

Lan

REVISTA DE RELACIONES LABORALES

Harremanak

25

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN
POR RAZÓN DE GÉNERO EN LAS RELACIONES LABORALES

BERDINTASUNA ETA DISKRIMINAZIORIK EZA
LAN HARREMANETAN, GENEROA DELA MEDIO

2011-II



Lan Harremanak U.E.,
E.U. de Relaciones Laborales

Bilbao Lan Ekintza

eman ta zabal zazu



Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea



© Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua

ISSN: 1575-7048

Fotocomposición / Fotokonposizioa: Ipar, S. Coop. - Bilbao

25

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN
POR RAZÓN DE GÉNERO EN LAS RELACIONES LABORALES

BERDINTASUNA ETA DISKRIMINAZIORIK EZA LAN
HARREMANETAN, GENEROA DELA MEDIO

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Director: MIKEL DE LA FUENTE LAVÍN, profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la E.U. de Relaciones Laborales de la UPV/EHU

Secretaria: ELIXABETE ERRANDONEA ULAZIA, secretaria académica de la E.U. de Relaciones Laborales de la UPV/EHU

Vocal: ENEKA ALBIZU, catedrático de Gestión Estratégica de R.H. de la E.U. de Relaciones Laborales de la UPV/EHU

Vocal: NIEVES ARRESE IRIONDO profesora titular de Derecho Administrativo de la UPV/EHU

Vocal: M.^a Ángeles Díez López, profesora titular de Economía Aplicada de la E.U. de Relaciones Laborales de la UPV/EHU

Vocal: ISABEL OTXOA, profesora titular de Derecho de Trabajo de la E.U. de Relaciones Laborales de la UPV/EHU

Vocal: ITZIAR UGARTEBURU, profesora agregada de Psicología Social de la E.U. de Relaciones Laborales de la UPV/EHU

Vocal: MIKEL URRUTIKOETXEA BARRUTIA, profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

CONSEJO ASESOR:

JAVIER ALONSO SANTOS, técnico del Consejo de Relaciones Laborales del País Vasco

RICARDO BARKALA, delegado del Área de Empleo y Promoción Económica y del Servicio de Recursos Humanos. Ayuntamiento de Bilbao

JON BILBAO, director del departamento de Relaciones Laborales de CONFEBASK

ANDONI KAIERO, catedrático de Sociología de la Universidad de Deusto

CRISTINA CARRASCO, profesora titular de Teoría Económica de la Universidad Autónoma de Barcelona

LUIS CASTELLS, catedrático de Historia Contemporánea de la UPV/EHU

MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO, magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

MIKEL GÓMEZ URANGA, catedrático de Economía Aplicada de la UPV/EHU

AGUSTÍN GONZÁLEZ CRESPO, presidente de Aedipe Norte

ERREDAKZIO KONTSEILUA:

Zuzendaria: MIKEL DE LA FUENTE LAVÍN, UPV/EHUko Lan Harremanen Unibertsitate Eskolako Lan Zuzenbideko eta Gizarte Segurantzako irakasle titularra

Idazkaria: ELIXABETE ERRANDONEA ULAZIA, UPV/EHUko Lan Harremanen Unibertsitate Eskolako akademi idazkaria

Kontseilukidea: ENEKA ALBIZU, UPV/EHUko Lan Harremanen Unibertsitate Eskolako Giza Baliabideen Enpresa-kudeaketa Estrategikoa katedraduna

Kontseilukidea: NIEVES ARRESE IRIONDO, UPV/EHUko Lan Harremanen Unib. Eskolako Administrazio Zuzenbideko irakasle titularra

Kontseilukidea: M.^a Ángeles Díez López, UPV/EHUko Lan Harremanen Unibertsitate Eskolako Ekonomia Aplikatuko irakasle titularra

Kontseilukidea: ISABEL OTXOA, UPV/EHUko Lan Harremanen Unibertsitate Eskolako Lan Zuzenbideko Behin-behineko irakasle titularra

Kontseilukidea: ITZIAR UGARTEBURU, UPV/EHUko Lan Harremanen Unibertsitate Eskolako Gizarte Psikologiako irakasle agregatua

Kontseilukidea: MIKEL URRUTIKOETXEA BARRUTIA, UPV/EHUko Lan Harremanen Unib. Eskolako Lan Zuzenbideko eta Gizarte Segurantzako irakasle titularra

AHOLKULARITZA:

JAVIER ALONSO SANTOS, Euskal Herriko Lan Harremanetarako Kontseiluko Teknikaria

RICARDO BARKALA, Bilboko Udalte txeko Enplegu eta Sustapen Ekonomiko Arloko eta Giza-baliabide Zerbitzuko eskuordea

JON BILBAO, CONFEBASKeko Lan Harremanetarako Saileko zuzendaria

ANDONI KAIERO, Deustuko Unibertsitateko Soziologia katedraduna

CRISTINA CARRASCO, Bartzelonako Unibertsitate Autonomoko Ekonomia Teoriako irakasle titularra

LUIS CASTELLS, UPV/EHUko Historia Garaikideko katedraduna

MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO, Euskal Herriko Auzitegi Goreneko Sozialeko Salako magistratua

MIKEL GÓMEZ URANGA, UPV/EHUko Ekonomia Aplikatuko katedraduna

AGUSTÍN GONZÁLEZ CRESPO, Aedipe Norteko lehendakaria

- JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UPV/EHU
- JON LANDETA RODRÍGUEZ, profesor titular de Dirección de Personal de la UPV/EHU
- JOSÉ LUIS MONEREO, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada
- CARLOS PRIETO, codirector de la revista *Sociología del Trabajo* y Profesor Titular de Sociología de la UCM
- RAFAEL PUNTONET DEL RÍO, Experto del Consejo Económico y Social Vasco
- ALBERT RECIO, profesor titular de Economía Aplicada de la Universidad Autónoma de Barcelona
- JOSÉ LUIS REZABAL, responsable de Negociación Colectiva del Sindicato LAB
- ARANTXA RODRÍGUEZ, profesora asociada de Economía Aplicada de la UPV/EHU
- JAVIER RODRÍGUEZ ALBUQUERQUE, director de Ingalde, organismo autónomo local para el desarrollo de Barakaldo
- JAVIER SAN JOSÉ BARRIOCANAL, departamento de Formación de la Agrupación de Sociedades Laborales de Euskadi (ASLE)
- NEKANE SAN MIGUEL, juez de Instrucción de Bilbao
- CARMEN VILLAHIZÁN, ex-presidente del Colegio de Graduados Sociales del País Vasco
- IMANOL ZUBERO, profesor titular de Sociología de la UPV/EHU
- JOSÉ MARÍA ZUFIAUR, profesor de la Universidad Carlos III de Madrid
- JUAN HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, profesor de la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de la UPV/EHU
- JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN, UPV/EHUko Lana eta Gizarte-Segurantzaren Zuzenbideko katedraduna
- JON LANDETA RODRÍGUEZ, UPV/EHUko Langile Zuzendaritzako irakasle titularra
- JOSÉ LUIS MONEREO, Granadako Unibertsitateko Lana eta Gizarte-Segurantzaren Zuzenbideko katedraduna
- CARLOS PRIETO, *Sociología del Trabajo* aldizkariaren zuzendarikidea eta UCMeko Soziologiaren irakasle titularra
- RAFAEL PUNTONET DEL RÍO, EGAPeko aditua
- ALBERT RECIO, Bartzelonako Unibertsitate Autonomoko Ekonomia Aplikatuaren irakasle titularra
- JOSÉ LUIS REZABAL, LAB sindikatuko negoziatzaile kolektiborako arduraduna
- ARANTXA RODRÍGUEZ, UPV/EHUko Ekonomia Aplikatuaren irakasle laguna
- JAVIER RODRÍGUEZ ALBUQUERQUE, Barakaldoko garapenerako erakunde autonomo lokala den *Ingaldeko* zuzendaria
- JAVIER SAN JOSÉ BARRIOCANAL, Euskadiko Lan Elkarteen Taldeko Prestakuntza Sailekoa
- NEKANE SAN MIGUEL, Bilboko instrukzioko epailea
- CARMEN VILLAHIZÁN, Euskal Herriko Gizarte Graduatuaren elkargoburu-ohia
- IMANOL ZUBERO, UPV/EHUko Soziologiaren irakasle titularra
- JOSÉ MARÍA ZUFIAUR, Madrilgo Carlos III Unibertsitateko irakaslea
- JUAN HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, UPV/EHUko Lan Harremanen Unibertsitate Eskolako irakaslea

TRADUCCIÓN

hitzurun

ITZULPENGINTZA

hitzurun@hitzurun.com

LA REVISTA CUENTA CON LA COLABORACIÓN ECONÓMICA DE:
Lan-Ekintza; Ingalde; Escuela Universitaria de Relaciones Laborales;
Gobierno Vasco, Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social

AURKIBIDEA / ÍNDICE

Presentación	9
Igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales . . .	11
Aurkezpena	15
Berdintasuna eta diskriminaziorik eza lan harremanetan, generoa dela medio . . .	17
<i>El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente</i>	
Magdalena Nogueira Guastavino	19
<i>La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria</i>	
María Amparo Ballester Pastor	53
<i>La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica</i>	
Jaime Cabeza Pereiro	79
<i>Tratamiento convencional de la Igualdad de Género en un contexto de crisis económica</i>	
Olimpia Molina Hermosilla	99
<i>La violencia de género en el empleo como violación del Derecho a la integridad física y psíquica y su prevención. La función de los interlocutores sociales</i>	
Teresa Pérez del Río	123
<i>Algunas consideraciones sobre igualdad por razón de género en el marco de la seguridad y salud en el trabajo</i>	
Nora María Martínez Yáñez	155
<i>En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social</i>	
Arántzazu Vicente Palacio	191
<i>Las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de los sexos en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social</i>	
José Fernando Lousada Arochena	231

ATAL IREKIA / SECCIÓN ABIERTA

<i>El tratamiento de la mortalidad laboral en la prensa vasca (2001-2009)</i>	
José Ignacio Armentia Vizuete, José María Caminos Marcet y María Flora Marín Murillo	269
<i>La diversidad de los modelos de participación laboral de las mujeres en la UE-27</i>	
Mertxe Larrañaga Sarriegui, Yolanda Jubeto Ruiz y M. ^a Luz de la Cal Barredo . . .	291
<i>El reembolso de gastos médicos y la Directiva sobre Asistencia Sanitaria Transfronteriza</i>	
Olga Fotinopoulou Basurko	329
<i>Otra mirada al impacto de la Ley n.º 20.545 que establece el permiso postnatal parental en Chile</i>	
Claudia Andrea Moraga Contreras	353
ERREZENTSIOA / RECENSIÓN	
Carlos Ochando Claramunt: <i>El estado de bienestar</i> . (Sara de la Pinta Prieto)	367

PRESENTACIÓN

El tema monográfico de este número de *Lan Harremanak* está dedicado a «Igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales». La profesora Olga Fotinopoulou expone el contenido y finalidad de la publicación. En nombre del Consejo de Redacción de *Lan Harremanak* agradezco a la profesora Fotinopoulou y a quienes han escrito el monográfico su propuesta de publicar los muy interesantes artículos en nuestra revista.

Además de los ocho artículos del monográfico, se incluyen otros artículos. El artículo de José Ignacio Armentia, José María Caminos y María Flora Marín analiza la evolución en el tratamiento de los accidentes laborales mortales por parte de la prensa vasca, tomando como referencia los fallecimientos ocurridos en Bizkaia en los años 2001 y 2009, concluyendo que en ese período no han tenido lugar cambios sustanciales en ese periodo y que el formato cuasi hegemónico es el de la noticia y que apenas se profundiza en las causas del accidente mortal, en sus antecedentes o en las consecuencias del mismo.

Mertxe Larrañaga, Yolanda Jubeto y M.^a Luz de la Cal examinan la diversidad de los modelos de participación laboral de las mujeres en la Unión Europea, relacionando las características de la inserción laboral femenina con su grado de participación en el mercado laboral en los países, a fin de determinar si una mayor participación laboral entre las mujeres va aparejada con un modelo laboral «femenino», esto es, con empleos a tiempo parcial, temporales, de baja remuneración y en determinados sectores y ocupaciones. O si por el contrario, en los países en los cuales la tasa de empleo femenina es elevada y hay menor brecha con respecto a la de los hombres, el modelo de inserción laboral de mujeres y hombres es similar. Las autoras han constatado la persistencia de desigualdades de género, los cambios que parecen producirse en algunas desigualdades clásicas —como la reducción o incluso cambio de signo de la brecha salarial y también los cambios en la brecha de empleo—, la existencia de algunas relaciones inequívocas —como la importancia del nivel de formación en el empleo de las mujeres y la desigual incidencia que las responsabilidades familiares tienen en la participación laboral de mujeres y de hombres—. Entre las desigualdades persistentes y

que son comunes a todos los países de la Unión destacan la menor participación laboral de las mujeres, la feminización de los empleos a tiempo parcial, la segregación ocupacional y las menores retribuciones salariales de las mujeres.

Olga Fotinopoulou estudia la libre circulación de pacientes en el seno de la UE y el posterior reembolso de gastos por asistencia sanitaria. Teniendo en cuenta que la interpretación que el TJ venía realizándose se saldaba, en general, con la primacía del derecho a la libre circulación de pacientes sobre la base de la libre prestación de servicios y, en consecuencia, el derecho al reembolso de gastos de asistencia sanitaria, las autoridades comunitarias han promovido la Directiva 2011/24/CE con el objetivo de resolver la inseguridad jurídica existente. El artículo analiza el contenido de esta Directiva, que se basa en la mencionada jurisprudencia del TJ.

Claudia Andrea Moraga examina los efectos de la Ley chilena n.º 20.545 que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental, concluyendo que la misma contribuye a reforzar los roles de género existentes en la sociedad chilena y desincentivan la contratación de mujeres en el mercado laboral, especialmente en aquellos puestos de trabajo que demandan alta responsabilidad y requieren de mayor capacitación.

El Consejo de Redacción de *Lan Harremanak* ha decidido incluir en la sección abierta reseñas relacionadas con la temática de la revista. En este número incluimos la de Sara de la Pinta sobre la obra de Carlos Ochando «El Estado del Bienestar», Ed. Ariel.

Finalmente hago público que a partir de este ejemplar de la dirección de *Lan Harremanak*, agradeciendo a quienes han colaborado en un proyecto que tiene ya trece años de duración. A partir de ahora la dirección de la revista pasará a ser desempeñada por M.^a Nieves Arrese Iriondo, a quien le deseo el mayor éxito en su cometido.

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO EN LAS RELACIONES LABORALES

El presente monográfico dedicado a *Igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales* tiene por objeto abordar desde distintas perspectivas la regulación jurídico-laboral de las desigualdades de trato entre hombres y mujeres. Y ello así, porque como es sabido, a pesar de que nuestra legislación ha ido poco a poco insistiendo en la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el contexto laboral a través del establecimiento de diversas medidas, lo cierto es que —a pesar de esos loables intentos y avances— todavía nos queda un buen trecho del camino a recorrer para alcanzar ese desiderátum al que hemos hecho apenas mención.

En efecto, ante la constatación de esta realidad, la Prof. Edurne López Rubia y la que suscribe esta presentación decidimos en su momento solicitar una ayuda a la *Dirección de Igualdad* de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea con la finalidad de organizar una jornada sobre los aspectos anteriormente mencionados que tanto nos preocupaban y nos preocupan. La jornada relativa a «*Igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales*» tuvo lugar en la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de Leioa el pasado 3 de noviembre de 2011, pudiendo ser considerado como el germen de lo que ahora se presenta como un conjunto de estudios relacionados con la materia. Asimismo, esta jornada debe considerarse como uno de los resultados de un proyecto de investigación financiado por la misma Universidad [UPV/EHU 46/09], del que formaba parte la Prof. Fotinopoulou como investigadora principal y donde —entre otras— se debatían estas cuestiones.

A la vista, por tanto, del contexto donde cabe enmarcar estos estudios, se organizó —como se ha avanzado— una serie de conferencias donde tuvimos la ocasión de atender las intervenciones de tres especialistas sobre la materia. Así, la Prof. Magdalena Nogueira Guastavino (Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UAM) realizó una exposición general sobre «La igualdad y no discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales desde la perspectiva constitucional» a la que le siguieron los Prof. Amparo Ballester Pastor (Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UV) y el Prof. Jaime Cabeza Pereiro (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Vigo), a quienes se les encargaron las ponencias tituladas respectivamente «La corres-

pensabilidad entre hombres y mujeres en el marco de las relaciones laborales» y «La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica».

Junto a los participantes en las conferencias; el resto de los trabajos que se acompañan en este estudio han sido realizados por diversos autores especializados en las materias que cada uno de ellos analiza con carácter particular. Así, en primer lugar, debo resaltar la participación de la Prof. T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Jaén, Dña. Olimpia Molina Hermosilla, quien aborda en su trabajo el «Tratamiento convencional de la Igualdad de Género en un contexto de crisis económica». Por su parte, la Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social de la Universidad de Cádiz y experta en la materia, Dña. Teresa Pérez del Río acomete el tema de «La violencia de Género en el empleo como violación del Derecho a la integridad física y psíquica y su prevención. La función de los interlocutores sociales». Asimismo, en esta estela, Dña. Nora Martínez Yáñez, Prof. contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, estudia esta cuestión desde la perspectiva de la seguridad y salud en el trabajo con el estudio titulado «Algunas consideraciones sobre igualdad por razón de género en el marco de la seguridad y salud en el trabajo». Finalmente, se cierra el presente monográfico con el análisis de la igualdad y no discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales desde el punto de vista de la seguridad social y desde la perspectiva tutelar-jurisdiccional. Estos temas han sido abordados —respectivamente— por la Prof. Vicente Palacio (Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Jaume I de Castellón) y por el Magistrado Lousada Arochena en sendos trabajos titulados. «En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de seguridad social» y «Las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de los sexos en la Ley reguladora de la jurisdicción social».

En fin, no quisiera finalizar la presentación de este monográfico sin un breve apartado relativo a los agradecimientos. En primer lugar, quisiera extender mi gratitud tanto a la Dirección de Igualdad de la UPV/EHU, al Vicerrectorado de Investigación de la misma Universidad, como a la E.U. de Relaciones Laborales de Leioa, dado que sin su apoyo económico y logístico no hubiera sido posible la celebración de la jornada anteriormente reseñada. En segundo lugar, quisiera agradecer a la Dirección y al Consejo de redacción de la revista *Lan Harremanak* el que hayan confiado en las Directora de la jornada para la coordinación de este monográfico. Finalmente, y como no podía ser de otra manera, desde aquí se quisiera agradecer de manera especial a los autores de los distintos trabajos que —en su momento— tuvieron a bien aceptar la propuesta de realización de este trabajo, así como a todos los intervinientes y asistentes a la jornada *supra* reseñada, quienes con sus aportaciones no han hecho sino enriquecer el producto

final. Sólo me queda esperar que los resultados sean del interés y provecho para los eventuales lectores.

En Donostia-San Sebastián, a 6 de febrero de 2012.

OLGA FOTINOPOULOU BASURKO

Prof. TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

E.U. Estudios empresariales de Vitoria-Gasteiz

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

AURKEZPENA

Lan Harremanak aldizkariaren zenbaki honen gai monografikoa honako hau da: «Berdintasuna eta diskriminaziorik eza lan harremanetan, generoa dela medio». Olga Fotinopoulou irakasleak argitalpenaren edukia eta helburua azaldu ditu. *Lan Harremanak* aldizkariaren Erredakzio Kontseiluaren izenean, eskerrak eman nahi dizkiet Fotinopoulou irakasleari eta monografikoa idatzi duten guztiei, artikuluko interesgarri hauek gure aldizkarian argitaratzea proposatu izanagatik.

Monografikoaren zortzi artikuluez gain, beste batzuk ere badaude. José Ignacio Armentiak, José María Caminosek eta María Flora Marínek idatzitako artikuluko euskal komunikabideek heriotza eragiten duten lan-istripuen trataeran izandako bilakaera aztertzen du, Bizkaian 2001ean eta 2009an izandako heriotzak erreferentzia gisa hartuta. Ondorio hauek atera dituzte: denbora-tarte horretan ez da funtsezko aldaketarik izan; formatu ia hegemonikoa berriarena da, eta oso gutxi sakontzen da heriotza ekarri duen istripuaren zergatietan, aurrekarietan edo ondorioetan.

Mertxe Larrañagak, Yolanda Jubetok eta M.^a Luz de la Calej Europar Batasuneko emakumeen lan-partaidetzako ereduaren aniztasuna aztertu dute, eta emakumeen laneratzearen ezaugarriak haiek herrialde bakoitzeko lan-merkatuetan duten partaidetza mailarekin lotu dituzte, honako hau zehazteko: emakume gehiagok lan egitea «emakumezkoen» lan-eredu batekin lotuta ote dagoen (hau da, lanaldi partzialeko enplegua, behin-behinekoa, ordainsari txikikoa eta sektore nahiz lanbide jakin batzuetara mugatua duen eredu batekin), edo, aitzitik, emakumeen enplegu-tasa altuagoa eta gizonezkoei begirako alde txikiagoa duten herrialdeetan emakumeen eta gizonen laneratze-eredua antzekoa ote den. Egileek egiaztatu egin dute oraindik ere badirela genero-desberdintasunak, desberdintasun klasiko batzuk itxuraz aldatzen ari direla (esaterako, ordainsarien aldea murriztu egin da, baita alderantzik ere, eta enplegu-tartean ere izan dira aldaketak), zenbait harreman argiak direla (prestakuntza mailak emakumeek lana lortzeko garaian duen garrantzia, besteak beste) eta familiako erantzukizunek emakumeen eta gizonen lan-partaidetzan eragin desberdina dutela. Iraunkorrak

diren eta Europar Batasuneko herrialde guztietan dauden desberdintasunen artean, honako hauek nabarmendu dituzte: emakumeek gutxiago parte hartzen dute lan-merkatuan; lanaldi partziala nagusiki emakumeei lotutako eredia da; lanbidearen araberako bereizketak egiten dira, eta emakumeek ordainsari txikiagoak jasotzen dituzte.

Olga Fotinopoulouk gaixoeak EB barruan duten zirkulazio askea eta osasun-arretagatiko gastuen diru-itzultzea aztertu ditu. JAren interpretazioaren arabera, oro har gaixoeak modu askean zirkulatzeko duten eskubidearen alde egiten zen, zerbitzuen emate askean eta, ondorioz, osasun-arretaren gastuak bueltan jasotzeko eskubidean oinarrituta. Hori kontuan hartuta, erkidegoko agintariek 2011/24/CE Zuzentaraua sustatu dute, arlo horretako segurtasun-falta juridikoa konpontzeko. Artikuluak aipatutako JAren jurisprudentzian oinarritutako Zuzentarau horren edukia aztertzen du.

Claudia Andrea Moragak Txileko 20.545 zenbakidun legearen ondorioak aztertu ditu. Lege horrek amatasunaren babesari buruzko arauak aldatu ditu, eta jaio osteko guraso-baimena ezarri du. Egileak ondorioztatu duenez, lege horrek txiletar gizartean ezarrita dauden genero-rolak sendotzen ditu, eta kalte egiten dio emakumeen kontratazioari, batez ere erantzukizun eta prestakuntza handia eskatzen duten lanpostuei begira.

Lan Harremanak aldizkariaren Erredakzio Kontseiluak atal irekian aldizkariaren gaiarekin lotutako aipamenak sartzearabaki du. Zenbaki honetan, Sara de la Pintak Carlos Ochandoren *El Estado del Bienestar* (Ariel arg.) lanaren gainean egindakoa sartu dugu.

Azkenik, jakitera eman nahi dut zenbaki honetatik aurrera utzi egingo dion dala *Lan Harremanak* aldizkariaren zuzendari izateari. Eskerrak eman nahi dizkiet dagoeneko hamahiru urte dauzkan proiektu honetan lagundu duten guztiei. Hemendik aurrera, M.^a Nieves Arrese Iriondo izango da zuzendaria. Zeregin horretan arrakasta handia izatea opa diot.

BERDINTASUNA ETA DISKRIMINAZIORIK EZA LAN HARREMANETAN, GENEROA DELA MEDIO

«*Berdintasuna eta diskriminaziorik eza lan harremanetan, generoa dela medio*» gaiari buruzko monografiko honen xedea gizon eta emakumeen arteko tratu-desberdintasunen laneko erregulazio juridikoa zenbait ikuspegitatik lantzea da. Izan ere, gure legediak pixkanaka urratsak eman ditu, zenbait neurri ezarriz, lan arloan emakume eta gizonen arteko berdintasun eraginkorra lortzeko, baina ahaleginak eta aurrerapenak goresgarriak izan badira ere, oraindik bide luzea daukagu egiteko, aipatu besterik egin ez dugun helburua erdiesteko.

Errealitate hori ikusita, Edurne López Rubia irakasleak eta biok Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitateko *Berdintasunerako Zuzendaritzari* laguntza eskatzea erabaki genuen, kezka handia sorrarazten ziguten eta diguten alderdi horiei buruzko jardunaldi bat antolatzeko asmoz. «*Berdintasuna eta diskriminaziorik eza lan harremanetan, generoa dela medio*» gaiari buruzko jardunaldia Leioako Lan Harremanen Unibertsitate Eskolan egin genuen, 2011ko azaroaren 3an. Jardunaldi hura har dezakegu orain gaiarekin lotutako azterlan multzo gisa aurkezten dugun lan honen jatorritzat. Halaber, jardunaldi hori Unibertsitateak berak finantzaturako ikerketa-proiektu baten emaitza ere izan zen [UPV/EHU 46/09]. Fotinopoulou irakaslea proiektuko ikertzaile nagusia zen. Bertan, gai horiek eztabaidatu ziren, besteak beste.

Azterlan horiek oinarri duten errealitatea aintzat hartuta, hitzaldi batzuk antolatu ziren —aurretik aipatu bezala—, eta hiru irakasle adituren hitzaldiak entzuteko aukera izan genuen. Magdalena Nogueira Guastavino irakasleak (MUAko Lanaren eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideko katedraduna) gai honi buruzko azalpen orokorra egin zuen: «Berdintasuna eta sexuagatiko diskriminaziorik eza lan-harremanetan. Ikuspegi konstituzionala». Gero, Amparo Ballester Pastor irakasleak (VUko Lanaren eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideko katedraduna) eta Jaime Cabeza Pereiro irakasleak (Vigoiko Unibertsitateko Lanaren eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideko katedraduna) aurkeztu zituzten beren hitzaldiak, «Gizon eta emakumeen arteko erantzunkidetasuna lan-harremanen esparruan» eta «Sexuagatiko ordainsari-

diskriminazioa diskriminazio sistematikoko paradigma gisa», hurrenez hurren.

Hitzaldietako parte-hartzaileen lanekin batera, beste zenbait egileren lanak ere argitaratu ditugu ikerlan honetan; egile horietako bakoitza aditua da zehazki aztertu duen gaian. Hala bada, Jaengo Unibertsitateko Lanaren eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideko unibertsitate-irakasle titularra den Olimpia Molina Hermosilla andrearen parte-hartzea nabarmendu behar dut, lehenik; «Genero Berdintasunaren ohiko trataera krisi ekonomikoko testuinguruan» gaia landu du bere lanean. Bestalde, Teresa Pérez del Río andreak, Cadizeko Unibertsitateko Lanaren eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideko katedraduna eta gaian aditua denak, gai hau landu du bere lanean: «Genero-indarkeria lanean, segurtasun fisiko eta psikikoaren eskubidearen urraketa gisa, eta haren prebentzioa. Lan-munduko ordezkarien eginkizuna». Nora Martínez Yáñez Lanaren eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideko irakasle doktore kontratudunak gai hori bera aztertu du segurtasunaren eta osasunaren ikuspegitik, «Segurtasunaren eta osasunaren esparruko generoagatiko berdintasunari buruzko gogoeta batzuk» izeneko lanean. Monografiko hau ixteko, gizarte-segurantzaren ikuspegitik eta tutoretzako nahiz eskumeneko ikuspegitik aztertu dugu lan-harremanetako berdintasuna eta sexuagatiko diskriminaziorik eza. Gai horiek Vicente Palacio irakasleak (Castellóko Jaime I Unibertsitateko Lanaren eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideko katedraduna) eta Lousada Arochena magistratuak landu dituzte, lan banatan: «Emakumeen berdintasun materialaren bila: berdintasun formala eta ekintza positiboko neurriak gizarte-segurantzaren arloan» eta «Sexuen arteko berdintasunaren babes juridikozional eraginkorreko klausulak gizarte-jurisdikzioa arautzen duen Legean».

Ez nuke monografiko honen aurkezpena amaitutzat eman nahi eskerretarako tarte labur bat hartu gabe. Lehenik, eskerrak eman nahi dizkiet UPV/EHUko Berdintasunerako Zuzendaritzari, Unibertsitateko Ikerketako Errektor-reordetzari eta Leioako Lan Harremanen Unibertsitate Eskolari, haien laguntza ekonomiko eta logistikorik gabe ezin izango baikenuen aurretik aipatutako jardunaldi hori antolatu. Bigarrenik, *Lan Harremanak* aldizkariaren Zuzendaritzari eta Erredakzio Kontseiluari eskertu nahi diet monografiko honen koordinazioa jardunaldi horren zuzendarion esku utzi izana. Azkenik, eta ezinbestean, eskerrak eman nahi dizkiet, bereziki, lanen egileei, haiek egiteko proposamena onartu zutelako, eta aipatutako jardunaldi horretan parte hartu zutenei, egin-dako ekarpenei esker amaierako emaitza aberastu zutelako. Emaitzak ohiko irakurleentzat interesgarriak eta probetxugarriak izatea espero dut.

Donostian, 2012ko otsailaren 6an

OLGA FOTINOPOULOU BASURKO

Lanaren eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideko Unibertsitate Irakasle Titularra
Gasteizko Enpresa Ikasketen UE
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL RECIENTE

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

ABSTRACT

■ *En el presente artículo se analiza de modo breve y descriptivo la doctrina teórica y práctica del Tribunal Constitucional en relación con el principio de igualdad y de no discriminación en las relaciones laborales. Con especial atención a la evolución de la posición de este Tribunal en relación con el despido de la mujer embarazada cuando el empresario desconoce dicha circunstancia, con el acoso sexual, con las acciones positivas y los derechos de conciliación. Junto al estudio del derecho sustantivo, se aborda el proceso de tutela ante el Tribunal constitucional mediante el recurso de amparo.*

Palabras clave: doctrina constitucional, igualdad y no discriminación en el empleo, mujer embarazada, acoso sexual, acciones positivas, permisos familiares.

■ *Artikulu honetan, Auzitegi Konstituzionalak lan-harremanetako berdintasuneko printzipioari eta bereizkeriarik ezaren printzipioari begira zer-nolako doktrina teoriko eta praktikoa darabilen aztertuko dugu, labur-labur eta modu deskriptiboan. Arreta berezia eskainiko diogu Auzitegi horrek zenbait gaietan izandako jarreraren bilakaerari (emakume haurdunen kaleratzea, enpresaburuek haurdun dau dela jakin gabe; sexu-jazarpena; ekintza positiboak; familia eta lana bateratzeko eskubideak). Zuzenbide substantiboa aztertzeaz gain, Auzitegi Konstituzionalaren*

aurrean babes eskeko errekurtsoren bidez egiten den tutoretza-prozesua landuko dugu.

Gako-hitzak: doktrina konstituzionala, berdintasuna eta bereizkeriarik eza lanean, emakume haurduna, sexu-jazarpena, ekintza positiboak, familiagatiko baimenak.

■ *This paper exams, briefly and descriptive, the Constitutional Court's doctrine on the principle of equality and nondiscrimination in employment relations. Special attention is paid to the evolution of the position of this Court concerning the dismissal of pregnant women when the employer doesn't know that fact, sexual harassment, positive actions and family leaves. The paper also studies the writ of amparo, a remedy for the protection of these rights at the Constitutional Court.*

Key words: constitutional doctrine, equality and nondiscrimination in employment relations, pregnant women, sexual harassment, positive actions and family leaves.

A. El principio de igualdad y de no discriminación: alcance y contenido

La Constitución Española (en adelante CE) contiene varias referencias de las que necesariamente se ha de partir para realizar una interpretación correcta del verdadero alcance y contenido técnico jurídico del principio de igualdad: a) el art. 1 CE: proclama la igualdad como *valor superior* del ordenamiento jurídico; b) como *principio* jurídico (es decir, como mandato de optimización a decir de R. Alexy); el art. 9.2 consagra la obligación de 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; c) como *derecho fundamental*: el nuclear art. 14 CE preceptúa 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», lo que se completa con el art. 35.1 CE cuando señala que todos los españoles tienen derecho 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», d) en todo caso el art. 24.1 CE prevé que este derecho goza de tutela judicial efectiva, por lo que si se impide la defensa de su ejercicio, se vulnerará la garantía de indemnidad por litigiosidad (cuando tal garantía muestre rasgos de autonomía y pueda deslindarse de la violación del propio principio de igualdad).

De la interpretación conjunta de estos preceptos el TC ha diferenciado jurídicamente varias vertientes del principio de igualdad, cada una con sus peculiaridades técnico-jurídicas y cuya correcta comprensión permitirá, en caso de vulnerarse, una adecuada defensa judicial: a) el principio de igualdad ante la Ley, b) el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, c) el derecho a no ser discriminado por motivos personales o sociales, derecho éste que proscribía la represalia por el ejercicio de acciones para hacer efectivo el derecho a la igualdad, prohíbe la discriminación directa e indirecta, permite el establecimiento de acciones positivas y, en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, posibilita medidas de discriminación inversa.

La distinción entre el principio de igualdad y no discriminación es relevante para fijar su alcance en las relaciones laborales. Así, la prohibición de no discriminar se impone a todos los poderes públicos y privados, es decir, es un principio que actúa sobre el legislador, pero también se proyecta con toda su fuerza

sobre la negociación colectiva y todos los actos que el empleador adopte en el ejercicio de su poder de dirección y organización: todos ellos no pueden discriminar por razón de sexo. Frente a ello, el principio de igualdad sufre matices dependiendo de la fuente en que se contenga el distinto tratamiento entre colectivos: de este modo, aunque en los convenios colectivos se aplica la cláusula general de igualdad, ésta juega matizadamente habida cuenta de que dicho principio debe hacerse compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad y de la autonomía colectiva (SSTC 177/1988, de 10 de octubre; 171/1989, de 19 de octubre, 28/1992, de 9 de marzo; 280/2006, de 9 de octubre; 26/2011, de 14 de marzo entre otras) y cuando se trata de un acuerdo privado o de la decisión unilateral del empresario, las diferencias que puedan establecerse en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, respetando los mínimos legales o convencionales, no vulneran el principio de igualdad y lo único que está prohibido es que dichas diferencias escondan un trato discriminatorio.

B. El principio de igualdad ante la ley

En términos generales supone tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. En un sentido técnico-jurídico lo que prohíbe en puridad es la existencia de tratamientos desiguales carentes de justificación o desproporcionados, es decir, busca evitar desigualdades irrazonables no justificadas objetivamente. Por lo que, a contrario, tratamientos diferenciados entre situaciones iguales que respondan, sin embargo, a una justificación objetiva y razonable y cuyas consecuencias sean proporcionadas, resultarán plenamente conformes con el artículo 14 CE.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) a la hora de examinar si se vulnera el principio de igualdad parte de un canon o control de «mínimos»: se presume la legitimidad de la medida o presunción a favor del legislador. Para controlar la constitucionalidad de una medida legislativa (o de un convenio colectivo estatutario) el TC verifica: a) en primer lugar, que quien alega la vulneración aporte un término de comparación suficiente y adecuado: que demuestre que las situaciones a comparar son esencialmente iguales o similares, b) que no existe una justificación objetiva y razonada: finalidad legítima conforme con la Constitución y que es carga probatoria de quien promueve la diferencia (el legislador o los sujetos negociadores, debiendo tenerse en cuenta que cuando se trata de un convenio colectivo, siempre concurre un elemento adicional a tener en cuenta, cual es el de la autonomía colectiva protegido por el art. 37 CE y que debe igualmente ser ponderado, reforzando así la presunción a favor del convenio), c) que la medida, aunque trate desigualmente supuestos iguales de modo justificado, al hacerlo, no sea desproporcionado en sus consecuencias. Para medir el grado de proporcionalidad, el TC utiliza un canon específico en el que se

examina: a) si la medida es adecuada, es decir sirve para una finalidad legítima constitucionalmente, b) si la medida es «necesaria», es decir, si no existe otra medida menos lesiva del derecho fundamental que permita alcanzar la misma finalidad de la norma; y c) si es proporcionada en sentido estricto, es decir, si se ha restringido el derecho fundamental en la medida estrictamente necesaria para conseguir dicha finalidad, debiendo procurarse la menor restricción posible del derecho fundamental afectado.

La STC 103/2002, de 6 de mayo, por ejemplo, considera violado el principio de igualdad por parte de un Plan de Pensiones que establece un régimen jurídico diferente según la fecha de ingreso de los trabajadores y que sólo toma en cuenta la vinculación del trabajador con la empresa con contrato fijo pero no considera los contratos temporales que el trabajador tuvo con la misma empresa con anterioridad. Se declara, de este modo, vulnerado el principio de igualdad por trato diferenciado entre fijos y temporales. Por su parte, la STC 253/2004, de 22 de diciembre, considera vulnerado el mismo derecho fundamental por la normativa laboral que computaba a los contratados a tiempo parcial exclusivamente las horas trabajadas a efectos de determinar los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social. Doctrina continuada por las SSTC 49 y 50/2005, de 14 de marzo.

Ya en relación con la discriminación por razón de sexo y la conciliación, la STC 75/2011, de 19 de mayo, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la conformidad constitucional del art. 48.4 ET en la redacción dada por la Ley 39/99 de conciliación de la vida familiar y laboral, por la que no se permite al trabajador varón disfrutar del permiso de maternidad cuando la madre es trabajadora por cuenta propia (en el caso examinado), al configurarse el derecho como originario de la madre, el TC aplica el canon de constitucionalidad respecto de dos términos de comparación distintos. Así, en primer lugar, comparando la situación de madres y padres, considera que el término es adecuado pero rechaza que haya discriminación del varón (porque no existe una situación histórica de cuidado de los hijos de los varones que haya de reponerse) ni vulneración del principio de igualdad en tanto la diferencia se haya justificada porque la protección del permiso es de la mujer y no de la familia; protección de la mujer que se justifica para compensar, en virtud del art. 9.2 CE, la tradicional situación de desventaja de las mujeres con incidencia directa en la relación de trabajo y para evitar cualquier perjuicio laboral derivado de la maternidad. Es decir, justificación y, aunque no se diga nada, parece que proporcionado el trato desigual. Pero, además, el TC examina si se vulnera el principio de igualdad como consecuencia del distinto régimen jurídico de la maternidad, como filiación natural, respecto del previsto en caso de adopción, en el que el legislador prevé el carácter indistinto del permiso. Y en este caso el TC considera que, ni siquiera, concurre un término adecuado de comparación por lo que decae cualquier otro examen ulterior sobre la justificación y la proporción. En concreto, señala que parto y adopción son situaciones que aunque pudieran ser iguales desde la perspectiva de los hijos, no lo son respecto a la regulación de los derechos laborales y de protección social al ser diferentes sus finalidades, una protectora de la madre, la maternidad, y la integración del menor en la adopción.

