 1998.

Alonso Pérez, Francisco, “El testimonio de la víctima. Aspectos jurisprudenciales”, Diario La Ley de 7.5.1999.

Altés Tárrega, Juan Antonio, “El acoso sexual en el trabajo”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- “Acoso sexual en el trabajo”, Aranzadi Social, número 20, 2002, BIB 2003 120.

Álvarez Alonso, Diego, “La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2005.

Álvarez Cuesta, Henar, “El ejercicio de la paternidad biológica en solitario y la titularidad compartida de la maternidad. Comentario a la STSJ Madrid de 30 noviembre 2009”, Aranzadi Social, número 6, 2010, BIB 2010 1245.

Álvarez Gimeno, Rafael, “El acoso sexual en el trabajo: despido disciplinario y presunción de inocencia”, Aranzadi Social, número 3, 2010, BIB 2010 737.

Alventosa del Río, Josefina, “Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.

Amara, Fadela, “Ni putas ni sumisas”, Ediciones Cátedra, Madrid, 2004.

Amorós Puente, Celia, “Vetas de Ilustración. Reflexiones sobre Feminismo e Islam”, Ediciones Cátedra, Madrid, 2009.

Añón Roig, María José, “¿Una legislación para transformar la realidad social? A propósito de la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en la obra colectiva coordinada por María Belén Cardona Rubert “Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.

Álvarez del Cuvillo, Antonio, “El género como categoría y las categorías de género”, Revista de Derecho Social, número 52, 2010.

Alzaga Villaamil. Óscar, “Los valores superiores del ordenamiento jurídico”, dentro de la obra coescrita con Ignacio Gutiérrez Gutiérrez / Jorge Rodríguez Zapata, “Derecho Político español según la Constitución de 1978”, Volumen I “Constitución y Fuentes del Derecho”, 3ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

Aramendi Sánchez, Pablo, “Con falda ... ¿se trabaja mejor?”, Aranzadi Social, número 18, 2008, BIB 2008 3027.

Arce Gómez, Juan Carlos, “El trabajo de las mujeres en el derecho comunitario”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Argüelles Blanco, Ana Rosa, “La protección de los intereses familiares en el ordenamiento laboral”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

Argüelles Blanco, Ana Rosa / Martínez Moreno, Carolina / Menéndez Sebastián, Paz, “Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares”, CES, Madrid, 2004.

Arnal Maqueda, Jaume, “Contrato de trabajo a domicilio”, Editorial Bosch, Barcelona, 2006.

Azkárate-Askasua Albéniz, Ana Carmen, “Mujer y discriminación: del TJCE al TC”, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.

Balaguer Callejón, María Luisa, “Igualdad y discriminación sexual en la Jurisprudencia del TC”, Revista de Derecho político, número 33, 1991.

- “Comentario de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2001, de 9 de abril. El impacto de género y la progresión en la igualdad material”, Artículo 14: Una perspectiva de género, número 7, 2001.

- “Comentario a la Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres”, Artículo 14: Una perspectiva de género, número 12, 2003.

- “La Ley 30/2003, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones que elabore el Gobierno”, Artículo 14: Una perspectiva de género, número 14, 2003.

- “Comentario a la Ley 7/2004, del Parlamento Gallego, de 16 de julio, para la igualdad de las mujeres y hombres”, Artículo 14: Una perspectiva de género, número 17, 2004.

- “Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género”, Ediciones Cátedra, Madrid, 2005.

- “Legislación estatal y legislación autonómica de género en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, Artículo 14: Una perspectiva de género, número 26, 2007.

- “La transversalidad de género y el Estatuto de Autonomía para Andalucía”, en el libro “El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007”, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2008.

- “Género y Lenguaje: presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario”, Revista de Derecho Político / UNED, número 73, 2008.

- “Igualdad y Constitución Española”, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.

- “El nuevo proceso laboral y la perspectiva de género”, Artículo 14: Una perspectiva de género, número 38, 2011.

Ballester Pastor, Inmaculada, comentario al artículo 50, en “Comentarios a la Ley de Igualdad”, dirigidos por José Ignacio García Ninet, y coordinados por Amparo Garrigues Jiménez, Editorial CISS, Valencia, 2007.

- “El distintivo de calidad empresarial como manifestación de la responsabilidad social corporativa y su repercusión en las prácticas empresariales defensoras de la igualdad de oportunidades. Estudio de derecho internacional y comunitario”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número 67.

Ballester Pastor, María Amparo, “La Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1992, de 14 de diciembre, o la ilicitud de la norma protectora de la mujer en el trabajo, establecida con carácter genérico. El trabajo en las minas”, Tribuna Social, número 27, 1993.

- “Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo”, Relaciones Laborales, Tomo Primero, 1993.

- “Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

- “La Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 17 de octubre de 1995: entre la acción afirmativa y el varón discriminado”, Tribuna Social, número 58, 1995.

- “Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos (I) y (II)”, Tribuna Social, números 68 y 69, 1996.

- “Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (un análisis conceptual y de legalidad tras la Sentencia Marschall)”, Relaciones Laborales, número 18, 1998.

- “Normativa nacional en materia de igualdad de trato en el ámbito laboral y de la Seguridad Social”, Aranzadi Social, tomo V, 1998.
- “La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral: Una corrección de errores con diez años de retraso”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- “El alcance de la distribución de la carga probatoria en despido objetivo supuestamente discriminatorio. STC 41/2002, 25 febrero”, Actualidad Laboral, número 39, 2002.
- “La transposición del principio antidiscriminatorio al ordenamiento jurídico laboral español”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- “Últimos acontecimientos en la política antidiscriminatoria canadiense, particularmente por razón de sexo: las nuevas causas y la crisis institucional”, Aequalitas, número 27, 2010.
- “Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad”, Revista de Derecho Social, número 51, 2010.
- “Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea”, en el libro colectivo dirigido por Jaime Cabeza Pereiro y Belén Fernández Docampo, “Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- “De cómo la reforma operada por el Real Decreto ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades”, Revista de Derecho Social, número 57, 2012.
- “Igualdad y conciliación en las últimas reformas laborales y de Seguridad Social. Análisis desde las exigencias del Derecho de la Unión Europea”, XVI Jornadas de Outono de Dereito Social, Vigo, 2012.
- “La prestación de maternidad”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Ballester Pastor, María Amparo / Ballester Cardel, María, “Significado general y conceptual de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2009, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, coordinados por Tomás Sala Franco / María Amparo Ballester Pastor / José María Bañó León / José Miguel Embid Irujo / José María Goerlich Peset, Editorial La Ley, Madrid, 2008.

Barrère Unzueta, María Ángeles, “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, número 9, 2003, páginas 10 y 26, www.equidad.scjn.gob.mx.

- “La acción positiva: Análisis del concepto y propuestas de revisión”, Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, número 9, 2003 (ejemplar dedicado a los textos para la discusión en el Seminario “Violencia de género: instrumentos jurídicos en la lucha contra la discriminación de las mujeres”, Valencia, 26, 27 y 28 de noviembre de 2003).

- “Lenguaje sexista y discriminación: la legislación para un uso no sexista del lenguaje a la luz del derecho antidiscriminatorio”, en el Curso de Formación Judicial Continua “Lenguaje jurídico y género”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2011, disponible el estudio en los Cuadernos Digitales de Formación de la Base de Datos del CENDOJ.

Barrère Unzueta, María Ángeles / Morondo Taramundi, Dolores, “La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto Gruber del TJCE”, en “Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate”, Instituto Internacional de Sociología de Oñate / Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

- “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, número 45, 2011.

Barrios Badour, Guillermo Leandro, “Mujer, trabajo y libertad religiosa”, en el libro colectivo dirigido por Carmen Sánchez Trigueros, “La presencia presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

Bartlett, Katherine / Kennedy, Rosanne, “Feminist Legal Theory: Readings in law and gender”, Westview Press, Boulder – San Francisco – Oxford, 1991.

Baylos Grau, Antonio, “Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos”, dentro del libro colectivo “La prueba en el proceso laboral”, Cuadernos de Derecho Judicial XXIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

- “No discriminación, tiempo parcial y retroactividad del efecto directo del principio de igualdad de retribución por razón de sexo”, Revista de Derecho Social, número 9, 2000.

Baylos Grau, Antonio / Cruz Villalón, Jesús / Fernández López, María Fernanda, “Instituciones de Derecho Procesal Laboral”, Editorial Trotta, Madrid, 1991.

Bebel, August, “La mujer y el socialismo” (1879).

Bodelón González, Encarna, “Los límites de las políticas de igualdad de oportunidades y la desigualdad sexual: la familia como problema distributivo y de poder”, en “Lo público y lo privado en el contexto de la globalización”, coordinado por Ana Rubio Castro y por Joaquín Herrera Flores, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2006.

Borrajo Dacruz, Efrén, Prólogo al libro monográfico de Beatriz Quintanilla Navarro “Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996.

- “Mujer, trabajo y Seguridad Social” (director), La Ley, Madrid, 2010.

- “Acoso sexual y por razón de sexo”, Actualidad Laboral, número 9, 2010.

Bortone, Roberta, “La legislación en materia de trabajo femenino en Italia: tiempos de la ciudad, acciones positivas y otras medidas”, Aranzadi Social, número 6, 2002.

Bou Vidal, Martín, “El contrato de trabajo de las mujeres”, Librería Bosch, Barcelona, 1962.

Burgos Ladrón de Guevara, Juan, “El principio de prueba en el proceso civil español”, Editorial Montecorvo, Madrid, 1989.

Bustelo, Manuela / Lombardo, Emanuela, “Políticas de igualdad en España y en Europa”, Ediciones Cátedra, Madrid, 2007.

Butler, Judith, “El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad”, Editorial Paidós, Barcelona, 2007.

Cabeza Pereiro, Jaime, “Discriminación salarial indirecta por razón de sexo”, Relaciones Laborales, Tomo Segundo, 1994.

- “La buena fe en la negociación colectiva”, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1995.

- “Derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador: la garantía de indemnidad”, en “Derechos fundamentales y contrato de trabajo”, coordinado por José Fernando Lousada Arochena y por Matías Movilla García, Editorial Comares, Granada, 1998.

- “El ejercicio del derecho a un ambiente laboral libre de acoso sexual”, en el libro colectivo “El derecho a trabajar en igualdad”, Instituto Andaluz de la Mujer, Málaga – Sevilla, 1999.

- “Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, Documentación Laboral, número 61, 2000.

- “El derecho de la mujer a trabajar en igualdad: apuntes sobre el estado de la cuestión”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 104, 2001.

- “La Seguridad Social en la Ley 12/2001, de 9 de julio”, Relaciones Laborales, número 1, 2002.

- “Devengo de trienios a tiempo parcial e incremento de jornada”, Aranzadi Social, Presentación número 13, 2001, BIB 2001 719.

- “La pensión de viudedad”, BOE, Madrid, 2004.

- “La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa”, Revista de Derecho Social, número 31, Julio / Septiembre, 2005.

- “Ejercicio de derechos de conciliación, discriminación y jurisprudencia constitucional. Una crítica a la STC 233/2007, de 5 de noviembre”, Revista de Derecho Social, número 40, 2007.

- “Derechos de conciliación” y “Derecho colectivo y principio de igualdad”, en la obra colectiva, coordinada por José Fernando Lousada Arochena, “Ley de Igualdad y Contrato de Trabajo”, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2007.

- “Los planes de igualdad y la negociación colectiva”, en el libro dirigido por María Elósegui Itxaso “Políticas de género”, CGPJ, Madrid, 2008.

- “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras”, en la obra colectiva, coordinada por José Fernando Lousada Arochena, “El principio de igualdad en la negociación colectiva”, Comisión Consultiva Nacional Convenios Colectivos, Madrid, 2008.

- “Conciliación de vida privada y laboral”, Conferencia de 10.10.2009 en la Escuela de Derecho Europeo de Tréveris, accesible en http://webs.uvigo.es/xenero/profesorado/jaime_cabeza/conciliacion.pdf

- “¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al Acuerdo Marco revisado sobre el Permiso Parental?”, Aranzadi Social, número 6, 2010, BIB 2010 1242.

- “Conciliación de la vida privada y laboral”, Temas Laborales, número 103, 2010.

- “Los problemas de ratificación de los Convenios de la OIT sobre protección de la maternidad”, trabajo inédito, 2011.