C. El principio de igualdad en la aplicación de la ley

Al no ser especialmente relevante a nuestros efectos baste con señalar que trata de evitar la arbitrariedad judicial permitiendo el arbitrio: se prohíbe que un órgano modifique arbitrariamente sus decisiones en casos sustancialmente iguales si no motiva su cambio de criterio. Debe acreditarse un término de comparación entre la Sentencia impugnada y una solución del mismo órgano judicial que en casos sustancialmente iguales haya resuelto de modo contradictorio. A la hora de establecer la «identidad» del órgano que ha cambiado el criterio injustificada e inmotivadamente, el TC ha señalado que no basta con comparar dos resoluciones judiciales de la misma Sala de un mismo Tribunal, sino que la comparación se hace entre resoluciones de la misma «sección» pues el principio de igualdad en la aplicación de la Ley debe ponderarse y compaginarse con otro derecho constitucionalmente reconocido: el de la independencia judicial. Finalmente el elemento de comparación debe ser una resolución judicial que resuelva un caso idéntico de otro sujeto, no puede ser un caso referido a la misma persona que se queja de la vulneración [exigencia de alteridad: STC 64/2000, de 13 de marzo] y no debe existir una motivación que justifique el cambio de criterio (si se motiva ya no hay vulneración constitucional).

STC 70/2003: una trabajadora de Zara interpone recurso de casación para la unificación de doctrina y el TS considera que su sentencia es contradictoria con la aportada de contraste, revocándose la sentencia que le fue perjudicial para dar la razón a la trabajadora; un día después en un supuesto idéntico de otra trabajadora de Zara, el Tribunal Supremo mantiene que no hay contradicción y no puede revisarse su sentencia, pese a que se aportaba la misma Sentencia contradictoria, simplemente diciendo que los supuestos no son iguales pero sin motivar porque ahora no son iguales y un día antes lo eran.

D. El principio de no discriminación

El principio de no discriminación contenido también en el art. 14 CE enlaza con valores inherentes a la dignidad de la persona humana y parte de la constatación de la existencia en la sociedad de grupos o colectivos de personas *sistémica y tradicionalmente marginados*, con lo que su vulneración supone, no sólo situar a sectores de la población en situaciones desventajosas carentes de razonabilidad, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE. Como señala el TC la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el

acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (STC 26/2011, de 14 de marzo, FJ 4).

La STC 26/2011, de 14 de marzo, rechaza que haya discriminación por razón de sexo del varón solicitante del amparo sobre esta perspectiva, afirmando que «resultaría difícil apreciar la existencia de discriminación por razón de sexo que alega el recurrente, pues, como advierte el Fiscal en sus alegaciones, el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres. Por otra parte, el examen de las resoluciones impugnadas en amparo evidencia que el recurrente no ha sido objeto de una diferencia de trato por razón de sexo, pues la denegación de su pretensión de ser adscrito al horario nocturno con carácter fijo durante el curso 2007-2008 no se fundamenta en que sea trabajador varón, lo que excluye que nos hallemos ante una hipotética discriminación directa por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE». Cuestión distinta es que en esta sentencia se estime el amparo por otra causa de discriminación, las circunstancias personales o sociales, como luego se dirá.

La prohibición de discriminación respecto de tales colectivos implica una violación más cualificada de la igualdad, que debe ser corregida y eliminada exigiendo, incluso, un trato desigual compensador o acción positiva para lograr que la igualdad de los colectivos marginados sea real y efectiva.

Como señala con claridad la STC 3/2007, de 15 de enero, Sala Primera, «a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya en la propia Constitución, que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad».

Cuando las diferencias contenidas en la ley utilizan directa o indirectamente rasgos expresamente prohibidos por la Constitución la actuación legislativa deviene especialmente sospechosa de discriminación y se ve sometida a un «juicio estricto de igualdad en la ley», es decir, de presunción contra el legislador. El juicio estricto de igualdad supone que la finalidad legislativa de trato diferente «perjudicial» de los colectivos que histórica y socialmente se han visto marginados se presume inconstitucional. En el momento en que se utilizan los rasgos que cohesionan a estos grupos, como ocurre con el sexo, en la clasificación legislativa existe la sospecha de que la finalidad de la diferencia de trato es la de perjudicarlos (discriminación directa); lo que se predica igualmente cuando pese a

no hacerse referencia a dichos rasgos prohibidos se produce un impacto negativo en el colectivo que los reúne (discriminación indirecta). La distinción entre sexos sólo puede ser excepcionalmente utilizada como criterio de diferenciación jurídica y por ello se ve sometido a un canon más estricto de legitimidad constitucional y un mayor rigor en cuanto a las exigencias materiales de proporcionalidad (STC 3/2007, de 15 de enero). Sólo en aquellos casos en que verdaderamente la diferencia de trato tenga una finalidad neutra ajena a toda intención discriminatoria, podrá destruirse la presunción en contra.

a) Prohibición de discriminación directa por razón de sexo

Discriminación *directa* (arts. 6.1 y 8 LOI): tratamiento jurídico diferenciado y «desfavorable» a una persona por razón de su sexo. En este tipo de discriminación el sexo se erige en el criterio de diferenciación utilizado por una norma o decisión unilateral del empleador de una manera perceptible y clara con un mero examen superficial y, salvo supuestos verdaderamente excepcionales en los que el sexo es condición básica de la tarea a desarrollar, se trata de una diferenciación terminantemente proscrita.

Se considera también discriminación directa la relativa a circunstancias biológicamente exclusivas de la mujer como pueden ser el embarazo, el parto o la lactancia natural, como factores diferenciales que afectan exclusivamente a la mujer. Condiciones éstas que, además, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condicionan las potestades organizativas y disciplinarias del empresario protegiendo de las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora.

En un principio se pensó que en realidad el embarazo no se enmarcaba dentro de la discriminación por razón de sexo, sino de la cláusula abierta del art. 14 CE relativa a «otra condición personal», aunque el TC parece apuntar su conexión con el sexo en la STC 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2, ello se hace explícito a partir de la STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2 y continua constante (entre otras, SSTC 20/2001, 41/2002, 17/2003, 175/2005, 182/2005, 214/2006, 324/2006, 342/2006, 3/2007), hasta la más reciente STC 17/2007, de 12 de febrero, afirmando que se trata de un supuesto discriminación directa al tratarse de situaciones que única y exclusivamente afectan a la mujer. En la actualidad su calificación como discriminación directa por razón de sexo es contundente en el art. 8 LOI

El problema jurídico constitucional que se ha planteado en el embarazo es el de si es necesario, o no, el conocimiento del empleador para que pueda considerarse la medida empresarial discriminatoria por razón de sexo. Ello es un problema pues, en caso de que el empresario adopte una decisión sin conocimiento de la situación de la trabajadora, en realidad podría pensarse que a lo sumo habrá una extinción sin causa, improcedente, pero no nula por vulnerar un derecho que ni siquiera se sabía concurrente. La doctrina del TC ha ido oscilando

hasta precisar su doctrina en esta materia, sobre la base de dotar de decisiva, mayor o menor relevancia al conocimiento del estado de gestación de la trabajadora por parte del empleador.

En un primer momento, el desconocimiento del empresario va a ser la clave para la calificación del despido como procedente o no. De este modo, para el TC la constancia expresa en los hechos probados de que el empleador desconoce el estado de embarazo de la trabajadora impide considerar que la decisión adoptada sea discriminatoria por razón precisamente de dicho estado, cuando no es posible apreciarlo a simple vista (STC 41/2002, de 25 de febrero). Si ello no es así, es decir no consta el desconocimiento del empleador como hecho probado, pero tampoco su conocimiento de modo expreso, no se puede rechazar de plano la vulneración constitucional (STC 62/2007, de 27 de marzo). Y ello porque si el estado de gravidez era conocido por sus compañeros o sus jefes directos, o en el centro de trabajo, tal dato se erige en indicio del conocimiento empresarial (STC 17/2003, de 30 de enero). En sentido inverso, sin embargo, ello no significa que cuando ha quedado demostrado el conocimiento del empleador ello sea, por sí solo, suficiente para considerar discriminatorio el acto impugnado (STC 17/2003, de 30 de enero, STC 41/2002, de 25 de febrero). Este dato, sin duda, aporta un dato necesario pero no suficiente al panorama indiciario, debiéndose en tal caso, de todos modos, completarse dicho panorama para que actúe, dentro de su juego normal, la técnica de la prueba de indicios. Los supuestos de conocimiento del empleador que se añade a otros inicios para considerar finalmente la decisión contraria al art. 14 CE son los más numerosos. Ello es lo que ocurre en el caso de la piloto embarazada donde por ello le suspenden el contrato de trabajo (STC 161/2004), en el de no renovación del contrato de trabajo a la trabajadora por parte de la clínica (STC 175/2005, de 4 de julio), en el cese de la trabajadora del Partido Popular, donde se comunica el estado de gestación al Consejero para el que trabaja (STC 98/2003) o en el caso del «despido nulo no discriminatorio» donde el órgano judicial considera probado el conocimiento pero descarta el hecho discriminatorio por no tener entidad la causa alegada y el TC considera que por ello, precisamente, debe ser considerado nulo radical (STC 342/2006, de 11 de diciembre). En todo caso, más recientemente, el TC ha destacado que el derecho a la intimidad de la trabajadora (art. 18.1 CE) no le obliga a notificar dicho estado al empleador (STC 17/2007, de 30 de enero).

Pero a partir de la STC 92/2008, de 21 de julio, la posición del TC se modifica y se precisa en relación con la mayor protección otorgada por el legislador nacional a las embarazadas. En concreto, en la trasposición que el legislador español hace en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de la Directiva 92/85/CEE, aunque en ésta se exige la comunicación del embarazo al empresario (lo que es lógico pues es una Directiva de seguridad y salud), el art. 55.5 ET y el art. 53.4 ET junto al supuesto de nulidad ya contemplado para el caso de despidos discrimi-

minatorios o con vulneración de derechos fundamentales, añade un nuevo supuesto en el que declara también la nulidad («será también nulo» dice la Ley) del despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha del inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo. Y lo hace sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario, ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo. Tanto el sentido propio de las palabras, al enumerar un nuevo supuesto de nulidad adicional al previsto en el párrafo primero, como al no contemplar otra excepción o condición a la declaración de nulidad que la procedencia del despido (ni siquiera la acreditación de una causa real, suficiente y sería, no discriminatoria, aún improcedente) y al delimitar el ámbito temporal de la garantía por referencia a «la fecha de inicio del embarazo» (ni siquiera a la fecha en que el embarazo sea conocido por la propia trabajadora, menos aún por el empresario), como la interpretación contextual del precepto en su relación con el párrafo primero —inmodificado— y la referida a la necesaria finalidad de innovación del ordenamiento jurídico que debe perseguir toda reforma legal, conducen a una interpretación del precepto como configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación. La cuestión ahora es decidir si dicha nulidad objetiva legal tiene también trascendencia constitucional, es decir, si el despido, sin conocimiento del empleador, incluso sin conocimiento de la propia trabajadora, supone también un despido discriminatorio en sentido constitucional, o sólo es un despido nulo legal. Ello es importante en tanto mientras que si se afirma que es discriminatorio el supuesto tendría acceso al amparo, no sería así de considerar que se trata de una mera infracción legal no calificar en tales casos el despido como nulo.

Precisamente este es el exacto problema que aborda la STC 92/2008, en un recurso en el que la empresa despide a una trabajadora embarazada alegando la imposibilidad de mantener sus servicios y reconociendo la improcedencia del despido y en el que en la jurisdicción ordinaria califica el despido como improcedente y no como nulo al no estimar probado que la empresa conociese la situación de embarazo de la trabajadora. Los argumentos constitucionales de la trabajadora demandante de amparo eran la discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y la vulneración de la tutea judicial efectiva por inaplicación de la norma que, a su juicio, impone la declaración de una nulidad objetiva del despido, en caso de no demostrarse procedente y con independencia del conocimiento del estado de gravidez por parte del empleador.

El TC recuerda en esta sentencia su doctrina sobre el conocimiento directo o indirecto (indicios) del empresario como condición para considerar discrimi-

natorio el despido y entender, en definitiva, que fue precisamente dicha circunstancia la que lleva al acto empresarial extintivo, por lo que el art. 14 CE, en puridad, no se vulneraría al no existir indicios de la lesión y constar exclusivamente que la trabajadora estaba embarazada en el momento del despido y que no existiría causa legal para el mismo (por ello la empresa reconoce la improcedencia), por lo que considera que las resoluciones impugnadas que declaran que el despido no ha estado motivado o causado por el embarazo son desde este punto de vista correctos. Pero el TC no se limita a dicho análisis y utiliza la técnica del conocido como «canon reforzado» de control de los derechos fundamentales. Mediante el mismo se pone en conexión el derecho a la tutela judicial efectiva y, con ella, el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, con un determinado derecho fundamental, en nuestro caso, el art. 14 CE, exigiendo a los órganos de la jurisdicción ordinaria no ya que dicten resoluciones que sean «razonables» y «no arbitrarias», sino que en sus resoluciones valoren y ponderen los derechos fundamentales alegados y que pudieran estar en juego, es decir, se les exige un esfuerzo argumentativo mayor y de más calidad constitucional. La diferencia es importante, ya que mientras que en el primer caso, vulneración simple de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, el control constitucional es completamente «externo» y se limita a ver si no se incurre en argumentos ilógicos o carentes de sustento argumentativo, en el segundo caso el TC posee un mayor margen de «intromisión» en la argumentación o motivación judicial para verificar si, en efecto, se trata de una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego y que exprese o trasluzca una argumentación axiológica que sea respetuosa con su contenido.

Desde este segundo acercamiento, el TC considera que, en el caso concreto, no se han satisfecho los requerimientos constitucionales y otorga el amparo. En particular, para el TC el argumento de que la Directiva exige la información al empresario para proyectar su protección, no constituye motivación suficiente desde esta nueva perspectiva, alejándose incluso de una interpretación literal y teleológica del precepto desde parámetros constitucionales. Los argumentos básicos del TC al respecto son los siguientes:

- La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 CE, por más que puedan igualmente hallarse vínculos de la misma con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, como con el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, por cuya garantía deben velar los poderes públicos conforme al art. 40.2 CE (STC 62/2007, de 27 de marzo, FJ 5), que constituye particularmente el fundamento de la regulación establecida en la Directiva 92/85/CEE; o con el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos al que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 39 CE.

- Nada en los preceptos del ET relativos a la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el periodo de embarazo de una trabajadora, exigen la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de la previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. Antes al contrario, todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3.1 del Código civil) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que la nulidad del despido tiene en estos casos un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo.
- En concreto, los preceptos legales del ET califican el despido como nulo de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha del inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo, sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario (a diferencia de lo que contempla la Directiva comunitaria [92/85]), ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo. Tanto el sentido propio de las palabras, al enumerar un nuevo supuesto de nulidad adicional al previsto en el párrafo primero, al no contemplar otra excepción o condición a la declaración de nulidad que la procedencia del despido (ni siquiera la acreditación de una causa real, suficiente y sería, no discriminatoria, aún improcedente) y al delimitar el ámbito temporal de la garantía por referencia a «la fecha de inicio del embarazo» (ni siquiera a la fecha en que el embarazo sea conocido por la propia trabajadora, menos aún por el empresario), como la interpretación contextual del precepto en su relación con el párrafo primero —inmodificado— del mismo y la referida a la necesaria finalidad de innovación del ordenamiento jurídico que debe perseguir toda reforma legal, conducen a una interpretación del precepto como configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación.
- Frente a esta claridad interpretativa no puede oponerse el hecho de que la Directiva comunitaria prevea expresamente la necesidad de comunicación del estado de embarazo, porque es manifiesto el apartamiento por el legislador nacional del texto de la Directiva en este aspecto concreto en tanto la exposición de motivos de la ley de transposición específica que con ella se superan los niveles mínimos de protección. Para el TC la creación por el legislador de un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las tra-

- bajadoras embarazadas posee «una clara relevancia constitucional» desde la perspectiva prioritaria del derecho a la no discriminación por razón de sexo, porque se ve reforzado al dispensar a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada y cuya exigencia limitaría la eficacia del derecho fundamental. Pero, además, con ello se exime, además, de la necesidad de demostrar el conocimiento por un tercero de un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener, legítimamente, fuera del conocimiento de los demás y, en particular, de la empresa, por múltiples razones, incluido el deseo de preservar un puesto de trabajo que puede entender amenazado como consecuencia del embarazo. Exonerar de esta prueba del conocimiento del embarazo y, con ella, de toda obligación de declaración previa, sustituyéndola por la prueba en caso de despido de un hecho físico objetivo como es el embarazo en sí, constituye, sin duda, una medida de fortalecimiento de las garantías frente al despido de la trabajadora embarazada (art. 14 CE), al tiempo que plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).
- El TC reconoce que la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige, necesariamente, un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador y que son posibles otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor antes de la reforma legal. Pero considera que «una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE, que incrementa las garantías precedentes conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido».
 - Por todo ello concluye que las resoluciones impugnadas no satisfacen las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas del derecho fundamental que impone la afectación —particularmente intensa, en el presente caso— del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora y de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados y estima la demanda de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo.

Esta nueva posición del TC, que supone que basta la acreditación del dato objetivo del embarazo para que sea declarado nulo, con independencia de que

existan o no indicios de su carácter discriminatorio cuando no puede calificarse de procedente, para considerar que la legislación ordinaria se interpreta de conformidad con los derechos constitucionales en juego, se acoge igualmente en el asunto resuelto por la STC 124/2009, de 18 de mayo. Criterio que ha tenido que acoger el TS, si bien matizando esta doctrina de la «nulidad objetiva» cuando la extinción del contrato de la mujer embarazada se produce durante el periodo de prueba, al entender en la Sentencia de Sala General de 18 de abril de 2011, rec. 2893/2010, que tal previsión de nulidad objetiva por la que se refuerza la protección de la trabajadora, se limita a los supuestos de extinción «causal» (donde el legislador expresamente la ha previsto), pero no se extiende a otros en los que sigue jugando la necesidad de acreditar un panorama indiciario de discriminación, so pena de que otro entendimiento dificulte la contratación e incremente las desigualdades entre hombres y mujeres. La sentencia, no obstante, cuenta con un voto particular de seis magistrados que entienden que también en el periodo de prueba juega la garantía reforzada. Pero hasta que el TC se pronuncie sobre este nuevo supuesto, la protección de la mujer se ha erosionado, precisamente, en uno de los momentos más delicados para su permanencia en el mercado de trabajo de hallarse en estado de gestión.

Para finalizar y dejando ya al margen el tema del despido por embarazo, con carácter general debe tenerse en cuenta que el sexo como factor que motiva un distinto tratamiento puede mostrarse de modo directo patente o grosero (discriminación directa abierta) o no manifestarse de una forma abierta, sino encubierta y aprovechando un resquicio o cobertura legal, en cuyo caso se habla de discriminación «directa encubierta»; como supuestos ambos en los que el sexo es el elemento básico del trato desfavorable que posteriormente se denuncia (STC 198/1996, de 3 de diciembre).

Existen multitud de supuestos de discriminación directa sobre los que ha tenido que pronunciarse el TC. Así, en las fases previas al contrato de trabajo, la STC 214/2006, de 3 de julio, considera discriminatorio que el INEM no incluya entre los candidatos para concurrir a una oferta de empleo adecuado a una trabajadora que tenía suspendida su demanda de empleo por encontrarse en baja por maternidad. Se declaran contrarias al art. 14 CE igualmente tratamientos desfavorables en el desarrollo de la relación laboral: ya sea porque el embarazo o la maternidad es causa de la postergación profesional (STC 161/2004, de 4 de octubre, para una piloto de líneas aéreas; STC 182/2005, de 4 de julio, para una asesora jurídica), o porque se niega el disfrute de las vacaciones tras la maternidad por superarse el periodo anual máximo previsto legalmente para su disfrute (STC 324/2006, de 20 de noviembre). Múltiples ejemplos de comportamientos empresariales que incurren en discriminación directa se encuentran igualmente en el momento de extinción del contrato de trabajo: no renovación de un contrato temporal por estar embarazada la trabajadora y no constar el desconocimiento absoluto de dicha circunstancia por el empleador (STC 173/1994, de 7 de junio, STC 17/2003, de 30 de enero; STC 175/2005, de 4 de julio, STC 74/2008, de 23 de junio) o en despidos disciplinarios que esconden el

embarazo como real móvil extintivo (STC 342/2006, de 11 de diciembre) y aunque la extinción no sea causal al extenderse la prohibición a los puestos de libre designación en los que aunque la pérdida de confianza puede ser una causa justa de rescisión, lo que no puede es encubrir un fraude cuando la causa real extintiva es el embarazo (STC 98/2003, de 2 de junio).

b) Prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo

Discriminación *indirecta* (art. 6.2 LOI): es aquella que se produce cuando se utiliza una medida o criterio aparentemente neutral, por aplicación a ambos sexos, pero que sin embargo produce un impacto adverso mayoritariamente en el colectivo de uno de los sexos (perjudicial, en definitiva, a un porcentaje muy superior de mujeres en los supuestos que han dado lugar a decisiones judiciales) y no existe una justificación objetiva razonable y proporcionada que demuestre que el impacto adverso es ajeno a una intención o finalidad discriminatoria. Los criterios que se han venido considerando neutros pero discriminatorios al demostrarse su impacto perverso y desproporcionado en el colectivo de mujeres han sido básicamente los tres siguientes: a) el trabajo a tiempo parcial, b) el esfuerzo físico como único o básico criterio de clasificación profesional y, más recientemente, c) el trato diferente que trae causa en el ejercicio de derechos de conciliación, por su utilización mayoritaria por parte de las mujeres y con la finalidad de eliminar los roles familiares y evitar la expulsión de la mujer del mercado de trabajo.

De especial interés es la STC Pleno 253/2004, de 22 de diciembre, pues permite comprobar gráficamente la distinción entre el principio de igualdad y el de no discriminación. En dicho caso el TC resuelve un supuesto en que a la trabajadora se le había denegado la prestación solicitada exclusivamente por no acreditar el periodo mínimo de cotización legalmente exigible y ello porque, en cumplimiento del art. 12.4.2.º LET en la redacción vigente en ese momento, tanto para determinar los periodos de cotización como de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, se debían computar «exclusivamente las horas trabajadas» en los periodos en que se estuviera contratado a tiempo parcial. Y declara que se vulnera el principio de igualdad porque aunque exista una justificación objetiva y razonable no se respeta el principio de proporcionalidad al exigir a los trabajadores (da igual el sexo) a tiempo parcial unos periodos de actividad más extensos para reunir los periodos de carencia exigidos para acceder a las prestaciones; y, además y simultáneamente, se vulnera la prohibición de discriminación al constituir el sistema legal previsto una discriminación indirecta por razón de sexo al ser mayoritariamente mujeres quienes realizan una actividad a tiempo parcial. Del mismo modo, se considera indirecta la discriminación que se produce cuando se utiliza el esfuerzo físico como factor para deslindar categorías profesionales (STC 145/1991, de 1 de julio, STC 147/1995, 16 de octubre, STC 286/1994, de 27 de octubre), aunque el

TJCE en el caso 237/85, Rummels, ha establecido algunas precisiones. Finalmente, en la STC 3/2007, de 15 de enero, el TC, tras una exhaustiva síntesis de la doctrina constitucional en la materia, aprecia discriminación indirecta por razón de sexo porque la interpretación judicial realizada niega el derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos de la trabajadora generando con ello un obstáculo para la permanencia en el empleo de la trabajadora y la compatibilidad de su vida profesional con la vida familiar, en aplicación de un «canon reforzado» es decir, exigiendo al órgano judicial no sólo una argumentación «razonable»..., sino en la que se expongan e infiera la valoración y ponderación de los derechos y bienes constitucionalmente protegidos o, como dice el TC en ocasiones, exigiendo que se haya tomado en consideración la trascendencia constitucional de los derechos en juego, en este caso de igualdad, no discriminación y conciliación, de los arts. 14 y 39 CE. Tras la ejecución de esta sentencia por la jurisdicción ordinaria, el ATC 1/2009, de 12 de enero, con un voto particular, estimará el incidente de ejecución promovido por la recurrente entendiendo que la STC 3/2007 se ha ejecutado inadecuadamente pues dicha sentencia obligaba al Juzgado de los social a interpretar el art. 37 ET a la luz del art. 14 CE y el órgano judicial «no sólo no efectúa la interpretación del precepto legal a la luz del derecho fundamental reconocido sino que vuelve a negar, incluso, que tal derecho fundamental esté implicado».

Sin embargo, en la STC 24/2011 se deniega el amparo a una mujer a la que no se le adapta la jornada en virtud del art. 48 ET, rechazándose expresamente que el supuesto fuera homologable al de la STC 3/2007, porque en el caso de la 24/2011 el derecho en juego no es automático, sino que se encuentra legalmente condicionado a su desarrollo en el convenio colectivo o en un acuerdo de las partes, lo que no se producía, y además (y como elemento esencial para la denegación, al decaer toda posibilidad de canon reforzado), porque en el caso examinado los órganos de la jurisdicción ordinaria sí habían tenido en cuenta la ponderación de los derechos constitucionales.

c) El acoso sexual y por razón de sexo como actos discriminatorios por razón de sexo (art. 7 LOI)

El acoso sexual y el acoso por razón de sexo (como conductas no deseadas que tienen como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad y crear un entorno intimidatorio degradante u ofensivo) constituyen dos manifestaciones de la discriminación por razón de sexo (Directiva 2006/54, considerando 7 y art. 26) en tanto se trata de comportamientos basados en el sexo no deseados que atentan a la dignidad de quien los sufre. También la violencia de género constituye un comportamiento discriminatorio y es manifestación de la desigualdad existente en nuestra sociedad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres (art. 1 LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género). En ambos supuestos la LOI prevé la adop-

ción por los poderes públicos de las medidas necesarias para su erradicación (art. 14.5) previendo de modo expreso medidas de acción positiva en este último supuesto (art. 14.6).

En estos casos el problema es determinar la conducta prohibida y, sobre todo, la prueba del hecho o de los indicios necesarios para lograr el convencimiento del juez y que proceda a la inversión de la carga de la prueba o, al menos, la prueba de la existencia de una apariencia de buen derecho. De hecho, salvo la más importante, STC 224/1999, la mayor parte de las sentencias constitucionales examinan quejas relativas al proceso probatorio y la argumentación judicial utilizada.

La STC 224/1999, de 13 de diciembre, define el acoso sexual ambiental como «una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. Y declara vulnerado el derecho fundamental de la demanda a su intimidad en desdoro de su dignidad personal (arts. 10 y 18.1 CE) por acoso sexual: a) pues se produjo una conducta con tendencia libidinosa del empresario y, en concreto, tocamientos ocasionales o comentarios verbales de tal naturaleza, b) no deseada por la destinataria, c) y de carácter grave, por su intensidad, reiteración y efectos sobre la salud mental de la trabajadora, generando así un entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado.

La STC 136/2001, de 18 de junio, deniega por el contrario el amparo por considerar que son correctas las sentencias de la jurisdicción ordinaria que declararon la falta de prueba del acoso alegado. Reitera que es deber de quien alega la lesión el de aportar los indicios de violación de un derecho fundamental, sin que baste la mera afirmación de la discriminación, y que los presupuestos sobre los que se asienta la doctrina constitucional para la existencia de acoso sexual son la objetividad y la gravedad del comportamiento.

El TC igualmente desestima el amparo en el caso examinado por la STC 207/2001, de 22 de octubre. En realidad no entra en el fondo del asunto y en la cuestión de la vulneración de derechos sustantivos al rechazar que las resoluciones recurridas hayan incurrido en la vulneración de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE denunciada por la demandada y sostenidas por no haber tomado en debida consideración las pruebas aportadas a fin de acreditar el acoso sexual que se atribuía al administrador único de la sociedad. El TC confirma las sentencias que descartaron la concurrencia de indicios de acoso y considera que valoraron la pericial caligráfica de modo razonable, no arbitrario y sin incurrir en error patente. Asimismo afirma que no se vulnera la doctrina constitucional sobre prueba indiciaria en el orden social cuando la falta de prueba es consecuencia de los propios actos de la supuesta víctima, ya que en el caso examinado aparte de la caligráfica no acudió a otros medios ofrecidos por el ordenamiento legal para obtener una prueba plena. Sin la identificación del autor de las cartas recibidas por la demandante, no puede el TC entrar a valorar si se ha producido

la vulneración de los derechos alegados pues la autoría es la premisa para que desplieguen su protección.

De nuevo, demostrando la complejidad de la prueba en materia de acoso, la STC 201/04, de 15 de noviembre, aborda la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por denegación de prueba. Pero aquí sí otorga el amparo y ordena la retroacción de las actuaciones al incurrir la resolución impugnada en un error patente, ya que rechazó el recurso de la parte por no constar la protesta ante la inadmisión de la prueba de la grabación magnetofónica del supuesto agresor cuando, en realidad, la misma sí constaba.

La STC 74/2007, de 16 de abril, aunque otorga el amparo por vulneración de la tutela judicial efectiva, considera irrazonable la motivación del órgano judicial que absuelve al Director Técnico de la empresa por entender que sólo puede vulnerar el derecho si el acosador es el empleador pero no un compañero u otro trabajador, pero no se explica el por qué de la pretendida imposibilidad de imputación de la vulneración a quien ha sido declarado autor de los hechos determinantes del acoso y no se sopesa que el derecho a la integridad física y moral constituye un derecho erga omnes, que puede ser, por ello, vulnerado tanto por los poderes públicos como por los particulares.

La STC 250/2007, de 17 de diciembre, también por la vía del art. 24.1 CE otorga el amparo por motivación irrazonable. En el caso examinado es relevante que el acoso sexual se produce en el trabajo pero por un trabajador ajeno a la plantilla de la empresa, habida cuenta de que los distintos trabajadores fueron contratados a través de distintas empresas. Se alegan agresiones públicas y notorias en un buque de pasajeros, por parte del superior jerárquica de la camarera acosada, conocidas en el mismo (pues el agresor en su obsesión por la recurrente no reparaba en manifestarlas públicamente). La recurrente interpuso denuncia penal que fue sobreseída por incompetencia de jurisdicción habida cuenta de la bandera británica del buque. Interpuesta demanda ante la jurisdicción social de tutela de derechos fundamentales, la misma es estimada en instancia, pero revocada en suplicación por entender que a la expresión contenida en los hechos probados del «conocimiento en el barco» de las agresiones no debía dársele otro alcance que el conocimiento por parte de los compañeros de trabajo y los propios afectados, por lo que considera que si ninguna de las empresas condenadas en instancia tuvo conocimiento del hecho, no puede exigirse que adoptaran las medidas tendentes a evitar la situación. El TC no entra en examinar si hay o no vulneración de los arts. 14, 15 y 18 CE, pues tanto en instancia como en la sentencia recurrida no se cuestiona la existencia de acoso, sino la final declaración de incompetencia de la jurisdicción social respecto a la persona del acosador («una actuación personal y ajena a la relación laboral») y la absolución de las codemandadas por desconocer la existencia del «comportamiento discriminatorio». Y declara irrazonable la argumentación judicial utilizada tanto para declarar la incompetencia, cuando quedó demostrado que el agresor se prevaleció de su cargo de superior jerárquico —conexión directa con el ámbito laboral—, como que la sentencia mantenga que la tutela laboral sólo puede ser dispensada cuando el acosador es el empresario o conste su conocimiento, por ser contrario a la literalidad de la norma y constar que las agresio-

nes eran públicas en el barco. La doctrina constitucional hoy se incorpora en la nueva Ley de jurisdicción social mediante la Ley 36/2011, de 10 de octubre.

Aunque sin abordarlo por la vía del acoso sexual, sino más bien en relación con el miedo a la represalia posible, de interés es igualmente la STC 160/2007, en tanto subraya la importancia para preservar ciertos derechos fundamentales, del mero hecho constitucional de la «previsibilidad» y «objetividad» del riesgo de su lesión la no exigencia en todo caso de un daño y lesión efectivo. Y aunque en un ámbito no social estrictamente, también resulta interesante el caso examinado por la STC 106/2011, de 20 de junio, al hilo de una denuncia del padre de una militar que padecía acoso en la unidad donde estaba destinada y que terminaron con el archivo de las diligencias penales incoadas pero sin haberse practicado todas las diligencias necesarias para un mejor esclarecimiento de los hechos cuando, como era el caso, estaban en juego derechos fundamentales, en estricta aplicación del canon reforzado del art. 24.1 CE en relación con el art. 15 CE y su referencia a la integridad moral, (recordando de nuevo que en dicho precepto se pueden enmarcar las actuaciones de las que se derive «un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, es decir, cuando se genera un peligro grave y cierto para la salud del afectado»), así como al derecho a la intimidad personal del art. 18.1 CE.

d) Acciones positivas

De aplicarse el principio de igualdad «formal», es decir, sostener que el art. 14 CE lo que impone es una absoluta paridad de tratamiento entre los sexos, se impediría la realización de la igualdad «efectiva» o «material» que el art. 9.2 impone a los poderes públicos. Aunque formalmente son una desigualdad de trato, sin embargo responden al mismo objetivo de tutela antidiscriminatoria y no contradicen el principio de igualdad al no ser irrazonables ni desproporcionadas. En efecto. Aunque el principio de igualdad de trato y no discriminación es indispensable para asegurar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, resulta insuficiente para el logro de ese objetivo habida cuenta de que la experiencia demuestra que lo determinante de la desigualdad entre ambos es consecuencia de los roles que tradicionalmente han venido desempeñando los hombres y las mujeres, con una distribución desigual de tareas, responsabilidades, beneficios y ventajas, en todos los ámbitos de la vida y cuyo resultado ha sido el de que las mujeres no hayan disfrutado de la educación, formación, posibilidades de trabajo, etc., en la misma medida que los hombres al estar su destino preconfigurado política y socialmente en otra dirección (atención de la casa, del marido y de la familia). Para compensar este lastre de años, es preciso el establecimiento de un derecho «desigual igualatorio» a favor de las mujeres. Con la introducción de medidas de acción positiva, en definitiva, se pretende la «remoción de los obstáculos aún existentes y el reconocimiento de derechos que compensen las desventajas acumuladas históricamente» (EM LOI).

El art. 11 LOI otorga carta de naturaleza a lo que ya se infería de la combinación de los arts. 9.2 y 14 CE, y prevé que los poderes públicos adoptarán las

medidas específicas en favor de las mujeres que sean necesarias para corregir situaciones patentes de desigualdad dicho respecto de los hombres, si bien dichas medidas sólo son aplicables en tanto subsistan dichas situaciones (carácter temporal de la medida) y además, recepción evidente de la doctrina comunitaria, deberán ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. Cuando se trata de personas físicas y jurídicas privadas la obligación deviene opción (art. 11.2 LOI 13.^a y, en relación con la negociación colectiva: nuevo art. 17.4 ET según redacción dis. adic. 11.^a LOI). Las medidas de acción positiva se han calificado como un supuesto de discriminación «directa» aunque de signo contrario al tradicional: mientras que la discriminación directa es el sexo (o elementos inescindibles al mismo) el origen del trato diferente «desfavorable» a la mujer, en las acciones positivas es también el sexo el origen del trato diferente, aunque ahora favorable, para la mujer.

De entre las variadas medidas de impulso y promoción que tienen cabida en las denominadas acciones positivas que persiguen la eliminación de las desigualdades de hecho (siendo las más comunes las acciones exclusivas de formación, subvenciones, medidas de fomento en general), existen algunas, como los distintos sistemas de cuotas o de reservas rígidas de puestos o de trato preferente frente al otro sexo (por ejemplo mayores puntos o preferencias del sexo infrarrepresentado) que se denominan medidas de «discriminación inversa» pues en ellas el sexo no beneficiado con las mismas deja de sentir la acción positiva como un perjuicio difuso que no le afecta directamente aunque no le beneficie, sino como un perjuicio concreto y definido: es palpable el beneficio para unas personas junto con el perjuicio que lleva consigo para otras. Este tipo de medidas más drásticas únicamente es lícita si la finalidad que se persigue a su través es la de superar las discriminaciones más profundamente arraigadas en la sociedad (racial y sexual), ya que si careciera de esa finalidad se transformaría en discriminación directa.

El TC no ha tenido muchas ocasiones de enfrentarse a acciones afirmativas. Únicamente lo ha hecho en relación con las cuotas para discapacitados (Ley 13/82 empresas de más de 50 T un 2%: aunque hoy medidas alternativas RD 27/2000), declarándolas constitucionales [STC 269/1994, de 3 de octubre, desestima el amparo interpuesto por una trabajadora que alegaba que se había vulnerado el principio de igualdad porque la Administración había contratado finalmente a otro aspirante (privándole de la plaza a ella) que padecía una minusvalía sensorial y debía beneficiarse de la reserva de plazas para personas discapacitadas. En esta sentencia se da por válido el sistema de cuotas o reserva de plazas a discapacitados porque la discapacidad «puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados» y por ello es legítima «la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como perso-

nas] y en relación últimamente con el principio de composición equilibrada de las listas electorales (60% y 40% establecido en la disp. Ad. 2.^a LOI), donde también las ha declarado conformes con la CE en tanto subsista el desequilibrio (STC 12/2008, de 29 de enero, asunto *Garachico*).

e) Prohibición de discriminación y derechos de conciliación

Los derechos laborales de maternidad, paternidad y otros derechos de conciliación están vinculados con la discriminación por razón de género (claramente en el primer caso), pero en muchos casos se trata de situaciones distintas. Su dimensión constitucional, sin embargo, cada vez se encuentra más estrechamente conectada conforme el principio de igualdad formal se ha visto superado por el de igualdad material y decididamente se promueve a nivel europeo no ya sólo la conciliación (que puede abocar a un efecto boomerang contra la mujer), sino la corresponsabilidad familiar. El fomento de la participación de la mujer en el mercado de trabajo y la denominada «crisis del cuidado» que ello ha llevado consigo, unido a los cambios en la estructura familiar, han abocado a repensar los roles tradicionales del cuidado desempeñado por la mujer y obligan a un reforzamiento de los derechos de presencia frente a los de ausencia de la mujer a fin de que, sin perjuicio del cuidado de los menores, se apueste por la corresponsabilidad familiar y una mayor implicación de los varones en la tradicional tarea femenina del cuidado.

La conexión entre igualdad y conciliación se ha puesto ya de manifiesto en la jurisprudencia comunitaria, a pesar de que cada diverso aspecto tenga que someterse al canon de control de Directivas diferentes. Como ha señalado el TJUE, esta concurrencia de Directivas provoca que aunque una medida nacional pueda resultar conforme a alguna de ellas, vulnere sin embargo el derecho europeo por oponerse a otra (asunto *Mayr*, C-506/06), de ahí la importancia de someter las medidas nacionales de conciliación a un examen global aplicativo de todas ellas, habida cuenta de sus interrelaciones y las coincidencias protectoras, cuando no amplificadoras, de unas respecto de otras (asunto *Dita Danosa*, C-232/09, ap. 59 y 60). Vinculación entre igualdad y conciliación especialmente llamativa a nivel legislativo europeo en la Directiva 2000/78 donde, aunque sorprendentemente en un precepto en relación estrictamente con la no discriminación por razón de la edad (art. 6.1.1.a), se legitima el establecimiento de condiciones distintas, a modo de acciones positivas, a sujetos con responsabilidades familiares, o en la reciente Directiva 2010/78 sobre permiso parental en la que se prevé un permiso parental de duración mínima de 4 meses, susceptible de ser utilizado plenamente por cada trabajador, es decir, sin que tenga que «cederse» de un progenitor a otro, permitiendo además su transferencia si así conviene a los progenitores, pero, en todo caso, prescribiendo que, en tal caso, al menos uno de los cuatro meses será «intransferible» con la expresa finalidad de fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores (art. 2.2).