- “Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres”, en el libro colectivo que dirige con Belén Fernández Docampo, “Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- “Nuevos interrogantes en torno al contrato a tiempo parcial”, Aranzadi Social, número 2, 2012.

- “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”, Lan Harremanak / Revista de Relaciones Laborales, número 25, 2012.

Cabeza Pereiro, Jaime / Fernández Prieto, Marta, “Comentario a las SSTC 24 y 26/2011, de 14 de marzo”, Relaciones Laborales, número 27, 2011.

Cabeza Pereiro, Jaime (coordinador) / González Vázquez, Marta / Justo Suárez, Cristina / Lousada Arochena, José Fernando, “Estudio sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia”, Xunta de Galicia, 2007.

Cabeza Pereiro, Jaime / Lousada Arochena, José Fernando, “El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”, Editorial Comares, Granada, 1999.

- “El acoso sexual como riesgo laboral”, Aranzadi Social, número 1, 2000, BIB 2000 154.

- “Discriminación por embarazo en el acceso a un trabajo temporal”, Revista de Derecho Social, número 16, 2001.

Cabeza Pereiro, Jaime (coordinador) / Rodríguez Escanciano, Susana / Mella Méndez, Lourdes / Agra Viforcós, Beatriz, “Análisis de xénero na negociación colectiva do metal e da construción en empresas da Mancomunidade da Área Intermunicipal de Vigo”, Proxecto Conta con Elas / Área Meropolitana de Vigo, 2007.

Calvo Gallego, Francisco Javier / Rodríguez-Piñero Royo, Miguel Carlos, “Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

Calvo Escartín, Pilar (coordinadora), “Discriminación de género en la negociación colectiva del País Valencià”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

Camas Roda, Ferrán, “La conciliación de la vida personal y laboral como factor de integración en el trabajo de los inmigrantes”, en el libro colectivo dirigido por Jaime Cabeza Pereiro y Belén

Fernández Docampo, “Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Campos Rubio, Arantza, “Teoría Feminista del Derecho. Aportaciones iusfeministas a la revisión crítica del Derecho y a la experiencia jurídica”, en “Mujeres y Derecho, pasado y presente: I Congreso Multidisciplinar de Centro – Sección de Bizkaia, Facultad de Derecho”, EHU – UPV, 2008, disponible en www.argitalpenak.ehu.es.

Campos Sánchez, Manuel, comentario a la disposición adicional 30ª, “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, codirigidos por Carmen Sánchez Trigueros / Antonio Vicente Sempere Navarro, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

Campuzano Laguillo, Ana Belén, “La presencia equilibrada de hombres y mujeres en consejos de administración de las sociedades mercantiles”, en la obra colectiva coordinada por Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús Ramón Mercader Uguina, “La Ley de Igualdad: Consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007”.

Cano Galán, Yolanda, “Discriminación laboral y reconocimiento a los médicos interinos del derecho a la excedencia por cuidado de hijos”, Aranzadi Social, volumen IV, 1999, BIB 2000 206.

- Comentarios a los artículos 14 a 22, en “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, codirigidos por Carmen Sánchez Trigueros / Antonio Vicente Sempere Navarro, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

Cano Orellana, Yolanda, “Tiempos de trabajo y conciliación”, Revista Trabajadora, CCOO, número 25, 2007.

Carbajo Vasco, Domingo, “Las disposiciones sobre individualización de rentas en el impuesto sobre la renta de las personas físicas”, Crónica Tributaria, número 138, 2011, páginas 55 a 73, accesible http://www.economistas.org/reaf/gestor/138_Carbajo.pdf.

Cardona Rubert, María Belén, “Discriminación por razón de sexo: discriminación indirecta en promoción profesional por práctica de empresa”, Aranzadi Social, volumen IV, 1998, BIB 1998 1648.

Carrero Domínguez, Carmen, “La proyección de la Ley de Igualdad en la prevención de riesgos laborales”, en la obra coordinada por Jesús Ramón Mercader Uguina “Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Carrillo Márquez, Dolores, “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, en la obra colectiva dirigida por Ignacio García-Perrote Escartín / Jesús Ramón Mercader Uguina, “La Reforma de la Seguridad Social 2011”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2011.

Casas Baamonde, María Emilia / Valdés Dal-Ré, Fernando (coordinadores), “Los contratos de trabajo a tiempo parcial”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000.

Castellano Burguillo, Emilio, “Funciones y alcance de las normas sobre conciliación de la vida laboral y familiar”, Temas Laborales, número 91, 2007.

Castro Argüelles, María Antonia, “Normas internacionales y norma constitucional. A propósito del trabajo de la mujer en las minas”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 63.

Catalá Pellón, Alicia, “Discriminación múltiple por razón de género y pertenencia a minoría étnica”, Aequalitas, número 26, 2010.

Cavas Martínez, Faustino, “El proceso laboral de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2004.

- “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: Historia de un desagravio”, Aranzadi Social, número 1, 2005.

Cazorla González-Serrano, María del Carmen, “La situación de la mujer en Roma: tutela mulieris”, en la obra colectiva, coordinada por Laura López de la Cruz / Marta Otero Crespo, y dirigida por María Paz García Rubio / María del Rosario Valpuest Fernández, “El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Cervilla Garzón, María José, “Análisis crítico de la extensión de las políticas de igualdad hacia el ámbito del autoempleo”, Revista de Derecho Social, número 59, 2012.

Chacártegui Jávega, Consuelo, “Discriminación y orientación sexual del trabajador”, Lex Nova, Valladolid, 2001.

Charro Baena, Pilar / Herraiz Martín, María Sol, “Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas”, Aranzadi Social, volumen V, 1998.

Clearmont, Kevin M. / Sherwin, Emily, “A comparative view of standars of proff”, The American Journal of Comparative Law, volume 50, número 2, Spring – 2002.

Cobia Cobiella, María Elena / Cloquell Lozano, Alexis / Guillén Catalán, Raquel, “La mujer inmigrante ¿invisible para el Derecho”, en la obra colectiva, coordinada por Laura López de la Cruz / Marta Otero Crespo, y dirigida por María Paz García Rubio / María del Rosario Valpuest Fernández, “El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Cobo Bedia, Rosa, “Fundamentos del patriarcado moderno: Jean Jacques Rousseau”, Ediciones Cátedra, Madrid, 1995.

- “Democracia paritaria y sujeto político feminista”, Anales de la Catedra Francisco Suárez (Universidad de Granada), número 36, 2002, página 40, disponible en www.ugr.es .

Colina Robledo, Miguel / Ramírez Martínez, Juan Manuel / Sala Franco, Tomás, “Derecho Social Comunitario”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

Collantes Sánchez, Beatriz / Sanchís Vidal, Amalia, “La evaluación del impacto de género en la normativa estatal y andaluza”, Instituto de Estudios Giennenses, Jaén, 2009, accesible en <http://www.dipujaen.es/conoce-diputacion/areas-organismos-empresas/areaE/igualdad/premio-de-investigacion-en-politicas-de-igualdad/trabajos-premiados.html> .

Comisión Europea (Informe), “Tackling multiple discrimination: Practices, Policies and Laws”, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades, publicado en Italia, 2007, y accesible en www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=776&langId=en .

Conde-Pumpido Tourón, María Teresa, “La maternidad y la conciliación familiar dentro de la tutela de la igualdad”, en “Trabajo y familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género”, Cuadernos de Derecho Judicial, tomo XVII, CGPJ, Madrid, 2007.

Cordero Saavedra, Luciano, “La protección de las mujeres embarazadas contra el despido y aplicación de las Directivas 76/207/CE y 92/85/CE (A propósito de la STJCE 4 octubre 2001)”, Aranzadi Social, números 7-8, 2002.

Cordero Gordillo, Vanessa, “Discriminación por asociación con una persona con discapacidad”, Revista de Derecho Social, número 43, 2008.

Crenshaw, Kimberlé Williams, “Demarginalizing the intersection between race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and anti-racist politics”, University of Chicago Legal Forum, 1989, accesible on line en www.yale.edu/wff/pdf/Crenshaw_article.pdf.

- “Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color”, Stanford Law Review, volumen 43, 1991, páginas 1241 a 1299, accesible on line en http://socialdifference.columbia.edu/files/socialdiff/projects/Article_Mapping_the_Margins_by_Kimberle_Crenshaw.pdf.

Cruz Villalón, Jesús, “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral” (coordinador), Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

- “La dimensión social de la Unión Europea: surgimiento y evolución”, en el libro que coordinó con Teresa Pérez del Río, “Una aproximación al Derecho Social Comunitario”, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.

Däubler, Wolfgang, “Derecho del Trabajo”, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.

De Beauvoir, Simone, “El segundo sexo” (1949), Ediciones Cátedra – Madrid, 1999, Volumen I “Los hechos y los mitos”, y Volumen II “La experiencia vivida”.

De Castro Fernández, Luis Fernando, “O acoso sexual no traballo”, Revista Galega de Dereito Social, número 8, Tomo II, 1993.

De Castro y Bravo, Federico, “Derecho Civil de España”, Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

De la Fuente Vázquez, Dolores, “Análisis de la negociación colectiva en la Comunidad Foral de Navarra desde la perspectiva de género”, Gobierno de Navarra, 1998.

- “Acoso sexual”, dentro de “La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva”, coordinado por Teresa Pérez del Río, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999.

- “Análisis de la negociación colectiva en la Comunidad de Madrid desde la perspectiva de género” (coordinadora), Gobierno de Madrid, 2006.

De Lama Aymá, Alejandra, “Discriminación múltiple: género y religión”, en la obra colectiva, coordinada por Laura López de la Cruz / Marta Otero Crespo, y dirigida por María Paz García Rubio / María del Rosario Valpuest Fernández, “El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

De las Heras Aguilera, Samara, “Una aproximación a las teorías feministas”, Universitat: Revista de Filosofía, Derecho y Política, número 9, 2009, , <http://universitas.idhbc.es>.

De Miguel Álvarez, Ana, “Los feminismos”, en “Diez palabras clave sobre la mujer”, dirigida por Celia Amorós Puente, Editorial Verbo Divino, Pamplona, 2000.

- “Alejandra Kollontai”, Ediciones del Orto, Madrid, 2001.

- “La articulación clásica del feminismo y del socialismo: el conflicto clase-género”, en disponible en <http://es.scribd.com/>.

- “La perspectiva feminista: una aproximación a los conceptos fundamentales”, dentro del libro colectivo dirigido por Enrique Álvarez Conde / Ángela Figueruelo Burrieza / Laura Nuño Gómez, y coordinado por María Dolores Cancio Álvarez, “Estudios interdisciplinarios sobre igualdad”, Editorial Iustel, Madrid, 2011.

De Miguel, Pilar, “Los movimientos de mujeres y la teología feminista”, accesible en www.ciudaddemujeres.com.

De Pizán, Christine, “A cidade das mulleres”, Edicións Sotelo Blanco, Santiago de Compostela, 2004.

De Vega Ruiz, José Augusto, “El acoso sexual como delito autónomo”, Editorial Colex, Madrid, 1991.

De Vicente Pachés, Fernando, “El derecho del trabajador al respeto a su intimidad”, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, Madrid, 1988.

De Villota Gil-Escoín, Paloma, “Globalización y género”, Editorial Síntesis, Madrid, 1999.

- “Globalización y desigualdad de género”, Editorial Síntesis, Madrid, 2004.

- “Análisis de un retroceso desde la perspectiva de género en la política fiscal española: Ley 35/2006, de 28 de noviembre”, Aequalitas, número 21, 2007, páginas 47 a 55, accesible en www.dialnet.unirioja.es.

- “Conciliación de la vida profesional y familiar”, Editorial Síntesis, Madrid, 2008.

De Villota Gil-Escoín, Paloma / Ferrari Herrero, Ignacio, “La individualización de los derechos fiscales y el nuevo IRPF”, en “Política fiscal y familia”, coordinado por Maximino Carpio García, Fundación Argentaria, Editorial Visor, Madrid, 1999.

- “Aproximación al análisis de las figuras impositivas del sistema fiscal español desde una perspectiva de género”, Instituto de la Mujer, Serie Estudios, número 80, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

- “Reflexiones sobre el IRPF desde la perspectiva de género: la discriminación fiscal del/de la segundo/a perceptor/a”, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, accesible en <http://federacionmadresolteras.org/attachments/article/63/REflexiones%20sobre%20el%20IRPF%20desde%20la%20perspectiva%20de%20genero.pdf>.

- “Aproximación al análisis del IRPF desde la perspectiva de género”, XIII Encuentro de Economía Pública, Playadulce (Almería), 2006, accesible en www.dialnet.unirioja.es.

Del Rey Guanter, Salvador, “Acoso sexual y relación laboral”, Relaciones Laborales, Tomo Primero, 1993.

Delgado Ruíz, José, “Régimen sancionador de la ley de igualdad”, en “Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres”, coordinados por Jesús Ramón Mercader Uguina, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Díez-Picazo, Luis María, “Sistema de derechos fundamentales”, Editorial Civitas, Madrid, 2003.

Duhet, Paule-Marie, “Las mujeres y la Revolución (1789-1794)”, Editorial Península, Ediciones de Bolsillo, Barcelona 1974.

Dworkin, Ronald, “Los derechos en serio”, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.

Elósegui Itxaso, María (coordinadora), “Negociación colectiva y prácticas laborales”, Icaria, 2005.

- “La igualdad de oportunidades. Modelos y referentes. Su influencia en el Derecho”, en el libro colectivo, dirigido por Ángeles Vivas Larruy, “La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española”, Cuadernos de Derecho Judicial III / 2004, CGPJ, Madrid, 2004.

- “Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

Elósegui Itxaso, María / Lousada Arochena, José Fernando, “La participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles”, Revista del Poder Judicial, número 86, 2007.

Engels, Friederich, “El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado” (1884).

Escudero Rodríguez, Ricardo, “La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros”, Relaciones Laborales, Tomo Segundo, 1989.

- “El acoso sexual en el trabajo”, Relaciones Laborales, Tomo Segundo, 1989.
- “La aplicación de la Directiva 92/85 en España”, en el libro “La igualdad de trato en el derecho comunitario laboral”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.
- “Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007”, Relaciones Laborales, número 9, 2007.
- “Orientaciones y Herramientas para incorporar la igualdad de género en la negociación colectiva” (coordinador), Instituto de la Mujer, Madrid, 2008.

Espín Cánovas, Diego, “Capacidad jurídica de la mujer casada (ensayo de derecho comparado italo-hispano-americano)”, Anales de la Universidad de Murcia, Volumen XVIII/3, 1960, en revistas.um.es.

- “La igualdad conyugal en la reforma del Código Civil (leyes de 13 de mayo y 7 de julio)”, en la obra colectiva de José María Castán Vázquez / Manuel de la Cámara Álvarez / José María de Prada González / Víctor Manuel Garrido de Palma / Diego Espín Cánovas, “El nuevo Derecho de Familia español”, Editorial Reus, Madrid, 1982.

Espuny i Tomás, María Jesús, “Aproximación histórica al principio de igualdad de género: (I) Propósitos y realidades en la II República Española”, Iuslabor, número 3/2006, accesible desde www.dialnet.unirioja.es.

- “Aproximación histórica al principio de igualdad de género: (II) El femenino después de la Guerra”, Iuslabor, número 1/2007, accesible desde www.dialnet.unirioja.es.
- “Aproximación histórica al principio de igualdad de género: (III) Las Reglamentaciones de Trabajo, observatorios de la desigualdad”, Iuslabor, número 2/2007, accesible desde www.dialnet.unirioja.es.
- “Aproximación histórica al principio de igualdad de género. (IV) De la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 a las últimas disposiciones franquistas”, Iuslabor, número 1/2008, accesible desde www.dialnet.unirioja.es.

Espuny i Tomás, María Jesús / Cañabate Pérez, Josep / García González, Guillermo / Paz Torres, Olga (coordinadores), “La integración de la mujer en las Fuerzas Armadas: Reflexiones históricas y realidades jurídicas para un debate necesario”, Editorial Bosch, Madrid, 2010.

Espuny Tomás, María Jesús / García González, Guillermo, “¿Protección o discriminación? A propósito de la ley de la silla”, Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política, número 11, 2010, accesible desde www.dialnet.unirioja.es.

Fabregat Monfort, Gemma, “Los planes de igualdad como obligación empresarial”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007.

- “Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Falcón O’Neill, Lidia, “Los derechos laborales de la mujer”, Editorial Montecorvo, Madrid, 1965.

Falguera Baró, Miquel Ángel, “Filiación y familia. Sus efectos en el contrato de trabajo”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2004.

- “Reflexiones sobre el papel de la negociación colectiva en materia de igualdad de género y conciliación de la vida laboral desde el análisis de la negociación colectiva en Cataluña”, en la obra colectiva “Mujer y trabajo: entre la precariedad y la desigualdad”, dirigida por Josefina Birulés Beltrán / María Ángeles Vivas Larray, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

- “Fibriomialgia. Análisis jurisprudencial”, en la obra, dirigida por María del Pilar Rivas Vallejo, “Tratado médico legal sobre incapacidades laborales”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

- “Limitaciones constitucionales y legales a la flexibilidad interna y a la flexibilidad de salida”, XVI Jornadas de Otoño de Derecho Social, Vigo, 2012.

Faraldo Cabana, Cristina, “El derecho a la reducción de la jornada laboral o a la reordenación del tiempo de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género”, Aranzadi Doctrinal, número 6, 2011.

- “El derecho de las trabajadoras víctimas de violencia de género al cambio de lugar de trabajo y a la movilidad geográfica”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 153, 2012.

- “La pérdida de la condición de beneficiario de la pensión de viudedad del condenado por homicidio o lesiones en el contexto de la violencia doméstica y de género”, Relaciones Laborales, número 28, 2012.

Fernández Avilés, José Antonio, “La discriminación positiva en el ámbito comunitario. Notas a la Sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995”, Actualidad Laboral, número 44, 1995.

Fernández Docampo, Belén, “Igualdad por razón de sexo / género en las condiciones de trabajo”, “Los derechos de maternidad de las mujeres trabajadoras” y “La salud laboral desde una perspectiva de género” en el libro colectivo que coordiné “El principio de igualdad en la negociación colectiva”, MTAS, Madrid, 2008.

- “La reincorporación al trabajo tras el disfrute del permiso parental. Medidas previstas en la Directiva 2010/18, de 8 de marzo”, en el libro colectivo dirigido por Marta Fernández Prieto / Jaime Cabeza Pereiro, “Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012.

Fernández Domínguez, Juan José, “La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social”, La Ley, Madrid, 1999.

Fernández Domínguez, Juan José / Tascón López, Rodrigo, “Responsabilidad empresarial por los daños causados a una trabajadora a la que se discriminaba por razón de sexo”, La Ley, número 5148, 2000.

Fernández Fernández, Roberto, “El juego de la igualdad en el disfrute del permiso por parto familiar”, en el libro colectivo dirigido por Efrén Borrajo Dacruz “Mujer, trabajo y Seguridad Social”, Editorial La Ley, Madrid, 2010.

Fernández López, María Fernanda, “Igualdad y no discriminación por razón de sexo”, en Joaquín Aparicio Tovar / Antonio Baylos Grau, “Autoridad y democracia en la empresa”, Editorial Trotta, Madrid, 1992.

- “Discriminación e igualdad en la negociación colectiva”, con Salvador del Rey Guanter / Teresa Pérez Del Río, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993.

- “La aplicación de la Directiva 75/117 en España”, dentro del libro colectivo, coordinado por Jesús Cruz Villalón, “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

- “La dimensión laboral de la violencia de género”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2005.

- “Igualdad y Sistemas de Seguridad Social: efectos de la incorporación de las mujeres al trabajo”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, número extraordinario, 2007.

- “La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género”, Editorial La Ley, Madrid, 2008.

Fernández Prol, Francisca, “Igualdad por razón de sexo/género en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesional” e “Igualdad por razón de sexo / género en la retribución y en los beneficios sociales”, en la obra colectiva que coordiné “El principio de igualdad en la negociación colectiva”, MTAS, Madrid, 2008.

Fernández Prieto, Marta, “La tutela judicial del varón en el ejercicio de los derechos de conciliación para garantizar un empleo femenino de calidad”, en el libro colectivo dirigido por Marta Fernández Prieto / Jaime Cabeza Pereiro, “Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012.

Fernández-Sancho Tahoces, Ana Supaya, “La evolución de la situación de la mujer en el Derecho civil español”, en la obra colectiva, coordinada por Laura López de la Cruz / Marta Otero Crespo, y dirigida por María Paz García Rubio / María del Rosario Valpuest Fernández, “El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Ferradans Carames, Carmen, “El contrato de trabajo a tiempo parcial: difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006.

- “Género y prevención de riesgos laborales”, Revista de Derecho Social, número 53, 2011.

Ferrando García, Francisca, “Concurrencia de responsabilidades contractual ex artículo 50 ET y aquiliana”, Revista de Derecho Social, número 8, 1999.

Fick, Barbara J., “El papel del derecho en la consecución de la igualdad: la experiencia norteamericana”, Revista de Derecho Social, número 21, 2003.

Fiss, Owen, “Teoría Crítica del Derecho y Feminismo”, en “La crisis del Derecho y sus alternativas”, Cuadernos de Derecho Judicial 3/1995, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

Fraguas Madurga, Lourdes, “Reducción de jornada y flexibilidad horaria por cuidado de hijos tras la reforma laboral de 2012”, Aranzadi Social, número 10, 2013.

Fraser, Nancy / Honneth, Axel, “¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico”, Ediciones Morata, Madrid, 2006.

Fredman, Sandra – Red Europea de expertos legales en el campo de la no discriminación, “Comparative study of anti-discrimination and equality laws of the US, Canada, South Africa and India”, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2012.

Freixes Sanjuán, Teresa / Sevilla Merino, Julia (directoras), “Género, Constitución y Estatutos de Autonomía”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005.

Friedan, Betty, “La mística de la feminidad”, Ediciones Cátedra, Madrid, 2009.

Friedman, Lawrence, “Introducción al Derecho Norteamericano”, traducción de Joan Vergé i Grau, Editorial Bosch, Zaragoza, 1998.

Galiardo Moya, Rosario, “El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador”, Editorial Ibidem, Madrid, 1998.

Galindo Sánchez, Josefina, “Cláusulas antidiscriminación, acción positiva y salud laboral”, dentro del libro colectivo, dirigido por Teresa Pérez del Río, “La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva”, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999.

Gamero López-Peláez, Francisco Javier, “Actividad probatoria y derechos fundamentales”, en “Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales”, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998.

Gárate Castro, Javier, “La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales”, Monografías de la Revista Xurídica Galega, Santiago de Compostela, 1999.

García Albero, Ramón, “Las perspectivas de género en Derecho Penal: algunas reflexiones”, en el libro colectivo en el libro colectivo, dirigido por Ángeles Vivas Larruy, “La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española”, Cuadernos de Derecho Judicial III / 2004, CGPJ, Madrid, 2004.

García Campá, Santiago, comentarios a los artículos 17, 18, 20 y 22, en “Comentarios a la Ley de Igualdad”, dirigidos por José Ignacio García Ninet, y coordinados por Amparo Garrigues Jiménez, Editorial CISS, Valencia, 2007.

García Goyena, Florencio, “Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español”, Tomo I, Madrid, 1852, página 73, disponible en Google Books.

García Ninet, Ignacio, “La prestación económica por riesgo durante el embarazo”, Tribuna Social, número 139, 2002.

García Rubio, María Amparo, “La tutela del trabajador varón en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”, en el libro colectivo dirigido por Jaime Cabeza Pereiro y Belén Fernández Docampo, “Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- “La reducción de jornada por motivos familiares y su incidencia sobre los derechos económicos derivados de la extinción del contrato de trabajo: el alcance de la D.A. 18ª ET”, en el libro colectivo dirigido por Marta Fernández Prieto / Jaime Cabeza Pereiro, “Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012.

García Rubio, María Paz, “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”, Revista Derecho Privado y Constitución, número 21, 2006.

García-Comendador Alonso, León, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la igualdad de géneros”, en el libro colectivo “Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos”, CGPJ, Madrid, 2010.

García-Perrote Escartín, Ignacio, “La prueba en el proceso de trabajo”, Editorial Civitas, Madrid, 1994.