Esta imbricación entre igualdad y conciliación se ha dejado sentir con fuerza igualmente en la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, si bien es cierto que sin una posición rotunda en cuanto al fundamento jurídico de su relación. Y ello porque en ocasiones la protección constitucional de las medidas de conciliación se ha sostenido sobre la base de la mención «otras circunstancias personales» contenida en el art. 14 de la Constitución Española (principio de igualdad y de no discriminación) como una causa autónoma de discriminación; otras veces, considera que lo que concurre es una discriminación indirecta por razón de «sexo» en sentido estricto por entender que la ausencia de ponderación de la relevancia constitucional de las medidas legales de conciliación supone un obstáculo a la permanencia en el empleo de la trabajadora (STC 3/2007, canon reforzado de motivación derivado de la repercusión constitucional de la medida en los arts. 14 y 39 CE); o considerando que no se ha valorado la dimensión constitucional de los derechos de conciliación cuando la negativa recibida por el varón respecto del disfrute de una medida de conciliación —en el caso concreto, la modificación de la jornada— (STC 26/2011, en un espinoso caso donde en puridad lo que el varón pide es que le «creen» en la empresa un nuevo puesto de trabajo inexistente hasta el momento y donde el Tribunal Constitucional español otorga el amparo por no haber ponderado los órganos judiciales la dimensión constitucional de las medidas legales tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral «tanto desde el derecho de la no discriminación por razón de sexo» como en razón de las «circunstancias personales» del art. 14 CE, así como desde el mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia del art. 39 CE; interesantes las alegaciones de la parte demandante y del Ministerio Fiscal en cuanto a la aplicación del criterio de la Sentencia Roca Álvarez alegando la discriminación indirecta de la mujer o «per relationem» que no obstante el TC no entra a valorar al ceñirse el recurso de amparo a los derechos fundamentales de los titulares de los mismos).

La conexión se erige en dato importante en tanto el acceso al amparo puede depender de un canon reforzado de motivación del art. 24.1 CE en relación con los arts. 14 y 39, como se ha dicho y conviene retener. Pero cuando el derecho que se ejercita es la maternidad en sentido estricto o los permisos a ella vinculados, el TC se ha encargado de diferenciar supuestos, recogiendo con ello una doctrina del TJUE que pudiera resultar contradictoria desde la perspectiva de la discriminación indirecta de las mujeres y el efecto de perpetuación de roles que puede esconderse en medidas pretendidamente protectoras.

En concreto, en el caso Roca Álvarez, el TJUE considera que se opone al Derecho europeo el permiso español por lactancia cuando estaba configurado como un derecho de las «trabajadoras» que podía disfrutarse de modo «indistinto» por el padre o la madre pero sólo «en caso de que ambos trabajen» y que, a contrario, significaba que el padre por cuenta ajena no podía acogerse

al mismo si la madre no trabajaba (o trabajaba pero no estaba cubierta por el sistema de Seguridad social), mientras que las madres trabajadoras por cuenta ajena siempre podían hacer uso del mismo, trabajara o no el padre, al tratarse de un derecho originario de la madre. La razón básica de dicha vulneración, a decir del TJUE, reside en que la *ratio* de dicho permiso ya no es la lactancia natural, es decir, con el tiempo ha perdido su conexión con una condición biológica de la madre que pudiera justificar la medida a su favor, y se configura en la actualidad como un periodo de tiempo de cuidado del hijo, resultando irrelevante entonces quien haga uso del permiso. Pero lo relevante de esta sentencia del TJUE a nuestros efectos es la referencia que en ella se contiene a la situación de «discriminación indirecta» que lleva consigo considerar el permiso de lactancia en tales circunstancias como un permiso de la mujer, habida cuenta de que puede abocar a perpetuar su rol de cuidado en contra de la perseguida corresponsabilidad. Como dice expresamente la sentencia, denegar el permiso al padre que trabaja por cuenta ajena porque su mujer no trabaja o no trabaja por cuenta ajena, supone que las madres que trabajan por cuenta propia se vean obligadas a limitar su actividad profesional, perpetuando los roles y convirtiéndose en una medida que no reduce las desigualdades.

La cuestión que de inmediato se suscita es la de la repercusión que pudiera tener esta sentencia en relación igualmente con nuestro actual permiso por maternidad y si, aunque las semanas obligatorias de descanso de la madre son inquestionables como un derecho original de la madre, el resto de semanas que configuran el permiso de maternidad deben seguir considerándose un derecho originario de la madre que puede ceder al padre o un derecho indistinto de ambos.

La actual regulación española del permiso de maternidad para los trabajadores por cuenta ajena recogido en el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por la Ley 3/2007 de Igualdad efectiva prevé que: «en el caso de que *ambos progenitores trabajen la madre*, al iniciarse el período de descanso por maternidad, *podrá optar por* que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal. En el caso de que *la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre*» y ello será compatible con el permiso de paternidad. Es decir, en la regulación actual, el derecho es originario de la madre trabajadora quien puede optar por «ceder» el periodo que excede de las 6 semanas obligatorias al padre trabajador, pero tras la Ley de Igualdad de 2007 (de la que deriva el precepto

transcrito), al menos cuando la madre no sea trabajadora o no tenga derecho a suspensión de la actividad profesional con derecho a prestación, se otorga al padre un derecho originario a la suspensión del contrato por maternidad, además del que tuviera por paternidad, es decir, en este supuesto ya la norma vigente recoge un permiso parental.

La situación desde 2007 con la Ley de igualdad, ha permitido la superación del problema planteado al menos respecto a los supuestos de madres no trabajadoras. Restaría preguntarse si, en realidad, queda por convertir el permiso de maternidad en lo que supera las 6 semanas obligatorias, en permiso parental de derecho indistinto cuando ambos trabajan por cuenta ajena. Las Sentencias del Tribunal Constitucional 75/2011, de 19 de mayo y 78/2011, de 6 de junio, si bien en el marco de una regulación hoy derogada en la que no se preveía la posibilidad de que los padres por cuenta ajena pudieran cogerse dichas semanas en caso de que la madre no tuviera el derecho originario (por no trabajar o por no estar en ningún régimen de la seguridad social), consideran que no vulnera el derecho a la igualdad la titularidad exclusiva de la madre habida cuenta la finalidad histórica de dicho permiso, de protección de la salud de la mujer y las «especiales relaciones de la madre con el hijo» en el periodo que sigue al embarazo y al parto. Si esta declaración se realiza para declarar la conformidad de un régimen menos equitativo del permiso de maternidad que el presente, lo afirmado por este Tribunal, sin duda, sería trasladable al marco actual. Pero la duda de constitucionalidad, no obstante, podría replantearse hoy en caso de concurrencia de progenitores trabajadores por cuenta ajena, en la medida en que, al final, resultaría que los padres trabajadores por cuenta ajena cuando la madre del hijo también lo es, disfrutarían sólo de diez semanas de «permiso parental por maternidad» (al que entonces convendría cambiar el nombre cualquiera que éste fuera), mientras que si la madre no tiene derecho a suspender su actividad con derecho a prestaciones, literalmente dicho permiso tendría una duración por el «periodo que hubiera correspondido a la madre» que, de momento, serían las dieciséis semanas.

El tema abordado en estas dos Sentencias del Tribunal Constitucional no hacen sino trasladar al ámbito interno la compatibilidad de las sentencias *Hoffman* y *Roca Álvarez*, declarada expresamente por esta última.

El asunto examinado en la sentencia Hoffman (STJE de 12 de Julio de 1984, C-184/83), traía causa de la denegación a un varón de la protección social del permiso de maternidad alemán justificada a nivel nacional en la configuración de dicho permiso como de titularidad exclusivamente femenina, a pesar de que su mujer, transcurridas las semanas de descanso obligatorio para el parto, se había reincorporado al trabajo y él había cuidado de su hijo el tiempo restante solicitando para ello una excedencia a su empresario que le había sido concedida. Este ciudadano varón consideraba que la regulación se oponía a la Directiva 76/207, pero el TJUE rechaza el argumento razonando que dicha Directiva no tiene por objeto la regulación de las

cuestiones relativas a la organización de la familia, ni el reparto de las responsabilidades familiares en el seno de la pareja, sino la recuperación de la mujer (protección biológica) y las especiales relaciones de madre e hijo, evitando que la acumulación de cargas y el ejercicio simultáneo de la crianza y la actividad profesional las perturbe. Es decir, declara la conformidad con el derecho comunitario de un permiso posterior al parto exclusivo de la mujer porque la medida cuestionada busca proteger la condición biológica de la mujer y las especiales relaciones de la madre con su hijo derivadas del nacimiento.

Por su parte, en la sentencia Roca Álvarez (30 de septiembre 2010, C-104/09), se rechaza que la protección de la mujer sea la razón de ser del permiso de lactancia y, con ello, que pueda configurarse el permiso de lactancia como de titularidad originaria de la madre, subrayando que otra solución supondría una discriminación indirecta para la madre que trabaja por cuenta propia, que debería dejar su actividad para cuidar al hijo al no ostentar ella un derecho originario susceptible de ceder al padre, con un argumento más propenso a la corresponsabilidad y por ello más moderno.

En consecuencia, tanto el TJUE como el TC apuestan por la pacífica convivencia y compatibilidad de ambos tipos de medidas, diferenciando así el permiso de maternidad de otros de conciliación. Las dos condiciones que llevan a tal resultado común y legitiman permisos de maternidad como medida de exclusiva o preferente titularidad a favor de la madre son la protección de la condición biológica y las especialidades relaciones madre e hijo posteriores al parto. La primera, sin objeción posible. La segunda provoca más recelo en tanto pueden suponer reproducir un estereotipo en los roles de cuidado de los progenitores, además de cuestionar si los padres no tienen «especiales relaciones» con sus hijos. Probablemente la conformidad simultánea de las doctrinas se mantenga hasta que exista un replanteamiento de los permisos por maternidad, por paternidad y parentales, fundiéndolos en permisos parentales indistintos y dejando exclusivamente la protección por la maternidad a las excepciones estrictamente vinculadas con las condiciones biológicas de la mujer (excepción a la igualdad contemplada en la normativa europea) relativas a la recuperación (cuya prolongación más allá de los niveles medios aceptados debe ser tratada como protección general a la salud) y haciendo uso, como algo distinto, de las disposiciones que permiten las acciones positivas en aquellos casos necesarios para reequilibrar desigualdades históricas (por ejemplo, respecto de cómputo de tiempos en materia de protección social o las normas relativas al cómputo de la indemnización por despido como si se trabajara a tiempo completo cuando se disfruta de una reducción de jornada con fines de cuidado). Pero parece que hasta que no exista una reforma legislativa, de momento, a nivel europeo y nacional se confirma la maternidad en su configuración tradicional, como derecho prevalente de la madre más allá de las semanas de estricta protección física.

E. Garantía de indemnidad frente a represalias empresariales por ejercer los derechos de igualdad de trato

El art. 9 LOI considera igualmente 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 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. Asimismo, el art. 6 LOI declara discriminatoria cualquier «orden de discriminar». En su virtud, el art. 17 ET se redacta de nuevo (disp. adic. 11.^a LOI) añadiendo algún aspecto a una previsión que ya se contenía en virtud de la redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. En concreto se adiciona que serán nulas «las órdenes de discriminar» (ampliando con ello el alcance de la indemnidad) y entre las decisiones del empresario que se consideran represalia se añade las reclamaciones o acciones «administrativas» a las que ya enumeraba previamente (las efectuadas en la empresa, o las acciones judiciales). Esta garantía de «indemnidad» por el ejercicio del derecho a la igualdad, que se puede solicitar incluso después de terminada la relación laboral (art. 12 LOI) se enmarca como parte del contenido del art. 14 CE y no debe confundirse con la garantía de indemnidad por acciones judiciales (o inmediatamente anteriores pero necesarias) que el TC considera una vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por lo que de incurrir el empresario en una conducta prohibida del art. 17 ET lo que se vulnera es el derecho a la igualdad y a la no discriminación pero no el derecho a una tutela judicial efectiva. Por eso, se extenderá la garantía no sólo a los titulares del derecho que lo reclaman, sino también a los testigos o terceros defensores del derecho (Directiva 2002/73/CEE, considerando 17.^a), lo que el TC sin embargo ha negado como supuesto susceptible de ser incluido en la violación del art. 24.1 CE.

F. Garantía jurisdiccional del principio de igualdad: el recurso de amparo

Los derechos fundamentales reconocidos en la CE, entre ellos el del principio de igualdad y no discriminación del artículo 14, se protegen a través de diferentes garantías. Junto al reconocimiento de principios de actuación de los poderes públicos y medidas específicas de fomento de la igualdad, la existencia de normas preventivas, o el establecimiento de un sistema sancionador, no cabe duda de que la eficacia del derecho a la igualdad depende igualmente de una específica tutela procesal que haga efectivos los derechos reconocidos por las normas sustantivas, es decir, de la previsión de procedimientos judiciales para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho principio en favor de

toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato, incluso tras la terminación de la relación laboral.

La Constitución Española reconoce el derecho de cualquier ciudadano a recabar la tutela del principio de igualdad y de no discriminación «ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional» (art. 53.2 CE). En el marco de las relaciones laborales este mandato se concreta (básicamente y marginando el procedimiento contencioso administrativo por exceder del alcance de este estudio) en: a) el establecimiento de garantías específicas para la defensa de dicho derecho fundamental en el orden social de la jurisdicción, b) la posibilidad de acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional. Nos centraremos exclusivamente aquí en el acceso al TC

Los actos contrarios al principio de igualdad y de no discriminación pueden ser impugnados ante el Tribunal Constitucional. Cuando se trata de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley, el cauce adecuado es el «recurso de inconstitucionalidad» (arts. 161.1.a), 162.1.a) CE y arts. 31 ss Ley Orgánica del TC: LOTC) interpuesto por los sujetos constitucionalmente legitimados para ello (el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas), dentro del plazo de tres meses desde su publicación como criterio general (art. 33 LOTC). Asimismo es posible que aunque haya transcurrido el plazo para interponer el recurso, en un proceso determinado que se ventile ante un órgano judicial, dicho órgano considere que la norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, podría ser contraria a la Constitución, en cuyo caso puede plantear una «cuestión de inconstitucionalidad» ante el TC (art. 163 CE y arts. 35 ss LOTC). Junto a estos dos cauces, existe un tercero, «el recurso de amparo» que protege frente a la violación del principio de igualdad y no discriminación originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones, o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, Las CCAA y demás entes públicos de carácter territorial corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes (art. 41.2 LOTC) que es el más utilizado por cuanto pueden interponerlo directamente las personas afectadas por la vulneración del derecho. Por ello nos centraremos en el recurso de amparo.

La persona directamente afectada por la vulneración del principio de igualdad y no discriminación podrá acudir directamente en amparo cuando no se haya reparado la lesión de dicho derecho en la jurisdicción social ordinaria (art. 41 LOTC). Tras la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC, ciertamente las posibilidades de que un recurso de amparo sea admitido y estimado se han reducido. Ello no obstante, conviene poner de relieve cuáles son, en resumida síntesis, los requisitos actualmente vigentes (tras la LO 6/2007)

para interponer una demanda de amparo y lo más significativo de su tramitación procesal.

a) Requisitos previos a la interposición de la demanda de amparo

Tanto si se accede al recurso de amparo por la vía del art. 43 LOTC, como por la del art. 44 LOTC, o alegando ambos preceptos cuando se trata de un «amparo mixto» —aquél en el que la demanda se dirige tanto contra vulneraciones de derechos fundamentales originadas por un acto o resolución administrativa como contra vulneraciones autónomas imputables directamente al órgano judicial: SSTC 16/1998, de 26 de enero; 132/2001, de 8 de junio, 111/2003, de 16 de junio—, en la fase de admisión de la demanda de amparo se exige el cumplimiento inexcusable de una serie de requisitos: el agotamiento de la vía judicial procedente con carácter previo, la invocación formal en tal vía del derecho presuntamente vulnerado, y que la violación sea imputable al poder ejecutivo (en el art. 43 LOTC) o judicial (art. 44 LOTC) y no a la negligencia de la propia parte que acude en amparo. Todas estas exigencias se mantienen en la LO 6/2007, si bien la relativa a la invocación se precisa y la del agotamiento se amplía indirectamente al ampliarse el ámbito objetivo del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ dando cobertura a la denuncia de todo derecho fundamental que tenga acceso al amparo, con lo que su importancia desde la perspectiva del cumplimiento de los requerimientos constitucional se incrementa.

El requisito del agotamiento de todos los remedios y recursos es importante ya que, de no cumplirse, la demanda de amparo no se admitirá por «prematura» (SSTC 225/1991, de 30 de diciembre, FJ 2; 56/2002, de 11 de marzo, FJ 2; 189/2002, de 14 de octubre, FJ 5; 39/2003, de 27 de febrero; 85/2002, 22 de abril; 84/2004 de 10 de mayo). En el ámbito laboral la interposición del incidente de nulidad de actuaciones presenta especialidades en cuanto al momento en que ha de interponerse el amparo como consecuencia del carácter doblemente extraordinario del recurso de casación para la unificación de doctrina. La dificultad para determinar la viabilidad de un incidente en caso de inadmisión de un recurso de casación para la unificación de doctrina y, en su caso, delimitar quién era el órgano competente se vislumbra con nitidez en el caso examinado por el ATC 176/2003, de 2 de junio, habiendo quedado resuelta, no obstante y desde la perspectiva de la subsidiariedad del recurso de amparo, en la previa STC 39/2003, de 27 de febrero, donde se declara la existencia de un óbice procesal para la interposición del recurso de amparo porque «una vez firme la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia como consecuencia del Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2001, el recurrente debió instar ante la citada Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y dentro del plazo de veinte días la nulidad de actuaciones fundada en la existencia de un vicio de incongruencia, y, al no hacerlo así, le negó

al órgano judicial la posibilidad de reparar la lesión que ahora denuncia a través del presente recurso de amparo».

b) Requisitos de la demanda de amparo: contenido, lugar y plazo de interposición

Junto a los requisitos que han de verificarse en el proceso previo al amparo, la LOTC exige otros que han de concurrir en la propia demanda de amparo.

Están legitimados para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un «interés legítimo» (art. 162.1.b) CE), así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. Por su parte, el art. 46.1.b) LOTC precisa que tienen legitimación activa para interponer el recurso de amparo en los supuestos de impugnación de acto administrativo (art. 43 LOTC) o resolución judicial (art. 44 LOTC), «quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente», así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

El TC ha armonizado ambos requerimientos declarando que se exige un doble presupuesto: a) haber sido parte en el proceso, o legalmente haber debido serlo cuando no se deba su ausencia a la inactividad o negligencia del propio recurrente, b) y ostentar un interés legítimo, esto es, encontrarse el demandante de amparo en una específica relación con el objeto o la pretensión deducida (bien por ser titular del derecho o libertad, bien porque así lo disponga una norma legal, bien porque se ostente un mero interés legítimo en la preservación de derechos y libertades de otro) (por todas, STC 158/2002, de 16 de septiembre).

El recurso de amparo se inicia con la presentación de una demanda suscrita necesariamente por Abogado ejerciente de cualquier Colegio de Abogados y Procurador (art. 81 LOTC no modificado), siendo este último necesariamente de Madrid (AATC 236/1984, de 11 de abril y 23/1985, de 16 de enero) mediante poder general para pleitos (del que normalmente en «otrosí» se solicita su desglose y devolución). Únicamente para el desistimiento se requiere poder especial (al respecto STC 41/2004, de 22 de marzo), pudiendo exclusivamente comparecer por sí mismos quienes tengan título de Licenciado en Derecho aunque no sean ejercientes ni como Abogado ni Procurador. La demanda debe ir en castellano y su estructura y contenido se mantiene sin reformas salvo en la relevante adición sobre la necesaria justificación de su «trascendencia constitucional».

Esta exigencia conecta directamente con el art. 50 LOTC que modifica drásticamente la LO 6/2007, pasándose de un sistema de «inadmisión» a uno nuevo de «admisión»: «El recurso de amparo deber ser objeto de una decisión de admisión a trámite» comienza advirtiendo su primer párrafo. La admisión de la demanda en la actualidad se condiciona al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) «que la demanda cumpla con lo dispuesto en los arts. 41 a 46 y 49» y b) «que el contenido del recurso justifique una decisión sobre le fondo por parte

del TC en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación, o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales». Aunque es temprano para delimitar con seguridad la exigencia a la que ahora se va a vincular el éxito en la admisión de la demanda de amparo, el hecho de que se condicione a que el recurrente justifique debidamente la «especial trascendencia constitucional» (art. 49.1 LOTC) del recurso y que ésta vaya a ser apreciada por el TC teniendo como referente los parámetros que se enuncian [interpretación, aplicación o general eficacia de la CE, o «determinación del contenido y alcance de los derechos»: art. 50.1.b) LOTC] permite inferir que se produce un trasvase del amparo «subjetivo» al «objetivo» al ponerse el acento no tanto en el justiciable y en la reparación del derecho que le ha sido particularmente lesionado, cuanto en la idea de que, al hilo de su lesión, sea posible elaborar una doctrina objetiva interpretativa de la que obtener una mejor delimitación de un concreto derecho fundamental con vistas a una proyección más general. De este modo, para la admisión de la demanda de amparo se estarían exigiendo dos requisitos o presupuestos: a) uno previo y necesario consistente en que la vulneración del derecho que se denuncia sea patente, manifiesta, es decir, no quepa duda alguna interpretativa en torno a la vulneración, sin necesidad de realizar operaciones complejas de interpretación al respecto (por el contrario de ser una reconstrucción de la doctrina del TC para llegar a la conclusión de que se ha vulnerado el derecho lo normal es que se inadmita la demanda); b) que la patente y grosera vulneración de un derecho fundamental, en su resolución, contribuya a perfilar la doctrina constitucional sobre el derecho en cuestión, o sobre la interpretación o aplicación de la CE. Ambos requisitos concurrirán, sin duda, cuando lo que se denuncia es un aspecto de un derecho fundamental sobre el que nunca se ha pronunciado el TC y, sin embargo, se revela imprescindible para la comprensión del derecho fundamental en cuestión (lo que podría decirse del problema del conocimiento del embarazo por el empleador, al no existir aún criterios perfilados).

La demanda debe acompañarse de documento acreditativo de la representación, copia o certificado de la resolución recaída y tantas copias como partes, más una adicional para el Ministerio Fiscal (art. 49.2 y 3 LOTC). Se modifican, sin embargo, el plazo y el lugar donde ha de registrarse.

El plazo para interponer la demanda de amparo cuando se trata de un amparo «judicial», es decir, aquél en el que la infracción constitucional se imputa a una resolución del órgano judicial se amplía de 20 a 30 días a contar partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial (art. 44.2 LOTC). Se trata de un plazo de caducidad, improrrogable y no susceptible de suspensión (STC 78/2003, de 28 de abril) y los días que se computan son los hábiles. A tales efectos debe recordarse que para la determinación de los días festivos el calendario aplicable es únicamente el establecido para el municipio de Madrid siendo

sus festivos los únicos que se tienen en cuenta en el cómputo del plazo y no los de otras localidades (STC 281/2000, de 27 de noviembre, ATC 138/2001, de 1 de junio). Asimismo debe tenerse en cuenta que el mes de agosto (del 1 al 31) es inhábil para el recurso de amparo de los arts. 43.2 y 44.2 LOTC y que, de conformidad con el art. 182 LOPJ reformado por la LO 19/2003, de 23 de diciembre (de aplicación supletoria de acuerdo al art. 80 LOTC) se consideran inhábiles igualmente a efectos procesales los «sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre».

Tanto para el art. 43.2 LOTC como para el art. 44.2 LOTC, el *dies a quo* se residencia en el día hábil siguiente a la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial (SSTC 162/1990 de 22 de octubre; AATC 204/1999, de 28 de julio; 138/2001, de 1 junio; 35/2003, 25 de marzo). Debiéndose tener presente que la notificación de la resolución que hay que tener en cuenta para el cómputo del «dies a quo» es la efectuada al representante procesal y no la dirigida, en su caso, al interesado (ATC 204/1999, de 28 de julio). En cuanto el *dies a quem* o día de vencimiento del plazo, la reforma reconoce la posibilidad de presentar la demanda de amparo (y sólo dicho escrito inicial) el día siguiente al de su vencimiento no sólo en el registro general del Tribunal Constitucional, sino también en otros tribunales civiles. De este modo, el último día para el amparo judicial sería el trigésimo hasta las 15 horas (o trigésimo primero antes de las 15 horas, como de inmediato se verá), o vigésimo (o vigésimo primero en los mismos términos) cuando el amparo sea encuadrable en el art. 43 LOTC.

El cumplimiento del *dies a quem* conecta así lógicamente con el lugar de presentación de la demanda de amparo. La regla general es la de que «los escritos de *iniciación* del proceso se presentarán en la *sede del Tribunal Constitucional* dentro del plazo legalmente establecido» (art. 85.2 LOTC modificado). El problema es que el Registro del Tribunal Constitucional cierra a las 15 horas, surgiendo con ello la duda de si a partir de esa hora la demanda es extemporánea aunque el demandante esté todavía dentro del último día de vencimiento del plazo. Con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la LO 6/2007 la doctrina del TC venía manteniendo que el derecho al plazo lleva consigo el disfrute de su totalidad y, por ello, se extiende hasta las 24 horas del día de vencimiento (ATC 138/2001, de 2 de junio). De ahí que se viniera permitiendo que el último día del plazo de caducidad (y no otro) después de las 15 horas se presentara la demanda de amparo en el Juzgado de Guardia de Madrid independientemente de que su entrada efectiva en el TC se produjera en una fecha posterior (ATC 243/2001, de 26 de junio). Esta posibilidad, otorgando la totalidad del plazo al recurrente, resultaba por lo demás coherente con la posición del TC rechazando la aplicación supletoria del art. 135 LEC/2000 en el ámbito constitucional y suponía, en consecuencia, que la demanda interpuesta antes de las 15 horas en el registro general del Tribunal Constitucional, pero el día siguiente al del vencimiento del plazo se considerara extemporánea. La reforma del

art. 85.2 LOTC necesariamente altera esta doctrina. Tras declarar que «los escritos de *iniciación* del proceso se presentarán en la sede del Tribunal Constitucional dentro del plazo legalmente establecido» prevé que «los *recursos de amparo* podrán también presentarse hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de interposición, *en el* Registro del Tribunal Constitucional, *o en la* oficina o servicio de registro central de los *tribunales civiles de cualquier localidad*, de conformidad con lo establecido en el art. 135.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil» (los subrayados son propios). El cambio de orientación es palmario al acogerse expresamente en la LOTC la previsión del art. 135.1 LEC antaño rechazada. De este modo, en la actualidad es posible registrar la demanda de amparo el día siguiente al del vencimiento del plazo hasta las 15 horas en el registro del Tribunal Constitucional y, en caso de sobrepasarse dicha hora, el registro procederá el día siguiente al vencimiento tanto en el TC como en el registro de cualquier tribunal civil.

c) Tramitación y resolución

La admisión de la demanda debe ser adoptada por la Sección por unanimidad de sus miembros (art. 50.1.2.º LOTC). La reforma suprime la posibilidad de abrir la audiencia previa del solicitante de amparo y el Ministerio Fiscal (art. 50.3 LOTC antes de la reforma) y ahora declara que cuando se alcance la mayoría, pero no la unanimidad, lo que procede es que la Sección traslade a la Sala respectiva la decisión final sobre la admisión (art. 50.2 LOTC reformado). Junto a ello se simplifica el procedimiento, entre otros motivos, porque tras la reforma sólo es posible la inadmisión por «providencia» liberando al TC de la motivación propia de los Autos. Ausencia de motivación que, por su efectividad desde el punto de vista de la celeridad, se impone igualmente en la Disposición Transitoria Tercera de la LOTC 6/2007 para la admisión o inadmisión de los recursos de amparo interpuestos antes de la vigencia de la nueva Ley Orgánica, aclarando que ahora la providencia de inadmisión se debe limitar a «expresar el supuesto en el que se encuentra el recurso», es decir, siendo suficiente que se indique que el recurso incumple el antiguo art. 50.1.a), b) c), o d) LOTC.

Admitida la demanda de amparo, se sigue básicamente el régimen anterior, aunque se introducen algunas precisiones y novedades. El mayor impacto reformador recae en el régimen de la suspensión de los efectos del acto o sentencia impugnada (art. 56 LOTC reformado). En primer término porque contempla expresamente la que venía siendo la regla general del TC en la materia: la de que el recurso de amparo no suspende los efectos del acto o sentencia impugnados: «la interposición del recurso de amparo no suspenderá los efectos del acto o sentencia impugnados» (art. 56.1 LOTC reformado) y se invierten los términos previendo a continuación la excepción en el art. 56.2 LOTC reformado, incluyendo ahora también la posibilidad de que la competencia suspensiva corres-

ponda a las Secciones cuando el asunto les haya sido deferido. En segundo lugar, en el sistema anterior la suspensión con carácter general se adoptaba tras haberse admitido el recurso de amparo, mientras que ahora se establece la posibilidad de que la medida de suspensión se adopte en la propia resolución de admisión a trámite. En tercer lugar, junto a la medida de suspensión se admite también la adopción de las medidas cautelares tendentes a evitar que el recurso de amparo pierda su finalidad. Finalmente, se precisa de modo novedoso que la determinación de la fianza a la que se puede (y podía) condicionar la suspensión de la ejecución, así como estas nuevas medidas cautelares puedan delegarse al órgano jurisdiccional de instancia.

Otro de los cambios introducidos en la fase de admisión tiene carácter transversal y consiste en el fortalecimiento competencial de las Secciones. Una vez realizadas las alegaciones de las partes interesadas, se introduce de modo novedoso la posibilidad de que la Sala pueda deferir a las Secciones la resolución del fondo del asunto cuando se trate de un supuesto de mera «aplicación de doctrina», o bien «señalar día para la vista» (art. 52.2 reformado LOTC que modifica en consecuencia el carácter sustitutivo que la vista tenía respecto del trámite de alegaciones). Posibilidad que se prevé igualmente para los recursos de amparo iniciados antes de la vigencia de la nueva LOTC (disposición transitoria primera LO 6/2007: aunque la referencia exclusivamente en esta disposición es a que se defiera a las Secciones, pero silenciando toda referencia a la posibilidad de celebrar una vista, probablemente para desechar esta última posibilidad en un sistema que se pretende desatascar). Sea la Sala, sea la «Sección», la sentencia que proceda deberá pronunciarse «en el plazo de 10 días a partir del día señalado para la vista o deliberación» (art. 52.3 LOTC reformado), adecuando simplemente este precepto a la nueva organización funcional. Lo mismo ocurre con el art. 53 LOTC que manteniendo que el fallo de la Sentencia debe ser o el otorgamiento del amparo o su denegación, simplemente añade que, junto a la Sala, puede ser la «Sección» la que dicte dicho fallo.

Bibliografía

- BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G. y MEDINA REY, L.F. (2008): *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos.
- BALLESTER PASTOR, M.A. (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*, n.º 51, pp. 31 ss.
- CABEZA PEREIRO, J. (dir.) (2010): *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. (1992): «La igualdad y la discriminación», AA.VV. (coord. M.R. ALARCÓN): *Constitución y Derecho del trabajo (1981-1991). Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Marcial Pons.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. (2008): *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, Madrid.
- GIMÉNEZ GLUCK, D. (2004): *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Madrid, Bosch.
- MERCADER UGUINA, J. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2005): *El recurso de amparo: un enfoque laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2008): Título preliminar: objeto y ámbito de la Ley. Comentario a los arts. 1 y 2 de la LOI», en AA.VV. (dir.: C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, A.V. SEMPERE NAVARRO): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, pp. 45 a 83.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2008): «La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 73.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2008): «La reforma del recurso de amparo por la LO 6/2007, del Tribunal Constitucional, y su proyección laboral», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 17.
- REY MARTÍNEZ, F. (1995): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, Mc Graw Hill.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. (1994): *Igualdad y discriminación*, Madrid (Tecnos), 1986; SÁEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, CES.

LA ERA DE LA CORRESPONSABILIDAD: LOS NUEVOS RETOS DE LA POLÍTICA ANTIDISCRIMINATORIA

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR

Catedrática de Universidad
Universitat de València EG

ABSTRACT

■ *Se trata de reflexionar sobre la necesidad de avanzar en materia de corresponsabilidad. Con carácter particular se incide en la cuestión relativa a la noción de corresponsabilidad y las dificultades antes las cuales ésta se enfrenta, ya sea por los lastres derivados de antiguas concepciones, ya sea también porque la situación económica actual no es un contexto propicio para su implementación. Por su parte, se estudia asimismo la distinta dirección en que se mueven las instrucciones comunitarias, en contraste con lo que sucede en España —en concreto las recientes reformas jurídico-laborales—, donde desgraciadamente la corresponsabilidad es prácticamente invisible.*

Palabras clave: Conciliación, Corresponsabilidad, Género.

■ *Erantzunkidetasunaren gaian aurrera egiteko beharrari buruz gogoeta egin nahi dugu. Zehazki, erantzunkidetasunaren kontzeptua eta hark gainditu beharreko zailtasunak azpimarratuko ditugu. Lehengo ikuskerek ezarritako oztopoak izan daitezke zailtasun horien jatorria, baita egungo egoera ekonomikoa erantzunkidetasuna ezartzeko testuinguru desegokia izatea ere. Bestalde, erkidegoko jarraibideek Espainiako jarraibideekin dituzten aldeak aztertuko ditugu (zehazki, egin berri di-*

tuzten lan arloko zuzenbideko erreformak). Zoritxarrez, Espainian erantzunkidetasuna ikusezina da ia.

Gako-hitzak: bateratzea, erantzunkidetasuna, generoa.

■ *This involves reflecting on the need to make advances in the area of co-responsibility. It has a specific bearing on the issue regarding the notion of co-responsibility and the difficulties it faces, whether owing to the burdens inherited from previous notions or because the current economic situation does not constitute a favourable context for its implementation. The different direction being taken by EU instructions is studied for their part, in contrast to what is taking place in Spain —specifically with the recent legal-labour reforms— in which co-responsibility is regrettably hardly apparent.*

Key words: conciliation, co-responsibility, gender.

1. El estado de la cuestión

Podría decirse que con la corresponsabilidad la cuestión antidiscriminatoria por razón de género ha adquirido en los últimos años una nueva dimensión. Una vez planteados y admitidos (que no necesariamente conseguidos) planteamientos conceptuales como el de la discriminación indirecta o el de la acción afirmativa, el reto de la igualdad real por razón de género se desplaza actualmente con gran fuerza ideológica al ámbito del reparto de responsabilidades. Resulta particularmente interesante al respecto la gran intensidad con que los grupos feministas han estado presionando en los últimos años por incorporar a la Directiva de maternidad que debía sustituir a la actual Directiva 92/85 el permiso de paternidad. De otro lado, las referencias a una nueva organización del tiempo de trabajo en la empresa aparecen continuamente en los documentos comunitarios como paradigma del nuevo modelo empresarial europeo. Son, sin duda, nuevos momentos en la evolución del principio antidiscriminatorio comunitario por razón de género que obligan a nuevos planteamientos y a nuevas perspectivas y que en ocasiones fuerzan a resolver algunas paradojas.

La primera cuestión que debe resolverse es estrictamente conceptual. La corresponsabilidad constituye un paso más, de carácter cualitativo, en la evolución de la protección dispensada a los sujetos trabajadores que dedican parte de su tiempo al cuidado de dependientes. El antiguo concepto de conciliación se movía en un espacio excesivamente estrecho de mero equilibrio temporal articulado en torno al derecho de ausencia (permisos), sin pretensiones adicionales de implicación de otros sujetos. Esa perspectiva clásica de la conciliación dejaba en el estricto espacio doméstico el reparto de responsabilidades y tenía como solo objetivo el establecimiento de mejoras, supuestamente neutras, para que, fuera quien fuera el encargado del cuidado conforme al reparto establecido, pudiera compatibilizar las responsabilidades familiares y las laborales. Resulta evidente que, un contexto supuestamente neutro como el descrito, tenía el grave riesgo de perpetuar la asunción mayoritariamente femenina de las tareas de cuidado, incrementando a su vez la desconfianza empresarial frente al colectivo de mujeres en edad fértil. Era necesario, pues, superar el concepto de conciliación que había sido claramente cooptado para incorporar dos elementos fundamentales: el de las connotaciones de género que inevitablemente tienen las tareas de cui-

dado; y el de la necesidad de incorporar nuevos sujetos a dichas responsabilidades.

El término corresponsabilidad sirve a ese nuevo objetivo. Evidencia un nuevo estado de la cuestión, en el que el objetivo trascendería el de mero derecho de ausencia para pretender la implicación de otros sujetos y entidades. Generalmente suele simplificarse excesivamente el alcance del término, limitándolo exclusivamente a la implicación masculina en el cuidado (ese fue el origen sociológico del término), pero en el ámbito jurídico laboral el término corresponsabilidad implica a otros sujetos. De un lado requiere ciertamente una implicación de todos los miembros de la unidad familiar por medio del reparto de responsabilidades y de la implicación masculina en las tareas domésticas y de cuidado. No es ésta una cuestión estrictamente familiar que deba mantenerse al margen de la estrategia jurídico laboral por cuanto la alteración de roles sociales repercute claramente en el alcance de los estereotipos empresariales y, en consecuencia, es un instrumento de gran relevancia para la consecución de la igualdad real en la esfera laboral. De otro lado, también el empresario debe ser llamado a intervenir en la responsabilidad que le corresponde por medio de una gestión adecuada del tiempo de trabajo que permita pensar que los derechos de corresponsabilidad no son solo derechos de ausencia sino, fundamentalmente, derechos de presencia. Esta reconfiguración del tiempo de trabajo es fundamental también para evitar que eventuales disminuciones del tiempo de trabajo mantengan inalterado el volumen del mismo, revertiendo en el/la propio/a trabajador/a y en el resto de compañeros. Ello obliga a una tarea de reconsideración global de necesidades y prioridades, a efectos de eliminar la reticencia que, de otro modo, se genera en el propio colectivo de trabajadores/as sin responsabilidades familiares. El tercer sujeto implicado en la corresponsabilidad es la propia sociedad a quien corresponde intervenir en un doble nivel: invirtiendo financieramente para colaborar activamente en las actividades de cuidado e interviniendo normativamente para asegurar la corresponsabilidad de la unidad familiar (por ejemplo, estableciendo el permiso de paternidad) y del propio empresario (por ejemplo, configuración de derechos de adaptación temporal del tiempo de trabajo).

En el contexto descrito, intentar identificar cual es el estado de la cuestión actual del tema de la corresponsabilidad obliga a tener en cuenta dos ideas como punto de partida: (i) si la cuestión del cuidado se considera una cuestión de género, en cuyo caso las normas en su desarrollo deberían estar atentas a las repercusiones de género, y no exclusivamente al cuidado del dependiente, y (ii) si existe una verdadera implicación de los poderes públicos en una concepción de la cuestión respetuosa con la implicación general subjetiva e institucional que más arriba se ha descrito, en definitiva comprometidos con una visión global de las responsabilidades de cuidado en relación el trabajo. Solo la concurrencia de ambos factores permite constatar la existencia de una corresponsabilidad efectiva.

Debe constatar, en todo caso, que la evolución de la cuestión está siendo particularmente compleja. En la Unión Europea la hostilidad inicial ha dado lugar a otros momentos de despegue, aunque se mantienen algunas paradojas difíciles de resolver dada esta diferencia de perspectiva evolutiva. Una de ellas viene dada por el mantenimiento de la vigencia de la doctrina sentada en el asunto *Hoffman (infra)* pese al establecimiento de una nueva perspectiva en el asunto *Roca Álvarez (infra)*. Resulta aparentemente contradictorio defender, de un lado, la legitimidad de las medidas femeninas exclusivas para el cuidado de los hijos con fundamento en la especial relación entre madre e hijo, como hace la primera, mientras que en la segunda se establece el perjuicio contra el colectivo femenino que supone el establecimiento de beneficios de cuidado de titularidad exclusivamente femenina. Asimismo, en España la corresponsabilidad se ha incorporado nominalmente a los textos normativos pero presenta serios defectos de efectividad. También la crisis económica parece haber intensificado la tendencia a la invisibilidad de las cuestiones de la corresponsabilidad. Así se advierte inmediatamente en el contenido de las normas españolas de los últimos meses. Curiosamente, sin embargo, una buena política de corresponsabilidad no es necesariamente incompatible con cierta contención del coste. De hecho son las políticas mal planificadas las que no cumplen la finalidad de la corresponsabilidad e implican gastos innecesarios. Pero también aparecen obstáculos a la corresponsabilidad en la dimensión ideológica. A veces constituye un dilema irresoluble el hecho de que se pretenda, de un lado, la neutralidad en la configuración de los derechos de cuidado y que, al tiempo, se pretenda dotarlos de una dimensión de género. Ello implica necesariamente que se deslinde el género del cuidado familiar, como sucedió en la Directiva 96/34, primera de permisos parentales. También explica que la jurisprudencia española no reconociera la concurrencia de discriminación indirecta cuando se trataba de determinar la base reguladora aplicable a la prestación de desempleo en caso de reducción de jornada por guarda legal¹.

Definitivamente, pues, el nuevo objetivo de la corresponsabilidad se enfrenta a una situación compleja, con lastres importantes derivados de antiguas

¹ Consideró el TS: Por todas, SSTTS de 23 de noviembre de 2004, Rec. 166/2004; y de 4 de noviembre de 2004, Rec. 3108/2003, que el parámetro relevante para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo debía forzosamente ser la inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo, lo que inevitablemente reconducía a la base reducida por la reducción de jornada. Sobre los eventuales problemas de constitucionalidad de la doctrina del TS en torno a la base reguladora de desempleo en jornadas reducidas por guarda legal, Gala Duran (2005). También de modo crítico, el voto particular de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de junio de 2005, Rec. 1655/2005. La solución jurisprudencial dada resultaba particularmente expresiva de dicha actitud reticente a la consideración del impacto de género, teniendo en cuenta que, con anterioridad, el mismo Tribunal Supremo había establecido que la base salarial para el cálculo de la indemnización en caso de despido debía calcularse en atención al salario completo del trabajador/a en reducción de jornada previo a dicha reducción (STS de 11 de diciembre de 2001, Rec. 1817/2001).

concepciones, de aparentes paradojas conceptuales y de una situación económica que no es demasiado propicia. Pese a todo, resulta indudable que en la Unión Europea se está configurando un nuevo estado de la cuestión que, aun partiendo de una situación histórica particularmente hostil, ha evolucionado hacia nuevas perspectivas. Lamentablemente, sin embargo, en España no puede decirse que se haya producido el tránsito del concepto de conciliación al de corresponsabilidad. Ni siquiera la LOIE (Ley 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres), consiguió superar una concepción tradicional del cuidado alejada de los nuevos modelos familiares y empresariales. Asimismo, las normas aprobadas en los últimos meses en España han acrecentado la distancia con el nuevo concepto, hasta el punto de que la corresponsabilidad es actualmente invisible como objetivo, tanto en el ámbito familiar como en el empresarial. Se ha producido, incluso, cierta banalización de sus presupuestos. En las páginas que siguen se expondrá precisamente esta diferente dirección en la que se mueven las instrucciones comunitarias y las recientes reformas normativas jurídico-laborales en España.

2. El ascenso del concepto de corresponsabilidad en la Unión Europea

2.1. Las dificultades históricas

Existe actualmente una nueva concepción del cuidado en el ámbito de la Unión Europea que ha surgido a pesar de la histórica posición del Tribunal Comunitario. Bajo esta clásica interpretación, los derechos específicos para mujeres relacionados con el cuidado se consideraban legítimos por una interpretación del concepto de acción afirmativa que implicaba un mantenimiento de roles particularmente perjudicial para la causa de la igualdad real. Esta aparentemente insalvable desvinculación del cuidado con el género ha tenido históricamente en la jurisprudencia comunitaria una doble manifestación: primero, ha conducido a que no se considere discriminación indirecta el trato peyorativo recibido como consecuencia de las actividades de cuidado; y, segundo, ha legitimado los beneficios exclusivos de cuidado atribuidos a las mujeres por medio de argumentos que promueven la perpetuación de roles.

- (i) La desvinculación del cuidado de la discriminación indirecta: La temática relacionada con las repercusiones de género vinculadas al cuidado familiar no ha tenido históricamente en la Unión Europea un reconocimiento rotundo. De hecho hasta los primeros reconocimientos de esta vinculación que aparecen en los considerandos de la Directiva 2010/18, de permisos parentales, la tendencia había sido la de negar que el trato diferencial peyorativo por razón del cuidado familiar dispensado constituyera discriminación indirecta por razón de sexo. Así se advierte clara-

mente en la jurisprudencia del Tribunal Comunitario, por ejemplo en el Asunto *Österreichischer*, STJCE de 8 de junio de 2004, C-220/02. En este caso el TJCE negó que fuera constitutiva de discriminación indirecta por razón de género la falta de consideración a efectos de antigüedad del tiempo transcurrido en excedencia por cuidado de hijos, pese a que Austria (el Estado del que partió la cuestión prejudicial) reconocía la antigüedad en el caso de una excedencia de similar duración prevista para los supuestos de cumplimiento de servicio militar que, en el tiempo en que se planteó la cuestión, era de cumplimiento obligatorio solo para los hombres.

- (ii) La legitimidad de los beneficios de cuidado estrictamente femeninos. La cuestión de la titularidad del tiempo de permiso dedicado al cuidado se planteó ya desde antiguo ante la jurisprudencia comunitaria. En el asunto *Hofmann*² el TJCE analizó la naturaleza de un alargamiento del permiso de maternidad que un Estado miembro (Alemania) establecía en beneficio exclusivamente de la mujer que había dado a luz y que podía alargarse hasta seis meses. El Tribunal consideró que no constituía discriminación por razón de género que este alargamiento, pese a ir más allá del permiso de maternidad (por lo que no tenía estricta finalidad sanitaria), se reservara exclusivamente a la madre porque la situación de maternidad permite establecer beneficios y derechos específicos para la madre no solo para garantizar los aspectos sanitarios vinculados al embarazo y al parto sino también para *proteger la especial relación entre una mujer y su hijo que se produce en el periodo de tiempo posterior al embarazo y al parto*. De otro lado, en el párrafo 24 de la sentencia dictada en el asunto *Hoffmann* se establecía expresamente que la Directiva antidiscriminatoria entonces aplicable (la 76/207, precedente de la actual 2006/54) no estaba diseñada para resolver cuestiones relacionadas con la organización de la familia o para alterar la división de responsabilidades entre los progenitores. Esta temprana toma de postura del TJCE en torno a esa especial relación entre la madre y el hijo (que presumiblemente no existe según el Tribunal entre un padre y su hijo) ha condicionado sus pronunciamientos posteriores en torno a la responsabilidad paterna, de cuya lectura se deduce alguna complacencia en cuanto al mantenimiento de cierto reparto tradicional de roles. Afortunadamente, los argumentos que con posterioridad a *Hoffman* legitimaron a juicio del Tribunal de Justicia Comunitario el establecimiento de medidas de titularidad exclusiva o preferentemente femeninas se asentaron en argumentos menos criticables que aquel de la especial relación entre madre e hijo. Por ejemplo, la diferencia retributiva favorable a la mujer se

² STJCE de 12 de julio de 1984, C-184/83.

consideró adecuada al derecho comunitario por ir dirigida a compensar las desventajas que las interrupciones laborales suponen en el colectivo, constituyendo así una manifestación muy particular de medida de acción afirmativa³. Es una matización importante pero que no neutraliza, sin embargo, los efectos de *Hofmann*, en la que implícitamente siguieron asentándose ciertos pronunciamientos del Tribunal Comunitario legitimando la titularidad exclusiva femenina de los beneficios para guardería ligados al cuidado de los hijos (salvo que los padres tuvieran a su cargo exclusivo a los hijos en cuestión)⁴.

2.2. El despegue de la perspectiva de la corresponsabilidad en la Unión Europea

Existe actualmente en la Unión Europea un reforzamiento de las implicaciones de género vinculadas al cuidado familiar que resultaba inusitado en momentos anteriores y que ha tenido muy diversas manifestaciones. Supone un compromiso claro con la corresponsabilidad. Algunas de sus manifestaciones más relevantes son las siguientes:

- a) En 2002 se aprobó la Directiva 2002/72, última reforma sustantiva de la Directiva 1976/207 (posteriormente refundida en la actual Directiva 2006/54) que establecía el derecho del padre a no ver lesionados sus derechos por el ejercicio de los derechos vinculados al cuidado de los hijos/as tanto como consecuencia del disfrute por su parte del permiso de paternidad como de los derechos correspondientes a su condición de adoptante. Era una perspectiva que normalizaba el cuidado neutro, hasta el punto de incorporarlo a una Directiva que, históricamente, había contenido exclusivamente derechos de titularidad femenina.
- b) La Directiva 2010/18, de 8 de marzo de 2010, de permisos parentales, pese a su formulación final no excesivamente comprometida⁵, desarrolló cauta pero rotundamente la conexión entre cuidado y género en sus

³ En el caso *Abdoulaye*, sentencia de 16 de septiembre de 1999, C-218/98, el TJCE consideró adecuado al derecho comunitario el establecimiento de una asignación a tanto alzado aplicable tan solo a las mujeres que iniciaran sus permisos de maternidad (y no a los hombres), siempre y cuando dicha asignación estuviera destinada a compensar las desventajas profesionales que la interrupción del trabajo supone para ellas.

⁴ Asunto *Lommers*, STJCE de 19 de marzo de 2002, C-476/99. En España la misma legitimidad de los beneficios de guardería establecidos exclusivamente en beneficio de las mujeres trabajadoras, con la sola excepción de que el padre probara que era el responsable exclusivo del cuidado del menor, se estableció desde antiguo, por ejemplo, en la STCo. 128/87, de 16 de julio.

⁵ En esto no ha supuesto una alteración relevante respecto a la regulación establecida en la Directiva precedente de permisos parentales, la Directiva 96/34, acerca de la cual elaboró un estudio crítico Cabeza Pereiro, J., 2005, pp. 25 y ss.

considerandos⁶. Dicha conexión aparece expresamente en una de las alteraciones más relevantes producidas en la Directiva 2010/18, aquella que establece que de los cuatro meses mínimos del permiso parental para cuidado de hijos/as, uno debe tener carácter intransferible. Es ciertamente una reforma de escasa trascendencia práctica, pero que sin duda evidencia un nuevo estado de la cuestión, en el que el objetivo del reparto de responsabilidades trasciende el ámbito estrictamente doméstico y se convierte en estrategia de actuación con implicaciones empresariales.

Particular importancia tiene en la directiva 2010/18 una referencia indicativa, de escasa relevancia practica pero de elevado significado simbólico. En la cláusula 6 de la Directiva 2010/18⁷, titulada *Reincorporación al trabajo*, se establecen, con carácter indicativo, ciertas prerrogativas del trabajador para adaptar su jornada de trabajo con motivo de la reincorporación tras el permiso parental. Este matizado derecho a la adaptación de la jornada contenido en la Directiva 2010/18 (o a que los empresarios *tomen en consideración* las peticiones de adaptación de jornada) tiene un efecto testimonial que debe ser subrayado, puesto que es la primera vez que aparece en un texto normativo la prerrogativa a la adaptación de la jornada por razones de conciliación de responsabilidades, lo que es particularmente interesante en una norma que se dedica exclusivamente a los permisos parentales.

- c) Se está produciendo en los últimos años en la Unión Europea un curioso efecto de visualización de la cuestión de la conciliación, llegando a aparecer en normas que no tienen conexión ni con el cuidado, ni con el género ni con el tiempo de trabajo. La conciliación está siendo objeto de cierto tratamiento transversal, en normas y documentos de muy diferente alcance. Así ha sucedido, por ejemplo, en el art. 6 de la Directiva 2000/78⁸ (con relación a la discriminación por razón de la edad),

⁶ Esta conexión no se advierte en el articulado de la Directiva, pero sí en los Considerandos, en los que reiteradamente se menciona. Por ejemplo, el Considerando 8 comienza de la siguiente manera: *Considerando que la política familiar debe contribuir al logro de la igualdad entre los sexos...*

⁷ Se formula de la siguiente manera la cláusula 6 de la Directiva 2010/18: *Para promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un periodo determinado de tiempo. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores.*

⁸ Artículo 6 de la Directiva 2000/78: Justificación de diferencias de trato por motivos de edad. 1. No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

que contiene una referencia a las personas con responsabilidades familiares que resulta algo desconcertante en un precepto dedicado a las excepciones al principio de no discriminación por razón de la edad.

Otras manifestaciones de este efecto transversal de la corresponsabilidad aparecen en los documentos de la UE que establecen sus líneas de actuación y actuaciones prioritarias. Por ejemplo, en «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» expresamente aparece en la iniciativa emblemática titulada «Una agenda para nuevas cualificaciones y empleos» el siguiente objetivo: «promover nuevas formas de equilibrio entre la vida laboral y familiar y políticas de envejecimiento activo e incrementar la igualdad entre los sexos». Más rotundamente, y con una formulación que resalta el derecho al trabajo (y no el mero derecho a la ausencia) de las políticas de conciliación es lo establecido en las «Directrices integradas Europa 2020» (periodo 2010-2014, sucesoras de las anteriores directrices para el empleo). En el texto que precede a la formulación de la séptima de las directrices puede leerse lo siguiente: «las medidas de conciliación de la vida personal y la vida laboral deberán conjugarse con la oferta de servicios sociales asequibles y con innovaciones en la organización del trabajo a fin de aumentar los índices de empleo, especialmente entre los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y las mujeres, procurando, en particular, que las mujeres altamente cualificadas en los ámbitos técnico y científico no abandonen sus empleos». Es una redacción que claramente resalta la importancia del mantenimiento del trabajo frente al abandono para cuidado familiar, aunque en la formulación de la directriz dicha prioridad parezca referirse exclusivamente a los trabajos de mayor cualificación.

- d) Jurisprudencialmente en la Unión Europea la consolidación de la nueva perspectiva de la corresponsabilidad ha sido particularmente intensa. Es en este ámbito donde la nueva perspectiva se ha establecido con mayor firmeza. De un lado, se ha consolidado el principio de no lesividad de los derechos laborales por el ejercicio de los derechos de cuidado. Su formulación es muy simple, y procede de sentencias anteriores en relación con el ejercicio de los derechos vinculados a la maternidad⁹. Significa

Dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular:

- a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas.

⁹ Por todos, con relación a los salarios, asunto *Gillespie* (STJCE de 13 de febrero de 1996, C-342/93) y asunto *Alabaster* (STJCE de 30 de marzo de 2004, C-147/02). Sobre las vacaciones, asunto *Merino Gómez*, STJCE de 18 de marzo de 2004, C-342/01. Sobre la antigüedad, STJCE de 16 de febrero de 2006, C-294/04.

que el ejercicio de los derechos de conciliación no puede implicar ninguna pérdida en el ámbito de los derechos laborales, específicamente ni con relación a las vacaciones (Asunto *Zentralbetriebsrat*)¹⁰ ni con relación a los salarios relevantes para el cálculo de la indemnización por despido (Asunto *Meerts*)¹¹. De otro lado, el Tribunal de la Unión Europea ha incorporado rotundamente la perspectiva de la corresponsabilidad en la sentencia dictada en el asunto *Roca Álvarez*¹², en la que se consideró discriminatoria contra el colectivo de mujeres una norma estatal (el permiso de lactancia español) que se configuraba con titularidad prioritariamente femenina, puesto que esta formulación causaba el efecto de perpetuar roles femeninos de cuidado. La sentencia es particularmente importante porque aplica la normativa antidiscriminatoria no para declarar existente una discriminación contra el varón por tener más dificultades para el acceso a los beneficios establecidos para el cuidado de los hijos. Al contrario, aplicando una perspectiva totalmente novedosa, derivada directamente del concepto de corresponsabilidad, el TJUE considera que una atribución exclusiva o preferentemente femenina de los beneficios vinculados al cuidado de los hijos provoca el efecto de perpetuar roles de cuidado en el colectivo de mujeres y, en consecuencia, resulta discriminatorio contra el colectivo de mujeres. Estos ejemplos ponen en evidencia que en el ámbito de la Unión Europea existe actualmente una tendencia a conectar conciliación con género que en periodos anteriores no había resultado tan clara¹³. Queda, sin embargo, una paradoja difícil de resolver, porque en el asunto *Roca Álvarez* el Tribunal expresamente estableció que la doctrina establecida en el asunto *Hoffman* (que se asentaba en presupuestos radicalmente distintos) seguía vigente.

3. La escasa relevancia de las políticas de corresponsabilidad en España

En España la normativa que se va aprobando recibe la influencia del nuevo concepto de corresponsabilidad, pero apenas mantiene su configuración formal, sin acabar de hacerlo efectivo. Así se advierte en la LOIE, cuya importancia ha sido mucho mayor en cualquier otro aspecto de la protección antidiscriminatorio que en lo relacionado con la temática de la corresponsabilidad.

Pero en las normas posteriores de reforma laboral y de Seguridad Social desarrolladas a partir de la crisis económica (fundamentalmente en 2010 y 2011)

¹⁰ STJUE de 22 de abril de 2010, C-486/08.

¹¹ STJCE de 22 de octubre de 2009, C-116/09.

¹² STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09.

¹³ Tuve ocasión de analizar esta tendencia en Ballester Pastor, A., 2010, pp. 31-66.

el concepto de corresponsabilidad prácticamente ha desaparecido. La normativa española todavía no ha asumido la importancia del concepto (pese a que forma parte de las Directrices comunitarias integradas) y no ha incorporado garantías en beneficio de los sujetos con responsabilidades familiares que efectivamente compensen los mayores perjuicios que tanto las medidas de flexibilidad como las reformas en materia de seguridad social les han provocado.

3.1. La LOIE y sus muchas deficiencias en el ámbito de la corresponsabilidad

La principal virtualidad de la LOIE fue la de incorporar en España expresamente los conceptos antidiscriminatorios que regían con carácter meramente jurisprudencial desde antiguo por vía de aplicación del derecho de la Unión Europea (por ejemplo, discriminación indirecta, STCo. 145/1991). Pero su relevancia en el ámbito de la corresponsabilidad ha sido escasa en la práctica, pese a algunas novedades aparentemente rompedoras, como la prestación de paternidad. Se limitó a tener un sentido meramente enunciativo, incorporando formalmente la nueva perspectiva que empezaba a surgir en la Unión Europea pero limitándose a corregir defectos evidentes de la normativa española y a establecer novedades que formalmente parecían interesantes pero que en la práctica estaban formuladas de modo incompleto. El modelo seguía siendo, sin embargo, incompatible con los presupuestos de la corresponsabilidad.

1. La LOIE¹⁴ estableció expresamente que, en la prestación de desempleo, la base reguladora aplicable era la correspondiente a la jornada anterior a la reducción de jornada. Lamentablemente, sin embargo, la aportación de la LOIE en este ámbito no fue más que una corrección puntual a una situación concreta: para el resto de prestaciones de Seguridad Social diferentes de la prestación de desempleo no se producía automáticamente la retroacción al momento de la prestación a tiempo completo, sino que se aplicaban en todo caso concretas y limitadas en el tiempo cotizaciones ficticias al 100%¹⁵. No terminó de dar la LOIE el paso definitivo hacia la conexión entre actividades de cuidado, de un lado, y la discriminación indirecta por razón de género, de otro.
2. Se corrigieron en la LOIE algunos de los aspectos más sangrantes de la prestación de maternidad (como por ejemplo los que surgieron en caso

¹⁴ Art. 211.5 LGSS conforme a redacción dada por la LOIE: En los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 del *artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.

¹⁵ Conforme al art. 180 LGSS, dos años —ahora tres— en excedencia por cuidado de hijos; y un año en excedencia por cuidado de familiares; dos años en reducción de jornada por cuidado de hijo; y un año en reducción de jornada por cuidado de familiar.

de fallecimiento de la madre) pero se siguió manteniendo la titularidad materna de la misma y el disfrute condicionado parcial del padre, tan solo en el caso de que ambos trabajen, lo que incorporaba una visión de la unidad familiar insensible a los nuevos modelos. La prestación de maternidad sigue configurada de una manera totalmente hostil al reparto de responsabilidades, pensando en un modelo familiar en que la mujer es la responsable exclusiva de las responsabilidades domésticas y familiares.

3. No terminó de perfilar suficientemente la LOIE la herramienta de corresponsabilidad intrafamiliar por excelencia, el permiso de paternidad, que quedó configurado de modo notablemente rígido. Si el objetivo del permiso de paternidad era favorecer el reparto de responsabilidad debería haberse promocionado su utilización liberándolo de limitaciones a su ejercicio. No tiene demasiado sentido que si se disfruta a tiempo parcial la jornada tenga que ser de, al menos, el 50%; o que no sea fraccionable; o que tenga que disfrutarse simultáneamente a la maternidad o inmediatamente después de ella.

Asimismo, el permiso de paternidad se comprende mal en un contexto en que no se promueve la participación del padre en la maternidad y en la lactancia. Ciertamente la actual configuración de la maternidad no resulta incompatible con los presupuestos de la sentencia dictada en el asunto *Roca Álvarez*, puesto que ésta se refería exclusivamente a un permiso de cuidado y no a un permiso de maternidad¹⁶, pero las reflexiones vertidas en aquella sentencia acerca de los efectos perversos de políticas innecesariamente protectoras de las mujeres en el ámbito del cuidado pueden perfectamente ser aplicables a la regulación española de la prestación de maternidad. En cualquier caso, el gran fracaso de la prestación de paternidad fue su duración de 13 días, que aunque nació con carácter transitorio se ha instalado con carácter permanente

4. También quedó formulado de modo incompleto el derecho a la adaptación de la jornada del art. 34.8 ET¹⁷, que contenía al menos dos de-

¹⁶ El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado recientemente, en la STCo. 75/2011, de 19 de mayo, estableciendo que no es contraria ni a la Constitución (ni al derecho de la Unión Europea) una previsión como la del art. 48.4 ET que establece la titularidad materna del permiso de maternidad y el acceso secundario y condicionado del padre. Llega a esta conclusión a pesar del asunto *Roca Álvarez* porque la argumentación aplicable al supuesto de maternidad es el que dio lugar al asunto *Hoffman* en 1984. De hecho debe recordarse que en el mismo asunto *Roca Álvarez* el Tribunal de Justicia de la Unión estableció que se mantenía vigente la doctrina de *Hoffman*. La única manera de hacerlo es establecer una clara diferencia de supuestos: en maternidad cabe el establecimiento de configuraciones preferente o exclusivamente femeninas, pero no así en conciliación.

¹⁷ Art. 34.8 ET. *El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella.*

fectos de gran relevancia: (i) la falta de configuración de la conciliación como derecho subjetivo del trabajador/a; (ii) la equiparación de la conciliación familiar a la conciliación personal, lo que supuso una evidente degradación de aquella.

La interpretación jurisprudencial ordinaria y constitucional ratificó esta falta de eficacia inmediata del cuasi derecho del art. 34.8 ET: (i) El Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la adaptación de jornada previsto en este precepto no tiene aplicabilidad inmediata, requiriendo al respecto especificación o acuerdo con el empresario al respecto (STCo. 24/2011, de 14 de marzo) sin que ello implique tacha alguna de inconstitucionalidad; (ii) El TS ha establecido que el derecho subjetivo de pleno alcance a la reducción de jornada previsto en el art. 37.5 ET se refiere estrictamente a la jornada y no a otros aspectos temporales del tiempo de trabajo como el horario o el sistema de trabajo a turnos¹⁸. Estos eventuales derechos de adaptación temporal que excedieran del concepto de reducción de jornada entrarían en el espacio del 34.8 ET, que, en consecuencia, carece de aplicabilidad inmediata.

El art. 34.8 ET impide superar la percepción demasiado generalizada de que el cuidado familiar no es responsabilidad empresarial, sino que pertenece a la esfera individual y familiar (como ocurre con la conciliación personal). Se olvida que el derecho a la conciliación familiar es un derecho fundamental (STCo. 26/2011, de 14 de marzo)¹⁹ que tiene un rango mayor que la opción personal por determinadas actividades durante el tiempo libre. El Tribunal Constitucional recuerda que ésta perspectiva de derecho fundamental debe tenerse en cuenta cuando se analice en sede jurisdiccional la procedencia de las medidas de conciliación solicitadas por los trabajadores/as. Consiguientemente con este presupuesto debían haberse puesto al mismo nivel en el art. 34.8 ET el derecho a la ordenación temporal por conciliación familiar y el derecho a que dicho ejercicio no altere esencialmente la organización empresarial (que a fin de cuentas también es un derecho constitucional derivado del art. 38 de la Carta Magna). Esos debieran ser los dos términos fundamentales de la cuestión, cuya resolución podría venir facilitada por lo establecido al respecto en el convenio colectivo. Pero en lugar de establecerlo de este modo, el art. 34.8 ET disminuye la eficacia del derecho a la conciliación familiar situándolo en un nivel inferior al derecho a la organización empresarial, condicionando en todo caso su ejercicio a lo establecido en el convenio colectivo.

¹⁸ Por todas, STS de 13 de junio de 2008.

¹⁹ Expresamente se reprueba en la STCo 26/2011, de 4 de marzo, al otorgar el amparo que los órganos jurisdiccionales *no se hayan planteado la cuestión de si denegar al trabajador demandante la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE en relación con el art. 39 CE del asunto planteado.*

Pese a la STCo 26/2011 la diletante construcción del art. 34.8 ET termina constituyendo una degradación del derecho a la conciliación, porque hacerlo derivar directamente de la Constitución sin ningún apoyo en la legislación ordinaria (que, en todo caso, parece degradarlo) no constituye una protección efectiva del mismo. Y ello a su vez significa que no existen incentivos efectivos para que el tema de la conciliación se resuelva en el ámbito empresarial por medio de una adaptación racional del tiempo de trabajo. Si la LOIE hubiera sido más enérgica en la configuración de cierto derecho subjetivo a la adaptación de la jornada, siquiera susceptible de ajuste por medio de la negociación colectiva, existirían incentivos para que se produjera ese reajuste del tiempo de trabajo por vía negociada. Lo mismo cabe decir de otros cuasi derechos reconocidos a favor del trabajador cuyo disfrute se encuentra condicionado al acuerdo con el empresario y/o a la correspondiente previsión en sede negociada (disfrute a tiempo parcial de la maternidad y paternidad; y posibilidad de acumulación de la lactancia al final de la prestación de maternidad).

De hecho, los planes de igualdad podían haber cumplido una función de reordenación del tiempo para conciliación pero no ha sido así. Casi todos ellos hacen referencia a la conciliación pero la mayoría se limitan a reproducir lo que ya dice la normativa (estatal o de convenio) a veces incluso con referencias a normas ya derogadas. La mejora que más se reitera es la posibilidad de disfrute acumulado de la lactancia (que es la menos comprometida de las posibilidades de reajuste temporal). Son escasos los planes que hacen referencia a derechos de reajuste temporal y, cuando aparecen, están profundamente condicionados a la organización empresarial, por lo que su consideración como derechos subjetivos es cuestionable. Una mayor implicación de la norma estatal podría haber establecido un punto de referencia más susceptible de ser ocupado por los planes de igualdad y/o por los convenios colectivos a efectos de configurar mecanismos de ordenación temporal consecuentes con los objetivos de la corresponsabilidad.

Así pues, incluso tras la LOIE la cuestión de la conciliación en la realidad normativa española sigue asentada en el derecho a la ausencia (los permisos), prácticamente igual que en la década de los 90, los 80 e incluso los 70, sin que se haya planteado de una manera seria el desmantelamiento de todo el sistema y la configuración de uno nuevo en el que la organización del tiempo sea lo primordial y el derecho a la ausencia lo secundario.

Incluso los derechos de ausencia tiene importantes defectos de configuración en la regulación surgida de la LOIE, que se limita a mantener modelos y esquemas tradicionales sin plantear escenarios más rupturistas. De un lado se mantienen permisos totalmente desfasados e inoperantes, como el de lactancia, que debería ceder para configurar derechos más comprometidos de ajuste temporal. Y ni siquiera la sentencia *Roca Álvarez* ha servido para que se opere siquiera en los

términos que la misma establece, la necesaria reforma en el ordenamiento español que, hoy por hoy, sigue pendiente; de otro lado sigue sin existir una adecuada cobertura para la fuerza mayor familiar, pese a que los permisos para garantizar la presencia de padre o madre cuando lo requiera el estado del menor configuran una obligación conforme a lo establecido en la Directiva 2010/18 (y antes en la Directiva 96/34 con idéntico tenor). Todos los intentos de extender algunas figuras ya existentes para permitirles atender a la fuerza mayor familiar son insuficientes (excedencia voluntaria desde cuatro meses, excedencia por cuidado de hijos fraccionable) como lo son una serie de nuevas figuras creadas para atender situaciones muy puntuales y/o extremadamente graves de fuerza mayor familiar (hospitalización del neonato —2001— y enfermedad grave del hijo —2011—).

3.2. La invisibilidad de la corresponsabilidad en las reformas operadas, particularmente en el ámbito de la Seguridad Social

La crisis económica ha desencadenado una serie de reformas en España que han provocado el efecto de degradar ostensiblemente el tratamiento de la corresponsabilidad. Ni se advierten los perjuicios ocasionados a los sujetos con responsabilidades familiares, ni se es consciente de que una correcta política de corresponsabilidad puede servir, por sí misma, para corregir importantes defectos del sistema. Pero, al extremo, la invisibilidad de la cuestión de la corresponsabilidad puede convertirse en un instrumento que incremente la vulnerabilidad de las personas con responsabilidades familiares. Así se advierte en la regulación de los mecanismos de flexibilidad interna, que han sido objeto de reforma en los últimos meses a efectos de incrementar las potestades organizativas del empresario (Ley 35/2010, de 17 de diciembre de 2011) pero sin que se incorpore ningún mecanismo que garantice el mantenimiento de los derechos de los sujetos con responsabilidades familiares. En la regulación de los traslados y de la movilidad con cambio de residencia sigue sin existir ninguna referencia a la situación familiar, lo que resulta particularmente grave puesto que las consecuencias de este tipo de ajustes son claramente nocivas para las personas con responsabilidades familiares. Ni siquiera se advierte sensibilidad en relación con los derechos de conciliación en la fórmula extintiva del art. 50 ET. No se prevé la posibilidad de extinciones indemnizadas en los casos en que se produzcan cambios en la organización empresarial que, injustificadamente, recaigan en personas con responsabilidades familiares (lo que les obliga a abandonar el trabajo). Junto al atentado a la dignidad y a la formación profesional debiera preverse también la posibilidad extintiva por la vía del 50 ET para los casos de atentado injustificado al derecho a la conciliación familiar que a fin de cuentas es un derecho de rango fundamental reconocido así por el propio Tribunal Constitucional.

La misma escasa sensibilidad se constata en otras normas, como por ejemplo la que dio lugar a la reforma de la negociación colectiva (RD ley 7/2011, de

10 de junio), que no contiene ninguna matización de reserva de derechos para los sujetos con responsabilidades. Se advierte que la existencia de las mismas no genera realmente ninguna obligación para el empresario que le incentive para favorecer la adaptación del tiempo de trabajo: tan solo tiene que esperar a que los trabajadores/as que no pueden soportar la situación abandonen. Desde esta perspectiva, esta falta de consideración de las responsabilidades familiares hace que los ajustes de plantilla se produzcan en perjuicio de un derecho calificado de fundamental y a coste cero para el empresario. Se trata de una situación particularmente grave que condena a la marginalidad a los sujetos con responsabilidades familiares y que requiere una implicación mucho mayor de la normativa laboral.

Pero es probablemente en el ámbito de las reformas de seguridad social donde la degradación de las cuestiones de cuidado en general, y de la corresponsabilidad en particular, adquiere tintes más dramáticos. El punto de referencia es bastante bajo, puesto que es sabido que la cobertura de Seguridad Social dirigida a repartir socialmente el coste del cuidado de los hijos es, en España, muy reducida: se limita a la prestación de maternidad/paternidad y a ciertos beneficios de cotización ficticia vinculados a las excedencias y a las reducciones de jornada. El marco de cotizaciones ficticias se completa con beneficios para las personas con hijos que no desarrollen actividad laboral de cara a futuras prestaciones. Recientemente se ha incorporado una nueva prestación, para la cobertura de la reducción de jornada específica motivada por enfermedad grave del/a hijo/a, lo que añade un supuesto puntual de cobertura por fuerza mayor familiar, aunque sin resolver los defectos generales del ordenamiento español en este ámbito. El parco panorama se completa con las consabidas bonificaciones a la seguridad social por admisión o readmisión de mujeres en maternidad reciente. En el año 2011 desapareció el beneficio fiscal vinculado a la maternidad (el llamado cheque bebé) cuya virtualidad como instrumento para el fomento de la natalidad había sido nulo.

El dato de partida es, pues, la escasa sensibilidad de nuestro sistema de seguridad social en cuanto a la participación que le corresponde en el coste de la maternidad y el cuidado de los hijos. Pero, además de esta situación, resalta en los últimos meses que, pese a las apariencias, la importante reforma que se ha operado en el ámbito de la seguridad social (Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social) no haya tenido totalmente en cuenta las graves repercusiones que puede tener en el colectivo de personas que asumen responsabilidades de cuidado, aplicando solamente correcciones puntuales y escasamente operativas a los importantísimos cambios que incorpora. Asimismo, las últimas prestaciones generadas o parcialmente normativizadas en relación con el cuidado y la corresponsabilidad (hospitalización de hijo/a con enfermedad grave y paternidad) evidencian importantes imperfecciones. De todo ello se trata a continuación.

3.2.1. *La insuficiencia de los mecanismos correctores de la Ley 27/2011*

Existen una serie de alteraciones establecidas en la Ley 27/2011 que implican un mayor perjuicio para aquellos sujetos con vidas laborales más accidentadas e irregulares, lo que directamente afecta a aquellos con responsabilidades familiares. Se advierte inmediatamente que los principales cambios pretendidos por la reforma afectan directa y muy perjudicialmente a la cobertura social de los sujetos con carreras irregulares por responsabilidades familiares, incrementando la posibilidad de desprotección en el momento de acceso a la pensión de jubilación. El perjuicio más claro es el derivado del endurecimiento de los requisitos de cotización, lo que premia las carreras profesionales estables pero penaliza claramente a las inestables. Esta, que es una de las principales características de la reforma operada en el sistema de seguridad social por la Ley 27/2011 incide directamente en los sujetos con carreras irregulares como consecuencia de la asunción de actividades de cuidado. La segunda consecuencia perjudicial es la que se produce por el alargamiento del parámetro temporal de referencia para el cálculo de la base reguladora en jubilación. La Ley 27/2011 establece que, después de que transcurra el plazo transitorio correspondiente, dicho periodo de referencia abarcará un espacio temporal de 25 años²⁰. Resulta evidente que, cuanto más se retrotraiga en el tiempo el periodo relevante para el cálculo de la pensión más perjuicio terminarán causando en la cuantía final de la misma, los periodos de inactividad correspondientes a periodos fértiles. La tercera consecuencia negativa se da como consecuencia del nuevo sistema de cobertura de lagunas para las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación instaurado en la Ley 27/2011. Supone una alteración de doble significado²¹: de un lado, se otorga mayor valor a las lagunas de cotización acaecidas en el periodo de tiempo inmediatamente anterior al periodo que ha de tenerse en cuenta para el cálculo de la base reguladora (puesto que las lagunas en tal caso se rellenan con las men-

²⁰ Previa alteración del art. 162.1 LGSS cuya redacción, es como sigue: *La base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será el cociente que resulte de dividir por 350 las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.*

²¹ Establece la Ley 27/2011 como redacción del art. 162.1.1.2 LGSS la siguiente: *Si en el periodo que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran periodos durante los cuales no hubiese existido la obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán de acuerdo con las siguientes reglas: 1.ª: Si durante los 36 meses previos al periodo que ha de tomarse para el cálculo de la base reguladora existieran mensualidades con cotizaciones, cada una de las correspondientes bases de cotización dará derecho, en su cuantía actualizada, a la integración de una mensualidad con laguna de cotización y hasta un máximo de 24, a partir de la mensualidad más cercana al hecho causante de la pensión en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente. En ningún caso, la integración podrá ser inferior al 100% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración. 2.ª Las 24 mensualidades con lagunas más próximas al periodo al que se refiere la regla anterior, se integrarán con el 100% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración; 3.ª El resto de mensualidades con lagunas de cotización, se integrarán con el 50% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración.*

sualidades más cercanas al hecho causante); de otro lado, las lagunas más remotas se rellenan con la mitad de la base mínima, lo que implica una diferencia notable con relación al sistema vigente con anterioridad, que rellena las lagunas con la cuantía establecida para las bases mínimas. Se trata de un mecanismo que vuelve a penalizar los defectos de cotización remotos que son los que suelen coincidir con los periodos fértiles, por lo que su repercusión negativa en la cobertura final de los sujetos con responsabilidades resulta evidente.

Pese a la gran entidad de los perjuicios ocasionados a las personas con carreras irregulares los mecanismos establecidos por la Ley 27/2011 para compensarlos son insignificantes. Consisten fundamentalmente en el incremento cuantitativo de cotizaciones ficticias ya existentes vinculadas a situaciones de naturaleza familiar. Son los siguientes:

- a) Se establece una compleja DA 60 LGSS²², de carácter muy similar a la cotización ficticia preexistente configurado en la DA 44 LGSS, a la que se acumula²³. La DA 44 LGSS, introducida por la LOIE, establece una cotización ficticia en beneficio de las mujeres que hubieran dado a luz de 112 días completos por cada parto²⁴. La cotización ficticia de la

²² DA 60 LGSS: 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional cuadragesima cuarta, en cualquier régimen de Seguridad Social y a todos los efectos salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido, se computará como periodo cotizado aquel de interrupción de la cotización, derivado de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones de desempleo producidas entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. La duración de este cómputo como periodo cotizado será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido. Dicho periodo se incrementará anualmente, a partir del año 2013 y hasta el año 2018, hasta alcanzar el máximo de 270 días por hijo en el año 2019, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización. Este beneficio solo se reconocerá a uno de los progenitores. En caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre.

Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, a los exclusivos efectos de determinar la edad de acceso a la jubilación prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 161, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, la duración del cómputo como periodo cotizado será de un máximo de 270 días cotizados por cada hijo o menor adoptado o acogido.

2. En función de las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social, podrán adoptarse las disposiciones necesarias para que el cómputo, como cotización efectiva, del periodo de cuidado por hijo o menor, en los términos contenidos en el párrafo primero del apartado anterior, se anticipe antes del 2018, en los supuestos de familias numerosas.

3. En cualquier caso, la aplicación de los beneficios establecidos en la presente disposición no podrá dar lugar a que el periodo de cuidado de hijo o menor, considerado como periodo cotizado, supere cinco años por beneficiario. Esta limitación se aplicará, de igual modo, cuando los mencionados beneficios concurren con los contemplados en el artículo 180.1 de esta Ley.

²³ De hecho éste es el único sentido que cabe dar a la DA 60 que precisamente comienza señalando su aplicación *sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición Adicional cuadragesima cuarta*.

²⁴ DA 44 LGSS. *Periodos de cotización asimilados por parto. A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la seguridad social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada*

DA 44 LGSS se aplica a las mujeres trabajadoras en el momento del acceso a las prestaciones de jubilación o incapacidad permanente, con relación al tiempo de parto en el que no eran trabajadoras. La DA 60 tiene un ámbito aplicativo más extenso: se refiere a las personas (hombres o mujeres) que hubieran tenido un hijo por nacimiento o adopción en un momento en que se había producido una interrupción de sus carreras de cotización (entre los nueve meses anteriores al nacimiento o tres meses anteriores a la adopción y la finalización del sexto año posterior a dicha situación). La cotización ficticia es inicialmente de 112 días por hijo aunque progresivamente se irá ampliando hasta llegar a 270 días por hijo en 2019. Por lo demás, se establecen límites máximos a la cotización ficticia de la DA 60 LGSS que, sumada a la que procediera por aplicación de la cotización ficticia establecida en el art. 180 LGSS, no puede exceder de cinco años en total para el beneficiario, para toda su carrera laboral.