- “Obligación del órgano judicial de posibilitar la acreditación de los indicios de la vulneración de los derechos fundamentales: el juez debe asegurar que las pruebas admitidas sean aportadas (tutela de derechos fundamentales, manifestaciones del principio de investigación en el proceso laboral e indefensión). Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1999, de 22 de marzo”, Revista de Derecho Social, número 7, 1999.

Garrigues Giménez, Amparo, “¿Incapacidad temporal o maternidad? Interrupción de embarazo: la intersección de dos contingencias”, dentro del libro “La incapacidad temporal”, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

- “La maternidad y su consideración jurídico laboral y de Seguridad Social”, CES, Madrid, 2004.

Gete-Alonso y Calera, María del Carmen, “Feminización: términos, valores y conceptos jurídicos (Las reformas pendientes: datos para una discusión)”, en la obra colectiva, coordinada por Laura

López de la Cruz / Marta Otero Crespo, y dirigida por María Paz García Rubio / María del Rosario Valpuest Fernández, “El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Gil Ruiz, Juana María, “Las políticas de igualdad en España: avances y retrocesos”, Universidad de Granada, Granada, 1996.

- “Los diferentes rostros de la violencia de género”, Editorial Dykinson, Madrid, 2007.

- “La actualidad de Mill en la reciente apuesta legislativa para la erradicación de la violencia de género en la consecución de la igualdad efectiva”, en “John Stuart Mill y la democracia del Siglo XXI”, edición de Josefa Dolores Ruíz Resa, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.

- “Antecedentes normativos y jurisprudenciales a la LOIEMH relativos al género y la perspectiva de género: los informes de evaluación de impacto de género”, en “Estudio sobre la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, Generalitat de Catalunya – Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada / Consejo General del Poder Judicial, Barcelona, 2011.

- El derecho internacional de los derechos humanos y su apertura al principio del Gender Mainstreaming: el caso español”, Ius – Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla – México, número 28, Julio - diciembre 2011, accesible en <http://scielo.unam.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a12.pdf>.

- Las nuevas técnicas legislativas en España. Los informes de evaluación del impacto de género”, Premio Ángeles Durán de Innovación Científica en Estudios de Género 2012, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Gill, Tess, “Parental leave – Reconciliation policies and employment – UK”, en el libro colectivo dirigido por Jaime Cabeza Pereiro y Marta Fernández Prieto “Reconciliation, Corresponsability and Employment: International experiences”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012.

Gilligan, Carol, “In a different voice: Psychological theory and women’s development”, Harvard University Press, Cambridge, 1982.

Giménez Costa, Ana, “La negativa a contratar por razón de género en el derecho privado”, disponible en www.urv.cat.

Giménez Gluck, David, “Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Goerlich Peset, José María / García Rubio, María Amparo, “La tutela de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las relaciones laborales”, en “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, coordinados por Tomás Sala Franco / María Amparo Ballester Pastor / José María Bañó León / José Miguel Embid Irujo / José María Goerlich Peset, Editorial La Ley, Madrid, 2008.

González del Miño, Paloma, “Naciones Unidas y los derechos de las mujeres”, en “Globalización y desigualdad de género”, editora Paloma de Villota Gil-Escoín, Editorial Síntesis, Madrid, 2004.

González del Rey Rodríguez, Ignacio, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.

González González, Bernardo, “La Seguridad Social de los viudos varones según el Tribunal Constitucional”, Actualidad Laboral, número 6, 1990.

- “El principio de igualdad y la excepción de la discriminación inversa”, Relaciones Laborales, número 1, 1996.

González Maciá, Ángel, “El valor de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales. ¿Es el Derecho del Trabajo la hermana pobre del Derecho?”, Aranzadi Social, número 10, 2004, BIB 2004 1528.

González Ortega, Santiago / Aparicio Tovar, Joaquín, “Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales”, Editorial Trotta, Madrid, 1996.

- “Una cuestión de faldas (a propósito de la STS de 19.4.2011)”, Aranzadi Social, número 4, 2011, BIB 2011 1032.

González Vázquez, Marta / Cabeza Pereiro, Jaime, “Promoción profesional” y “Formación profesional”, en libro colectivo coordinado por Jaime Cabeza Pereiro “Estudio sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia”, Xunta de Galicia, 2007.

González Vega, Javier, “Buscando en la Caja de Pandora: El Derecho Comunitario ante la discriminación por razones de orientación sexual”, Diario La Ley (Unión Europea), número 4522, 1998.

Goñi Sein, José Luis, “La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer”, Temas Laborales, número 82, 2005.

Gorelli Hernández, Juan, “La protección por maternidad”, Tirant lo Blanch, Madrid, 1997.

- “La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida laboral y familiar de las personan trabajadoras”, Relaciones Laborales, número 24, 1999.

Gorelli Hernández, Juan / Igartua Miró, María Teresa, “Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Gould IV, William B., “The Supreme Court and employment discrimination law in 1989: judicial retreat and congressional response”, Tulane Law Review, volumen 64, 1990.

Guerrero Padrón, Thais, “Directivas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y Seguridad Social”, Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, número 68, 2003.

Hartmann, Heidi, “Un matrimonio mal avenido: hacia una unión más progresiva entre marxismo y feminismo”, disponible en <http://oldweb.fcampalans.cat/archivos/papers/88.pdf>.

Harris, Angela P., “Race and Essentialism in Feminist Legal Theory”, Stanford Law Review, volumen 42, número 3, 1990, páginas 581 a 616, accesible on line en http://www-polisci.tamu.edu/upload_images/4/Harris-Race_and_Essentialism.pdf.

Hegel, Friederich, “Fundamentos de Filosofía del Derecho” (1821).

Hierro Hierro, Francisco Javier, “Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres”, en “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, codirigidos por Carmen Sánchez Trigueros / Antonio Vicente Sempere Navarro, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

Hierro Hierro, Francisco Javier / Cardenal Carro, Miguel, “Un paso más en la integración laboral femenina en el sector agrario”, en el libro colectivo dirigido por Carmen Sánchez Trigueros “La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

Hirigoyen, Marie-France, “El acoso moral”, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1999.

Holland-Cunz, Barbara, “Ecofeminismo”, Ediciones Cátedra, Madrid, 1996.

Husbands, Robert, “Análisis internacional de las leyes que sancionan el acoso sexual”, Revista Internacional del Trabajo, volumen 112, número 1, 1993.

Igartua Miró, María Teresa, “La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional”, CES, Madrid, 2008.

Jacqmain, Jean, “Harcèlement sexuel sûr le lieux de travail: les moyens d'action juridiques en droit du travail”, Ministerio de Empleo y Trabajo, Bruselas, 1992.

- “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, Journal des Tribunaux – Bruselas, 1995.

- “Protection de la maternité. L’execution de la directive européenne 92/85”, CGSP, Bélgica, 1995.

- “¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad? (Una crítica de la Directiva 92/85, de 19 de octubre, sobre protección de la maternidad, y su transposición al derecho belga)”, Relaciones Laborales, número 5, 1997.

- “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, Journal des Tribunaux – Bruselas, número 47, 1998.

- Observaciones al Caso Coote, Chroniques de Droit Social, 1998.

- “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, Journal des Tribunaux – Bruselas, número 73, 2000.

- “Le Droit du Travail comme insecticide: le harcèlement professionnel”, en “Le contrat du travail et la nouvelle économie”, Editoriel du Jeune, Bruselas, 2001.

- “L’égaliété entre femmes et hommes dans les conditions de travail: amendements à la directive européenne 76/207”, Contrats de travail, número 276, Kluwer, Bruselas-Bélgica, 2003.

- “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, Journal des Tribunaux – Bruselas, número 105, 2004.

- “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, Journal des Tribunaux – Bruselas, número 124, 2005.

- “Égalité entre travailleurs féminins et masculins. Appendice: autres discriminations (1 janvier 2006 – 31 juillet 2008)”, Journal de Droit Européenne – Bruselas, 2008.

“Égalité entre travailleurs féminins et masculins. Autres discriminations article 13 TCE (1 septembre 2008 – 1 août 2009)”, Journal de Droit Européenne – Bruselas, 2009.

- “Égalité entre travailleurs féminins et masculins. Autres discriminations article 19 TFUE”, Journal de Droit Européenne – Bruselas, 2010.

- “Égalité entre travailleurs féminins et masculins. Autres discriminations article 19 TFUE”, Journal de Droit Européenne – Bruselas, 2011. La he traducido al español y, con el título “Crónica de la Jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2010 a 31/8/2011)”, se publicó en Aequalitas, número 29, 2011.

- “Égalité entre travailleurs féminins et masculins. Autres discriminations article 19 TFUE”, Journal de Droit Européenne – Bruselas, 2012.

Jurado Segovia, Ángel, “Sobre la caracterización jurídica del acoso moral a la luz de los pronunciamientos judiciales”, Revista de Derecho Social, número 25, 2004.

- “Enfermedades psicológicas y accidente de trabajo. A propósito de un supuesto de acoso sobre una trabajadora con dolencias previas”, Aranzadi Social, número 13, 2009, BIB 2009 1691.

Justo Suárez, Cristina / Cabeza Pereiro, Jaime, “Salarios”, en el libro colectivo coordinado por Jaime Cabeza Pereiro “Estudo sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia”, Xunta de Galicia, 2007.

Justo Suárez, Cristina / Lousada Arochena, José Fernando, “Acceso ao emprego”, en libro colectivo coordinado por Jaime Cabeza Pereiro “Estudo sobre a situación sociolaboral da muller en Galicia”, Xunta de Galicia, 2007.

Kahale Carrillo, Djalmil Tony, “El reconocimiento de derechos laborales a las mujeres víctimas de violencia de género en los convenios colectivos”, Aranzadi Social, número 14, 2007, BIB 2007 1777.

- “El distintivo empresarial en materia de igualdad”, Editorial Síntesis, Madrid, 2012.

Kant, Immanuel, “Principios metafísicos de la doctrina del Derecho” (1797).

Laborde, Jean-Pierre, “Reconciliation policies, parental leaves and employment in France”, en el libro colectivo dirigido por Jaime Cabeza Pereiro y Marta Fernández Prieto “Reconciliation, Corresponsability and Employment: International experiences”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012.

Landa Zapiraín, Juan Pablo, “Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad de trato por razón de sexo: su significado para el derecho español de la Seguridad Social”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 55, 1992.

Larrauri Pijoan, Elena, “Mujeres, Derecho penal y Criminología”, Editorial Siglo XXI, Madrid, 1994.

- “Una crítica feminista al Derecho penal”, en el libro “Mujer, derecho y sociedad”, Fundación El Monte, Sevilla, 1996.

Lasaosa Irigoyen, Elena, “Indemnización por daños y perjuicios derivada de acoso sexual en el trabajo”, Aranzadi Social, número 18, 2003, BIB 2003 1518.

Latraverse, Sophie, “El derecho de acceso a la prueba: el desafío de la prueba de la discriminación en los países de derecho civil – el ejemplo francés”, accesible en http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/03_Burden_of_proof/2005_Latraverse_ES.pdf.

Lesmes Zabalegui, Santiago, “Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral”, Revista de Relaciones Laborales / Lan Harremanak, número 13, 2005, disponible en www.clausulassociales.org.

- “Guía para incorporar la perspectiva de género en las subvenciones y en los contratos públicos”, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2012, disponible en www.clausulassociales.org.

Lester, Gillian, “La baja retribuida en los Estados Unidos y el modelo californiano”, en el libro colectivo coordinado por María Belén Cardona Rupert “Medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Hacia un reparto igualitario de las reformas parentales”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.

Leymann, Heinz, “Mobbing”, Editorial Seuil, Paris, 1996.

Lieberwitz, Risa L., “Work / family Reconciliation: Progress and pitfalls in the United States”, en el libro colectivo dirigido por Jaime Cabeza Pereiro y Marta Fernández Prieto “Reconciliation, Corresponsability and Employment: International experiences”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012.

Lillo Pérez, Enrique, “Discriminación por razón de sexo y arbitrariedad judicial”, Revista de Derecho Social, número 14, 2001.

Lledó Cunill, Eugènia, “Nombra. En femenino y en masculino. La representación del femenino y el masculino en el lenguaje”, con Carmen Alario, Mercedes Bengoechea y Ana Vargas, Instituto de la Mujer, Madrid, 1995, disponible en www.mujeipalabra.net.

- “Hablamos de leyes”, con Charo Guerrero, Instituto de la Mujer, Madrid, 2008, disponible en www.mujeipalabra.net.

- “Guía de lenguaje para el ámbito educativo”, Emakunde, Vitoria, 2008, disponible en www.mujerpalabra.net.
- “Guía del lenguaje para el ámbito del deporte”, Emakunde, Vitoria, 2009, disponible en www.mujerpalabra.net.
- “Guía del lenguaje para el ámbito de la salud”, Emakunde, Vitoria, 2009, disponible en www.mujerpalabra.net.
- “Guía del lenguaje para el ámbito de la cultura”, Emakunde, Vitoria, 2010, disponible en www.mujerpalabra.net.
- “Guía de lenguaje para el ámbito de la empresa y el empleo”, Emakunde, Vitoria, 2011, disponible en www.mujerpalabra.net.

Locke, John, “Dos Tratados sobre el Gobierno Civil” (1689).

Loewenstein, Karl, “Teoría de la Constitución”, Ariel Derecho, Barcelona, 1986.

Lopera Castillejo, María José, “La mujer militar: sus derechos y prestaciones sociales”, Editorial Civitas, Madrid, 2002.

López de los Mozos Díaz-Madroñero, Alicia, “Políticas de igualdad de género en el derecho comparado”, en la obra colectiva dirigida por Enrique Álvarez Conde / Ángela Figueruelo Burrieza / Laura Nuño Gómez y coordinada por María Dolores Cancio Álvarez “Estudios interdisciplinarios sobre igualdad”, Iustel, Madrid, 2011.

López Sánchez, Javier, “Las reglas de la carga de la prueba en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, Aequalitas, número 23, 2008.

López y López, Ángel Manuel, “Diversidad, feminismo y principio de igualdad”, en la obra colectiva, coordinada por Laura López de la Cruz / Marta Otero Crespo, y dirigida por María Paz García Rubio / María del Rosario Valpuest Fernández, “El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Louis, Marie-Victoire, “Le droit de cuissage: France 1860-1930”, Editions de l’Atelier, Paris, 1984, accesible en la página web de la autora <http://www.marievictoirelouis.net>.

Lousada Arochena, José Fernando, “La protección jurisdiccional en el orden social frente al acoso sexual en el trabajo”, Actualidad Jurídica Aranzadi, número 185, 1995.

- “El colectivo de trabajadores a tiempo parcial con derechos reducidos de protección social”, Relaciones Laborales, número 18, 1995.

- “A parcial inconstitucionalidade e inadecuación ó dereito comunitario, por constituír una discriminación sexual indirecta, do artigo 2.2 do Regulamento Xeral do Réxime Especial Agrario da Seguridade Social”, Revista Galega de Dereito Social, Tomo I, 1995.

- “Las fórmulas de flexibilidad de la jornada laboral en los contratos de trabajo a tiempo parcial en el derecho comparado y en el derecho español”, en el libro coordinado por Milagros Calvo Ibarlucea, “La nueva regulación de la contratación temporal. Modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo”, Cuadernos de Derecho Judicial, 1995.

- “La prohibición de la discriminación sexual indirecta y su aplicación al Derecho de la Seguridad Social”, Actualidad Laboral, número 9, 1996.

- “El permiso de lactancia”, Relaciones Laborales, número 14, tomo segundo, 1996.

- “El cómputo de la carencia para las prestaciones de seguridad social en los contratos de trabajo a tiempo parcial”, Poder Judicial, números 43/44, 1996.

- “Sobre la aplicación judicial del principio de igualdad entre ambos sexos en la legislación laboral y de Seguridad Social”, La Ley, tomo III, número 4062, 1996.

- “Unas anotaciones críticas sobre la adecuación del artículo 26 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, a la Directiva 92/85, de 19 de octubre, del Consejo de Ministros de la Unión Europea”, La Ley, tomo V, 1996.
- “La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de las Sentencias de 18 de febrero 1994 y de 4 octubre 1995 del Tribunal Supremo)”, Aranzadi Social, número 17, 1996.
- “El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual”, Editorial Comares, Granada, 1996.
- “La incidencia de los incrementos de salario sobre las prestaciones de maternidad (A propósito de la Sentencia 13.2.1996, Caso Gillespie, del TJCE)”, Cuadernos de Derecho Judicial, tomo X, CGPJ, Madrid, 1997.
- “Familias monoparentales y Seguridad Social (Un supuesto de desprotección en el subsidio de desempleo)”, Social Mes a Mes, número 30, 1998.
- La garantía jurisdiccional social de la libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en “Derechos fundamentales y contrato de trabajo”, que coordiné con Matías Movilla García, Editorial Comares, Granada, 1998.
- “La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia”, Actualidad Laboral, tomo II, 1998.
- “La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de la Sentencia 41/1999, de 22 de marzo, del Tribunal Constitucional)”, Aranzadi Social, número 12, 1999.
- “El artículo 95.3 de la LPL”, Relaciones Laborales, número 10, 1999.
- “La prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y la discriminación por embarazo: dos instituciones diferentes llamadas a integrarse”, Poder Judicial, número 54, 1999.
- “El concepto de acoso sexual laboral según la Sentencia de 13 de diciembre de 1999 del Tribunal Constitucional”, Relaciones Laborales, número 3, 2000.
- “La situación de riesgo por embarazo y su adecuación al Derecho comunitario”, Aequalitas, número 4, 2000.
- “La sanción administrativa del acoso sexual laboral tras la Ley 50/98, de 30 de diciembre”, Revista de Derecho Social, número 10, 2000, y Aequalitas, número 5, 2000.
- “Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidas en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre”, Actualidad Laboral, número 25, 2000.
- “La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de la Sentencia de 4 mayo 2000 del Tribunal Supremo)”, Aranzadi Social, número 12, 2000.
- “Discriminación indirecta: Una aproximación a la Sentencia de 4 de mayo de 2000 del Tribunal Supremo”, Revista de Derecho Social, número 12, 2000.
- “Violencia doméstica y Seguridad Social”, Aequalitas, número 7, 2001. Traducido al francés por Jean Jacqmain, se publicó, bajo el título “Espagne: violence domestique et Sécurité Social”, en Chronique féministe, número 73-74, 2000, Revista de la Université des Femmes, Bruselas.
- “El principio de transversalidad y el Derecho de la Seguridad Social”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 106, 2001.
- “El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora”, Instituto de la Mujer, Madrid, 2002.
- “Las exigencias de transposición de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002)”, Aranzadi Social, número 5, 2003, BIB 2003 720.
- “Las garantías del ejercicio de los derechos de conciliación de los trabajadores”, Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo, número 117, 2003.
- “Responsabilidades familiares, ocupación adecuada y extinción del desempleo”, La Ley, número 5721, Tomo I, 2003, y Aequalitas, número 12, 2003.
- “La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares”, Actualidad Laboral, número 26, 2003.
- “El cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones sociales de los trabajadores a tiempo parcial”, Tribunal Social, número 158, 2004.
- “El informe sobre el impacto de género en la elaboración normativa”, La Ley, número 6092, 2004, y Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, número 15, 2004.

- “El contrato de trabajo a tiempo parcial y la Seguridad Social: Puntos críticos”, Aranzadi Social, número 13, 2005.
- “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, Actualidad Laboral, número 7, 2005.
- “La individualización de los derechos a la pensión de vejez en Alemania y en España”, Claridad, 4ª etapa, número 2, 2005.
- “El dictamen de los organismos públicos competentes en los procesos laborales sobre discriminación por razón de sexo”, La Ley, número 6424, 2006.
- “El aborto, la muerte del hijo recién nacido y el nacimiento de un hijo muerto”, Social Mes a Mes, número 114, 2006.
- “El principio de transversalidad de la dimensión de género”, MTAS, Madrid, 2007.
- “Tiempo y género”, Aequalitas, número 20, 2007.
- “La maternidad y la conciliación en la ley de igualdad, y en especial su regulación para la Carrera Judicial”, en “Políticas de género”, Cuadernos de Derecho Judicial, tomo V, CGPJ, Madrid, 2007.
- “Cláusulas generales de igualdad por razón de sexo / género en la negociación colectiva”, “Acoso sexual y acoso sexista” y “La protección de las víctimas de violencia de género en la negociación colectiva”, dentro del libro colectivo, que coordiné, “El principio de igualdad en la negociación colectiva”, CCNCC – MTIN, Madrid, 2008.
- “El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres”, Revista de Derecho Social, número 41, 2008.
- “Unos apuntes sobre las llamadas cuotas electorales a la vista de la decisión de su constitucionalidad”, Diario La Ley, número 6918, 2008.
- “Permiso de paternidad y conciliación masculina”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008.
- “Las políticas públicas sobre tiempos de la ciudad, en especial las normas gallegas”, Aequalitas, número 23, 2008.
- “El permiso de lactancia: las últimas reformas y el estado de la cuestión”, Aequalitas, número 22, 2008.
- “El tiempo de trabajo, la productividad y la conciliación en la negociación colectiva”, Diario La Ley, número 7052, 2008, asimismo incluido en el libro colectivo “El tiempo de trabajo y la seguridad y salud laboral en la negociación colectiva. XXI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva”, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos – MTIN, Madrid, 2009.
- “Las últimas reformas en materia de viudedad”, Actum Social, números 29/30, 2008.
- “Represalias sindicales en acceso al empleo, y carga de su prueba (Comentario de la STC 183/2007, de 10 de septiembre)”, Aranzadi Social, número 2, 2009.
- “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, Revista del Poder Judicial, número 88, 2009.
- “El acoso sexual, y su tratamiento jurídico, en el cine norteamericano”, Revista Electrónica Proyecto de Cine, en www.proyectodecine.wordpress.com.
- “El tiempo en las leyes con perspectiva de género”, Revista de Derecho Social, número 49, 2010.
- “Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las Leyes 40/2007, de 4 de diciembre, y 26/2009, de 23 de diciembre”, Aranzadi Social, número 1, 2010.
- “Maternidad y conciliación en familias monoparentales y parejas homosexuales”, dentro del libro colectivo dirigido por Efrén Borrajo Dacruz “Mujer, trabajo y Seguridad Social”, La Ley, Madrid, 2010.
- “Tiempo parcial y periodos de carencia (a propósito de la STJUE de 10 de junio de 2010)”, Aranzadi Social, número 9, 2010, BIB 2010 1486.
- “El tratamiento jurídico de la fibromialgia en perspectiva de género”, Aequalitas, número 26, 2010.
- “Movilidad geográfica y conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, Aranzadi Social, número 5, 2011.
- “El trabajo a domicilio y el teletrabajo”, Revista Técnico Laboral, número 129, 2011.

- “Las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de los sexos en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social”, Lan Harremanak / Revista de Relaciones Laborales, número 25, 2012.

- “Vacaciones, materia electoral, clasificación profesional, impugnación de decisiones de flexibilidad interna y derechos de conciliación en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social”, Revista Técnico Laboral, número 129, volumen XXXIV, 2012.

- “La tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012.

Lousada Arochena, José Fernando (coordinador) / Fernández Docampo, Belén / Fernández Prol, Francisca / Cabeza Pereiro, Jaime, “El principio de igualdad en la negociación colectiva”, MTAS, Madrid, 2009.

MacKinnon, Catharine Alice, “Sexual harassment of working women”, Yale University Press, New Haven and London, 1979.

- “Hacia una teoría feminista del Estado”, Ediciones Cátedra, Madrid, 1995.

Makkonen, Timo, “Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore”, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2002, accesible on line en <http://cilvektiesibas.org.lv/site/attachments/01/02/2012/timo.pdf>.

Maréchal, Sylvain, “Manifiesto de los Iguales de Babeuf” (1796).

- “Proyecto de una ley que prohíba a aprender a leer a las mujeres” (1801).

Marín Alonso, Inmaculada / Gorelli Hernández, Juan, “Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización”, Laborum, Murcia, 2001.

Marín Martínez, Francisco, “El despido discriminatorio de trabajadora víctima de acoso sexual”, Revista de Derecho Social, número 52, 2010.

Marrades Puig, Ana, “Interinidad, excedencia y acción positiva: Reflexiones sobre la STC 240/1999, de 20 diciembre”, Revista General de Derecho, número 669, 2000, BIB 2000 881.

Martín Hernández, María Luisa, “Recurso de amparo. Prohibición de discriminación por razón de sexo (embarazo) en el seno de la relación laboral (Comentario a la STC 182/2005, de 4 de julio)”, Aranzadi Social, número 2, 2005, BIB 2005 1601.