La difícil redacción de la DA 60 y sus incomprensibles condiciones son tan solo algunas de las críticas que merece. Por lo demás, no se acierta a comprender la configuración acumulada de la cotización ficticia contenida en la DA 44 y la de la DA 60 LGSS. Sin duda el beneficio podía haber sido más generoso, más imaginativo y sobre todo más claro porque termina concediendo una gran cantidad de días de cotización ficticia (cuando concurren los requisitos para la aplicación de la DA 44 LGSS y de la DA 60 LGSS) a un supuesto que no lo justifica.

- b) La Ley 27/2011 establece también como mecanismo compensatorio del perjuicio ocasionado por el alargamiento de las carreras profesionales una ampliación de la cotización ficticia prevista para la excedencia por cuidado de hijos. Ello ha supuesto la reforma del art. 180.1 LGSS²⁵, elevándose el tiempo de cotización ficticia en caso de excedencia por cuidado de hijos de los dos años actuales a tres. El hecho de que se haya ampliado la cotización ficticia en excedencia por cuidado de hijos pero no en excedencia por cuidado de familiares resulta ciertamente paradójico. Y ello porque en demasiadas ocasiones el cuidado requerido por sujetos familiares dependientes no tiene establecidos mecanismos de atención social válidos o suficientes, lo que implica que, con frecuencia, dicho cuidado exija el abandono temporal del puesto de trabajo por me-

parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda.

²⁵ Que queda del siguiente modo: *Los tres años de periodo de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del estatuto de los Trabajadores, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la seguridad social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.*

dio de la excedencia para cuidado de familiares. En cambio la excedencia por cuidado de hijo suele obedecer a opciones personales de unidades familiares con suficientes recursos que optan por asumir directamente el cuidado y atención de los menores de 3 años, en lugar de delegar su cuidado en los servicios comunitarios de cuidado. Sin embargo, la excedencia motivada por cuidado de familiar mantiene la antigua cotización ficticia por el tiempo máximo de un año, sin que la nueva ley le haya configurado ninguna extensión similar a la existente para la excedencia por cuidado de hijos. Resulta claro que el legislador no ha tenido la suficiente habilidad para detectar aquellas situaciones vinculadas al cuidado que merecen especial atención por parte del ordenamiento a efectos de ser promovidas y garantizadas. Ha llevado a cabo, en cambio, una actividad un tanto caprichosa de supuesta corrección del impacto de género que presenta importantes carencias y que no es necesariamente la económicamente más eficiente.

Pero en todo el sistema de reformas y pretendidas correcciones de la Ley 27/2011 surge la siguiente reflexión: Uno de los aspectos que más rotundamente ha justificado la reforma operada en el sistema de Seguridad Social por medio de la Ley 27/2011 es el de la inversión de la pirámide poblacional. Así pues, una de las principales razones de que se promueva la permanencia en el mercado de trabajo y de que se endurezcan los requisitos de acceso a las pensiones es la imposibilidad de que una decreciente población activa sostenga a una creciente población pasiva. Llama la atención, sin embargo, que la normativa de los últimos meses, incluyendo la de seguridad social, haya renunciado definitivamente a promover la natalidad por medio de políticas efectivas de corresponsabilidad, lo que constituiría el mecanismo más eficiente para corregir el temido desequilibrio entre población activa y pasiva. Al contrario, la reforma acometida implica, como se ha expuesto, graves perjuicios a las carreras profesionales irregulares, que no se compensan ni remotamente por los mecanismos compensatorios establecidos fundamentalmente en torno a escasas y complejas cotizaciones ficticias. En lugar de renunciar definitivamente a la virtualidad que puede tener la normativa laboral y de Seguridad Social para alterar las tasas de natalidad, se debía haber acometido una política efectiva para la corresponsabilidad que, de un lado, facilitara la permanencia en el trabajo (derecho a la presencia por medio de derecho subjetivo pleno de ajuste de jornada), que asegurara la corresponsabilidad efectiva (permiso de paternidad) y que, de otro, compensara cualquier repercusión que la crianza de los hijos pudiera tener en el desarrollo de la carrera de cotización. Resulta claro que solo la atención a estos factores puede ser efectiva para alterar los patrones de natalidad.

Debiera plantearse, al respecto, que los cambios operados en el sistema de pensiones perjudican más al colectivo de mujeres que al colectivo de hombres por lo que una corrección efectiva de los efectos perversos de una reforma del sistema

de seguridad social como la acometida debería utilizar una perspectiva compensatoria de género. No puede olvidarse que la irregularidad de las carreras profesionales de las mujeres no se debe solo a las situaciones de maternidad/cuidado reales y efectivas, sino al hecho de que dichas situaciones se anticipen por parte del empresariado, provocando discriminación laboral de la mujer durante su edad fértil. Factores como la simple y llana discriminación laboral, que hace a las mujeres más vulnerables a la continua rotación²⁶; o el mayor tiempo que éstas invierten en formación a efectos de compensar una desigual consideración social, sobre todo para el acceso a puestos en los que se encuentran infrarrepresentadas, provocan un efecto ralentizador de sus carreras profesionales. Por ello, si efectivamente resultaba necesario que la reforma de Seguridad Social afectara a la edad ordinaria de jubilación, tal vez debiera haberse considerado el establecimiento de diferentes edades de acceso a la jubilación en razón del género, tal y como se establece en otros países, incluso con menores diferencias de carácter laboral entre géneros²⁷.

Tampoco se han sugerido medidas correctoras de reparto entre miembros de la unidad familiar a efectos de que la cotización del sujeto con cotización efectiva mayoritaria pueda transferir parte de las mismas al sujeto con cotización minoritaria por dedicación familiar, al estilo de las que existen en países como Suecia²⁸. Se ha optado por el más simple de los planteamientos, renunciando al establecimiento de una política de corresponsabilidad susceptible de establecer un nuevo marco de relaciones. Es necesaria una perspectiva de la conciliación/corresponsabilidad susceptible de alterar roles y conciencias, lo que requiere una mayor amplitud de miras.

3.2.2. *Las deficiencias de las últimas prestaciones relacionadas con el cuidado y la corresponsabilidad*

(i) El establecimiento de la prestación de paternidad en 2007, siquiera con la escasa duración prevista (13 días) y con sus muchas rigideces (*supra*) parecía configurar un nuevo momento en la configuración de la corresponsabilidad como concepto tendente a sustituir las políticas de conciliación desfasadas que, hasta la fecha, habían caracterizado el marco normativo en nuestro país. La escasa duración inicial se preveía transitoria, siendo el objetivo final que la prestación llegara a durar cuatro semanas. En 2009 se estableció que en 2011 la prestación de paternidad duraría cuatro semanas. Como se sabe, sin embargo, en la Ley de Presupuestos para 2011 se suspendió la extensión de esta prestación hasta 2012, como medida de contención de gasto.

²⁶ Al respecto, por todos, Gálvez (2011).

²⁷ Un estudio de carácter estadístico acerca de las edades oficiales y reales de acceso a la jubilación en los países que componen la Unión Europea por Romans (2007).

²⁸ Refería esta particularidad del sistema de pensiones en Suecia, en Ballester Pastor, A., 1995, p. 87.

La suspensión del incremento de su duración a cuatro semanas ha evidenciado que la corresponsabilidad (y en general las políticas de igualdad) son consideradas una especie de lujo del que es necesario prescindir en épocas de crisis en lugar de una inversión para el sostenimiento del sistema de Seguridad Social. De hecho los países nórdicos que instauraron el permiso de paternidad como estrategia de fomento de la natalidad tienen efectos constatados al respecto. Curiosamente la actual duración de 13 días sí que constituye un gasto totalmente innecesario, puesto que es una duración claramente insuficiente para la inversión de roles y para alterar la desconfianza empresarial frente a la asunción femenina prioritaria de las responsabilidades familiares.

(ii) La reciente configuración de la prestación para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 135 quater LGSS²⁹ y RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave) podría tener efectos perversos³⁰ desde

²⁹ Artículo 135 quáter. *Situación protegida y prestación económica.*

Se reconocerá una prestación económica a los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, en aquellos casos en que ambos trabajen, para el cuidado del menor/les que estén a su cargo y se encuentren afectados por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Reglamentariamente se determinarán las enfermedades consideradas graves, a efectos del reconocimiento de esta prestación económica.

Será requisito indispensable que el beneficiario reduzca su jornada de trabajo, al menos, en un 50% de su duración, a fin de que se dedique al cuidado directo, continuo y permanente, del menor.

Para el acceso al derecho a esta prestación se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación de maternidad contributiva.

La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo.

Esta prestación se extinguirá cuando, previo informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente, del hijo o del menor acogido por parte del beneficiario, o cuando el menor cumpla los 18 años.

Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla sólo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos.

La gestión y el pago de la prestación económica corresponderá a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o, en su caso, a la Entidad Gestora con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

Las previsiones contenidas en este artículo no serán aplicables a los funcionarios públicos, que se regirán por lo establecido en el artículo 49.e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y la normativa que lo desarrolle.

³⁰ Un interesante análisis crítico de esta prestación, en el que se destaca la cortedad de miras del legislador, por Lousada Arochena, 2011, p. 7.

el punto de vista de la corresponsabilidad puesto que los permisos de larga duración retribuidos al 100% tienden a favorecer el alejamiento de las mujeres del mercado de trabajo. Ciertamente no se trata de una figura que constituya ausencia completa sino mera reducción de la jornada de trabajo, pero esta reducción debe ser de, al menos, el 50%, lo que puede implicar riesgos tan importantes como las ausencias completas. De hecho ni siquiera los países con tradición de corresponsabilidad más enérgica tienen configurados permisos de esta naturaleza. Ciertamente se trata de una situación lo suficientemente grave e intensa como para justificar cierta generosidad, pero ello no debiera impedir favorecer al mismo tiempo la corresponsabilidad, (i) lo que podría haberse conseguido más fácilmente si se hubieran establecido derechos de mayor alcance cuando el permiso fuera disfrutado por ambos progenitores y no por uno solo (por ejemplo, garantizar el 100% solo cuando hay reparto en la reducción, no evitando la reducción de ambos —como actualmente sucede— sino promovéndola, siquiera con límites). (ii) También hubiera resultado adecuado que el ámbito de los sujetos beneficiarios se hubiera extendido a miembros de la unidad familiar extensa, algo que resulta bastante consecuente con el tipo de vínculos familiares en nuestro país y que ayudaría a repartir entre más sujetos las actividades de cuidado. Incluso podría haberse establecido, con algunas excepciones, un límite de duración máxima para cada sujeto, lo que favorecería la alternancia. (iii) Finalmente, debiera tenerse en cuenta que las figuras de reducción de jornada tienden a incrementar el trabajo del resto de compañeros e incluso del/a propio/a trabajador/a en reducción, por lo que resulta necesario incentivar la contratación de trabajadores interinos (o incluso penalizar su falta de contratación). Teniendo en cuenta que en el presente caso la reducción de jornada está subvencionada por la seguridad social debiera garantizarse que el empresario no termina beneficiándose (por una reducción global del coste del factor trabajo) de esta situación. Ello obliga, primero, a una flexibilización de la figura de la interinidad y, después, al establecimiento de medidas efectivas de fomento de la contratación (mantenimiento del coste anterior e incluso penalización si no se contrata en interinidad, como en el caso del contrato de relevo).

Bibliografía

- BALLESTER PASTOR, A. (1995): «La reforma del sistema de pensiones en Suecia o los nuevos límites del Estado del bienestar», *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 20, p. 87.
- BALLESTER PASTOR, A. (2010): «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: reformas, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad», *Revista de Derecho Social*, n.º 51, pp. 31-66.
- CABEZA PEREIRO, J. (2005): «La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa», *Revista de Derecho Social*, n.º 31, pp. 25 y ss.

- GALA DURÁN, C. (2005): «De nuevo sobre el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo en los casos de reducción de jornada por cuidado de familiares. ¿Es inconstitucional el art. 211.1 LGSS? Comentario al Auto del TSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2005», *Iuslabor*, n.º 4.
- GÁLVEZ (2010): «La nueva reforma. Las pensiones y las mujeres», <http://www.noaltrato.com/2011/01/la-nueva-reforma-las-pensiones-y-las-mujeres/>
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2011): «Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave», *Actualidad Laboral*, n.º 8, p. 7.
- ROMANS (2007): «The transition of women and men from work to retirement», *Statistics in focus. Population and social conditions*, n.º 97.

LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE SEXO COMO PARADIGMA DE DISCRIMINACIÓN SISTÉMICA*

J A I M E C A B E Z A P E R E I R O

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo

ABSTRACT

■ *El objeto del presente trabajo consiste en reflexionar acerca de la discriminación por razón de sexo en materia de retribución, analizando el contexto o las eventuales causas de aquélla tomando en consideración la jurisprudencia más importante dictada sobre la cuestión.*

Palabras clave: discriminación, retribución, sexo.

■ *Ordainsarietan izaten den sexuagatiko diskriminaziori buruz gogoeta egitea da lan honen xedea. Diskriminazioaren testuingurua edo balizko arrazoiak aztertuko ditugu, gai horren gainean emandako jurisprudentzia garrantzitsuena aintzat hartuta.*

Gako-hitzak: diskriminazioa, ordainsaria, sexua.

* Este trabajo se inserta en los resultados del proyecto de investigación *Conciliación y empleo: instrumentos para la inserción y la tutela de los trabajadores con responsabilidades familiares*, del Ministerio de Ciencia e Innovación.

■ *The aim of this work is to reflect on discrimination on grounds of gender with regard to pay, by analyzing the context or possible causes of this, taking into consideration the most important jurisprudence passed on this matter.*

Key words: discrimination, pay, gender.

I. Presupuestos

Los salarios de las mujeres son inferiores que los de los hombres. Esta afirmación, confirmada por todas las estadísticas, constituye un punto de partida insoslayable. Por supuesto que hay mujeres que perciben salarios muy elevados y hombres cuyos salarios son bien modestos. Pero los grandes números ponen de relieve una brecha salarial importante, de la cual los datos en el Reino de España son fiel reflejo de lo que sucede en toda la Unión Europea: una diferencia variable, en función de las estadísticas que se utilicen, pero superior en todo caso a los diecisiete puntos porcentuales. En esta concreta materia, nuestra realidad se sitúa muy próxima al promedio de los demás Estados Miembros.

Afirmada la menor retribución femenina, podrían buscarse explicaciones concretas, que en casos específicos valieran para justificar el mayor salario de un trabajador en comparación con una trabajadora. Por ejemplo, pueden ser diferentes sus respectivas situaciones individuales, en términos de que acaso la formación del primero resulte más apropiada que la de la segunda, o que sea mayor su experiencia profesional, o que existan condicionantes derivados de la edad de uno y otra. Puede que un hombre cobre más que una mujer a causa de la modalidad de contrato que ostenten ambos. Quizá ella mantenga una relación atípica —temporal, a tiempo parcial, de autónoma, cedida por una empresa de trabajo temporal...—, aunque tal circunstancia ubicaría el debate en el contexto de la discriminación por la modalidad de contrato, prohibida por algunas Directivas¹. Por supuesto que muchas explicaciones pueden encontrarse en aspectos tan relevantes como los sectores productivos en los que se desarrollen los trabajos de la mujer y del hombre que se comparan a título individual, o el ámbito geográfico en que presten sus servicios. Asimismo, la dimensión de la empresa y su concreta estructura pueden ser circunstancias que afecten sustancialmente.

Es decir, la comparación singular de dos personas que trabajen, una y otra de sexos opuestos, puede encontrar argumentos más que suficientes que expliquen la diferencia retributiva, por muy pertinente que pueda parecer a pri-

¹ Directiva 97/81/CE, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial. Directiva 99/70/CE, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, y Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

mera vista el contraste entre sus respectivos salarios. Pero cuando se trasciende el plano individual y se alcanza el colectivo, las explicaciones singulares pierden validez. O por lo menos exigen revisarse desde un prisma distinto. En este punto, la discriminación puede formularse como hipótesis, y aventurarse que probablemente la brecha salarial existe porque las mujeres están discriminadas salarialmente en relación con los hombres.

La diferente retribución puede producirse entre dos personas que realizan un trabajo igual o que desempeñan un trabajo de igual valor. En el primer caso, la identidad del contenido de la prestación de servicios —o su especial cercanía— produce que resulte muy fácil apreciar *prima facie* la disparidad de tratamiento, de tal forma que el análisis se desplaza más bien a las posibles causas que, lícitamente, la justifiquen. En el segundo, el contraste resulta más complejo, pues se extiende también a la propia apreciación de si resulta pertinente comparar dos puestos distintos.

Con todo, el estudio del distinto salario derivado de trabajo de igual valor pone en la senda de la discriminación indirecta —o del *disparate impact*—, ámbito éste en el que en términos más interesantes se ha planteado el debate en torno a la discriminación por razón de sexo. Este «impacto adverso» pone en la pista de determinadas concepciones que acaso subyacen en el perjuicio que sufren la mayoría de las mujeres, en este caso en el ámbito de la remuneración. Puede tratarse de que se le concede una menor importancia a los trabajos que desempeñan mayoritariamente las mujeres, por una especie de devaluación de lo femenino. Y también de que existe una muy marcada diferencia entre trabajos «de hombres» y trabajos «de mujeres» porque el mercado laboral está segregado de forma muy notoria. Asimismo, de que se adoptan decisiones que no tienen otra base que la obediencia a ciertos estereotipos o el seguimiento de algunas tradiciones, unos y otras perjudiciales para las trabajadoras. Del mismo modo, de la asunción predominante por ellas de tareas de cuidado, en particular de las obligaciones familiares, y su difícil conciliación con las que se derivan del contrato de trabajo.

II. Fuentes normativas

El elenco de fuentes normativas en esta materia resulta muy vasto. Prescindiendo de otros instrumentos internacionales de contenido más genérico, la fuente más importante en el ámbito de Naciones Unidas es el Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).² Su art. 11.d) impone el deber a los Estados partes de adoptar todas las medidas

² Ratificado por el Reino de España el 5 de enero de 1984.

apropiadas a fin de evitar la discriminación entre mujeres y hombres y de asegurar a todas las mujeres, en condiciones de igualdad *«el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo»*. Más específico es el Convenio n.º 100 de la OIT, sobre igualdad de remuneración, de 1951⁴, del que merece destacarse su art. 2, conforme al cual *«1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. 2. Este principio se deberá aplicar sea por medio de: a) la legislación nacional; b) cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o d) la acción conjunta de estos diversos medios»*.

Ya en referencia al Consejo de Europa, es básica la alusión a la Carta Social Europea de 1961⁴, revisada en 1996⁵ y a su art. 4.3 que, bajo la rúbrica *«derecho a una remuneración equitativa»*, expresa que *«...las partes contratantes se comprometen...a reconocer el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor»*.

Ya en cuanto a la normativa de la Unión Europea, el derecho originario incorporó, desde el Tratado de Roma de 25 marzo 1957, una alusión a la no discriminación salarial, en concreto en su art. 119, que expresaba el principio de igual salario por trabajo de igual valor, en los siguientes términos: *«cada Estado miembro garantizará, durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo»*. Y así se mantuvo hasta el Tratado de Ámsterdam, en el que se incorporó en el propio art. 119 el derecho a igual salario por trabajo de igual valor, que luego pasó a numerarse como art. 141 del texto consolidado del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: *«cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor»*. Y añade en su apartado 3 que *«el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un*

³ Ratificado por el Reino de España el 6 de noviembre de 1967.

⁴ Ratificada por el Reino de España por instrumento de 29 de abril de 1980.

⁵ Dicha revisión ha sido firmada por el Reino de España con fecha de 23 de octubre de 2000.

trabajo de igual valor»⁶. Así transita el precepto hasta el actual art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —TFUE—⁷.

No obstante, el Derecho derivado incorporó antes el concepto del trabajo de igual valor, con ocasión de la Directiva 75/117/CEE. Cabe destacar, muy en particular, su art. 1: «*el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, y que, en lo sucesivo, se denominará «principio de igualdad de retribución», implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo*». Por consiguiente, no es hasta 1975 cuando el Derecho Comunitario incorpora formalmente, y sólo a nivel de derecho derivado, el principio de igual retribución por trabajo de igual valor.

Pero, al margen del rango normativo, conviene precisar que, en su origen, los objetivos del art. 119 del Tratado de Roma eran predominantemente económicos, vinculados a la competencia entre los Estados Miembros, para que no se viera distorsionada a causa de que en alguno de ellos existiesen cláusulas más laxas al respecto⁸. Así se expresa claramente en la exposición de motivos de la Directiva 75/117/CEE, cuyo primer considerando se pronuncia como sigue: «*considerando que la realización del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, forma parte integrante del establecimiento y del funcionamiento del mercado co-*

⁶ Conviene reiterar su apartado 2, que transitó sin mayores cambios desde la versión originaria del art. 119 en 1957: «*se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:*

- a) *que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;*
- b) *que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo».*

⁷ Con la única diferencia de que en el apartado 3, donde decía «*el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social*», dice ahora «*el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social*».

⁸ Como se expresa en la sentencia de 8 abril 1976, asunto 43/75, *Defrenne II*, «*habida cuenta de la diferencia en el grado de evolución de las legislaciones sociales en los distintos Estados miembros, el artículo 119 está concebido para evitar que, en lo que a la competencia intracomunitaria se refiere, las empresas radicadas en Estados que efectivamente hayan establecido el principio de igualdad de retribución no sufran merma alguna en el ámbito de la competencia en relación con las empresas sitas en Estados que todavía no hayan eliminado la discriminación salarial en detrimento de la mano de obra femenina*».

mún». En realidad, no es hasta el Tratado de Ámsterdam cuando el principio de igualdad retributiva se tiñe de un claro matiz social, y el derecho a la igualdad se desgaja totalmente de componentes de mercado común. Como expresa ahora el art. 10 del TFUE, «*en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo*». Por su parte, el art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea establece que «*la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño*».

Por lo que respecta a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hay que hacer alusión al art. 23, inciso primero —«*igualdad entre mujeres y hombres*»—, de conformidad con el cual «*la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución*».

En la actualidad, la Directiva 75/117/CEE ha sido compilada en la Directiva 2006/54/CE, que a su vez también ha incorporado la Directiva 76/207/CEE, modificada por Directiva 2002/73/CE, así como la Directiva 97/80/CE. La 2002/73/CE introdujo algunas reglas instrumentales que también tienen su utilidad en el ámbito de la discriminación retributiva. Entre ellas, una definición de discriminación indirecta —art. 2.1.b)—, que hunde sus raíces en la Directiva 97/80/CE, pero que se modifica sustancialmente en la Directiva 2002/73/CE, en los términos que siguen: «*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*». También, un concepto de «retribución», en el art. 2.1.e): «*el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones abonadas directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo*». U otro, relativo a regímenes profesionales de Seguridad Social⁹, los cuales, por oposición a los regímenes legales de la Directiva 79/7/CEE, se encuentran dentro del ámbito de aplicación del principio de no discriminación retributiva. Y, sin duda, es de singular importancia todo el Tít. III el cual, bajo la rúbrica «*disposiciones horizontales*» aborda el problema fundamental de la efectividad

⁹ Art. 2.1.f): «*los regímenes no regulados por la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social [16], cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa*».

de los derechos reconocidos en la Directiva, con un contenido que no tiene parangón en otras normas derivadas referidas a otras causas de discriminación.

Su art. 4 reitera, en su esencia, el art. 1 de la Directiva 75/117/CEE. El mantenimiento, en sus líneas básicas, de la misma formulación del derecho a la igualdad retributiva produce que haya una cierta continuidad en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión, de la que se hará análisis de detalle en las páginas que siguen, no sin antes describir la normativa interna española.

Prescindiendo del derecho a la igualdad y a la no discriminación del art. 14 de la Constitución, que constituye el marco básico en esta materia, debe tenerse muy en cuenta el desarrollo del mismo que se hace en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En concreto, su art. 6.2 que, con fidelidad, reproduce el concepto de discriminación indirecta antes expresado. Y su art. 3, que 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*». Pero más importancia, a los efectos de la discriminación retributiva, ostenta el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores —ET—. Sin que ahora se trate de repasar sus avatares, desde su versión original, pasando por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, y hasta la versión actual, procedente de Ley 33/2002, de 5 de julio, éste es su tenor literal vigente, que debe considerarse adecuada trasposición del art. 4 de la Directiva 2006/54/CE, tal y como ha sido interpretado por el TJU: «*Igualdad de remuneración por razón de sexo. 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 aquélla*».

Así expresado el marco normativo, ha dado lugar a una fecunda labor interpretativa por parte del TJU, que inicialmente ha bebido algo de las fuentes norteamericanas. Pero que ha generado una doctrina judicial bastante significativa, la cual ha sido asumida, en su esencia, por parte del Tribunal Constitucional español, a través de un pequeño grupo de pronunciamientos. Diversamente, la doctrina judicial ordinaria sólo de forma muy excepcional se ha acercado a esta materia, en unos términos que no aportan nada significativo al debate.

III. La no discriminación retributiva como fundamento de la Unión Europea

Ya se ha dicho que, en el marco del Derecho originario, sólo a partir de 1997 puede vislumbrarse un entendimiento del derecho a la no discriminación retributiva que se escapa del marco de la competencia entre los Estados Miem-

bros. Con todo, la doctrina judicial anticipó esta idea más de dos décadas, al elevarlo a fundamento de la entonces Comunidad Económica Europea. En efecto, en el asunto *Defrenne II* (1976), antes referenciado, se pretendió engarzar *ab initio* este derecho con una perspectiva más social, de acuerdo con la propia sistemática del Tratado CEE, conforme a la cual se tratase también de la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los pueblos europeos¹⁰. Por consiguiente, «*de este doble objetivo, económico y social, se desprende que el principio de igualdad de retribución forma parte de los fundamentos de la Comunidad*».

En estas condiciones, el Tribunal muy pronto admitió que, si bien formalmente podría entenderse el art. 119 del Tratado como dirigido en exclusiva a los Estados, la prohibición de discriminación entre trabajadores y trabajadoras «*se extiende asimismo a todos los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena, así como a los contratos entre particulares*»¹¹. Esta idea, que en realidad constituye una manifestación del efecto directo vertical y horizontal de ciertas disposiciones de la Unión Europea, se desarrolla en doctrina posterior¹². Y, por supuesto, afecta a la parte trabajadora, en el sentido de que ésta no puede ser objeto de una interpretación restrictiva, de acuerdo con las normas internas que puedan existir en cada Estado Miembro. Antes bien, alcanza por supuesto a las personas que prestan sus servicios a la Administración Pública bajo cualquier modalidad de relación jurídica de trabajo por cuenta ajena y dependiente¹³. En un sentido opuesto, no ampara a las profesionales que desarrollen una profesión genuinamente como autónomas.

Y, más allá de estas ideas, es muy clara y recurrente la idea de la eficacia automática y *self executing* del ahora art. 157 TFUE. Esta idea ya se expresaba en el asunto *Defrenne II*: «*no se puede formular ningún razonamiento, contra el efecto directo, del empleo que hace este artículo del término principio, ya que en la terminología del Tratado, esta expresión se utiliza precisamente para hacer resaltar el carácter fundamental de algunos preceptos*». Y ha sido reiterada con profusión en ulterior doctrina, que prescinde en muchas ocasiones de la Directiva de desarro-

¹⁰ «...Por otra parte, dicha disposición responde a los objetivos sociales de la Comunidad, la cual no se limita a una unión económica, sino que, al mismo tiempo, mediante una acción común, debe garantizar el progreso social, promover la mejora constante de las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos europeos, tal como subraya el Preámbulo del Tratado... Dicha finalidad queda confirmada por la inserción del art. 119 en el conjunto del capítulo consagrado a la política social...»

¹¹ *Ibid.*

¹² Una síntesis de la misma en la sentencia de 18 de noviembre de 2004, asunto C-284-02, *Sass*.

¹³ Definiendo en términos amplios el concepto «trabajador», sentencia de 13 de enero de 2004, asunto C-256/01, *Allonby*. Expresa el Tribunal lo siguiente: «*cuando una persona sea trabajador a efectos del artículo 141 CE, apartado 1, la naturaleza del vínculo jurídico que la une a la otra parte de la relación laboral no es pertinente para la aplicación de dicho artículo*». Incluso se expresa en esta sentencia que «*la calificación formal de trabajador por cuenta propia con arreglo al Derecho nacional no excluye que una persona deba ser calificada de trabajador a efectos del artículo 141 CE, apartado 1, si su independencia sólo es ficticia, disimulando así una relación laboral a efectos del mencionado artículo*».

llo, por innecesaria para el conocimiento de concretas cuestiones, o la cita sólo a mayor abundamiento¹⁴.

IV. La discriminación directa y la indirecta, incluidas. La pertinencia de la comparación y el trabajo de igual valor

Ya se ha aportado el concepto de discriminación indirecta que, a modo de glosa de la doctrina judicial, aporta el art. 2 de la Directiva 2006/54/CE y, por extensión, en el ámbito interno el art. 6.2 de la LO 3/2007¹⁵. A este respecto, ya el punto de inflexión lo constituye la reiterada sentencia *Defrenne II*, que intentaba diferenciar, aunque a través de parámetros no del todo coincidentes con los actuales, ambos tipos de discriminación. En efecto, expresaba que «*procede establecer una distinción dentro del ámbito de aplicación global del artículo 119, 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 referidos en el citado artículo 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*»¹⁶.

No obstante, años antes ya el Tribunal Supremo Federal de USA había afirmado la inclusión del *disparate impact*, como categoría coincidente con la europea de la discriminación indirecta, en el ámbito de aplicación del Tít. VII de la *Civil Rights Act*, aunque en el ámbito de la discriminación racial. En un pronunciamiento de un gran valor histórico como fue la sentencia *Griggs v. Duke Power Company* (1971)¹⁷ se inició una senda controvertida y con bastantes pasos adelante y pasos atrás, pero que indudablemente tuvo influencia en las construcciones judiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Años más tarde ya se aplica de un modo más actual la doctrina de la discriminación indirecta, cuando se expresa, en torno a una posible discriminación retributiva entre hombres y mujeres derivada de la supuesta ponderación excesiva del criterio del esfuerzo físico, que «*el principio de igualdad de retribución*

¹⁴ Por ejemplo, y entre otras muchas, sentencia de 16 de septiembre de 1999, asunto C-218/98, *Abdoulaye*.

¹⁵ Bueno es recordar el concepto de discriminación directa del art. 2 de la Directiva 2006/54/CE: «*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*». Definición que se reproduce, con ligeras variantes sintácticas, en el art. 6.1 de la LO 3/2007.

¹⁶ La misma doctrina en la sentencia de 31 de marzo de 1981, asunto 96/80, *Jenkins*.

¹⁷ 401 U.S. 424. Los requisitos que imponía la empresa para acceder a un empleo —la aportación de un título de educación intermedia o la superación de un test general de inteligencia— perjudicaban de forma desproporcionada a las personas de raza negra, sin que la empresa justificara que fueran necesarios para el desempeño de los puestos de trabajo afectados.

exige esencialmente que se tenga en cuenta de manera objetiva la naturaleza del trabajo que debe realizarse. Por consiguiente, un mismo trabajo o un trabajo al que se atribuya un mismo valor debe ser retribuido de la misma manera, ya sea realizado por un hombre o por una mujer. Cuando para la determinación de la retribución se aplique un sistema de clasificación profesional, será necesario que éste utilice, por una parte, criterios que no sean diferentes según que el trabajo sea realizado, por un hombre o por una mujer, y, por otra parte, que no esté organizado, en su conjunto, de tal manera que conduzca de hecho a una discriminación general de los trabajadores de un sexo con relación a los de otro»¹⁸.

Las primeras sentencias del TJU, en realidad, no planteaban grandes problemas en la aplicación del entonces art. 119 del Tratado de Roma, porque era evidente que los hombres y las mujeres se encontraban en situación comparable. Sin ahora detenerse mucho más, baste recordar que en el asunto *Defrenne II* se trata de la diferencia de retribución entre azafatas y auxiliares de vuelo, cuyo trabajo es idéntico, como afirmaba la resolución de remisión de la cuestión prejudicial. En el asunto *Jenkins* (1981), la diferencia objetiva estribaba en que se refería a una trabajadora a tiempo parcial, pero que realizaba las mismas funciones que los trabajadores a jornada completa, para una empresa productora de prendas de vestir para mujeres. Bien es cierto que en ella se plantea el entonces novedoso problema del empleo a tiempo parcial, pero no el de la pertinencia del tercero de comparación. Más complejo era ya el problema suscitado en el asunto *Rummeler*, pero el Tribunal no aborda expresamente espinosos problemas a los que pronto tendría que enfrentarse.

Antes que nada, hay que valorar la pertinencia de la comparación. Esto es, que los trabajadores y las trabajadoras implicadas en la comparación se encuentran en una situación comparable. Se trata, desde luego, de una cuestión muy casuística, pero que puede describirse, vg., con la referencia a la sentencia que resolvió el asunto *Hlozek*¹⁹. En ella, se expresa que «el principio de igualdad de retribución, al igual que el principio general de no discriminación del que constituye una expresión particular, lleva implícito que los trabajadores y las trabajadoras a los que se aplica deben encontrarse en una situación idéntica o comparable (véanse las sentencias de 9 de noviembre de 1993, *Roberts*, denominada «*Birds Eye Walls*», C-132/92, apartado 17; de 13 de febrero de 1996, *Gillespie y otros*, C-342/93, apartados 16 a 18; *Abdoulaye y otros*, antes citada, apartado 16, y de 13 de diciembre de 2001, *Moufflin*, C-206/00, apartado 28)». A partir de esta idea, el TJU entendió, con un argumento bastante elaborado, que no era discriminatorio, en el marco de un proceso de reestructuración empresarial, concederles a las mujeres una asignación de transición a una edad inferior a los hombres, puesto que la edad legal de jubilación de unas y otros era diferente.

¹⁸ Sentencia de 1 de julio de 1986, asunto C-237/85, *Rummeler*.

¹⁹ Asunto C-19/02, sentencia de 9 de diciembre de 2004.

Es una cuestión espinosa el análisis de la pertinencia, pero que, en realidad, debe valorar, de forma casuística, el órgano judicial interno al que compete la resolución de la demanda. En el fondo, se trata del problema conceptualmente más difícil del derecho antidiscriminatorio. En un tiempo en el que la igualdad sustancial genera una serie de paradojas y aporías importantes. Puede implicar, más que tratar igual a los iguales, tratar diferente a los diferentes. Porque, como ha declarado el Tribunal de Justicia en la sentencia de 14 de febrero de 1995²⁰, una discriminación sólo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes. A este respecto, bueno es recordar la doctrina del asunto *Abdoulaye* (1999): «*el principio de igualdad de retribución consagrado en el artículo 119 del Tratado no se opone al pago de 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 estas condiciones, la pertinencia del tercero de comparación constituye un problema muy esquivo a resolverse con pautas generales. En primer lugar, habría que definir los parámetros del trabajo igualmente valioso y luego admitir ciertos criterios de distinción, que puedan considerarse en sí mismos admisibles dentro de la prohibición de la discriminación sexista. También, aceptar que incluso casos en los que los trabajos no son estrictamente del mismo valor cabría apreciar discriminación sexista. Por ejemplo, cuando el tercero de comparación es un trabajador varón cuyo trabajo es de inferior valor pero, pese a ello, cobra más salario que la mujer demandante²¹. En realidad, la jurisprudencia del TJU no resulta muy concluyente en la definición del tercero de comparación. Puede añadirse que no es necesario que la fuente reguladora del salario de las dos personas o grupos puestos en comparación sea la misma. Es decir, aunque uno de ellos se rija por una norma convencional y el segundo por otra distinta, igualmente cabe concluir que se produce un distinto tratamiento de supuestos homologables²². En cuanto a los criterios de distinción, la doctrina judicial ha hecho hincapié en la admisibilidad del esfuerzo físico como criterio de deslinde, en unos términos eclécticos y partiendo de la base

²⁰ Asunto C-279/93, *Schumacker*.

²¹ Es el caso de la sentencia de 4 de febrero de 1988, asunto 157/86, *Murphy*.

²² Así se expresa claramente en la sentencia de 27 de octubre de 1993, asunto C-127/92, *Enderby*: «*el hecho de que la determinación de las retribuciones controvertidas sea el resultado de negociaciones colectivas que se llevaron a cabo de forma separada para cada uno de los dos grupos profesionales afectados y que no tuvieron efecto discriminatorio dentro de ninguno de ambos grupos no obsta para comprobar la existencia de una discriminación aparente, desde el momento en que dichas negociaciones dieron lugar a resultados que ponen de manifiesto una diferencia de trato entre dos grupos que tienen el mismo empleador y el mismo sindicato*».

de que se trata de un criterio que, desde una perspectiva empírica y estadística, favorece más a los hombres que a las mujeres²³.

Desde otro punto de vista, se pueden identificar criterios que generan una suposición *prima facie* de que acaso exista una discriminación por razón de sexo. El más claro, que ya ha sido aludido en referencia al asunto *Jenkins* (1981), es el tratamiento peyorativo hacia los trabajadores a tiempo parcial, por la evidente feminización de este colectivo²⁴. También ha sido reconocido por la doctrina judicial, sin perjuicio de lo que más tarde habrá de decirse en cuanto a la justificación, la desproporcionada toma en consideración de la antigüedad, cualidad ésta que adorna más a los hombres que a las mujeres²⁵. Y asimismo ha sido contemplada, aunque de forma más indirecta²⁶, la cuestión de si el contrato de duración determinada está feminizado, aunque la reflexión sería muy distinta y especial en el Reino de España, en el que los elementos cuantitativos y cualitativos del mismo son muy especiales.

Es relativamente factible en la mayoría de los casos apreciar que existe un trato peyorativo hacia personas o colectivos feminizados. Pero en ocasiones no va a ser fácil aislar la causa de la diferencia. Puede suceder, por ejemplo, que se trate de un sistema retributivo caracterizado por una falta absoluta de transparencia, de tal modo que sólo pueda llegarse a la conclusión que, en promedio, los hombres cobren más que las mujeres. En estos casos, la doctrina judicial de la Corte de Luxemburgo se inclina por atribuir la carga de la prueba al empresario, que debe acreditar el carácter neutro del sistema retributivo aplicado²⁷.

²³ Así se expresa en la antecitada sentencia resolutoria del asunto *Rummler* (1986): «aunque un criterio determinado, como el del esfuerzo muscular exigido, pueda de hecho favorecer a los trabajadores masculinos, ya que se supone que en general su fuerza física es superior a la de los trabajadores femeninos, es necesario, para examinar su carácter discriminatorio, considerarlo en el conjunto del sistema de clasificación profesional, con respecto a otros criterios que intervienen para la determinación de los niveles de retribución. Un sistema no es necesariamente discriminatorio únicamente por el hecho de que uno de sus criterios se refiera a cualidades que poseen más fácilmente los hombres. Para no ser discriminatorio en su conjunto y responder así a los principios de la Directiva, un sistema de clasificación profesional deberá estar constituido, sin embargo, de tal manera que implique, si la naturaleza de las tareas de que se trata lo permite, empleos a los que se atribuya un mismo valor y respecto de los que se tengan en cuenta otros criterios con relación a los cuales los trabajadores femeninos pueden presentar especiales aptitudes».

²⁴ Una sentencia asimismo relevante, la de 13 de mayo de 1986, asunto 170/84, *Bilka-Kaufhaus*. Un caso muy claro, el del trabajo compartido, en la sentencia de 17 de junio de 1998, asunto C-243/95, *Hill y Stapleton*. Más recientemente, y en cuanto a la retribución de las horas extraordinarias de los trabajadores a tiempo parcial, sentencia de 6 de diciembre de 2007, asunto C-300/06, *Vojf*.

²⁵ Ya desde la antecitada sentencia de 17 de octubre de 1989, asunto 109/88, *Danfoss*.

²⁶ Vg., en la sentencia de 9 de febrero de 1999, asunto C-167/97, *Seymour Smith y Laura Pérez*.

²⁷ En este sentido, la sentencia del asunto *Danfoss* se expresa como sigue: «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».

Por otra parte, cuando en la estructura salarial exista algún plus de puesto de trabajo derivado de las especiales condiciones en las que se desarrolla la prestación de servicios —vg., un «plus de horarios incómodos»—, dicho complemento debe ser excluido para verificar el salario que se le paga a unos y otros trabajadores²⁸.