Martín Jiménez, Rodrigo, “Disposiciones extravagantes y otras cuestiones reguladas en la Ley 39/1999”, Aranzadi Social, número 20, 2000, página 124, BIB 1999 1630.

- Comentario a la disposición adicional 14ª, en “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, codirigidos por Carmen Sánchez Trigueros / Antonio Vicente Sempere Navarro, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

Martín López, Sonia, “El reto de la igualdad de género y la conciliación laboral: la mujer trabajadora por cuenta propia”, Documentación Laboral, número 91, 2011.

Martín Muñoz, Ana, “Procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos de intervención pública”, en la obra “Las medidas disuasorias frente al acoso sexual y por razón de sexo”, Ana Rubio Castro / Juana María Gil Ruíz (editoras), Editorial Dykinson, Madrid, 2012.

Martín Sánchez, María, “La mujer inmigrante: espacios de doble discriminación”, en la obra colectiva editada por Cristina Rodríguez Yagüe y coordinada por Jesús de Paz Martín “Estudios sobre género y extranjería”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2011.

Martín Vida, María Ángeles, “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense”, Revista Española de Derecho Constitucional, número 68, 2003, disponible en www.cepc.es.

- “Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión”, Universidad de Granada, 2004.

Martínez Calcerrada, Luis, “El machismo en el Derecho”, Editorial Comares, Granada, 1996.

Martínez De Viegold, Amaya, “La naturaleza jurídica de la contingencia correspondiente a la situación de riesgo por embarazo”, Revista de Derecho Social, número 9, 2000.

Martínez Girón, Jesús / Arufe Varela, Alberto, “La conciliación de la vida laboral y familiar. Un análisis comparatista desde la perspectiva del derecho alemán del trabajo y de la seguridad social”, Aranzadi Social, número 19, Febrero 2011.

Martínez López, Eulalia, “El uso de falda impuesto por RENFE a las trabajadoras de determinados servicios del AVE ¿forma parte del poder de dirección y organización de esta empresa?”, Aranzadi Social, número 2, 2001, BIB 2001 509.

Martínez Yáñez, Nora María, “El régimen jurídico de la disponibilidad horaria”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.

Mazuelos Fernández-Figueroa, Manuel, “La prohibición de despido de la trabajadora embarazada: reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre de 1992”, Revista de Derecho Social, número 7, 1999.

- “Crónica de una cuestión prejudicial: protección del despido de las mujeres embarazadas y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2001. Alcance del efecto directo del artículo 10 de la Directiva 92/85/CE ante el incumplimiento de un Estado miembro”, Actualidad Jurídica Aranzadi, número 520.

McClimans, Else Leona, “Reconciliation policies, parental leaves and employment in Norway – work, family, equality or time, money, care and non-discrimination-”, en el libro colectivo dirigido por Jaime Cabeza Pereiro y Marta Fernández Prieto “Reconciliation, Corresponsability and Employment: International experiences”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012.

Melchor de Jovellanos, Gaspar, “Bases para la formación de un plan general de instrucción pública” (1809).

Mella Méndez, Lourdes (directora), “Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos”, Editorial La Ley, Madrid, 2012.

- “La reducción de jornada para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave” en el libro colectivo dirigido por Marta Fernández Prieto / Jaime Cabeza Pereiro, “Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012.

Mellado Prado, Pilar / Gómez Sánchez, Yolanda, “En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado 1 del artículo 57 de la Constitución Española de 1978”, Revista de Derecho Político, número 22, 1986.

Mendoza Navas, Natividad / Serrano García, Juana María, “Inversión de la carga de la prueba y confidencialidad ante el incumplimiento del principio de discriminación por razón de sexo”, Revista de Derecho Social, número 55.

Menéndez Sebastián, Paz, “Reducciones de jornada y ausencias por motivos familiares”, en Argüelles Blanco, Ana Rosa / Martínez Moreno, Carolina / Menéndez Sebastián, Paz, “Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares”, CES, Madrid, 2004.

Mercader Uguina, Jesús Ramón, “Técnica legislativa y legislación transversal: reflexiones al hilo de la Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres”, en el libro colectivo, que coordina, “Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Merino Segovia, Amparo, “Igualdad de género, empresa y responsabilidad social”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.

Merino Senovilla, Henar, “El trabajo a tiempo parcial (un tratamiento diferente del tiempo de trabajo)”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1994.

Mesa Marrero, Carolina, “¿Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: ¿un resquicio para los punitive damages?”, en la obra colectiva, coordinada por Laura López de la Cruz / Marta Otero Crespo, y dirigida por María Paz García Rubio / María del Rosario Valpuest Fernández, “El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Mill, John Stuart, “La esclavitud femenina”, traducción y prólogo de Emilia Pardo Bazán, Artemisa Ediciones, Barcelona, 2008.

Millett, Kate, “Política sexual”, Ediciones Cátedra, Madrid, 2010.

Miranda Boto, José María, “Trabajo a tiempo parcial, horas extraordinarias y discriminación por razón de sexo”, Aranzadi Social, número 21, 2007.

Miyarés Fernández, Alicia, “Democracia feminista”, Ediciones Cátedra – Madrid, 2003.

Molina González-Pumariega, Rocío, “La protección jurídica de la mujer trabajadora”, CES, Madrid, 2004.

Molins García-Atance, Juan, “La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, Revista Aranzadi Social, número 6, 2008, BIB 2008 1180.

Monereo Pérez, José Luis, “La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Monereo Pérez, José Luis / Triguero Martínez, Luis Ángel, “La víctima de violencia de género y su modelo de protección social”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Montalbán Huertas, Inmaculada, “Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional” – Premio Rafael Martínez Emperador 2003, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

Montero Aroca, Juan / Ortells Ramos, Manuel / Gómez Colomer, Juan Luis, “Derecho Jurisdiccional”, Tomo II, Volumen 1º, 2ª edición, Librería Bosch, Barcelona, 1989.

- Comentario al artículo 96, “Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral”, coescritos con Manuel Iglesias Cabero / José María Marín Correa / Mariano Sampetro Corral, Editorial Civitas, Tomo I, Madrid, 1993.

Mora Cabello de Alba, Laura, “Del malabarismo cotidiano a una nueva civilización más allá de la igualdad. La reconciliación de la vida laboral y familiar”, *Revista de Derecho Social*, número 37, 2007.

Morales Ortega, José, “Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad”, *Relaciones Laborales*, número 18, 1999.

Moreno Atienza, Cristina, “Hacia un concepto de igualdad. La igualdad formal en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Igualdad ante la ley y principio de no discriminación. Especial referencia a la igualdad entre mujeres y hombres”, *Dykinson*, Madrid, 2012.

Moreno Gené, Josep / Romero Burillo, Ana María, “Planes de pensiones y principio de igualdad; de la Sentencia Bilka a la Directiva 96/97/CE”, *Revista de Derecho Social*, número 1, 1998.

- “Maternidad y salud laboral”, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2000.

Moreno González-Aller, Ignacio, “Reducción de jornada por responsabilidades familiares y trabajo a turnos”, *SEPIN Laboral y Seguridad Social*, número 3, 2009.

Moreno Márquez, Ana, “La discriminación directa e indirecta en la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en el libro coordinado por Jesús Ramón Mercader Uguina, “Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres”, *Editorial Tirant lo Blanch*, Valencia, 2007.

Morgado Panadero, Purificación, “Hacia un derecho de ciudadanía sin límites para el trabajador autónomo: el reconocimiento de su vida personal, familiar y profesional”, en el libro colectivo que ella misma coordina “Trabajo autónomo e igualdad: Reflexiones desde el Derecho del Trabajo”, *Editorial Aranzadi*, Pamplona, 2011.

Molina Navarrete, Cristóbal, “Acciones positivas y efectividad de la tutela procesal antidiscriminatoria (A propósito de la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo)”, *La Ley*, número 4759.

Murcia Clavería, Ana, “La intervención voluntaria en el proceso laboral”, *Editorial Marcial Pons*, Madrid, 1994.

Nash, Mary, “Pronatalismo y maternidad en la España franquista”, en el libro colectivo editado por Gisela Bock / Pat Thane, “Maternidad y políticas de género”, *Ediciones Cátedra*, Madrid, 1996.

Navas Navarro, Susana, “Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)”, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 60, número 4, 2007.

Nevado Fernández, María José, “El ejercicio del derecho al honor (por el trabajador) en el contrato de trabajo”, *Editorial Tirant lo Blanch*, Valencia, 1999.

Nieto Rojas, Patricia, “Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres”, coordinados por Jesús Ramón Mercader Uguina, *Editorial Tirant lo Blanch*, Valencia, 2007

Nogueira Guastavino, Magdalena, comentarios a los artículos 1 y 2 en “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, codirigidos por Carmen Sánchez Trigueros / Antonio Vicente Sempere Navarro, *Editorial Aranzadi*, Pamplona, 2008.

Nores Torres, Luis Enrique, “Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *Actualidad Laboral*, tomo I, 1998.

Núñez-Cortés Contreras, Pilar, “La licencia por maternidad de la trabajadora”, Editorial Dykinson, Madrid, 2002.

Núñez-Cortés Contreras, Pilar / Garrigues Giménez, Amparo, comentario a la disposición adicional 11ª, en “Comentarios a la Ley de Igualdad”, dirigidos por José Ignacio García Ninet, y coordinados por Amparo Garrigues Jiménez, Editorial CISS, Valencia, 2007.

Núñez-Cortés Contreras, Pilar / Velasco Portero, Teresa / Garrigues Giménez, Amparo, “Igualdad y conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas”, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.

Ollero Tassara, Andrés, “Discriminación por razón de sexo”, CEPC, Madrid, 1999.

Ordóñez Solís, David, “La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo”, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999.

Ortiz Lallana, Carmen, “La intervención del sindicato en el proceso de trabajo”, CES, Madrid, 1994.

- “La prueba indiciaria y su aplicación al despido discriminatorio por razón de embarazo (Sentencia TC 17/2003, de 30 de enero)”, Social Mes a Mes, número 96, 2004.

Pateman, Carole, “El contrato sexual”, Editorial Anthropos, Barcelona, 1995.

Pazos Pérez, Alexandre, “La reducción de jornada tras las últimas reformas legislativas”, en el libro colectivo dirigido por Marta Fernández Prieto / Jaime Cabeza Pereiro, “Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012.

Peces Barba, Gregorio, “Los valores superiores”, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

Perán Quesada, Salvador, “La aplicación de la LO 3/2007 a un supuesto de acoso sexual en la empresa”, Aranzadi Social, número 12, 2008, BIB 2008 2139.

- “La prohibición de discriminación indirecta”, Aranzadi Social, número 11, 2009, BIB 2009 990.

Pérez Alonso, María Antonia, “La nueva excedencia por cuidado de hijos en el ámbito laboral”, Poder Judicial, número 38, 1995.

- “La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- “Nueva pensión de la viudedad y orfandad en el RGSS”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco, “El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea”, Editorial Civitas, Madrid, 1994.

Pérez Pérez, Manuel / Roales Paniagua, Esperanza, “El deber, el derecho y la promoción de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva”, Temas Laborales, número 91, 2007.

Pérez Prado, Daniel, “Discriminación indirecta y la prueba estadística: Caminos que debieran confluir”, Justicia Laboral, número 43, 2010.

Pérez del Río, Teresa, “El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo”, IELSS, Madrid, 1984.

- “Principio de igualdad en la Seguridad Social: no discriminación por razón de sexo”, Revista de Trabajo, número 71, 1983.
- “El acoso sexual en el trabajo: su sanción en el orden social”, Relaciones Laborales, Tomo Segundo, 1990.
- “La dimensión social del Mercado Único Europeo”, Revista Española del Derecho del Trabajo, número 47, 1991.
- “El derecho fundamental a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario”, en el libro “La Constitución Española en el Ordenamiento Jurídico Comunitario”, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- “Mujer y Protección Social en España”, Revista de Derecho Social, número 1, 1998.
- “El principio de no discriminación por razón de sexo”, en “Derechos fundamentales y contrato de trabajo”, coordinado por Matías Movilla García / José Fernando Lousada Arochena, Editorial Comares, Granada, 1998.
- “La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva”, del que es coordinadora, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999.
- “La Ley 39/99 de conciliación de responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: Temas de debate”, Temas Laborales, número 52, 1999, 2000.
- “La protección frente a la discriminación en el Derecho comunitario: las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE, y 2002/73/CE, modificación de la 76/207/CEE”, Revista de Derecho Social, número 19, 2002.
- “La Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres”, Revista de Derecho Social, número 37, 2007.
- “La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.
- “La normativa interna sobre derechos de conciliación: la corresponsabilidad”, en el libro dirigido por Jaime Cabeza Pereiro y Belén Fernández Docampo, “Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Comentario a los artículos 100 a 108 del XVI Convenio Colectivo General de la Industria Química, en www.fiteqa.ccoo.es.

Pérez del Río, Teresa / Ballester Pastor, María Amparo, “Mujer y salud laboral”, La Ley, Madrid, 2000.

Pérez del Río, Teresa / Fernández López, María Fernanda / del Rey Guanter, Salvador, “Discriminación e igualdad en la negociación colectiva”, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993.

Pérez del Río, Teresa / Zambonino Pulito, María, “La acción positiva y sus instrumentos: la inclusión de cláusulas sociales de género en la contratación de las Administraciones Públicas”, Revista de Derecho Social, número 43, 2008.

Pérez Garzón, Juan Sinisio, “Historia del feminismo”, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2011.

Pérez Luño, Antonio Enrique, “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

- “Dimensiones de la igualdad”, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, página 85.

Pérez Yáñez, Rosa, “Comentario a la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres en Galicia”, Artículo 14: Una perspectiva de género, número 25, 2007.

Perkins-Gilman, Charlotte, “El papel pintado amarillo” (1892).

Perret-Nguyén, Hông Trang, “La mujer en la normativa de la OIT”, que sirve de prólogo a la recopilación normativa “Igualdad y protección de la mujer en el trabajo”, Instituto de la Mujer, Madrid, 1990.

Pizarro Moreno, Eugenio, “Reflexiones sobre el androcentrismo jurídico: el concepto de buen padre de familia. Propuestas para una renovación lingüístico-legal”, en la obra colectiva, coordinada por Laura López de la Cruz / Marta Otero Crespo, y dirigida por María Paz García Rubio / María del Rosario Valpuest Fernández, “El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Pocar, Fausto, “Derecho Comunitario del Trabajo”, Editorial Civitas, Madrid, 1988.

Pozo Moreira, Francisco Javier, “La actuación de los organismos públicos en el proceso laboral en supuestos de discriminación por sexo: la obligada asistencia a la víctima por parte de los organismos para la promoción de la igualdad”, Revista del Ministerio de Trabajo, número 53, 2004.

Prechal, Sacha / Vegter, Marlies, “Rapport du Réseau d’experts concernant l’application des directives égalité sur la discrimination indirecte et la discrimination pour cause de grossesse ou de maternité”, Comisión Europea, 1992.

Pujol Algans, Carmen (directora) / Goñi Juaneda, Esther / Juan-Aracil Elejabeitia, Arantza / Fanega Palacios, Elena / López Millán, Mónica, “Estudio del impacto de género en las leyes” presentado en el XVIII Congreso Estatal de Mujeres Abogadas (Almería, 11/13.12.2005), disponible en http://www.ief.es/documentos/investigacion/genero/c_imp_gen_mod3_Estudio_Themis_Impacto.pdf.

Pumar Beltrán, Nuria, “La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2001.

- “La revisión de la protección de las familias monoparentales por parte de la Seguridad Social” (responsable de la investigación), accesible en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/146758.pdf>.

Purcalla Bonilla, Miguel Ángel, “Desigualdad de trato por razón de sexo en proceso de selección de personal”, Aranzadi Social, número 19, 2005, BIB 2005 2635.

Purcalla Bonilla, Miguel Ángel / Preciado Doménech, Carlos Hugo, “Trabajo a distancia vs. teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012”, Actualidad Laboral, número 2, 2013.

Quintanilla Navarro, Beatriz, “Igualdad de retribución por razón de sexo”, en la obra colectiva dirigida por Fernando Valdés Dal Ré, “La reforma del mercado Laboral”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1994.

- “La excedencia para cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995”, Actualidad Laboral, número 20, 1995.

- “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el Caso Kalanke vs. Glissman”, Actualidad Laboral, número 5, 1996.

- “Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996.

- Evaluación sobre el estado de la negociación colectiva en materia de igualdad previsto en la disposición final 5ª de la LOIEMH (coordinadora), trabajo inédito.

Rey Martínez, Fernando, “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1995.

- “La discriminación positiva de mujeres (comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de noviembre de 1995, Asunto Kalanke)”, Revista Española de Derecho Constitucional, número 47, 1996.

- “Jurisprudencia norteamericana reciente sobre la affirmative action”, Aequalitas, número 4, 2000.

- “Comentario a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de género”, Revista Teoría y Realidad Constitucional, número 14, 2004.

- “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, Revista Española de Derecho Constitucional, número 84, 2008.

- “La discriminación racial en la Jurisprudencia del TEDH”, accesible en www.procuradorageneral.es.

- “La sentencia del TEDH de 8.12.2009, asunto Muñoz Díaz vs. España: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?”, Diario La Ley, número 7344, 2010.

Reynoso, Julissa, “Perspectives of intersections of race, ethnicity, gender and other grounds: Latinas at the margins”, Harvard Latino Law Review, volumen 7, 2004.

Ríos Salmerón, Bartolomé, “Pruebas de confesión, testimonio y pericia. Otros Medios”, dentro de “La prueba en el proceso social”, Cuadernos de Derecho Judicial XXIII/1997, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

Rivas Vallejo, María Pilar, “La guarda legal de menores y disminuidos y su incidencia en la jornada de trabajo. El artículo 37.5 del ET”, Tribuna Social, número 59, 1995.

- “La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.

- “Género y salud laboral: perspectiva jurídico-social”, Tribuna Social, números 200-201, 2007.

- “Las incapacidades laborales de las mujeres”, en el libro colectivo dirigido por Josefina Birulés Bertrán / María Ángeles Vivas Larruy, “Mujer y trabajo: entre la precariedad y la desigualdad”, CGPJ, Madrid, 2007.

- “Perspectivas de género en la incapacidad permanente”, en la obra, dirigida por ella misma, “Tratado médico legal sobre incapacidades laborales”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

- “Trabajadoras con enfermedades crónicas y discriminación múltiple”, Revista de Derecho Social, número 54, 2011.

- “Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas antidiscriminación”, Comunicación presentada en las Jornadas “El Dret del Treball en el Segle XXI”, disponible en <http://www.jornadasiuslaboralistas.org/comunicacion.php?id=9>.

Rives Seva, Antonio Pablo, “La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”, 4ª edición, Editorial Aranzadi, Madrid, 2008.

Rocella, Massimo, “La significación y el alcance de la directiva sobre igualdad de trato en las condiciones de trabajo”, en la obra colectiva coordinada por Jesús Cruz Villalón, “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

Román García, Fernando (director) / Segoviano Astaburuaga, María Luisa / Vargas Gallego, Ana Isable / Sarmiento Ramírez, Daniel, “Análisis de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, El Derecho Editores, Madrid, 2007.

Rodríguez Escanciano, Susana, “La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras”, Editorial CEDECS, Barcelona, 2002.

- “La familia en el ámbito jurídico-laboral”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Rodríguez Iniesta, Guillermo, “La reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia”, dentro de la obra “La Reforma de la Seguridad Social (El Acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo)”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007.

Rodríguez Martín-Retortillo, Rosa María, “El accidente de trabajo in itinere en el derecho francés. Un estudio contrastante con el derecho español”, Editorial Netbiblo, A Coruña, 2011.

Rodríguez Pastor, Guillermo, en la obra de Albiol Montesinos, Ignacio / Alfonso Mellado, Carlos Luis / Blasco Lahoz, José / Camps Ruíz, Luis / García Rubio, María Amparo / Rodríguez Pastor, Guillermo, “Los aspectos laborales de la ley de igualdad”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Rodríguez Rodríguez, Emma, “Instituciones de conciliación de trabajo con cuidados familiares”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2010.

- “La relación entre las medidas de conciliación y el empleo”, en el libro colectivo dirigido por Jaime Cabeza Pereiro y Belén Fernández Docampo, “Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- “Las debilidades del contrato a tiempo parcial como instrumento de conciliación”, en el libro colectivo dirigido por Marta Fernández Prieto / Jaime Cabeza Pereiro, “Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012.

Rodríguez Sanz de Galdeano, Beatriz, “Igualdad de trato en el acceso al empleo y protección de la maternidad. Comentario a la Sentencia C-207/98 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 febrero 2000”, Revista de Derecho Social, número 11, 2000.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, “Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora”, Relaciones Laborales, tomo I, número 1, 1991.

- “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva”, Relaciones Laborales, número 22, 1995, asimismo publicado en el libro colectivo coordinado por Jesús Cruz Villalón, “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

- “Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la Sentencia Marschall del TJCE”, Relaciones Laborales, número 24, 1997.

- “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I, II y III)”, Relaciones Laborales, números 17-18-19, 1999.

- “Feminización de tareas y masculinización de valoraciones”, Relaciones Laborales, número 3, 2001.

- “El informe sobre el impacto por razón de género en la elaboración de las disposiciones normativas”, Relaciones Laborales, número 1, 2004.

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel / María Fernanda Fernández López, “Igualdad y discriminación”, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

Romero Ródenas, María José, “Protección frente al acoso en el trabajo”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2004

Ron Latas, Ricardo Pedro, “Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad de género (año 2012 y STC 61/2013, de 14 de marzo, sobre el cómputo de carencias en el trabajo a tiempo parcial)”, pendiente de publicación en la Revista Aequalitas.

Roqueta Buj, Remedios, “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.

Rousseau, Jean Jacques, “Emilio, o de la educación” (1762).

Ruana Albertos, Sara / Vicente Palacio, Aránzazu, comentario al artículo 45, en “Comentarios a la Ley de Igualdad”, dirigidos por José Ignacio García Ninet y coordinados por Amparo Garrigues Giménez, Editorial CISS, Valencia, 2007.

Rubenstein, Michael, “Informe sobre el problema del acoso sexual en los Estados Miembros de las Comunidades Europeas”, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1987.

Rubin, Gayle, “El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo”, Revista Nueva Antropología de la Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, Volumen VIII, número 030, 1985, disponible en www.juridicas.unam.mx.

Rubio Castro, Ana, “Inaplicabilidad e ineficacia del derecho en la violencia contra las mujeres: un conflicto de valores”, en “Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de argumentación para operadores jurídicos”, coordinado por esa autora, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2004.

- “La integración del principio de igualdad de oportunidades en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas: el artículo 4 de la LOIEMH”, en “Estudio sobre la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, Generalitat de Catalunya – Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada / Consejo General del Poder Judicial, Barcelona, 2011.

Rubio Castro, Ana / Gil Ruíz, Juana María, “Dignidad e igualdad de derechos. El acoso en el trabajo”, Editorial Dykinson, Madrid, 2012.

Rubio Castro, Ana / Herrera Flores, Joaquín, “Lo público y lo privado en el contexto de la globalización”, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2006.

Ruíz Pérez, Esther, “Mujer y trabajo”, Bomarzo, 2003.

Ruíz Resa, Josefa Dolores, “Trabajo y Franquismo”, Editorial Comares, Granada, 2000.

Ruíz-Rico, Juan J. , “El sexo de Sus Señorías”, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1991.

Ruíz Salvador, José Antonio, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2004.

Sáez Lara, Carmen, “Mujeres y mercado de trabajo”, CES, Madrid, 1994.

Saldaña Valderas, Eva, “Discriminación retributiva en función del género”, Editorial Mergablum, Sevilla, 2004.

- “Diálogo social, acuerdos interconfederales para la negociación colectiva e igualdad entre mujeres y hombres”, Temas Laborales, número 103, 2010.

Sala Franco, Tomás / Albiol Montesinos, Ignacio / Camps Ruíz, Luis / García Ninet, Ignacio / López Gandía, Juan, “Derecho del Trabajo”, 9ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- “Derecho Social Comunitario”, coescrito con Colina Robledo, Miguel / Ramírez Martínez, Juan Manuel, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres” (coordinador con María Amparo Ballester Pastor / José María Bañó León / José Miguel Embid Irujo / José María Goerlich Peset), Editorial La Ley, Madrid, 2008.