Otra cuestión que ha sido objeto de tratamiento por parte de la doctrina del Tribunal de Justicia ha sido la relativa a la utilización de la prueba estadística, a los efectos de que se esté produciendo un impacto adverso o un perjuicio en un colectivo feminizado. Esta prueba ha tenido una gran importancia, y la sigue teniendo, al menos desde una perspectiva potencial, a la hora de acreditar discriminaciones indirectas. Sobre ella se ha pronunciado el Tribunal en el antedicho asunto *Seymour Smith* (1999), en cuanto a la forma de valorar más correctamente las estadísticas²⁹.

No obstante, no debe dejar de apuntarse que la importancia de esta prueba, con mantenerse como fundamental en los asuntos de discriminación retributiva, ha disminuido algo a la vista de cómo ha evolucionado el propio concepto de discriminación indirecta. En la Directiva 97/80/CE —art. 2.2— se establecía que «*a efectos del principio de igualdad de trato contemplado en el apartado 1, existirá 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 no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo*». Pero, en la Directiva 2006/54/CE —que compila la anterior— se sustituye la definición desde «*afecte a una proporción...*» con la siguiente redacción alternativa: «*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*». Es decir, ya no se trata tanto de afectar a colectivos de personas como de causar desventajas particulares a personas de un sexo determinado. Como quiera que esta definición data, por lo que a la discriminación por razón de sexo se refiere, de la Directiva 2002/73/CE, todavía no existe doctrina judicial del TJU que explicita el alcance de este cambio normativo, pero sin duda debe afectar la manera en que se aprecia la discriminación retributiva.

Desde un último punto de vista, no se ha admitido en este ámbito la utilización de un tercero de comparación hipotético. Se trata de una orientación que

²⁸ Sentencia de 30 de marzo de 2000, asunto C-236/98, *Jämställhetsombudsmannen*.

²⁹ «*El mejor método de comparación de estadísticas consiste en comparar, por una parte, las proporciones respectivas de trabajadores que reúnen y que no reúnen el requisito de dos años de empleo exigido por la norma controvertida entre la mano de obra masculina y, por otra parte, las mismas proporciones entre la mano de obra femenina. No basta con considerar el número de personas afectadas, ya que dicho número depende del número de trabajadores activos en todo el Estado miembro, así como de la proporción de trabajadores masculinos y de trabajadores femeninos en dicho Estado miembro*».

poco a poco va tomando cuerpo en el ámbito del Derecho antidiscriminatorio. Incluso en alguna Directiva se encuentra alguna aproximación a este tipo de técnicas cuando se regula el principio de igualdad. Por ejemplo, en la definición del mismo en la Directiva 2008/104/CE, a la hora de establecer las condiciones sustanciales de empleo en las que se aplica a los trabajadores cedidos a empresas de trabajo temporal. Puede apreciarse en su art. 5.1 cómo esta norma derivada utiliza el criterio de las condiciones que disfrutaría el propio trabajador si hubiera sido contratado directamente por la empresa usuaria³⁰. A la vista de la definición que hace la Directiva 2006/54/CE, tanto de la discriminación directa como de la indirecta, no hay óbice normativo para que la doctrina judicial abrace en un futuro la posibilidad de recurrir a los terceros hipotéticos.

V. El concepto «retribución»

Ya en su versión originaria, el art. 119 del Tratado aportó una definición de retribución que se ha mantenido invariada en la versión actual del art. 157 TFUE. No obstante esta definición, la doctrina del TJU ha sido decisiva para la inclusión de conceptos *a priori* dudosos. Puede afirmarse que se ha producido una interpretación en clave expansiva que, en el ámbito interno, propició la modificación del art. 28 ET por la Ley 33/2002. Ya en sus primeros pronunciamientos pudo intuirse esta orientación, cuando se expresó, *vg.*, que sólo las prestaciones de Seguridad Social reguladas por Ley sin intervención alguna de elementos de concertación quedan fuera del concepto de retribución³¹. O que ciertas ventajas especiales en materia de transporte, otorgadas por el empresario pese a no estar contractualmente obligado a ello, y que se mantenían aún después de la jubilación, se incluían en el ámbito del art. 119 del Tratado de Roma³². Más adelante, en el asunto *Barber*³³, se afirmó que se incluía una in-

³⁰ «Las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto».

³¹ Sentencia de 25 de mayo de 1971, asunto 80/70, *Defrenne (I)*. Años más tarde, en el asunto *Bilka-Kaufhaus*, se insistió en esta doctrina: «se debe concluir diciendo que el régimen de pensiones de empresa considerado en el litigio principal no constituye un régimen de seguridad social directamente regulado por la ley y, por consiguiente, excluido del ámbito de aplicación del artículo 119, y que las prestaciones concedidas a los empleados en virtud del régimen objeto de litigio constituyen un beneficio pagado por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo, con arreglo al párrafo 2 del artículo 119». También, en el asunto *Barber*, se expresó en positivo que «las pensiones pagadas por los planes convencionalmente excluidos del régimen general constituyen, sin duda, gratificaciones satisfechas por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo y, por consiguiente, están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado».

³² Sentencia de 9 de febrero de 1982, asunto 12/81, *Garland*.

³³ C-268/88, sentencia de 17 de mayo de 1990.

demnización por despido³⁴. Y también, en otras sentencias, la obligación de la empresa de continuar el pago del salario de un trabajador durante su enfermedad³⁵. Y la indemnización, en forma de permisos retribuidos o de retribución de horas suplementarias, de cursos de formación en los que se impartan conocimientos necesarios para la actividad de comités de empresa³⁶. Igualmente, y al estar basadas en la relación laboral, las gratificaciones que el empresario abona, en virtud de disposiciones legislativas o en razón de un contrato de trabajo, a una trabajadora durante su permiso de maternidad³⁷. O una denominada «gratificación por Navidad», la cual no puede dejar de pagarse a una trabajadora por el mero hecho de que esté disfrutando de un permiso parental³⁸.

A partir de este caudal de doctrina, resulta de particular importancia cómo se extiende el concepto «retribución» a los sistemas profesionales de Seguridad Social, de modo que, en la práctica, se produce una alternatividad entre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE y de la Directiva 79/7/CEE. Después del asunto *Barber*, hay que citar el muy relevante asunto *Beune*³⁹, que claramente sitúa en la órbita del art. 119 del Tratado de Roma y de la Directiva 75/117/CEE un régimen de Seguridad Social y de pensiones de funcionarios: «*un régimen de pensiones de la función pública, de las características del controvertido en el procedimiento principal, que está en función, esencialmente, del empleo que ocupaba el interesado, está vinculado a la retribución que obtenía este último y entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 119*». Por consiguiente, el mero hecho de que un sistema que se aplica directamente en un sector determinado, como en la función pública, resulte obligatorio o se regule en sus aspectos básicos por ley, no es suficiente para excluirlo del art. 157 TFUE y de la Directiva 2006/54/CE, si está financiado exclusivamente mediante aportaciones de las partes y es resultado de un proceso de concertación⁴⁰.

³⁴ «Por lo que se refiere en particular a las indemnizaciones concedidas al trabajador con ocasión de su despido, procede decir que éstas constituyen una forma de retribución a la que tiene derecho el trabajador en razón de su relación de trabajo, que le es pagada en el momento de cesar su relación de trabajo, que permite facilitar su adaptación a las nuevas circunstancias resultantes de la pérdida de su empleo y que le garantiza una fuente de ingresos durante el período de búsqueda de un nuevo trabajo. De ello se deduce que las indemnizaciones concedidas al trabajador con ocasión de su despido están comprendidas, en principio, dentro del concepto de retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado». Sobre este tema también se pronunció la sentencia resolutoria del asunto *Seymour-Smith* (1999).

³⁵ Sentencia de 13 de julio de 1989, asunto 171/88, *Rinner-Kühn* y sentencia de 8 de septiembre de 2005, asunto C-191/03, *McKenna*.

³⁶ Sentencia de 4 de junio de 1992, asunto C-360/90, *Bötel*.

³⁷ Sentencia de 13 de febrero de 1996, asunto C-342/93, *Gillispie*, sentencia de 27 de octubre de 1998, asunto C-411/96, *Boyle* y sentencia de 16 de septiembre de 1999, asunto *Abdoulaye*, cit.

³⁸ Sentencia de 21 de octubre de 1999, asunto C-333/97, *Lewen*.

³⁹ Asunto C-7/93, sentencia de 28 de septiembre de 1994.

⁴⁰ Expresa esta sentencia que «*un plan de pensiones que es el resultado de una concertación entre interlocutores sociales y que está exclusivamente financiado por los trabajadores y los empresarios del sector de que se trata, sin ninguna intervención financiera de carácter público, está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 119, aunque los poderes públicos, a petición de las organizaciones patronales y sindicales interesadas, hayan declarado el régimen obligatorio para todo el sector profesional*».

Finalmente, todo este caudal de doctrina en torno a los sistemas profesionales y complementarios —en los que interviene el empresario— de Seguridad Social fue elevado a rango normativo por la propia Directiva 2006/54/CE, la cual, en sus arts. 5 ss., establece unas muy concretas reglas cuyo comentario se omite en estas páginas.

VI. Las justificaciones de la discriminación indirecta

Se trata ahora de analizar la salvedad del art. 2, que excluye la discriminación indirecta pese a que se le cause una desventaja particular a alguien en relación con las personas del otro sexo. A este asunto también ha prestado relativa atención el TJU, mediante el establecimiento de ciertos criterios los cuales, si bien no cierran de modo definitivo la cuestión, sí que aportan claras pistas orientativas. Puede citarse, en este sentido, la importante doctrina del asunto *Bilka* (1986). Parte de la idea de que el juez nacional es el único órgano competente para determinar si los motivos expresados por un empresario pueden ser considerados como razones económicas objetivamente justificadas. Ahora bien, añade, introduciendo criterios interpretativos, «*cuando el Juez nacional constate que los medios elegidos por Bilka responden a una efectiva necesidad de la empresa, son idóneos para alcanzar el objetivo que ésta persigue y son necesarios a tal fin, la circunstancia de que las medidas de que se trate afecten a un número muy superior de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos no será suficiente para llegar a la conclusión de que implican una infracción del artículo 119*».

A este pronunciamiento han seguido otros con orientaciones algo más precisas. Debe citarse, en primer lugar, el asunto *Danfoss* (1989). Además de atribuir la carga de la prueba a la empresa si el sistema retributivo adolece de falta de transparencia, enuncia interesantes criterios sobre la antigüedad, la formación profesional y la flexibilidad. El tema de la antigüedad enseguida habrá que retomarlo. En el de la formación profesional, admite que puede perjudicar a un número más alto de mujeres, por sus dificultades para trabajar a tiempo completo. No obstante, reconoce que «*el empresario puede justificar la retribución de una formación profesional especial, demostrando que ésta reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador*». Y, en cuanto al de la flexibilidad, llega a una conclusión similar, pero a partir de una hipótesis distinta, pues su impacto adverso entre las mujeres trabajadoras, como criterio de diferencia retributiva, es no ya una posibilidad sino una probabilidad⁴¹.

⁴¹ Argumenta al respecto el Tribunal: «*si se entiende referido a la adaptabilidad del trabajador a horarios y lugares de trabajo variables, el criterio de la flexibilidad también puede ir en perjuicio de los trabajadores femeninos, quienes, por razón de las tareas domésticas y familiares de las que a menudo tienen la responsabilidad, tienen menos facilidad para organizar su tiempo de trabajo de un modo flexible como los trabajadores masculinos*».

Más tarde, en el asunto *Enderby* (1993) expresa algunas ideas sobre otras razones empresariales. La sentencia, después de no considerar como justificación suficiente —como antes ya he apuntado— la circunstancia de que las condiciones de trabajo de la parte demandante y del tercero de comparación se regularan en convenios colectivos distintos, admite que la situación del mercado de trabajo puede constituir un argumento suficiente para mantener una diferencia salarial: *«la situación del mercado de trabajo, que puede llevar a un empleador a incrementar la retribución de un trabajo concreto para atraer candidatos al mismo, puede ser una de las razones económicas objetivamente justificadas a efectos de la jurisprudencia antes citada. La determinación del alcance exacto de un factor de este tipo en las circunstancias de cada caso requiere una apreciación de los hechos y, por consiguiente, es competencia del órgano jurisdiccional nacional»*. Se trata de un argumento de interés, que no ha vuelto a expresarse con posterioridad por el Tribunal, pero que merecería un mayor análisis. Porque el mercado de trabajo está, sin duda alguna, profundamente condicionado por criterios de segregación laboral y por estereotipos. Dar por buena sin mayor aparato crítico la justificación esgrimida en términos de mercado puede suponer renunciar a la postre a dar la batalla contra muchas de las discriminaciones sistémicas que sufren las mujeres.

Particular interés ha tenido la justificación de la pertinencia del criterio de la antigüedad. El impacto adverso en las mujeres ya lo expresó el asunto *Danfoss* como una hipótesis⁴². Pero, en una argumentación breve, admitió que la empresa no necesitaba justificar por qué la tenía en cuenta, en estos términos: *«como la antigüedad es paralela con la experiencia y ésta, en general, coloca al trabajador en la situación de cumplir mejor sus tareas, el empresario puede retribuirla sin tener que demostrar la importancia que reviste para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador»*. Años más tarde, la misma cuestión, aunque con perfiles distintos, volvió al TJU, en el asunto *Cadman*⁴³. En ella, desde luego, se reitera la doctrina sobre que no es necesaria esta justificación concreta de que se pague la antigüedad, pese a su carácter posiblemente lesivo hacia las trabajadoras en términos comparativos. Pero se añade algo más, pues pueden existir situaciones —las cuales deben ser evaluadas por el órgano jurisdiccional interno— en las que el empresario haya de justificar de forma circunstanciada la utilización del criterio de la antigüedad, si la parte demandante aporta datos que hagan surgir dudas fundadas de que resulte ese criterio idóneo para el desempeño concreto de las tareas encomendadas. Si así sucede, *«incumbe entonces al empresario acreditar que aquello que es cierto por regla general, a saber, que la antigüedad va de*

⁴² *«Es posible que pueda, igual que el de la formación profesional, redundar en un trato menos favorable para los trabajadores femeninos que para los masculinos en la medida en que las mujeres han entrado más recientemente que los hombres en el mercado de trabajo o sufren con más frecuencia una interrupción de su carrera»*.

⁴³ C-17/05, sentencia de 3 de octubre de 2006.

la mano con la experiencia y que ésta coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas, lo es también en lo que atañe al puesto de trabajo de que se trata».

Esta doctrina judicial reviste un especial interés en el ámbito español, si se tiene en cuenta que las connotaciones tendencialmente perjudiciales para las mujeres del plus de antigüedad se incrementan, a causa de las características del mercado de trabajo interno, que sólo más tardíamente y con menor intensidad las ha incluido. Ellas, además, se exponen a más interrupciones en sus carreras profesionales a causa de la deficiente oferta de servicios públicos de cuidado y de las muy mejorables instituciones legales de conciliación de la vida familiar y laboral que existen en nuestro ordenamiento jurídico. Y también es interesante porque sale al paso de ciertas opiniones que, con recurso evidente a técnicas de uso alternativo del derecho, habían expresado el carácter discriminatorio del complemento de antigüedad, a fin de eliminarlo de aquellas normas convencionales en las que encontraban fuertes resistencias a su supresión desde el banco social.

VII. Conclusión

Después de este análisis de doctrina del TJU, huelga describir la del Tribunal Constitucional español. En realidad, nada aporta con carácter adicional, básicamente porque todos los pronunciamientos relevantes relativos a discriminación retributiva datan de los años 90⁴⁴. Más bien habría que plantear una serie de comentarios valorativos acerca del escaso número de sentencias que, tanto en el ámbito de la doctrina judicial ordinaria como constitucional, se dictan en esta materia. Esta escasez es símbolo inequívoco de que los mecanismos de efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo, introducidos con la Directiva 2002/73/CE —y en el ámbito interno, por la LO 3/2007— no están funcionando verdaderamente. Sobre todo, porque los organismos públicos y privados en defensa de los derechos de la mujer y las organizaciones sindicales no están cumpliendo con su papel. Las figuras procesales de la legitimación ampliada o del coadyuvante no se están utilizando. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social no está planteando demandas de oficio y las autoridades laborales no impugnan directamente los convenios colectivos por discriminación bajo ningún concepto. Casi siempre a causa de una muy mal entendida responsabilidad política. Evidentemente, las mujeres víctimas de la discriminación retributiva no litigan porque están solas, aisladas y no tienen acceso a los datos que

⁴⁴ Fundamentalmente, SSTC 145/1991, de 1 de julio, 58/1994, de 28 de febrero, 286/1994, de 27 de octubre, 147/1995, de 16 de octubre, y 250/2000, de 30 de octubre. En unas se concede el amparo y en otras se deniega. Incluso, en algún caso —el de la última sentencia— con la singularidad de un voto concurrente.

sustenten sus posibles demandas. Ni siquiera les está dado ser conscientes de la discriminación de que son objeto. Además, en épocas económicamente desfavorables y recesivas, incluso se incurre en la difamación de este tipo de pretensiones, como si fueran superfluas. En fin, basta comprobar dónde se han planteado las cuestiones prejudiciales que ha tenido que resolver el TJU y qué partes litigantes y coadyuvantes comparecían en los procedimientos principales para percibir nuestra muy precaria situación.

Dejando al margen estos problemas, el análisis técnico y descripción rigurosa de las sentencias aporta proximidad a los conceptos jurídicos y a la doctrina, pero les resta algo de reflexión general. Ésta consiste, como es obvio, en que las discriminaciones retributivas no constituyen hechos aislados y desviados de la normalidad, sino que son pautas de comportamiento muy arraigadas socialmente, por muchas de las causas que se anotaron al escribir los «presupuestos» de este artículo. La mayoría de los casos comentados —cuyas resultancias fácticas se han ahorrado a quien lea estas páginas— ponen de relieve prácticas intencionadas o no, pero que en la mayoría de las ocasiones pueden identificarse como claramente perjudiciales para las mujeres. Con tales prácticas, el resultado final es obvio, en términos de quién va a ganar más y quién va a ganar menos. Quiere decirse con ello, como he escrito en el título de este trabajo, que la discriminación retributiva de la mujer es sistémica y paradigmática. Que se debe a unas reglas formales e informales perfectamente identificables, pero cuya remoción implica un claro cambio en los valores sociales, los cuales, quiérase o no se quiera, han albergado que haya los que cobran más y las que cobran menos.

Por último, el estilo de este artículo ha desaconsejado la cita de la doctrina científica. Pero es necesario, para acabar, remitir a estudios mucho más elaborados, que entre nuestras autoras los hay, y muy buenos (así, Quintanilla Navarro, B., 1996 y Saldaña Valderas, E., 2004).

Bibliografía recomendada

- QUINTANILLA NAVARRO, B. (1996): *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- SALDAÑA VALDERAS, E. (2004): *Discriminación retributiva en función del género*, Mergablum, Sevilla.

TRATAMIENTO CONVENCIONAL DE LA IGUALDAD DE GÉNERO EN UN CONTEXTO DE CRISIS ECONÓMICA

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

Profesora Titular Universidad de Jaén

ABSTRACT

■ *El presente capítulo tiene por objeto tratar de trazar las grandes corrientes que parecen hoy concurrir en el tratamiento de la materia de igualdad de género en nuestra negociación colectiva, la cual, se está viendo profundamente afectada por la grave situación económico financiera por la que atraviesa nuestro país.*

Una de estas primeras consecuencias es precisamente la propia devaluación que se está produciendo en el tratamiento de esta materia en sede convencional y que se observa sobre todo a raíz del análisis de los convenios aprobados en los últimos meses, devaluación que adopta diferentes expresiones, como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de las páginas siguientes, pero que conducen a un mismo resultado, y es el aumento de las desigualdades entre hombres y mujeres en nuestro mercado de trabajo.

El gran reto para nuestra negociación colectiva consistirá por tanto, en lograr que la materia de igualdad por razón de género llegue a desempeñar realmente el importante papel que le está reservado, como materia transversal que a de informar la completa regulación que ofrezcan nuestros convenios colectivos.

Palabras clave: Igualdad de género, negociación colectiva, conciliación de la vida familiar y laboral.

■ *Kapitululu honen xedea gure negoziazio kolektiboan genero-berdintasunaren gaia lantzeko zer joera nagusi dauden deskribatzen saiatzea da. Gure herrialdearen egoe-*

ra ekonomiko eta finantzario larria eragin handia izaten ari da negoziazio horretan.

Hain zuzen ere, lehen ondorioetako bat gai hori ohiko egoitzan lantzean gertatzen ari den devaluazioa da. Devaluazio hori azken hilabeteetan onartutako hitzarmenak aztertuta ikusi dugu, batik bat, eta zenbait adierazpen izango ditu, hurrengo orrialdeetan irakurri ahal izango dugunez. Adierazpen horiek guztiek emaitza bera izango dute: emakumeen eta gizonen arteko desberdintasunek gora egingo dute gure lan-merkatuan.

Hortaz, gure negoziazio kolektiboaren erronka nagusia generoagatiko berdintasunaren gaiak berezkoa duen eginkizun garrantzitsua bete dezan lortzea izango da; izan ere, gure hitzarmen kolektiboek eskainiko duten erregulazioak aintzat hartu behar duen zeharkako gaia da.

Gako-hitzak: genero-berdintasuna, negoziazio kolektiboa, familiaren eta lanaren bateratzea.

■ *The aim of this chapter is to try and outline the major trends that would seem to be involved today in the treatment of the gender equality issue in our collective bargaining, which is being profoundly affected by the serious financial situation which our country is going through.*

One of these first consequences is, to be precise, the devaluation itself that is taking place in the treatment of this issue in conventional quarters and which is being observed above all as a result of the analyses carried out on agreements approved in recent months. This devaluation takes different forms, as we will get the chance to learn about over the following pages, but which ultimately lead to the same outcome - and that is the increase in inequalities between men and women on our job market.

The major challenge facing our collective bargaining will therefore involve ensuring that the issue of gender equality ends up playing the genuinely important role that corresponds to it as a cross-sectional issue that needs to inform about the full regulations offered by our collective bargaining.

Key words: gender equality, collective bargaining, conciliation of family and working life.

I. Planteamiento general

La negociación colectiva que se ha venido desarrollando en los últimos años en nuestro país, empezaba a mostrar claros indicios de prestar una mayor atención y preocupación por las materias relativas a la igualdad de género. Esta tendencia se observaba sobre todo en los resultados de la negociación desarrollada antes de que se dejara sentir entre nosotros, los efectos más acuciantes de la grave situación de crisis económica y financiera por la que estamos atravesando en España.

A esta mayor atención contribuye sin duda el protagonismo que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de mayo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, reserva a la negociación colectiva para avanzar en la consecución de mayores cuotas de igualdad en las condiciones en que las unas y otros desarrollan su actividad en el mercado de trabajo.

A su vez, esta mayor atención de las comisiones negociadoras por la materia de igualdad por razón de género, tenía como lógico reflejo el tratamiento de materias novedosas en sede convencional, que hace tan solo unos años resultaban totalmente ajenas a nuestros convenios colectivos, y la incorporación a su articulado de las modificaciones operadas por la citada Ley Orgánica 3/2007, sobre todo en el destacado ámbito de la conciliación de la vida familiar y laboral.

Por tanto, han sido muchos y de entidad los avances que nuestra negociación colectiva ha ido lentamente logrando en esta materia objeto de nuestro estudio, desde la aprobación de la citada Ley Orgánica 3/2007. Sin embargo, también eran muchas las deficiencias que seguían presentando nuestros convenios colectivos en este ámbito, por lo que en un estudio de estas características, resulta a nuestro juicio adecuado poner de manifiesto tanto las fortalezas, como también las debilidades que presenta nuestra negociación colectiva, con la intención de conocer realmente cuál es el estado de la cuestión que actualmente presenta el tratamiento convencional de la materia de igualdad de género en sede convencional, tratando de ofrecer al mismo tiempo, alternativas a aquellas regulaciones convencionales que presentan más déficit en el tratamiento que dispensan a esta materia.

A ello hay que sumar los acontecimientos acaecidos en nuestro país en los últimos años, marcados por una acuciante crisis económica y financiera que nos

muestra ya sus efectos más perversos y el bloqueo que la negociación colectiva ha sufrido en nuestro país en muchos sectores, factores estos que a nuestro juicio, revelan no ya sólo adecuado, sino más que imprescindible, abordar el tratamiento que esta materia está recibiendo actualmente y las importantes implicaciones que para ella se están haciendo derivar en sede de negociación colectiva, marcadas como tendremos ocasión de analizar a lo largo de las páginas siguientes, por un claro retroceso en el tratamiento de la misma, borrando incluso en algunos casos, aquellos avances que con tanta dificultad se había logrado incorporar a nuestra negociación colectiva.

En este sentido, esta corriente de retroceso o devaluación en el tratamiento de la materia de igualdad de género, que actualmente parece inspirar una parte de nuestra más reciente negociación colectiva, conduce a que muchas veces la misma trate de silenciarse a lo largo de todo el articulado del convenio, evitando cualquier tipo de referencia a la igualdad por razón de sexo, mientras que otras responde a un tratamiento meramente formal de esta materia, rodeándose de elocuentes declaraciones de principios generales que no encuentran plasmación posterior a lo largo del articulado del convenio. No faltan tampoco, regulaciones convencionales que contemplan esta materia de una manera totalmente sesgada, conteniendo incluso cláusulas que se apartan de la legalidad vigente. En definitiva, se trata de datos que nos revelan el retroceso que la igualdad efectiva entre hombres y mujeres está experimentando en nuestro mercado de trabajo.

Ante esta situación creemos que el control de legalidad que le corresponde asumir a la autoridad laboral, durante la fase de depósito del convenio colectivo, recobra toda su razón de ser, como expresión de la responsabilidad y el servicio público que esta autoridad está llamada a desempeñar, evitando que nuestros convenios sigan conteniendo regulaciones contrarias a la legalidad vigente con carácter general y más en concreto, en materia de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

Por tanto, y a resultas del análisis que trataremos de ir desgranando en las páginas siguientes, podemos adelantar que aún cuando la igualdad por razón de género no había logrado superar totalmente la asignatura pendiente que tradicionalmente le ha venido afectando en nuestro país, consiste en liberarse de la visión reducida y trasnochada que aún presentaba en algunos sectores, donde era considerada como una política dirigida a las mujeres y que por tanto, sólo a éstas incumbía, la crisis económica ha venido a ejercer sin duda, una influencia negativa en el tratamiento de esta materia. El gran reto para nuestra negociación colectiva consistirá por tanto, en lograr que la materia de igualdad por razón de género llegue a desempeñar el papel que le está reservado convencionalmente, como materia transversal, que a de informar la completa regulación que ofrezcan nuestros convenios colectivos.

II. Declaraciones convencionales sobre el Principio de Igualdad por razón de sexo

Respondiendo a aquella corriente de tratamiento meramente formal de la materia de igualdad por razón de sexo y no discriminación, encontramos convenios que pretenden dar cumplimiento a las responsabilidades que para su ámbito de negociación se derivan de la Ley Orgánica 3/2007, con la incorporación de cláusulas aisladas y formales, en las que reiteran las propias referencias que esta ley dirige a nuestros negociadores, pero sin que posteriormente ello se traduzca en un adecuado tratamiento de las materias objeto de negociación, desde la perspectiva de género, a lo largo del propio articulado del convenio¹.

Esta situación es distinta a la de aquellos convenios colectivos que incorporan una cláusula específica, en la que con carácter general tratan de establecer como principio inspirador de todo el convenio, el compromiso de las partes negociadoras con la realización del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo, orientación sexual, raza, edad, nacionalidad, discapacidad y otros motivos, y en los que, en sintonía con este compromiso asumido por las partes negociadoras, el convenio muestra una mayor atención a la materia relativa a la igualdad por razón de sexo y a la adecuada implementación de la perspectiva de género a lo largo de todo su articulado².

Incluso contamos con expresiones de nuestra negociación colectiva que materializan estos compromisos con la igualdad y no discriminación, rebajando el umbral de trabajadores legalmente previsto, con que ha de contar la empresa para quedar vinculada por la obligación legal de negociar un plan de igualdad, haciendo nacer de esta forma, la obligación convencional de negociarlo³.

En este sentido, resulta necesario llamar la atención sobre el impulso que los planes de igualdad, figura estrella de la Ley Orgánica 3/2007, siguen precisando en nuestros días, como mecanismo capaz de materializar los compromisos en materia de igualdad y no discriminación, manifestados por las partes negociadoras, en el seno de las empresas afectadas por el convenio en cuestión. Como decimos, su potencial está aún por explorar, como lo demuestra el hecho de que

¹ Así CC estatal de la Industria Azucarera, Disp. Adicional tercera (BOE de 2 de agosto de 2011).

² Art. 64 CC de contratas ferroviarias (BOE de 13 de agosto de 2008); Disposición Adicional 5.ª CC estatal del sector de agencias de viaje (BOE de 5 de octubre de 2009); art. 12 CC nacional del ciclo de comercio del papel y artes gráficas (BOE de 5 de julio de 2010); art. 70 CC estatal para la industria del calzado (BOE de 29 de mayo de 2010).

³ Art. 72 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 15 de febrero de 2010), el cual considera obligatorio la elaboración del plan de igualdad para todas las empresas afectadas por su ámbito de aplicación que cuenten con un mínimo 150 trabajadores, en lugar de los 250 que exige el art LO 3/2007.

casi cinco años después de la entrada en vigor la LOI, solo el 12% de las empresas obligadas en España a negociar y aprobar un plan de igualdad, en virtud del art. 45.2 LOI, cuentan en la actualidad con un plan de estas características⁴.

Otra de las vías que suele ponerse en práctica por parte de nuestra negociación colectiva para poner en valor el derecho de igualdad por razón de sexo y velar por su adecuada realización en el ámbito de aplicación del convenio, consiste en la creación de órganos especializados en esta materia, cuya composición es conveniente que responda a criterios de presencia equilibrada entre ambos sexos⁵.

III. Recomendaciones para la utilización de un lenguaje no sexista por parte de nuestra negociación colectiva

La utilización de un lenguaje neutro desde el punto de vista del análisis de género, sigue siendo a día de hoy, una de las principales asignaturas pendientes de nuestra negociación colectiva, ya que en ella se sigue incurriendo con carácter sistemático en la utilización de vocablos y términos masculinos tales como «trabajador», «empleado», para referirse a todos los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación justificando la utilización del masculino genérico para designar a todo el personal afectado por el mismo, en la necesidad de no dificultar la lectura del convenio⁶.

Frente a esta situación, que provoca como efecto directo la invisibilización de las trabajadoras que quedan afectadas por el mismo, resulta recomendable la sustitución de términos masculinos genéricos, por otros términos neutros, tales como «personal», que presentan la ventaja de mostrarse inclusivos, tanto de los hombres como de las mujeres afectados por el ámbito de aplicación previsto en el convenio colectivo en cuestión. Sin embargo, aún son pocas las expresiones de

⁴ La situación tampoco es más favorable si contemplamos la negociación colectiva desarrollada a nivel autonómico. Así, por lo que respecta a la Comunidad Autónoma de Andalucía, se han aprobado un total de 282 planes de igualdad y 170 se encuentran en estos momentos en procesos abiertos de negociación con los representantes de los trabajadores y trabajadoras. De los 207 convenios de sector existentes en Andalucía, solo en un 6% de ellos se hace referencia a los planes de igualdad. Fuente: Amecco Press, 21 de octubre de 2001.

⁵ Disp. Adicional Tercera CC marco para los establecimientos financieros de crédito (*BOE* de 13 de octubre de 2011), donde se prevé la creación de una comisión sectorial de igualdad; art. 77 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (*BOE* de 15 de febrero de 2010); Disp. Adicional 6.º del CC contratas ferroviarias de 13 de agosto de 2008; art. 54 del CC de grandes almacenes (*BOE* de 5 de octubre de 2009); art. 5 CC estatal para la industria del calzado (*BOE* de 29 de mayo de 2010).

⁶ Disp. Adicional séptima del CC estatal de centros de asistencia y educación infantil (*BOE* de 22 de marzo de 2010).

nuestra negociación colectiva que optan a día de hoy por la utilización de estos términos neutros, o bien por la incorporación del femenino junto al masculino, en un intento de hacer visible también la participación de las trabajadoras incluidas en su ámbito de aplicación⁷.

Otro aspecto en el que viene incurriendo nuestra negociación colectiva, y sobre el que es necesario llamar la atención por las importantes implicaciones que del mismo se pueden hacer derivar para el derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de sexo, consiste en la formulación de las distintas categorías que integran la clasificación profesional contenida en los convenios colectivos, en términos exclusivamente masculinos. De esta forma, términos tales como «jefe», «encargado», «director», forman parte del panorama habitual de las distintas clasificaciones profesionales que contiene nuestra negociación colectiva.

Como decimos, se trata de prácticas negociales cuyas repercusiones trascienden el mero uso integrador o no del lenguaje, puesto que pueden conllevar el efecto de ejercer una notable influencia a la hora de elegir a las personas que integrarán cada una de estas categorías profesionales, de tal modo que el sexo de estas personas, se convierta en un factor determinante en el momento de la contratación, bien posteriormente en el acto de la clasificación profesional, o bien en el momento de la promoción del personal que ha de cubrir las vacantes que se vayan produciendo en las empresas afectadas por estas regulaciones convencionales. En definitiva se trata de regulaciones convencionales que incurren en una formulación sexista de la clasificación profesional.

Esta conclusión se ve aún más reforzada si tenemos en cuenta que estas mismas clasificaciones profesionales que aparecen formuladas en términos masculinos, en ocasiones recurren al femenino para referirse a categorías que tradicionalmente han venido caracterizadas por estar ocupadas en su mayor parte por mujeres, tales como «secretaria», «telefonista», «limpiadora», «costurera», «planchadora»⁸. Se trata por tanto de un dato más que viene a incidir en la formulación sexista de la clasificación profesional en la que incurren estas regulaciones convencionales, en las que el sexo sigue siendo un factor determinante para el desempeño de las distintas categorías que la integran, con el consiguiente efecto perverso que de ello se hace derivar para el mantenimiento de la actual segregación, tanto vertical como horizontal, que presenta nuestro mercado de tra-

⁷ Vid. CC Empresa Municipal de Saneamientos de Córdoba (*BOP* de 25 de marzo de 2011).

⁸ Vid. Anexo I CC Hospital San Juan de Dios de Sevilla (*BOP* de 8 de octubre de 2011); art. 18 CC Mercagranada (*BOP* de 18 de febrero de 2011); art. 16 CC Lavanderías industriales de Sevilla (*BOP* de 1 de octubre de 2011). Ahondando más aún en esta idea, es posible encontrar convenios colectivos que utilizan el término «limpiadora» por oposición al de «peón de mantenimiento», con la consiguiente diferenciación salarial que suele acompañar a las mismas, en un intento claro de realizar una diferenciación por razón de sexo, en el acceso a estas categorías profesionales.

bajo, en la que las mujeres siguen ocupando las categorías inferiores de la pirámide ocupacional.

Relacionado también con la utilización del lenguaje con tintes sexistas en el que incurren parte de nuestras comisiones negociadoras, encontramos otras prácticas no deseables, desde el punto de vista del adecuado tratamiento de la materia de igualdad y no discriminación, consistentes en la utilización de atributos o características que tradicionalmente han venido predicándose de profesiones u oficios fuertemente masculinizados, para la definición de estas categorías profesionales, por lo que el efecto que con ello vuelve a provocarse en la práctica, es una definición sexista de estas clasificaciones profesionales contenidas en nuestra negociación colectiva.

Así, factores como «experiencia» «conocimiento», «iniciativa», «autonomía», «responsabilidad», «mando», «complejidad» y «esfuerzo físico»⁹ entre otros, siguen a día de hoy apareciendo en las distintas definiciones convencionales de las categorías profesionales, con la consiguiente diferencia de trato por razón de género que ello conlleva y que se traducirá en la práctica, en las menores oportunidades que encontrarán las mujeres para el desarrollo de estas categorías definidas de forma masculinizada.

IV. Tratamiento de la materia de selección y contratación desde la perspectiva de género

En los procesos de selección y contratación previstos convencionalmente como regla general, no se aprecian discriminaciones por razón de sexo en su configuración, al menos de una forma directa.

En esta materia resulta destacable por las importantes implicaciones que de ello pueden hacerse derivar, para el adecuado tratamiento de la misma desde un enfoque de género, el reconocimiento que observamos en distintos instrumentos negociales, sobre todo de ámbito sectorial, al comprometer a las empresas afectadas por su ámbito de aplicación, en la realización de acciones positivas que vengán a compensar las «desigualdades de género que discriminan a la mujer en el ámbito laboral» y que han conducido tradicionalmente a que éstas vengán encontrando menos oportunidades en estos procesos de selección y contratación, todo ello con el fin último de conseguir una composición más equilibrada en función del sexo, de la clasificación profesional¹⁰.

⁹ Vid. CC Lavanderías industriales de Sevilla; Anexo II CC Mercasevilla (*BOP* de 10 de marzo de 2011); art. 28 CC Industria de la Madera.

¹⁰ Expresiones de este tipo, consistentes en el compromiso de realizar acciones positivas, podemos encontrarlas en el art. 21 CC estatal para las industrias de elaboración del arroz (*BOE* de 28 de

Sin embargo, estas previsiones en la mayoría de las ocasiones posteriormente no encuentran plasmación en niveles inferiores de negociación, por lo que no llega a materializarse el efecto de estas medidas de acción positiva a favor de las mujeres, en estos sistemas de contratación y selección, que vinieran a potenciar su mayor presencia en el ámbito de aplicación del convenio colectivo. Siendo ésta como decimos la tónica general, merecen una valoración positiva los compromisos de las partes firmantes incorporados en algunos convenios colectivos en materia de selección, que tratan de beneficiar a aquéllos sectores de la población activa que presentan mayores dificultades para conseguir un empleo, considerando la pertenencia acreditada a cualquiera de estos sectores, un valor añadido a los requisitos exigidos en cada una de las definiciones de los puestos a trabajar a cubrir.

Muy conectada con lo anterior, aparecen las cláusulas convencionales dirigidas a la creación de empleo, se trata de una materia a la que la negociación colectiva que viene desarrollándose en nuestro país, no suele prestar una atención destacada. Como regla general, nuestra negociación carece de compromisos de creación de empleo a favor de colectivos con dificultades de empleabilidad, como pueden ser mujeres, jóvenes, personas con discapacidad, mayores, personas inmigrantes y aquellas que se encuentran en riesgo de exclusión social.

En algunas ocasiones aparecen cláusulas generales en las que trata de reconocerse la preocupación y el interés que a las partes del convenio colectivo les merece la creación de empleo a favor de estos colectivos, en el concreto ámbito de aplicación que queda afectado por el mismo, pero estas cláusulas se ven reducidas con frecuencia, a meras declaraciones de intenciones que no encuentran su traslación a lo largo del articulado de los convenios que las recogen, al no quedar materializadas en compromisos de creación de empleo a favor de estos colectivos, que resultaran exigibles y sometidos a posterior evaluación, de la que fuera posible hacer derivar en caso de incumplimiento, algún tipo de consecuencias previstas en el propio convenio colectivo¹¹.

Esta tendencia general que se observa en nuestra negociación colectiva resulta especialmente evidente en el caso de los objetivos coherentes de política de empleo que han de acompañar a las jubilaciones forzosas a los 65 años, cuando

septiembre de 2011), si bien su tratamiento aparece de forma inconexa, en el artículo dedicado a las excedencias; art. 40 IV CC estatal del sector de la hostelería (*BOE* de 30 de agosto de 2010); Convenio colectivo nacional del ciclo del papel y artes gráficas Capítulo XVII, art. 2.c) (*BOE* de 5 de julio de 2010); art. 24 CC estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (*BOE* de 14 de octubre de 2011).

¹¹ De esta línea general logra apartarse el CC para las industrias vinícolas de Huelva (*BOP* de 23 de mayo de 2011), en el que se contiene el compromiso de reducción del porcentaje de contratación temporal dentro del sector, previendo consecuencias exigibles a las empresas afectadas en caso de incumplimiento (art. 5).

así vengan establecidas por convenio colectivo, objetivos entre los que se consideran, la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, celebración de nuevas contrataciones o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad en el empleo. En este caso, y más allá de las exigencias que se derivan de la Disposición Adicional 10 E.T, lo cierto es que nuestros convenios colectivos siguen en muchos casos, recogiendo estas jubilaciones con carácter forzoso sin que aparezcan vinculadas a la realización de los citados objetivos de política de empleo¹². Se trata sin duda de una materia sobre la que conviene llamar la atención a nuestros negociadores y negociadoras, por el amplio potencial que para la mejora de las tasas de empleo y de la calidad de éste, representaría un tratamiento adecuado en sede convencional de la misma.

Si analizamos el concreto tratamiento que las modalidades contractuales vienen recibiendo en sede negocial desde la perspectiva de género, podemos afirmar que por lo general, esta materia carece en nuestros días del enfoque de género y sin embargo, se trata de una materia sobre la que existe un gran potencial por parte de nuestra negociación colectiva aún por explorar.

En este sentido, sería posible a título de ejemplo establecer preferencias para las prórrogas en contratos temporales, que vinieran a beneficiar preferentemente al sexo que estuviera infrarrepresentado en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, logrando así el efecto de dotar de mayor estabilidad a estas contrataciones de carácter temporal, al tiempo que se conseguiría una presencia más equilibrada por razón sexo en el ámbito de aplicación del convenio colectivo de referencia.

Otra de las fórmulas posibles podría consistir en la apuesta y compromiso de nuestra negociación colectiva por la conversión de contratos temporales en contratos para el fomento de la contratación indefinida. De esta forma, los compromisos de conversión que quedasen incorporados a nuestra negociación colectiva, podrían establecerse desde la perspectiva de género, repercutiendo positivamente en aquel sexo que cuente con menor tasa de estabilidad en el ámbito concreto de aplicación del convenio colectivo.

Por tanto, son muchas las posibilidades de desarrollo que a nuestros negociadores y negociadoras les brinda el tratamiento de la materia relativa a las modalidades contractuales desde la perspectiva de género.

¹² Art. 34 CC de Limpieza de Locales y Edificios de Jaén (*BOP* de 7 de diciembre de 2011); art. 20 CC Cruz Roja Española en Almería; art. 16 CC Radio Jaén, S.L. (*BOP* de 12 de julio de 2011); art. 22 CC Transporte de mercancías de Córdoba (*BOP* de 12 de julio de 2011); art. 16 CC Industrias de la Madera.

V. Contribución del tratamiento convencional del tiempo de trabajo a los objetivos de conciliación de la vida familiar y laboral

Por lo que respecta al tratamiento que el tiempo de trabajo recibe en nuestra negociación colectiva, es necesario poner de manifiesto, como ya hicimos en las páginas iniciales de este estudio, el creciente interés que esta materia venía mereciendo a nuestros negociadores y negociadoras, sobre todo a partir de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de mayo, dadas las importantes implicaciones que la misma vino a representar para el tratamiento convencional de esta materia.

En este sentido, es posible apreciar cómo por parte de nuestra negociación colectiva se ha venido produciendo progresivamente y de manera un tanto costosa, la adaptación de los permisos, reducciones de jornada y excedencias a los nuevos imperativos legales nacidos a partir de la aprobación de esta ley. Junto a ello, es de destacar también una creciente corriente negociadora que no solo se conforma ya con adaptar su regulación en esta materia a los requisitos legales, sino que vienen incluso a incorporar mejoras con respecto a la misma, consistentes en unos casos en la creación de nuevos permisos retribuidos que tratan de facilitar la atención del personal incluido en su ámbito de aplicación, a algunas necesidades derivadas del ámbito familiar que a día de hoy no encuentran adecuada respuesta por parte de nuestra legislación. Entre este tipo permisos convencionales que traen su causa en el ámbito de la conciliación de la vida familiar y laboral, podemos citar entre otros, los concedidos para el acompañamiento de hijos/a a consultas médicas, los concedidos en caso de enfermedades inmuno-infecciosas de hijos/as menores, o los reconocidos para asistencia a técnicas de inseminación artificial.

En otros casos, las mejoras respecto a la regulación legal consisten bien en una ampliación de los días de permiso retribuidos que reconoce el art. 37.3 Estatuto de los Trabajadores, ante determinados acontecimientos vinculados al ámbito familiar y personal, o bien en dispensar un tratamiento más protector a las situaciones de excedencias que tienen su origen en situaciones derivadas del ámbito familiar, tales como las reconocidas por cuidado de hijos/as y familiares, y las vinculadas a situaciones de violencia de género, extendiendo en estos casos, el derecho a la reserva del puesto de trabajo durante toda la vigencia de la situación de excedencia¹³.

En la actualidad, en cambio, y pese a mantenerse en determinados sectores de nuestra negociación colectiva, esta corriente favorable al tratamiento del

¹³ Otros convenios mejoran la regulación legal de estos derechos derivados del ámbito de la conciliación, al ampliar la edad del menor cuya situación motivará el derecho a reducir la jornada de trabajo, con la consiguiente reducción salarial proporcional a ésta. Así, art. 23.1 CC estatal para el sector de las agencias de viaje (*BOE* de 5 de octubre de 2009).

tiempo de trabajo dirigido a hacer compatible los objetivos de conciliación de la vida familiar y laboral para el personal incluido en su ámbito de aplicación, parece recobrar peso aquella corriente de signo contrario, que pretende silenciar el tratamiento de esta materia en sede de negociación colectiva, dedicando una muy escasa e incluso nula atención al tratamiento del tiempo de trabajo desde el punto de vista de la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, o bien remitiendo en bloque su regulación a la legalidad vigente en esta materia, perdiendo de esta forma el convenio colectivo el valor de servir de vehículo inmediato para el completo conocimiento de los derechos y obligaciones que integran el estatuto jurídico profesional del personal que se ve afectado por su regulación.

En este sentido, se observa una clara correspondencia entre los sectores más masculinizados y la escasa atención que en términos generales, vienen prestando sus convenios colectivos a la materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en general y más en concreto al tratamiento de los tiempos de trabajo desde este enfoque¹⁴.

Es más, el tratamiento convencional que esta materia recibe por parte de algunos de estos mismos sectores productivos, podríamos entender que responde a lo que podríamos denominar una «versión masculinizada» de la conciliación de la vida familiar y laboral, en cuanto que los avances que estos convenios registran en esta materia, van en muchos casos encaminados a conseguir días puntuales de permisos retribuidos por celebraciones familiares, tales como matrimonios de familiares, bautizos y ceremonias de Primera Comunión de hijos e hijas¹⁵, lo cual, creemos que responde a un enfoque equivocado y a un desconocimiento de lo que ha de ser una adecuada política de conciliación, capaz de hacer posible la atención permanente a las necesidades que se derivan de ambas facetas de la vida de los trabajadores y trabajadoras incluidos en su ámbito de regulación.

Por otra parte, también es posible apreciar una clara correspondencia entre aquellos convenios colectivos en cuya negociación han participado negociadoras y que suelen corresponderse con sectores de fuerte presencia femenina, y el creciente interés que estos convenios dedican a esta materia, y en general, a las cuestiones vinculadas con el ámbito de la igualdad por razón de género.

Este hecho puede también prestarse a otra lectura, y es aquella que incide en otro de los riesgos que pueden derivarse de un tratamiento poco adecuado por parte de nuestra negociación colectiva de la materia de conciliación y tiempos de

¹⁴ Este es el caso del CC nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, (BOE de 13 de octubre de 2011), el cual, en su art. 25 bis) resuelve el tratamiento de esta materia con una remisión en bloque a la legalidad vigente.

¹⁵ En estos casos además, es evidente el riesgo que el reconocimiento de estos días de permiso retribuido con motivo de celebraciones propias de la religión católica, conlleva a efectos de suponer una posible discriminación por motivos religiosos que afectaría al resto del personal incluido en su ámbito de aplicación y que profesa otro tipo de confesiones religiosas.

trabajo. En este sentido, se corre el riesgo de incidir aún más en el fuerte sesgo por razón de género que presenta el ejercicio de los derechos derivados de este ámbito de la conciliación, lo que acaba provocando que sea considerada como una materia dirigida preferentemente a las mujeres y que por tanto, sólo a éstas interesa su regulación. En esta línea se sitúan por ejemplo aquellos convenios que vinculan el ejercicio de los derechos de excedencia por cuidado de hijos, con las situaciones de maternidad, determinando el nacimiento de este periodo «después de la baja maternal»¹⁶, o dándole incluso denominaciones como «excedencia maternal»¹⁷ o «excedencia por maternidad», desconociendo con ello el carácter neutro con que nuestro E.T en su art. 46, dota a este derecho de excedencia, al serles reconocidos tanto a los padres como a las madres de hijos e hijas menores de tres años.

Por lo que respecta al tratamiento que nuestros convenios colectivos dedican a la materia relativa a las causas de suspensión de la relación laboral, que tienen su origen en ejercicios de derechos derivados del ámbito de la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, tales como la maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, lo cierto es que se trata ésta de una materia que sigue mereciendo a nuestros convenios una atención residual, puesto que en la mayoría de las ocasiones ni siquiera aparecen referencias a lo largo del articulado, estas causas de suspensión.

Otro de los aspectos relativos al tiempo de trabajo que presenta una importante vinculación con el ámbito particular de la conciliación de la vida laboral y familiar, y en general, con el ámbito del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, es el que hace referencia al tratamiento convencional que viene recibiendo el derecho a las vacaciones y las posibles incidencias que en su disfrute pueden ocasionar determinadas situaciones, en concreto, aquellas a que hace referencia el art. 38.3 E.T, como son las relativas a incapacidad temporal derivada del embarazo, parto, lactancia natural o maternidad. En este sentido, debemos poner de manifiesto que aún son una minoría los convenios colectivos que han incorporado a su articulado, la previsión que en su día introdujera en este precepto estatutario la LO 3/2007, relativa al derecho a disfrutar de estas vacaciones en fecha distinta a la prevista inicialmente, cuando las mismas coincidan con alguna de las situaciones mencionadas.

Tampoco es significativa la proporción de convenios colectivos que establecen la posibilidad de disfrutar del permiso de lactancia de manera acumulada, si bien, en este aspecto si se observa una tendencia creciente a incluir esta posibilidad en sede negocial. Mayor reproche merecen aquellos convenios colectivos

¹⁶ Art. 29.a) V CC estatal de gestorías administrativas (BOE de 20 de abril de 2011).

¹⁷ Esta es la denominación por la que opta el art. 67 del CC contratas ferroviarias (BOE de 13 de agosto de 2008).

sectoriales que aún en nuestros días, vinculan el ejercicio del permiso de lactancia únicamente a la madre trabajadora, obviando el derecho que también a los padres trabajadores les reconoce el 37.4 E.T, en orden a disfrutar de las correspondientes reducciones de jornada por motivo de lactancia de un hijo/a menor de nueve meses¹⁸.

En el caso de las situaciones derivadas de violencia de género y las necesarias implicaciones laborales que las mismas pueden llevar aparejadas, consistentes en adaptaciones de jornada y excedencias, basadas en la necesidad de dispensar una adecuada protección integral a la trabajadora víctima de estas situaciones, es necesario poner de manifiesto la escasa atención que nuestros convenios colectivos han venido dedicando desde su reconocimiento legal, a esta materia. Sin embargo, la misma parece haber llegado a un punto de inflexión en su tratamiento convencional, puesto que son ahora mucho más significativos el número de convenios, sobre todo los negociados en un ámbito sectorial y estatal, que se ocupan de proveer adecuadamente en su articulado, la necesaria protección que a estas mujeres debe serle otorgada desde el punto de vista laboral¹⁹. A pesar de este mayor interés que esta materia parece merecer actualmente a nuestra negociación colectiva, sigue resultando necesario exigir a nuestros negociadores y negociadoras un mayor compromiso y posicionamiento en esta materia, sobre todo a medida que descendemos a los ámbitos inferiores de negociación, donde siguen siendo muy poco significativas las respuestas negociales que encontramos frente a situaciones de violencia de género.

Para concluir podemos afirmar que resulta necesario sacar a la materia de conciliación de la vida familiar y laboral en general, y de modo particular la regulación del tiempo de trabajo que se realiza desde este enfoque, de la visión reducida que ha venido manteniendo en ocasiones nuestra negociación colectiva, y ello se conseguirá dispensándole un tratamiento adecuado, tanto en sectores que presentan un alto índice de empleo femenino, como en aquellos otros en los que la presencia de mujeres es sensiblemente inferior a la de los hombres. El reto que les corresponde ahora asumir a nuestros negociadores y negociadoras es hacer atractivo el ejercicio de estos derechos a aquel colectivo que precisamente presenta un déficit en este ejercicio, como es el colectivo de trabajadores varones, haciendo posible que los hombres se impliquen cada vez más en las labores de cuidado que tradicionalmente han venido asumiendo las mujeres en solitario.

¹⁸ Art. 25.2 CC nacional de empresas de ingeniería y estudios técnicos (*BOE* de 13 de octubre de 2011); Disposición Adic. 7.º CC estatal de industrias lácteas y sus derivados (*BOE* de 22 de enero de 2009).

¹⁹ De esta línea en cambio consiguen apartarse algunos convenios al reconoce en su articulado la especial protección de estas situaciones, tales como el CC de contratas Ferroviarias en su art. 68 (*BOE* de 13 de agosto de 2008); art. 23.2 CC estatal del sector de agencias de viajes (*BOE* de 5 de octubre de 2009); art. 48 V CC estatal de gestorías administrativas (*BOE* de 20 de abril de 2011).

VI. Tratamiento convencional del salario y la retribución desde un enfoque de género

Es la regulación de los aspectos retributivos la materia que en la actualidad está recobrando, si es que en algún momento llegó a perderlo totalmente, el protagonismo y el mayor interés de nuestra negociación colectiva, sobre todo como consecuencia de la crisis económica y financiera que vivimos en España.

Antes de abordar incluso el tratamiento que recibe esta materia desde el enfoque de género, debemos ser conscientes que no toda desigualdad retributiva entre mujeres y hombres será susceptible de ser considerada como discriminación. Así, es posible atender a la concurrencia de una serie de razones objetivas que pueden justificar las diferencias salariales, como pueden ser la clase de ocupación que suelen realizar unos y otra, el perfil profesional, el tipo de jornada, la modalidad contractual, entre otras.

Pero junto a ellas, también encontramos la concurrencia de circunstancias que carecen de justificación y cuya persistencia en nuestros días obedece únicamente a la vigencia de prejuicios sociales, de los que se hace derivar un tratamiento injusto y excluyente para las mujeres, sin que el mismo encuentre fundamento en hechos objetivos.

Esta realidad es como decimos tan evidente y persistente que incluso se ha acuñado el término «brecha salarial por género» para designar al indicador que mide la diferencia relativa entre la ganancia media bruta por hora de trabajo que obtienen las mujeres y la que obtienen los hombres, considerando la economía en su conjunto. Esta brecha a su vez, extiende sus efectos no sólo en el momento de la percepción del salario, sino que llega a condicionar las propias diferencias entre los ingresos que percibirán unas y otros a lo largo de toda la carrera laboral, el menor nivel de protección social con el que contarán las mujeres frente a los hombres, y las menores pensiones de jubilación a las que éstas tendrán acceso, llegado el momento de su percepción.

Esta situación por otra parte, no es algo privativo de nuestro contexto nacional, sino que resulta igualmente constatable con mayor o menor intensidad, en las condiciones en que el conjunto de mujeres europeas desarrollan su actividad laboral. Ello arroja como resultado que como media, una mujer en Europa, realizando un trabajo de igual valor que un hombre, tenga que trabajar 418 días, para igualar la misma cantidad que el hombre percibe durante un año.

En el caso concreto de España, esta brecha salarial por género se sitúa en el 18%, calculada sobre el salario bruto por hora, lo que nos posiciona en torno a la media europea, junto a países como Hungría, Dinamarca, Irlanda, Suecia, Lituania y Finlandia. Dicho en otras palabras, las trabajadoras en España ganan como media un 81,9% de lo que ganan sus compañeros varones, por lo que su

participación en los salarios totales generados en la economía, es inferior a la aportación que éstas realizan en el empleo total.

En este sentido, las mayores diferencias se registran en la remuneración de las horas extraordinarias, percibiendo los hombres por su realización casi un 69% más que en el caso de las mujeres. La segunda mayor brecha se registra en los pagos en especie, seguida de las pagas en beneficios o incentivos, puesto que ambas representan más del 45% de la brecha salarial total²⁰.

Como podemos apreciar, se trata de prestaciones cuyo reconocimiento va acompañada en la práctica de un alto grado de subjetividad, y que se concentran sobre todo en los puestos de trabajo de mayor responsabilidad. En este sentido, la tendencia que se observa es que cuantas más son las características consideradas para la determinación de la retribución, tales como antigüedad, edad, nivel de estudios, tamaño de la empresa, nivel ocupacional, carácter indefinido de la contratación, etc. la brecha salarial por razón de género en lugar de reducirse aumenta, debido al efecto combinado de todas ellas²¹.

Por sectores, las diferencias salariales entre mujeres y hombres se registran en todas las actividades, aunque las mayores divergencias se registran en actividades de carácter científico, técnico y de carácter profesional.

Pese a su persistencia, la evolución que registra esta brecha salarial por razón de género, hay que decir que en los últimos años ha experimentado un descenso, si bien esta reducción no se presenta por igual en todos los países de la Unión Europea y en el caso de España, tampoco en todas las Comunidades autónomas. También es cierto que este descenso está registrando un ritmo cada vez más lento. Este hecho obedece a que a medida que factores objetivos como el nivel de estudios, la edad, la experiencia laboral, han ido haciéndose similares para hombres y mujeres a la hora de participar en el mercado de trabajo, la persistencia de la brecha salarial por razón de género sólo encuentra justificación cada vez más en la persistencia de prejuicios sociales.

El actual contexto de crisis económica financiera y las consecuencias que la misma está teniendo sobre el mercado de trabajo español, están también desplegando sus efectos en este ámbito. Así, parte de la reducción de la brecha salarial experimentada en nuestro país, encuentra su explicación no tanto en una

²⁰ Encuesta Anual de Estructura Salarial.

²¹ Precisamente las diferencias salariales que afectan a mujeres que desempeñan puestos de alta cualificación ha sido objeto de estudio específico en el que se destaca que si bien este sector presenta una presencia equilibrada por razón de sexo, en el que las mujeres representan el 43% de los puestos y los hombres el 57% restante, sin embargo la brecha salarial en este sector se situada en el 31,8%, muy por encima por tanto, de la media española. Martínez Martín M.ªI. (dir.), *Trayectorias laborales de las mujeres que ocupan puestos de alta cualificación*. Secretaría de Estado para la Igualdad. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Madrid, 2011.

mejora convencional de las condiciones laborales y salariales de las trabajadoras como sería deseable, sino que más bien obedece al empeoramiento de las condiciones económicas de los trabajadores que esta crisis ha traído consigo, lo que acaba provocando que los parámetros de medición se acerquen unos a otros, reduciendo con ello las diferencias en cuanto a las percepciones que cobran trabajadores y trabajadoras por un trabajo de igual valor.

En este sentido, las regulaciones que en esta materia salarial contiene nuestra negociación colectiva no suelen incurrir de forma directa en el establecimiento de criterios discriminatorios para la determinación del salario basados en el sexo. No obstante, en ocasiones sí encontramos determinadas cláusulas que indirectamente pueden dar lugar a estos mismos tratamientos discriminatorios. Así ocurre en los casos en que se establecen pluses o complementos salariales específicos, vinculados a especiales condiciones de trabajo, como son las relativas a esfuerzo, penosidad, disponibilidad, responsabilidad, condiciones todas ellas que tradicionalmente han estado vinculadas a actividades u ocupaciones masculinizadas, por lo que el reconocimiento de estos pluses viene a beneficiar en una mayor proporción, a los trabajadores varones incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo en cuestión²².

Otro elemento de desigualdad y discriminación indirecta se aprecia en la regulación que determinados convenios hacen del «plus de asistencia» o del llamado «complemento de absentismo», cuyo reconocimiento se vincula al hecho de que el trabajador o trabajadora no haya incurrido en ninguna falta de asistencia al trabajo «por cualquier causa»²³, sin que de las mismas, aparezcan exceptuadas aquellas faltas de asistencia que puedan estar ocasionadas por el ejercicio de derechos derivados del ámbito de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, o bien la exclusión que contiene el convenio colectivo en tal sentido no sea completa, ya que en ocasiones, los convenios se limitan a excluir de este cómputo aquellas ausencias motivadas por situaciones de accidente, dejando fuera otro tipo de situaciones que puedan estar vinculadas al sexo, tales como las ausencias motivadas por situaciones de maternidad o riesgo durante el embarazo, o durante la lactancia, o bien otras vinculadas con el ejercicio de los derechos derivados del ámbito de la conciliación, como pueden ser las situaciones de paternidad²⁴. De esta forma, este tipo de incentivo económico acaba convirtiéndose en la práctica en un desincentivo para el ejercicio efectivo de estos derechos

²² El art. 28 CC industria de la Madera, al regular los criterios para la determinación de incentivos por el trabajo, hace referencia al esfuerzo físico, la dureza del trabajo, etc. características éstas que tradicionalmente se han venido atribuyendo a trabajos masculinizados.

²³ Art. 40 CC Lavanderías Industriales de Sevilla; art. 14 CC Club Náutico de Sevilla (*BOP* de 21 de octubre de 2011); art. 12 CC Hoteles Arrendados; art. 15 CC Transportes Urbanos de Huelva (*BOP* de 2 de agosto de 2011); arts. 32 y 36 CC Mercasevilla; art. 13 CC Cruz Roja Española en Almería (*BOP* de 16 de septiembre de 2011).

²⁴ Art. 15 CC Transportes urbanos de Huelva; art. 28 CC Industria Química.

reconocidos legalmente a los trabajadores y trabajadoras. A ello además hay que unir el hecho de que en la práctica, las ausencias al trabajo motivadas por causas que tienen su origen en el ámbito de la conciliación, siguen recayendo en la mayor parte de las ocasiones sobre las mujeres, con los consiguientes efectos perversos que este tipo de incentivos económicos conllevan para aquellas trabajadoras que ejercitan estos derechos.

Valoración positiva merece por el contrario, el reconocimiento que algunos convenios colectivos realizan del «complemento salarial personal» con el cual tratan de compensar en parte, la pérdida de salario sufrida por los trabajadores y trabajadoras que ejerciten su derecho a la reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares en el ámbito de aplicación del convenio colectivo²⁵.

En esta misma línea de tratamiento económico diferenciado encontramos el denominado complemento «de dedicación plena» o figuras similares, tales como «gratificaciones para incentivar el celo en el trabajo», que aparecen en algunos de nuestros convenios colectivos y con las que se trata de retribuir la realización de jornadas superiores a las fijadas en el mismo con alcance general. Evidentemente se trata de complementos que suponen una clara injerencia en el ámbito familiar y personal y que en la práctica pueden introducir un factor de desigualdad en el tratamiento económico dispensado a trabajadores y trabajadoras, puesto que estas últimas estarán en peores condiciones para acceder al reconocimiento de este complemento, por las mayores responsabilidades que con carácter general, deben asumir derivadas de su ámbito familiar. Además, estos complementos o gratificaciones no quedan sujetos en ocasiones a ningún criterio de determinación previamente fijado en el propio convenio colectivo que lo establece, por lo que su reconocimiento resulta en la práctica totalmente discrecional por parte de la empresa, con la consiguiente posibilidad de que se originen situaciones discriminatorias y totalmente arbitrarias en cuanto a su reconocimiento y posterior percepción²⁶.

También en esta línea de tratamiento diferenciado de la materia salarial en función del sexo, debemos denunciar la existencia de algunas expresiones de nuestra negociación colectiva en las que todas las categorías profesionales que componen su clasificación profesional, tienen su retribución compuesta de salario base más complementos personales, excepto la única categoría feminizada que aparece en esa clasificación profesional, formulada como «limpiadora», a la cual, sólo se le reconoce salario base, o bien en otros casos, tienen fijada su retribución por cada hora de trabajo²⁷.

²⁵ Art. 53.d) CC Aqualia Gestión Integral del Agua S.A., para los centros de trabajo de Almería capital (*BOP* de 12 de enero de 2012).

²⁶ Art. 35.d) CC de la Empresa Aguas de Huesna (*BOP* de 9 de marzo de 2011).

²⁷ Vid. Tabla Salarial CC Automoción de Huelva (*BOP* de 1 de diciembre de 2011).

Por lo que respecta al tratamiento que los derechos sociales y asistenciales reciben en negociación colectiva, en términos generales podemos afirmar que suelen establecerse con un alcance general para el grueso de la plantilla afectada por dicho convenio. No obstante, todavía es posible apreciar convenios colectivos que restringen el acceso a estas ayudas al personal vinculado con contratos indefinidos o a aquellos que cuenten con determinada antigüedad en la empresa²⁸, exigencias estas que acaban provocando un impacto negativo desde el punto de vista del análisis de género, puesto que son las mujeres en una amplia proporción las que se verán afectadas por situaciones de temporalidad en estos ámbitos, restringiéndose con ello su acceso a este tipo de prestaciones sociales y de carácter asistencial acordadas en sede convencional.

En cambio merece una valoración positiva aquellos convenios colectivos que llevan a la práctica el tratamiento de esta materia desde un enfoque adecuado de género, mediante el reconocimiento de complementos de este carácter a las trabajadoras que se vean afectadas por situaciones de riesgo durante el embarazo, durante la lactancia natural o por maternidad, evitando de este modo, la minoración de sus percepciones económicas²⁹.

VII. Tratamiento de la prevención de riesgos laborales desde la perspectiva de género

En materia de seguridad y salud laboral nuestra negociación colectiva adolece con carácter general, de un importante déficit en la adecuada implementación de la perspectiva de género. La misma no está presente como regla general, ni en la evaluación de riesgo a los que se pueden quedar expuestos los trabajadores y trabajadoras en el desarrollo de su actividad laboral, y como consecuencia de ello, tampoco lo estará en el posterior plan de prevención que habrá de implementarse en la empresa para evitar esta exposición al riesgo. Ello conduce como consecuencia a que en los convenios colectivos no quede claramente identificados los riesgos específicos a que las personas puedan quedar expuestas en el transcurso de su relación laboral, tanto más necesarias cuando se trata de situaciones que se consideran merecedoras de una especial protección, como son casos de trabajadoras embarazadas o en situaciones de lactancia natural y, consecuentemente, tampoco se articulan las medidas de

²⁸ Esto resulta especialmente palpable en el caso del acceso a planes de pensiones, a seguros colectivos de vida y de anticipos de nómina.

²⁹ Ésta es la línea seguida por aquellos convenios que reconocen la Cantidad equivalente al 100% de la Base Reguladora del Salario de la trabajadora que se vea afectada por situaciones de riesgo durante el embarazo. Anexo III CC estatal para las empresas de publicidad (*BOE* de 24 de febrero de 2010).

protección adecuadas frente a estas situaciones de riesgo que pueden afectarles de manera particular, bien sea por las propias circunstancias físicas en las que se encuentran, o bien por su presencia mayoritaria en determinados sectores u ocupaciones.

El único ámbito en el que, si bien no de manera generalizada, algunos convenios incluyen un tratamiento específico de los riesgos que afectan a las trabajadoras en el transcurso de la relación laboral es el de la salud reproductiva³⁰. El tratamiento de las situaciones de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia, aunque este último es obviado en ocasiones, es abordado por nuestros convenios colectivos en la mayoría de los casos, limitándose bien a reproducir la regulación legal o bien remitiendo directamente a la normativa vigente.

En ocasiones, los negociadores y negociadoras atribuyen de manera expresa al Comité de Seguridad e Higiene el estudio sobre si el trabajo desempeñado por la trabajadora embarazada puede afectar a su estado y la posibilidad de que pueda ser adscrita a otro puesto, cuando se constate la existencia de peligrosidad, contagio o penosidad derivada del puesto que desempeña. En este sentido, es posible encontrar expresiones de nuestra negociación colectiva que limitan el derecho de estas trabajadoras a cambiar a otro puesto de trabajo exento de riesgos, sólo a partir del cuarto³¹, o quinto³² mes de gestación, lo cual resulta totalmente contrario con el deber de protección de la trabajadora embarazada y del feto, que se hacer derivar para el empresariado del art. 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

En este mismo sentido, resulta necesario denunciar la persistencia aún en nuestros días de prohibiciones convencionales para la «utilización de trabajo femenino» en determinadas actividades, bajo el pretexto de contribuir a la protección de las mujeres trabajadoras, prohibiciones que resultan totalmente contrarias al derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, formulado en el art. 14 de nuestra Constitución, y que encuentran su razón de ser en un concepto erróneo y paternalista de la protección de la mujer, como sujeto débil e incapaz, que mantienen los negociadores en estos ámbitos³³.

Sólo en algún caso excepcional encontramos convenios que mejoran la regulación legal en esta materia, al contemplar el compromiso de la empresa de procurar el cambio de servicio donde no se requiera un excesivo esfuerzo físico

³⁰ Art. 64 CC Contratas ferroviarias contiene un protocolo de protección de las situaciones de embarazo.

³¹ Art. 41 CC Ayuntamiento de Torredelcampo (Jaén) (*BOP* de 17 de agosto de 2011).

³² Art. 30 CC de Industria Hotelera de Huelva (*BOP* de 23 de septiembre de 2011).

³³ Art. 16 CC para el sector de Conservas y Salazones de la Provincia de Huelva (*BOP* de 9 de mayo de 2011).

para la seguridad, tanto de la madre como del feto, así como la posibilidad de excluir a la mujer embarazada del turno de noche o de la realización del sistema de trabajo a turnos³⁴, a petición de la trabajadora y sin que esa posibilidad aparezca vinculada a la constatación de riesgo para el embarazo o la lactancia.

Dentro de este bloque relativo a la política preventiva de riesgos laborales que trazan nuestros convenios colectivos, conviene referirse también al tratamiento que nuestra negociación viene prestando a las situaciones de acoso tanto sexual, como por razón de sexo.

En este sentido, lo primero que llama la atención es que sigue siendo minoritario el número de convenios colectivos que prestan atención directa a estas situaciones, quizás inspirados en la ingenua creencia de que silenciando estas conductas logran desterrarlas de su ámbito de aplicación.

En otras ocasiones, lo más que hacen los convenios es limitarse simplemente a incluir dentro del régimen sancionador «el abuso de autoridad por quien ejerce funciones de mando, las faltas de respeto muy graves hacia los compañeros (terceros o público) de contenido sexista, racista y xenófobo» o «los malos tratos y excesos de palabra y obra a jefes y/o compañeros/as», conductas éstas en las que podrían integrarse las situaciones de acoso, pero que tratan de omitir cualquier referencia expresa a las mismas.

Así pues, pese a las previsiones que en esta materia contiene la LO 3/2007 de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la atención que a la misma dedican nuestros negociadores y negociadoras dista aún mucho de ser generalizada y siguen siendo puntuales las ocasiones en que algún convenio colectivo incluye un protocolo, medidas específicas o buenas prácticas frente al acoso³⁵. En ocasiones a lo más que llegan es a incorporar en el articulado convencional, una definición de las citadas conductas, principalmente en el caso del acoso sexual, aunque esas definiciones a veces son incompletas, aludiendo exclusivamente a la exigencia del carácter no deseado por quien las recibe y a la creación de «un entorno laboral ofensivo, hostil, intimidatorio o humillante».

En correspondencia con este limitado tratamiento que las indeseables conductas de acoso sexual y acoso por razón de sexo reciben en sede convencional, en el régimen disciplinario que incorporan nuestros convenios, es minoritaria la tipificación de infracciones que podemos encontrar de éstas. Cuando sí aparecen tipificadas, suelen merecer a nuestros negociadores la calificación de fal-

³⁴ Art. 58 CC estatal para las empresas de publicidad (*BOE* de 24 de febrero de 2010).

³⁵ En este sentido destacan por el adecuado tratamiento que brindan a esta materia, Convenios colectivos como el de la Empresa Mercasevilla (Anexo II) donde incorpora un protocolo de actuación frente a situaciones de acoso tanto moral como sexual; CC Limpieza de Locales de Sevilla (*BOJA*); art. 71 CC de las empresas de Transporte por carretera de Almería (*BOP* de 4 de julio de 2011).

tas graves o muy graves, según las circunstancias concurrentes en cada caso, imponiéndole sanciones que oscilan entre la suspensión de empleo y sueldo, hasta llegar al posible despido de la persona que ejerce el acoso. Para ello, suele considerarse una agravante el hecho de que el acoso sexual sea realizado prevaliéndose de una posición jerárquica.

VIII. Tratamiento de la formación profesional desde un enfoque —prepositivo— de género

Para concluir el análisis desde un enfoque de género, de las distintas materias que aborda nuestra negociación colectiva, le tocaría el turno ahora a la materia relativa a la formación profesional. El abordar el tratamiento de esta materia en un trabajo de estas características, persigue un objetivo que podríamos denominar prepositivo, es decir, se tratar de abordar la materia de formación profesional, no ya desde el limitado tratamiento que hoy está recibiendo por parte de nuestra negociación colectiva desde un enfoque de género, sino tratando de resaltar el amplio potencial que la misma presenta desde este enfoque de género, a tenor de la creciente importancia que esta materia está llamada a desarrollar en los próximos años.

En este sentido, son muchas las posibilidades de actuación que nuestros negociadores y negociadoras pueden desarrollar en este ámbito, incorporando por ejemplo, previsiones que vayan dirigidas a ofrecer un tratamiento preferente en el acceso a esta formación profesional a aquellos colectivos de trabajadores y trabajadoras que se enfrentan a peores condiciones de empleo, dentro del ámbito específico de aplicación del convenio colectivo, como pueden ser el personal vinculado con contratos de carácter temporal, con contratos a tiempo parcial, aquellos que se enfrenten a un mayor riesgo de perder su empleo, personal de mayor edad y escasa cualificación, mujeres y personas con discapacidad³⁶.

Otra posible vía para la incorporación del enfoque de género para el tratamiento convencional que se realice de esta materia, podría consistir en diseñar una formación profesional específicamente dirigida a propiciar el desarrollo de la carrera profesional de las mujeres, facilitando su ascenso a través de las distintas categorías profesionales y garantizando las condiciones adecuadas para que puedan tener las mismas oportunidades para acceder a aquellos niveles su-

³⁶ En este sentido podemos mencionar el art. 81 CC de Transporte de mercancías por carretera de la provincia de Almería donde se prevé la posibilidad de establecer acciones positivas para el acceso a la formación a favor de determinados colectivos, entre ellos, mujeres y víctimas de violencia de género.

periores de la clasificación profesional, en los que existe una baja presencia femenina.

Asimismo, sería conveniente que en el tratamiento convencional que viene recibiendo esta materia, sea tomada en cuenta la necesidad por parte del personal afectado por el convenio colectivo, de atender las responsabilidades derivadas de su ámbito familiar, para hacerlas compatibles con su formación profesional. Para ello, podrían establecerse preferencias para la elección de horarios a favor de las personas destinatarias de esta formación profesional que tengan a su cargo hijos/as menores o familiares dependientes.

LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL EMPLEO COMO VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA Y SU PREVENCIÓN. LA FUNCIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES

TERESA PÉREZ DEL RÍO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

ABSTRACT

■ *La violencia de género en el empleo en sus dos manifestaciones, el acoso sexual y el sexista, constituyen fenómenos complejos cuya aprehensión completa en términos jurídicos presenta una grave dificultad. Desde el punto de vista de cómo acometer y evitar esta lacra, la normativa de prevención de riesgos laborales es aplicable con carácter general a estos fenómenos, de tal manera que el empresario está obligado a establecer medidas preventivas frente a la violencia de género. En consecuencia, a lo largo de las siguientes páginas se va a estudiar la prevención de esta tipología de violencia laboral y muy particularmente a través del papel que en este sentido deben jugar los interlocutores sociales.*

Palabras clave: Violencia de Género, Acoso sexual, Acoso sexista, Salud laboral, prevención de riesgos, protocolos.

■ *Genero-indarkeriaren bi adierazpenak, sexu-jazarpena eta jazarpen sexista, fenomeno konplexuak dira, eta oso zaila da haiek termino juridikoetan erabat atzematea. Gaitz horri aurre egiteko eta hura ekiditeko moduari dagokionez, laneko arriskuak prebenitzeko araudia modu orokorrean aplikatu dakieke halako fenome-*

noei; beraz, enpresaburuek nahitaez ezarri behar dituzte genero-indarkeriari aurre hartzeko neurriak. Ondorioz, hurrengo orrialdeetan, laneko indarkeria mota horren prebentzioa aztertuko dugu, eta arreta berezia eskainiko diogu lan-munduko ordezkariak bete beharreko eginkizunari.

Gako-hitzak: genero-indarkeria, sexu-jazarpena, jazarpen sexista, laneko osasuna, arriskuen prebentzioa, protokoloak.

■ *Gender-based violence in its two manifestations —sexual harassment and sexism— constitute complex phenomena whose complete understanding in legal terms encounters a major difficulty. From the point of view of how to commit and avoid this blot on society, regulations governing risks at work are generally applicable to these phenomena to the extent that the businessperson is duty bound to establish preventive measures against gender-based violence. Consequently, the prevention of this type of violence at work is going to be studied over the following pages, in particular via the role that needs to be played in this respect by social interlocutors.*

Key words: gender-based violence, sexual harassment, sexism health at work, prevention of risks, protocols.

1. Introducción: La violencia de género como violación del derecho a la salud laboral

La violencia de género en el empleo en sus dos manifestaciones, el acoso sexual y el sexista, constituyen fenómenos complejos cuya aprehensión completa en términos jurídicos presenta una grave dificultad¹. Ha de tenerse en consideración, en primer lugar, que constituye una conducta pluriofensiva, susceptible de violar al tiempo diversos derechos constitucionales de carácter fundamental (igualdad, no discriminación, dignidad, intimidad, integridad física y moral), puede tener diversos sujetos tanto activos como pasivos (empresario/a, superiores jerárquicos, compañeros/as, incluso clientes o proveedores), se manifiesta en varios subtipos (descendente, ascendente, horizontal, chantaje sexual, acoso ambiental sexual y acoso sexista). Precisamente en base a esta complejidad se ha señalado de forma reiterada la necesidad de que el legislador realice el esfuerzo de crear normas suficientemente adecuadas para su tipificación, prevención y sanción, ya que de una adecuada plasmación jurídica dependerá la comprensión y el conocimiento de sus derechos por parte de sus titulares, es decir, el reconocimiento de su situación por parte de las víctimas, sus posibilidades de defensa y la sanción adecuada a sus infractores.

Los intentos de juridificar el acoso, prevenirlo y sancionarlo, son numerosos en el ámbito de la Unión Europea. Por lo que se refiere al acoso sexual, a partir de 1986, año en el que se reconoció relevancia comunitaria al tema y se realizó un estudio sobre su incidencia real y las posibilidades de actuación comunitaria, han sido adoptadas la Resolución del Consejo CEE de 29-5-1990, la Declaración del Consejo CEE de 19-12-1991, siendo la norma mas conocida, completa y útil hasta el momento, a pesar de carecer de efecto jurídico vinculante, la Recomendación del Consejo CEE de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo y el Código de Conducta para combatir el acoso sexual que la acompaña. Respecto del acoso sexista, la preocupación comunitaria es posterior. Se podría decir que la primera referencia a este tipo de acoso se contiene en la Resolución del Parlamento Europeo 2001 de 20/09 sobre el acoso moral en el lugar de trabajo.