San Martín Mazzucconi, Carolina, comentario al artículo 4 en “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, codirigidos por Carmen Sánchez Trigueros / Antonio Vicente Sempere Navarro, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

Sánchez López, María Belén, “Política comunitaria contra la discriminación de la mujer en el trabajo”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2003.

Sánchez Torres, Esther, “La incidencia de la prueba estadística y del principio de transversalidad en la objetivación de la responsabilidad empresarial en materia de igualdad y no discriminación”, “La prueba judicial”, Editorial La Ley, Madrid, 2011.

Sánchez Torres, Esther / Larrauri Pijoan, Elena, “El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Sánchez Trigueros, Carmen, “Los permisos retribuidos del trabajador”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.

- “El riesgo durante el embarazo”, Aranzadi, Navarra, 2002.

- “La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades” (directora), Editorial Aranzadi, 2006.

- “Conciliación de la vida familiar y laboral”, en la obra coordinada por Faustino Cavas Martínez, “La reforma laboral de 2012”, Ediciones Laborum, Murcia, 2012.

Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, “La tutela de las prestaciones sociales como derecho de propiedad: el asunto Gaygusuz”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 95, 1999.

- “La excedencia por cuidados de familiares. El régimen jurídico de los cuidadores no profesionales”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano”, Aranzadi Social, volumen II, número 18, 2010, BIB 2009 2052.

Sánchez-Uraña Azaña, Yolanda, “Maternidad biológica y subsidio de paternidad. A propósito de Resolución de la SESS de 21 de abril de 2004”, Aranzadi Social, Presentación 5, 2004, BIB 2004 553.

Sánchez-Urán Azaña, Yolanda / Cristóbal Roncero, Rosario, “Salud laboral e igualdad por razón de género: en especial, sectores feminizados”, en la obra colectiva dirigida por Carmen Sánchez Trigueros, “La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006.

Santos Fernández, Rosa Isabel, “Gestión preventiva de los riesgos laborales en las situaciones de embarazo y lactancia e igualdad de sexo en el empleo”, Revista Técnico Laboral, número 72, 2007.

Sanz Caballero, Susana, “Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”, en el libro colectivo coordinado por María Josefa Ridaura Martínez / Mariano Javier Aznar Gómez, “Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Schwartz, Bernard, “Algunos artífices del Derecho Norteamericano”, Editorial Civitas y Abeledo Perrot (coedición), Buenos Aires, 1985.

Segalés Fidalgo, Jaime, “El despido pluricausal. Nuevas reflexiones en torno al modelo de prueba de indicios a propósito de la STC 41/2006”, Aranzadi Social, número 14.

Sempere Navarro, Antonio Vicente, “Discriminación y trabajo femenino en la minería”, Relaciones Laborales, número 3, 1987.

- “La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de la mujer trabajador. Nota crítica”, Relaciones Laborales, Tomo Primero, 1989.

Senent Vidal, María José, comentario al artículo 73, en “Comentarios a la Ley de Igualdad”, dirigidos por José Ignacio García Ninet, y coordinados por Amparo Garrigues Jiménez, Editorial CISS, Valencia, 2007.

Serra Cristóbal, Rosario, “La discriminación indirecta por razón de sexo”, en la obra coordinada por María Josefa Ridaura Martínez / Mariano Aznar Gómez, “Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Serrano Butragueño, Ignacio, “El acoso sexual”, Revista Tapia, Febrero, 1995.

Serrano García, Juana María, “Participación y planes de igualdad en la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007.

Sevilla Merino, Julia, comentarios al artículo 16 y a la disposición adicional 1ª, en “Comentarios a la Ley de Igualdad”, dirigidos por José Ignacio García Ninet, y coordinados por Amparo Garrigues Jiménez, Editorial CISS, Valencia, 2007.

Sheppard, Colleen, “Multiple Discrimination in the World of Work”, Working Paper número 66, OIT, Ginebra, 2011, accesible on line en www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_170015.pdf.

Sierra Hernaiz, Elisa, “La dote matrimonial o la inducción a la mujer a dejar el puesto de trabajo”, Aranzadi Social, volumen I, 1998, BIB 1998 378.

- “La Sentencia Marschall ¿un avance de la acción positiva en el derecho comunitario? Comentario de la STJUE de 11.11.1997, C-409/95”, Actualidad Laboral, número 22, 1998.

- “La garantía de indemnidad (Comentario al Caso Coote del TJCE)”, Aranzadi Social, Volumen III, 1998, BIB 1998 1131.

- “Acción positiva y empleo de la mujer”, CES, Madrid, 1999.

Silguero Estagnan, Joaquín, “La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos”, Editorial Dykinson, Madrid, 1995.

Sirvent García del Valle, Elena, “El empleo a tiempo parcial como herramienta para compatibilizar la flexibilidad laboral y la conciliación de la vida personal y laboral”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2009.

Smart, Carol, “La mujer del discurso jurídico”, en “Mujeres, Derecho Penal y Criminología”, Elena Larrauri Pijoan, Siglo XXI, Madrid, 1994.

Solanke, Iyiola, “Multiple discrimination: Immutability and its alternative” (2010), documento accesible en www.era-comm.eu.

Soler Sánchez, Margarita, comentario al artículo 21, en “Comentarios a la Ley de Igualdad”, dirigidos por José Ignacio García Ninet, y coordinados por Amparo Garrigues Jiménez, Editorial CISS, Valencia, 2007.

Soler Vidal, Anna, comentario al artículo 35, en “Comentarios a la Ley de Igualdad”, dirigidos por José Ignacio García Ninet, y coordinados por Amparo Garrigues Jiménez, Editorial CISS, Valencia, 2007.

Soria Montañez, Paloma / Fernández Rodríguez de Liébana, Gema con la colaboración de Keyna Yoshida y María Martínez Menéndez – Women’s Link Worldwide, “La jurisprudencia en materia de igualdad y no discriminación: la aportación de los tribunales europeos”, en el libro colectivo “Estudio sobre la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, Generalitat de Catalunya – Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada / Consejo General del Poder Judicial, Barcelona, 2011.

Suárez González, Fernando, “Menores y mujeres ante el contrato de trabajo”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.

Suck, Julie C., “Are gender stereotypes bad for women? Rethinking antidiscrimination law and work-family conflict?”, *Columbia Law Review*, volumen 110, número 1, Enero, 2010.

Tamayo Haya, Silvia, “La posición jurídica de la mujer a través de las reformas del Derecho de familia”, en la obra colectiva, coordinada por Laura López de la Cruz / Marta Otero Crespo, y dirigida por María Paz García Rubio / María del Rosario Valpuest Fernández, “El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Tarabini-Castellani Aznar, Margarita, “El principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras en materia de Seguridad Social: las Directivas 79/7 y 86/378”, *Actualidad Laboral*, número 1, 2000.

Tárrega Póveda, José, “La inconstitucional penalización del trabajo a tiempo parcial. Comentario de la STC 253/2004, de 22 de diciembre”, *Revista de Derecho Social*, número 28, 2004.

Taruffo, Michele, “La prueba de los hechos”, Editorial Trotta, Madrid, 2009.

Terradillos Ormaetxea, Edurne, “Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Thibault Aranda, Javier, “El teletrabajo: análisis jurídico laboral”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

Tomás Martínez, Gema, “La carga de la prueba en reclamaciones civiles de discriminación por razón de sexo”, “La prueba judicial”, Editorial La Ley, Madrid, 2011.

Torrente Gari, Susana, “La mujer y la protección social”, MTAS, Madrid, 1999.

Torres García, Teodora Felipa, “La igualdad no ha llegado al derecho de sucesiones: casos al azar”, en la obra colectiva, coordinada por Laura López de la Cruz / Marta Otero Crespo, y dirigida por María Paz García Rubio / María del Rosario Valpuest Fernández, “El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Tortuero Plaza, José Luis, “Viudo no discriminado. Sobre la naturaleza de la prestación otorgada por el mutualismo funcional integrado en los fondos especiales (referencia al carácter de la protección complementaria en la STJCE Asunto Barber)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 49, 1991.

- “Nuevamente sobre el viudo no discriminado”, en Manuel Alonso Olea / Alfredo Montoya Melgar, “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social”, Tomo XII, Madrid, 1994.

- “50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral. Del permiso de paternidad obligatorio ... al apoyo a las PYMES”, Thomson – Civitas, Madrid, 2006.

Tristán, Flora, “La emancipación de la mujer” (1845), extractos tomados de “Feminismo y socialismo. Antología”, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2003.

Tudela Cambroner, Gregorio / Valdeolivas García, Yolanda, “La seguridad y la salud laboral en la negociación colectiva”, MTAS, Madrid, 2009.

Tur Ausina, Rosario, comentario al artículo 12, en “Comentarios a la Ley de Igualdad”, dirigidos por José Ignacio García Ninet, y coordinados por Amparo Garrigues Jiménez, Editorial CISS, Valencia, 2007.

- “Las políticas de igualdad de género en Europa: Unión Europea y Consejo de Europa”, en la obra colectiva dirigida por Enrique Álvarez Conde / Ángela Figueruelo Burrieza / Laura Nuño Gómez y coordinada por María Dolores Cancio Álvarez “Estudios interdisciplinarios sobre igualdad”, Editorial Iustel, Madrid, 2011.

Ureña Salcedo, Juan Antonio, “Las novedades introducidas en la organización administrativa estatal por la Ley Orgánica de para la Igualdad Efectiva de mujeres y hombres”, en el libro colectivo “Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, coordinado por Tomás Sala Franco / María Amparo Ballester Pastor / José María Bañó León / José Miguel Embid Irujo / José María Goerlich Peset, Editorial La Ley, Madrid, 2008.

Urrutikoetxea Barrutia, Mikel, “Alcance de la tutela del orden social en los supuestos de acoso sexual. A propósito de la STC 250/2007, de 17 diciembre”, Aranzadi Social, número 2, 2008.

Valcárcel Bernaldo de Quirós, Amelia, “Sexo y Filosofía. Sobre mujer y poder”, Editorial Anthropos, Barcelona, 1994.

- “Feminismo en un mundo global”, Ediciones Cátedra, Madrid, 2008.

- Prólogo al libro de Juan Sinisio Pérez Garzón, “Historia del feminismo”, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2011.

Valdés Dal-Ré, Fernando, “El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en “Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral”, CGPJ, Madrid, 1991.

- “Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva”, Editorial Reus, Madrid, 2010.

Valdueva Blanco, María Dolores, “Nacionalidad, regularidad y multiculturalidad en el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, dentro del libro colectivo, que coordina Jesús Ramón Mercader Uguina, “Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Valle Muñoz, Francisco Andrés, “La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares”, Editorial Colex, Madrid, 1999.

Velasco Portero, Teresa, comentarios a las disposiciones adicionales 11ª y 30ª, en “Comentarios a la Ley de Igualdad”, dirigidos por José Ignacio García Ninet, y coordinados por Amparo Garrigues Giménez, Editorial CISS, Valencia, 2007.

Ventura Franch, Asunción, “Las mujeres y la Constitución Española de 1978”, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999.

- Comentarios a los artículos 1 y 2, en “Comentarios a la Ley de Igualdad”, dirigidos por José Ignacio García Ninet, y coordinados por Amparo Garrigues Jiménez, Editorial CISS, Valencia, 2007.

Villalba Salvador, Belén, “Maternidad y no discriminación”, Revista de Derecho Social, número 15, 2001.

Wacjman, Judy, “El tecnofeminismo”, Ediciones Cátedra, Madrid, 2006.

Wei, Virginia W., “Asian women and employment discrimination: Using Intersectionality Theory to address Title VII claims based on combined factors of race, gender and national origin”, Boston College Law Review, volumen 37, issue 4, número 4, artículo 5, 7.1.1996, accesible on line en <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2051&context=bclr> .

Williams, Joan, “Unbending gender. Why Family and Work Conflict and what to do about it?”, Oxford University Press, Nueva York, 2000.

Wollstonecraft, Mary, “Vindicación de los derechos de la mujer”, Ediciones Cátedra, Madrid, 1994.

Young, Iris Marion, “La justicia y la política de la diferencia”, Ediciones Cátedra – Madrid, 2000.

Zelensky, Anne / Gaussot, Mireille, “Le harcèlement sexuel: Scandales et réalité”, Garancière, Paris, 1986.