¹ Pérez del Río, T. (2009). Ibañez González, M., Lezaun Barreras, Z., Serrano Argüeso, M.; Tomás Martínez (2007). Vallejo Dacosta, R. (2007), pp. 15 y ss. Vicente Pachés, F. (2007), pp. 63 y ss.

Tras algún tiempo de debates con los interlocutores sociales europeos (UNICE, CEP y CES), se optó por incluir los conceptos de *acoso sexual y por razón de sexo* en la D/2002/73/CEE de 23 de septiembre, de modificación de la D/76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. Posteriormente la D/76/207/CEE en su reforma por la 2002/73 se ha refundido en la D/2006/54/CEE.

En el número 6 de la Exposición de Motivos y fundamentos de la Directiva 2006/54 se señala: «*El acoso y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y constituyen discriminación por razón de sexo a efectos de la presente Directiva. Dichas formas de discriminación se producen no solo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto del acceso al empleo a la formación profesional y a la promoción. Por tanto se deben prohibir y estas formas de discriminación y deben estar sujetas a sanciones efectivas proporcionales y disuasorias*»

La nueva Directiva define el acoso por razón de sexo en su art. 2.1.c 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 su dignidad y de crearle un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*».

En el art. 2.1.d se señala que constituye acoso sexual en el trabajo «*...aquella situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado, de índole sexual, con el propósito o el efecto atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*».

En el mismo precepto párrafo 2.a) se establece que «*A efectos de la presente Directiva el concepto de discriminación incluiráEl acoso y el acoso sexual así como cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por una persona o su sumisión al mismo*»

Conviene añadir que el Código de Conducta para combatir el acoso sexual en el trabajo, anexo a la Recomendación de la Comisión de la CE de 27 de noviembre de 1991, resulta perfectamente compatible con el contenido de la Directiva 2006/54/CE, y por tanto sigue vigente cumpliendo una función de concreción y desarrollo, así como de fuente interpretativa de la misma. De otro lado, como podremos demostrar, la inmensa mayoría de las medidas sugeridas en esta norma para la prevención del acoso sexual, serían también adecuadas para la del acoso sexista.

El hecho de que la violencia de género en sus dos manifestaciones se considere normativamente como una actuación discriminatoria y se regule en la Directiva D/2006/54/CE, no significa que para el legislador comunitario el acoso viole exclusivamente el derecho a la igualdad; del concepto comunitariamente

plasmado se puede deducir que la violencia de género en el trabajo se considera una actuación pluriofensiva, que viola al tiempo varios derechos fundamentales, clara y explícitamente el derecho a la *dignidad* ya que califica la conducta acosadora como *ofensiva*, también de forma indirecta el *derecho a la salud a la integridad física y psíquica en el trabajo*, en tanto se señala que crea *un entorno laboral intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo* para la persona que es objeto de la misma.

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico interno, nuestra Constitución consagra en su art. 15 el derecho a la vida y a la integridad física y moral y el art. 40.2 señala que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo. El desarrollo normativo de los derechos constitucionalmente reconocidos se realiza en nuestro ordenamiento jurídico mediante el art. 4.2.d) ET que reconoce el derecho de todo trabajador a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene, por el art. 19 ET según el cual, los trabajadores tendrán derecho a una protección eficaz en esta materia, y por el texto refundido de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, que no contiene normas específicas relativas al acoso pero según reitera la doctrina laboralista resulta incontestable que la prevención del acoso entra de lleno en la obligación de protección del empresario como riesgo susceptible de provocar daño en la salud de los trabajadores. Al igual que ocurre con el acoso sexual y sexista, el tratamiento en óptica preventiva del acoso moral es esencial y de hecho muchos de los países que han tratado el tema en sus ordenamientos jurídicos, lo han hecho desde esta óptica.

Ante la carencia de normas específicas en la LPRL, los criterios a tomar en cuenta son los generales frente a cualquier tipo de conducta de cualquier naturaleza que puede crear un riesgo para el trabajador o trabajadora en el ámbito de la empresa, constituyendo lo previsto en los arts. 14 y 15 de la LPRL cobertura suficiente desde la perspectiva legal para entender existente la obligación empresarial de adoptar medidas organizativas suficientes y eficaces para prevenir el acoso en los lugares de trabajo enmarcados en su ámbito de organización y dirección.

El art. 14.1 de la LPRL establece: *«Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio...»*.

En su n.º 2 modificado por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, señala: *«En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la pre-*

vención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores...».

La obligación de prevención y seguridad establecida en LPRL, consecuencia de la transposición a nuestra normativa interna de la D/89/391/CEE marco comunitario en la materia, es muy exigente; cuando se señala que el empleador debe adoptar «*cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud*» esta obligándole a adoptar no solo las previstas ya en los textos legales sino cualquier otra posible, razonable y necesaria para evitar y prevenir cualquier situación de riesgo, de tal forma que la ausencia de una normativa específica que aborde el riesgo de acoso, ofreciendo pautas concretas de detección, prevención y tratamiento, no exonera en absoluto de responsabilidad al empresario en razón del carácter genérico de su deuda de seguridad establecida normativamente y que por consiguiente será exigible ante los tribunales. Esta responsabilidad existirá tanto si es él mismo o son sus representantes los sujetos activos del acoso (acoso descendente), como si lo son compañeros no ligados mediante relación de superioridad jerárquica con la víctima (acoso horizontal) siempre que no haya adoptado las medidas preventivas suficientes y eficaces para prevenirlo y erradicarlo.

En este sentido insisten tanto la jurisprudencia en materia de prevención de nuestro Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo. En S 62/2007, de 27 de marzo, en la línea de vincular el deber de protección a los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional hace derivar la obligación de evaluar y prevenir los riesgos relacionados con el género, del propio art. 15 CE. Señala que «*en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados que reclaman una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional en estas materias, toda vez que la Constitución reconoce derechos fundamentales como la vida y la integridad física, lo mismo que el derecho a la salud (art. 43) y ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2)*» añade que «*...la lectura de diversos artículos de la Ley 31/1995...permite conocer la prevención legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esta tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos, de los consagrados en el art. 15 CE...*» y finalmente establece que «*... esa normativa protectora que la LPRL representa es desarrollo de la tutela propia del derecho fundamental a la integridad física de la trabajadora...*» derivada del art. 15 CE.

Mas concretamente relacionado con la evaluación y prevención de la violencia de género en el trabajo, el Tribunal Supremo en S. 20-9-2007 (N.º Recurso 3326/2006) afirma tajantemente la obligación de prevención de este tipo de riesgo laboral, que hace derivar del art. 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Señala el TS que la parte demanda «*...omitió la debida evalua-*

ción de riesgos y la correlativa implantación de medios para proteger a la trabajadora. Con ello resulta claro que la empresa incumplió el deber de seguridad que le impone el art. 14.2 LPRL y desconoció algunas específicas obligaciones de la propia normativa... Esa pasividad o escasa diligencia empresarial vulneró, no solo el derecho de naturaleza laboral ordinaria a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene (art. 4.2.d) ET) y a una protección eficaz en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo (arts. 19 ET y 14.1 LPRL) sino también, lo que resulta decisivo a los efectos que tratamos, su fundamental derecho a la vida e integridad física (art. 15 CE) y a la salud (art. 43 CE) que no han sido salvaguardados por el empresario, cuya diligencia como deudor de seguridad... para amplio sector doctrinal no se agota con el cumplimiento de las prevenciones legales en la materia, sino que requiere la prueba cumplida de la diligencia necesaria para evitar el resultado dañoso...». Sigue señalando el TS que resulta incuestionable que esa infracción al deber de protección que incumbe a la empresa y del derecho a la integridad que corresponde a la trabajadora, han producido un acreditado daño psicológico, determinante de una situación de Incapacidad Temporal.

En la contemplación de la violencia de género en óptica de salud laboral, incide forma terminante la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva entre mujeres y hombres que trata en diversos preceptos y desde diversas ópticas el tema de la violencia de género en el trabajo. Se podría afirmar que es uno de sus temas recurrentes en materia social.

En primer lugar, establece una definición jurídica de ambos conceptos en el art. 7 «Acoso sexual y acoso por razón de sexo» en los siguientes términos:

1. Constituye acoso sexual 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.
2. Constituye acoso por razón de sexo 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.
3. Se considerarán, en todo caso, discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.
4. 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.

La Ley Orgánica 3/2007 modifica la óptica en la que el Estatuto de los Trabajadores había venido enfocando la violencia de género, preferentemente como vulneración del derecho a la dignidad (cierto que este es base del de igualdad) y la intimidad; en la LOIEMH tanto el acoso sexual como el acoso por razón de

género se califican expresamente como actuaciones discriminatorias, con todas las repercusiones de esta calificación en materia de procedimientos jurisdiccionales de tutela mucho más desarrollados y adecuados en este caso que el de violación de la dignidad. El tratamiento de la violencia de género en el trabajo en óptica preventiva, es decir, desde la salud laboral, se puede observar en diversos preceptos.

En su art. 27 que se refiere a la integración del principio de igualdad en las políticas de salud, se establece entre las actuaciones a realizar por las Administraciones Públicas a través de sus Servicios de Salud *«La consideración dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral del acoso sexual y del acoso por razón de sexo»*.

En su Disposición Adicional Octava por la que se introducen una serie de reformas en la Ley General de Sanidad, se modifica el art. 18 de dicha Ley introduciendo un nuevo apartado que señala como objetivo de la política de salud *«9. La protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo»*.

Esta óptica se manifiesta esencialmente en su art. 48 que señala: *«1. Las empresas 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 para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esa 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. 2. Los representantes de los trabajadores 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 las empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos»*.

En otras palabras, parece claro que de este precepto se deriva la obligación jurídica de garantizar ambientes de trabajo exentos de riesgo de violencia de género y de adoptar medidas y procedimientos para su prevención y para la reclamación de las víctimas.

En el ámbito del empleo público la Ley hace referencia a la violencia de género en su art. 51 *«Criterios para la actuación de las Administraciones públicas»* en cuyo apartado e) se establece como uno de los deberes de las mismas *«Establecer medidas efectivas de protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo»* y en cuyo art. 62 *«Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo»* se establece *«Para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, en la Administración General del Estado se aprobará, reglamentariamente, un protocolo de actuación que comprenderá al menos los siguientes principios: a) El compro-*

miso de la Administración General del estado de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo; b) La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como a la igualdad entre mujeres y hombres; c) 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; d) La identificación de los responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia».

El efecto preventivo de cualquier sistema de tutela de derechos, en otras palabras, su nivel de disuasoriedad, depende no solo de la adecuación del procedimiento de denuncia y queja sino también y en mucho, del sistema sancionador. La normativa comunitaria exige de los Estados miembros la previsión de un aparato sancionador frente a la violación del derecho a la igualdad y específicamente, frente a la violencia de género en el trabajo, que debe responder a una serie de principios: debe ser *adecuado, proporcional y suficientemente disuasorio*.

En cumplimiento de esta obligación comunitaria, la Ley de Igualdad mejora el sistema sancionador y los procedimientos de tutela frente a la violencia de género, mediante la modificación operada en el art. 8 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, cuyo apartado 13 calificaba de infracción muy grave del ordenamiento laboral «*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*», introduciendo un nuevo 13.bis que pasa a calificar, así mismo como infracción muy grave del ordenamiento laboral, «*...el acoso por razón de sexo cuando se produzca 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 necesarias medidas para impedirlo*». En mi opinión habría sido más adecuado tratar las dos manifestaciones de la violencia de género en el trabajo en el mismo apartado del art. 8 LISOS, el apartado 13, calificándolas de la misma forma como infracciones muy graves del ordenamiento y tratándolas en los mismos términos, es decir, sin el condicionamiento final de que haya sido conocido por el empleador y este no haya adoptado las medidas necesarias para impedirlo, ya que lo que hubiera debido hacer no es actuar a posteriori sino a priori, adoptando las medidas adecuadas y eficaces para prevenir estas actuaciones infractoras y sancionables.

Respecto de la sanción, los efectos disuasorios de la prevista en la LISOS resultan suficientes si se considerase el acoso como infracción muy grave de las normas de prevención, caso en el que a tenor del art. 40 de la LISOS la multa correspondiente podría, en casos excepcionales, llegar hasta los 819.780 € pero no tanto si se entiende como infracción en materia de relaciones laborales, supuesto en el que la multa ascendería, así mismo en casos muy excepcionales, a 187.515 €.

Finalmente, respecto del derecho a la tutela indemnizatoria, resarcitoria o reparadora, también denominada sustitutoria o por equivalente, se ha señalado reiteradamente por la normativa y la jurisprudencia comunitaria y por la doctrina española la necesidad de que las indemnizaciones establecidas respondan a los principios de efectividad y proporcionalidad y posean una suficiente fuerza disuasoria. En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a ser indemnizado por el daño sufrido, se encuentra normativamente previsto en el art. 180.1 LPL que establece que la sentencia que declare la existencia de la vulneración denunciada y previa declaración de nulidad de la conducta combatida, ordenará el cese inmediato del comportamiento «...*así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera*». Se encuentra pues fuera de toda duda la posibilidad de reclamar al juez social el reconocimiento del derecho al resarcimiento pleno de los daños derivados de la violencia de género. Los problemas más importantes que se planteaban en este ámbito eran, de un lado, el de la compatibilidad de la indemnización por daños y perjuicios y las indemnizaciones tasadas legalmente, y de otro, el de la suficiencia de las cuantías indemnizatorias.

El primero había sido solucionado mediante el cambio de doctrina jurisprudencial que significó la STS de 15-05-2006 que declaraba la compatibilidad de ambos tipos de indemnización, solución que ha resultado ratificada por la Ley de Igualdad mediante la modificación introducida por la Disposición adicional décimo tercera en el art. 181 de la LPL que pasa a señalar «*Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación, si hubiera discrepancia entre las partes. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.*»

Respecto del segundo problema la Ley guarda silencio a pesar de que existe alguna experiencia comparada que trata de aproximar y objetivar en la medida de lo posible las cuantías indemnizatorias fijadas por los tribunales sociales; en el caso español se puede señalar su diversidad y su escasa cuantía, si se comparan con la fijadas en otros órdenes jurisdiccionales por causas similares, no digamos ya con las fijadas en otros países europeos y sobre todo EE.UU. Al respecto la STS que se viene comentando (S 20-9-2007 Recurso 3326/2006) señala lo siguiente: «*1. Ante determinadas secuelas o daños, la falta de toda previsión legal específica en la materia y la factible aplicación analógica de otra normativa (ex art. 4.1 CC) han determinado que la doctrina unificada admita la aplicación orientativa del Anexo introducido por la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, en la LRCSCVM (Decreto 632/1968, de 21 de marzo), (Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor) cuyos módulos, cuantitativamente actualizados... pueden servir de ayuda para determinar la indemnización por daños y perjuicios derivados...* —de la viola-

ción de un derecho fundamental—². Esta sentencia confirma, en base a las razones antes expuestas, la cuantía indemnizatoria fijada en instancia en un supuesto de daño psíquico (estrés postraumático) y moral derivado de acoso sexual, en el que el empleador (que además era un ayuntamiento) no había adoptado medidas suficientes para su prevención ni siendo conocedor de la situación había realizado actuación alguna para evitarla, que determinaron 131 días de baja, en la cantidad 6.194 €. Resulta obvia la escasa cuantía de la indemnización fijada en caso tan reconocidamente grave de forma expresa en la propia sentencia. Esta cuantía, en mi opinión no responde al principio de proporcionalidad ni resulta en absoluto disuasoria como exige tanto el art. 10 de la LOI 3/2007 como la normativa y la jurisprudencia comunitarias.

En conclusión, resulta evidente que no basta con que la norma jurídica sea técnicamente buena y pretenda cumplir de forma adecuada su función tutelar, resulta además necesario que los operadores jurídicos encargados de su interpretación y aplicación presenten una suficiente sensibilidad ante un fenómeno tan repugnante y devastador como la violencia de género, y asuman de forma efectiva la voluntad política de garantizar su prevención y erradicación.

2. La prevención de la violencia de género en el empleo. El Código de Conducta comunitario para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el empleo como modelo

Es obvio que planificar la prevención del acoso no es una cuestión fácil ya que se deben tener en cuenta los sistemas de organización, las relaciones sociales y la influencia de factores psicosociales y ambientales en el trabajo, sin embargo ha de señalarse que no es necesario en absoluto partir de cero. Las medidas propuestas por el *Código de Conducta Comunitario para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo* de 1992, aunque pensadas para la prevención del acoso sexual en el trabajo, resultan de hecho muy útiles también para la prevención del acoso sexista.

Este Código está concebido precisamente con el objetivo de prevenir las situaciones de acoso. El objetivo es que no se produzca el acoso y, si ocurre, garantizar que se dispone de los procedimientos adecuados para tratar el problema y evitar que se repita. Por consiguiente el Código pretende fomentar la elaboración y la puesta en práctica de políticas y prácticas que establezcan unos entornos laborales libres de acoso y en los que se respete la integridad física y psíquica y la dignidad de todos/as los/as trabajadores/as.

² En concreto para la responsabilidad privada derivada del accidente de trabajo se han manifestado las SSTs 2-2-1998 (Rec.124/97), 17-2-1997 (Rec. 2085/98) y 7-2-2003 (Rec. 1663/02).

En primer lugar, resulta claro que el acoso, cualquiera que sea su manifestación, constituye un obstáculo para la adecuada integración de la mujer en el mercado de trabajo y las políticas destinadas a tratar este problema tienen más posibilidades de resultar eficaces cuando se unen a una política más amplia de fomento de la igualdad de oportunidades y de mejora de la situación de la mujer en las empresas.

El Código de Conducta se refiere especialmente a la prevención y sanción del acoso sexual y sexista realizado por personas diferentes al propio empresario que, tengan o no superioridad jerárquica respecto de la víctima, se encuentren sometidos al poder disciplinario del empleador/a. La mayoría de las recomendaciones incluidas en el Código se refieren a las acciones que deben emprender los/as empleadores/as, ya que estos tienen el deber de garantizar la protección de la dignidad y la salud de su personal en los lugares de trabajo. Sin embargo, se sugiere que las medidas que se detallarán a continuación, se adopten tras consulta a los órganos de representación del personal o incluso mediante la negociación colectiva ya que la experiencia indica que las estrategias para crear y mantener un entorno laboral exento de acoso, tienen más probabilidades de ser eficaces cuando se acuerdan conjuntamente.

Se hace hincapié en el Código en que es necesario tener en cuenta de partida que la ausencia de quejas o denuncias de acoso en una empresa no es en absoluto prueba determinante de su inexistencia pues se ha constatado la renuencia de las víctimas de este tipo de actuaciones a presentar denuncia formal, sobre todo si no tienen seguridad absoluta de ser comprendidas y escuchadas e incluso, de no ser represaliadas.

Por lo que respecta a las medidas de prevención sugeridas, serían las siguientes:

Declaración de principios

Como primer paso para mostrar la intención de construir unos ambientes de trabajo exentos de acoso, debe ser elaborada una Declaración de Principios en la que se establezca expresamente que todos los miembros de la empresa, sea cual sea su rango jerárquico, deben ser respetados en su dignidad, que no se permitirán ni tolerarán las actuaciones de acoso moral ni sexual y que todo/a trabajador/a tiene derecho a presentar denuncias si este se produce. Se recomienda que en la declaración de principios se precise de la forma más exacta qué se ha de entender por acoso y se explique que dichos comportamientos son ilegales, significan un incumplimiento contractual y se advierta de que serán sancionados en todo caso en función de su gravedad. Se aconseja que la declaración imponga al personal de dirección la obligación de aplicar estos principios y de emprender las acciones correctoras para garantizar su cumplimiento. También debe imponer explícitamente a todos los integrantes de la organización, la obli-

gación de cumplir la declaración y de velar por que todos ellos sean tratados con respeto de su dignidad.

A continuación, deberá explicarse el procedimiento que habrán de seguir las víctimas de acoso para recibir ayuda y a quién habrán de dirigir su denuncia, que debe incluir el compromiso de un tratamiento serio, rápido y confidencial de todo tipo de queja, la protección frente a las represalias y la garantía de que el procedimiento terminará en la aplicación de las medidas disciplinarias adecuadas, es decir, proporcionales y disuasorias, contra los culpables.

Una vez elaborada la Declaración en los términos anteriormente señalados, es importante garantizar su conocimiento efectivo por todos los integrantes de la empresa por lo que deberá publicarse en lugares accesibles y bien visibles de la empresa. Dicha comunicación deberá subrayar el compromiso de la dirección de garantizar ambientes de trabajo en los que se respeta la dignidad y la libertad de todo el personal.

Responsabilidad

Todos los integrantes de la organización tienen la responsabilidad de ayudar a garantizar un entorno laboral en que se respete la dignidad y en general los derechos fundamentales y el personal de dirección deberá tener especialmente encomendada la labor de garantizar que no se produzca acoso de tipo alguno en los sectores bajo su poder de organización por ello la formación de la dirección constituye un medio esencial para garantizar que no se produzca acoso en el trabajo y que si se produce sea resuelto con rapidez y eficacia. Esta formación debería tener por objeto la identificación de los factores que contribuyen a crear un entorno laboral exento de acoso y a que los/as participantes sean plenamente conscientes de sus responsabilidades en el marco de la política empresarial contra el mismo. Además, toda persona que tenga alguna función o cometido oficial en el procedimiento de tutela frente al acoso debería recibir una formación específica.

Procedimientos de tutela prejudicial

Reviste una crucial importancia la adopción de procedimientos adecuados para tratar las denuncias de acoso en el trabajo, así como la puesta en conocimiento de todo el personal sobre cómo y cuando utilizarlos en su defensa y sobre sus consecuencias. En la medida en que las víctimas del acoso prioritariamente desean que este cese, se trataría de que la negociación colectiva intentara una solución de la situación mediante un procedimiento no judicial simplificado y sin formalidades excesivas a través de procedimientos como la mediación especializada. Si a pesar de ella el sujeto acosador continúa en su comportamiento o si el acto de acoso es tan grave que parece inadecuada o insuficiente la solución informal extraoficial, deberá preverse un procedimiento oficial o formal de carácter interno, a iniciar mediante la presentación de una denuncia.

Se debe garantizar que las investigaciones pertinentes se realizan con absoluto respeto de los derechos fundamentales de denunciado y denunciante, deben responder a principios de tales como la *sumariedad*, en tanto que habrá de ser lo más breve posible; la *confidencialidad* en cuanto se aboga por la máxima discreción; y la *inmunidad* al señalar que no podrán ser adoptadas *ningún tipo de represalias* contra la persona denunciante. Debe además garantizarse que las personas encargadas de la investigación sean independientes y objetivas y cuenten con conocimientos y sensibilidad suficiente en materia de violencia de género.

Respecto de la presentación de denuncias, la solución más adecuada quizá sería que se realizara ante órganos internos en la empresa por ejemplo la Dirección de Recursos Humanos, o bien ante organismos específicos como, en caso de que exista la Comisión de Igualdad o ad hoc como el que se propone a continuación.

Asesoramiento y asistencia. La Asesoría confidencial

Es recomendable que, bien mediante decisión del empleador, bien mediante acuerdo con los representantes de los trabajadores, se nombre a una persona encargada de proporcionar asesoramiento y asistencia a las víctimas de acoso y se le dote de competencia para resolver cualquier problema ya sea por la vía oficial o por la extraoficial. Sobre esta figura ya existe experiencia en otros países en los que se denominan *asesores/as confidenciales*. Pueden formar parte de los órganos de representación en la empresa o de los específicos en materia de salud laboral, y su actuación suele resultar más eficaz cuando esta persona es elegida de común acuerdo entre el empleador y la representación del personal.

Se recomienda que, en caso de existir, se proporcione al/la asesor/a la formación adecuada sobre la mejor manera de resolver los problemas y sobre la política de la empresa en materia de acoso, del funcionamiento del procedimiento de tutela establecido, así como que se le provea de recursos adecuados para desempeñar su función con eficacia; es importante que se establezcan instrumentos de protección contra las represalias de que podría ser objeto por ayudar a las víctimas.

Finalmente se pone de manifiesto que el papel de los sindicatos y la sensibilización de los propios trabajadores resultan esenciales en la erradicación del acoso.

3. La prevención de la violencia de género en el trabajo en los convenios colectivos

Es necesario comenzar señalando la esencial función de los interlocutores sociales y la negociación colectiva en la prevención y erradicación de la violencia de género en los ambientes de trabajo y en general para la consecución del la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. En todos los Estados miembros de

la UE, la negociación colectiva constituye el instrumento por excelencia de regulación de las condiciones de trabajo y de las relaciones laborales y, desde hace tiempo, se afirma, cada vez mas, como instrumento de garantía de los Derechos Fundamentales en el seno de la empresa. Por ello, debería constituir un instrumento importante para la eliminación de la discriminación por razón de sexo en el empleo y las condiciones de trabajo, en tanto que este derecho forma parte indiscutiblemente del elenco de derechos fundamentales o mejor, es su frontal porque no solo es que el de igualdad sea un derecho autónomo sino que, entendido relacionalmente, obliga a garantizar en condiciones de igualdad el resto de los derechos constitucionalmente reconocidos.

La normativa comunitaria ha intentado desde sus orígenes conseguir la implicación de los interlocutores sociales en la aplicación del principio de igualdad y no discriminación por razón de género en las empresas. En toda la normativa de Derecho comunitario derivado, se resalta la importancia de la implicación de los interlocutores sociales en la implementación efectiva de este principio a través, entre otros instrumentos, de la negociación colectiva, que debería constituir uno de los instrumentos esenciales para la eliminación de la discriminación por razón de sexo en el ámbito del empleo. Así lo reconocía la Directiva 76/2007 y su reformadora la Directiva 2002/73/CEE que se propone expresamente como uno de sus objetivos esenciales, conseguir la implicación de los interlocutores sociales en la aplicación del principio de igualdad y en la eliminación discriminación por razón de género en las empresas. En su art. 8 ter exigía de los Estados miembros la adopción de medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre el empresariado y la representación de los/las trabajadores/as sobre la igualdad de trato a fin de promover su aplicación mediante, entre otros medios, la negociación colectiva, exigía de los Estados miembros que alentasen al empresariado a que aplique y fomente la aplicación del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en las empresas de forma planificada, sistemática y transversal.

De su parte el art. 21 de la D/2006/54/CE, recoge estas disposiciones y añade que

1. Los Estados miembros, con arreglo a sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, adoptarán las medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales a fin de promover la igualdad de trato, incluido, por ejemplo, el seguimiento de las prácticas desarrolladas en el lugar de trabajo, en materia de acceso al empleo, de formación profesional y de promoción, así como mediante el seguimiento de los convenios colectivos, los códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas.
2. Siempre que ello sea coherente con sus tradiciones y prácticas nacionales, los Estados miembros 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 cele-

brar, en el nivel adecuado, convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 1 que entren en el marco de la negociación colectiva. Dichos convenios respetarán las disposiciones de la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de desarrollo.

3. Los Estados miembros, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales, alentarán a los empresarios a que fomenten la igualdad de trato de hombres y mujeres de forma planificada y sistemática en el lugar de trabajo, en materia de acceso al empleo, en la formación profesional y la promoción.

4. A tal fin, deberá alentarse a los empresarios a presentar con una periodicidad adecuada a los empleados y/o a sus representantes información adecuada sobre la igualdad de trato de hombres y mujeres en la empresa. Esta información podrá incluir un inventario sobre la proporción de hombres y mujeres en los diferentes niveles de la organización, los salarios y las diferencias salariales entre hombres y mujeres, así como posibles medidas para mejorar la situación, determinadas en cooperación con los representantes de los trabajadores».

Finalmente y como se ha señalado, el Código de conducta para la protección frente al acoso sexual en el trabajo insiste en la esencial función de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva en la erradicación de la violencia de género en los lugares de trabajo.

En España, la Constitución española de 1978 y en concreto sus arts. 7, 28 y 37, otorgan a la negociación colectiva una esencial función en la regulación de las condiciones de trabajo y de las relaciones laborales. Desde ella, los convenios colectivos se conciben como instrumento adecuado para la introducción en la empresa de garantías de los derechos sociales que la propia Constitución reconoce, entre ellos el de igualdad de trato y la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres y, sin duda alguna, el derecho a la integridad física y psíquica y a la protección frente a la violencia de género en el empleo como manifestación mas devastadora de la discriminación por razón de género. Como vimos mas arriba, el art. 48 de la LOIEMH insiste en que las medidas preventivas que se adopten en la empresa frente a la violencia de género, deberían negociarse con la representación del personal. Así lo reconocen además los propios interlocutores sociales en los sucesivos ANCs firmados hasta el momento, sobre todo en el firmado en el año 2008 en el que se reconoce expresamente que *«La negociación colectiva es una valiosa vía de actuación contra la discriminación por razón de sexo y un importante medio para mejorar la concreción de algunos principios y derechos, reconocidos en la legislación»*.

Es importante señalar que, en cumplimiento tanto de la normativa como de los compromisos asumidos por los interlocutores sociales, los estudios realizados hasta el momento³ muestran una mejora notable en el tratamiento convencio-

³ CES, 2003, p. 60. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (2008), pp. 356 y ss. Defensoría para la igualdad del Gobierno Vasco (2009), pp. 30 y ss. Pérez del Río (2006 y 2009). Pérez del Río T. (2010), pp. 187-220.

nal de la igualdad entre hombres y mujeres en general y en particular, por lo que aquí interesa, de la violencia de género en el empleo, siendo relativamente escasos los convenios colectivos que no hacen referencia alguna al acoso sexual aunque no tanto al acoso sexista, y aunque algunos de ellos la realizan muy escueta o de forma técnicamente incorrecta, los que tradicionalmente han prestado alguna atención al tema del acoso han mejorado en los últimos años la calidad técnica de su regulación.

De un lado, el lamentablemente insuficiente conocimiento tanto por parte de las víctimas como, al parecer, de los interlocutores sociales, sobre el significado del concepto de violencia de género y de otro, la posibilidad de que multitud de situaciones sean calificables tanto de acoso sexual como de acoso sexista, hacen imprescindible, como se ha señalado anteriormente, definir con claridad y amplitud suficiente tanto el concepto de acoso sexual como el de acoso moral e incluso, en la medida de lo posible, poner ejemplos que faciliten su comprensión por parte de los/las destinatarios/as de la norma, tanto los o las posibles acosadores/as como las posibles víctimas, por ello resulta totalmente insuficiente la regulación que contienen una parte importante de los convenios colectivos que se refieren a estas situaciones limitándose a introducir entre el listado de incumplimientos contractuales sancionables el acoso sexual y sexista sin definirlo.

En algunos casos, la definición convencional resulta excesivamente restrictiva lo que conduce a que solo sean calificables de acoso determinadas conductas producidas en circunstancias particulares. Por ejemplo, en algunos convenios se establece que existirá acoso sexual solo cuando la conducta se lleve a cabo prevaliéndose de una situación de superioridad del acosador o cuando esta conducta sea ejercida sobre personas especialmente vulnerables, ya sea por su situación personal —tener responsabilidades familiares, ser madre soltera— o por su situación laboral —trabajador/a temporal—; obviamente, este tipo de definición deja fuera del ámbito de protección múltiples situaciones en las que existirá acoso según la normativa vigente que no exige tales requisitos para configurar el tipo. Si que resulta correcto sin embargo utilizar la relación de superioridad jerárquica del/la acosador/a respecto de la víctima así como su especial situación de vulnerabilidad como circunstancia agravante.

Con referencia a la calificación y sanción del acoso, no resulta correcto y sin embargo es frecuente, que los convenios colectivos califiquen en todo caso al acoso como falta muy grave ya que ello significa un incumplimiento del principio de proporcionalidad en la graduación de faltas y en la previsión de sanciones que, en último caso, conduce a que muchas actuaciones acosadoras sin ese carácter de muy graves queden impunes. Esta forma errónea de calificación aparece en todos los niveles convencionales. En particular los convenios que diferencian entre chantaje sexual y acoso ambiental suelen calificar de muy grave el primero y de grave el segundo lo cual no es, en principio, rechazable.

La sanción establecida suele coincidir en la mayor parte de los convenios y frecuentemente consiste en la suspensión de empleo y sueldo durante un periodo que puede ir entre 10 y 60 días o el despido; no parece frecuente que se sancione al acosador con el traslado, que sería, de otro lado, lo más lógico y coherente, ya que implicaría la separación definitiva entre este y su víctima y además es lo que sugiere al Código de Conducta comunitario.

Tanto la aplicación de una sanción como la elección de la sanción a imponer suele corresponder a la empresa como titular del poder disciplinario y en ningún caso se reconoce la posibilidad de intervención en esta función a otros sujetos diferentes; entendemos que la facultad de selección de la sanción podría ser compartida ya sea con la representación del personal o, en el caso de que exista procedimiento especial para la prevención, control y sanción del acoso, con la persona o personas encargadas de aplicarlo. El reconocimiento de esta posibilidad evitaría que se pudiera aprovechar una denuncia de acoso para despedir a un trabajador o trabajadora *non grato*, sin que la conducta denunciada tuviese la gravedad suficiente para justificar esta decisión o, por el contrario, se decidiese arbitrariamente aplicar una sanción inferior a la que correspondería en función del principio de proporcionalidad.

Es sorprendentemente en el nivel provincial donde se han encontrado las mejores y más completas definiciones del acoso sexual, que en algunos casos, más bien se podrían calificar de *Declaraciones de Principios* propuestas por el Código de Conducta Comunitario, al que a veces se realiza referencia específica. Este tipo de cláusulas, al menos muestran la voluntad de los interlocutores sociales firmantes del convenio en la erradicación de la violencia de género, pero en óptica preventiva resultan insuficientes si no se acompañan de procedimientos específicos de denuncia, constatación de la veracidad de la misma y sanción del/la acosador/a, es decir, resultan insuficientes para dar por cumplida la obligación establecida en el art. 48 LOIEMH que especial hincapié en la obligación de su evaluación como riesgo laboral y a su prevención.

Una excepción a esta regla, estaría constituido por el recientemente acordado XVI Convenio Nacional para las Industrias Químicas, cuyo Capítulo XVI, en el que se parte de la afirmación de que el de las industrias químicas, «*es un sector comprometido y avanzado en el desarrollo de políticas de igualdad*» y que está dedicado en su totalidad a la igualdad de oportunidades, diseña las líneas generales de los Planes de Igualdad que las empresas de más de 250 trabajadores/as sometidas a su ámbito de aplicación deberán adoptar, así como las líneas generales de un Protocolo modelo para la prevención y tratamiento de situaciones de acoso, común para todas sus manifestaciones: acoso moral sea o no discriminatorio, acoso sexual y acoso sexista. Siguiendo el modelo propuesto por el Código de conducta comunitario para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo de 1992, consta de las siguientes partes:

- *Declaración de Principios* en la que se afirma el compromiso de tolerancia cero que las empresas incluidas al ámbito de aplicación del convenio asumen respecto de cualquier manifestación de acoso en sus ámbitos de dirección y organización.
- El *ámbito de aplicación* del Protocolo, aplicable a todo el personal de las empresas concernidas pero que no incluye expresamente al personal sometido a contrata o subcontratas y que presta servicio en los locales de las mismas.
- Las *definiciones* tanto del acoso sexual como el acoso sexista son las contenidas en la LOIEMH, por tanto correctas, y ambas se definen expresamente como actuaciones discriminatorias. Se echa en falta un listado ejemplificativo de este tipo de actuaciones, que la doctrina declara muy útiles para clarificar los conceptos y dotar de efectividad a la prohibición de su realización.
- *Sensibilización y formación* de la plantilla, así como el compromiso firme por parte de la empresa de aplicar sanciones disciplinarias a los acosadores.
- *Procedimiento de actuación* que se guiará por los siguientes principios:

Garantía de confidencialidad y protección de la intimidad y la dignidad de las personas implicadas, garantizando en todo caso la preservación de la identidad y circunstancias personales de quien denuncie.

Prioridad y tramitación urgente.

Investigación exhaustiva de los hechos, y si es preciso, dirigida por profesionales especializados.

Garantía de actuación adoptando las medidas necesarias, incluidas, en su caso, las de carácter disciplinario, contra la persona o personas cuyas conductas de acoso sexual o acoso por razón de sexo resulten probadas, así como también con relación a quien formule imputación o denuncia falsa, mediando mala fe.

Indemnidad frente a represalias, garantizando que no se producirá trato adverso o efecto negativo en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de denuncia o manifestación en cualquier sentido dirigida a impedir la situación de acoso y a iniciar el presente procedimiento, (sin perjuicio de las medidas disciplinarias que pudieran arbitrarse en situaciones de denuncia manifestamente falsas).

Garantía de que la persona acosada pueda seguir en su puesto de trabajo en las mismas condiciones si esa es su voluntad.

- Se prevé la *adopción de medidas cautelares* pero no se hace referencia concreta a que una de ellas pueda ser la separación de víctima y acosador, de forma inmediata a la presentación de una denuncia formal. Toda la doctrina que ha estudiado este tema pone de manifiesto la ne-

cesidad de adoptar este tipo de medidas para garantizar la integridad física y psíquica de la víctima durante el tiempo de tramitación de las denuncias.

- Presentación de *denuncias*, posible tanto para la propia víctima como por la representación del personal o incluso por terceros que conozcan la situación y que se realizará ante el departamento de Recursos Humanos. Podría haberse previsto un órgano especializado, que en el Código de Conducta europeo se denomina «asesoría confidencial» o agente de igualdad o, en algunos casos el de carácter colegiado, Comisión de Violencia o podría haberse pensado en la actuación de la Comisión de Igualdad regulada en el propio convenio.
- La *Instrucción del procedimiento* que correrá a cargo del mismo departamento de RRHH que recibe las denuncias y lo cierra. La intervención de la representación de personal está prevista siempre que la víctima de su consentimiento para ello.

Se regulan dos procedimientos, uno **previo o informal**, cuyo objetivo es llegar a un acuerdo con la intervención de un mediador, facultativo para la víctima y, entendemos, siempre que el acoso no haya sido muy grave, y otro **formal** cuyo objetivo es dilucidar la veracidad de la denuncia, en el que resulta necesario dar audiencia a ambas partes y que acabaría en la imposición de la sanción prevista en el régimen disciplinario del convenio. También se recoge la precaución de que en todo el proceso, la víctima esté acompañada de una persona de su confianza, que podría ser una persona experta en violencia. Una medida de importante efecto disuasorio es que en todo caso los representantes de los trabajadores tendrán conocimiento del resultado final de todos los expedientes que puedan tramitarse, así como de las medidas adoptadas, excepción hecha de la identidad y circunstancias personales de la presunta víctima del acoso, (si ésta solicitó que los hechos no fuesen puestos en conocimiento de la misma).

El de la Industria Química constituye sin duda una buena práctica en el ámbito convencional de sector, al que la LOIEMH atribuye la función de diseñar las líneas fundamentales de los procedimientos de prevención del acoso en las empresas incluidas en su ámbito de aplicación. También debe citarse como ejemplo de buena práctica convencional el CC de Seguros 10-12-2008 que en su Disposición Adicional Séptima diseña asimismo el que denomina *Protocolo de actuación ante situaciones de acoso sexual, o acoso por razón de sexo, o de acoso moral* aplicable a las empresas incluidas en su ámbito con un contenido similar al anteriormente expuesto respecto de la industria química.

4. Los Protocolos para la prevención y sanción del acoso sexual y sexista en el empleo. Su relación con los Planes de Igualdad

El conjunto de medidas que de forma sistemática y tomando como modelo el Código de Conducta comunitario para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo de 1992, tienen por objetivo prevenir y sancionar la violencia de género en el empleo, se suelen denominar Protocolos para la prevención y sanción del acoso sexual y sexista en el empleo. Son numerosos los Protocolos adoptados utilizando la posibilidad que ofrece el art. 46.2 de la Ley de Igualdad, que establece como uno de los posibles contenidos de los Planes de Igualdad «*la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo*» y son muchas más las empresas que, como parte del contenido de sus Planes de Igualdad hacen referencia de alguna u otra forma, a la violencia de género. De hecho, resultan verdaderamente escasos los Planes de Igualdad que no realizan alguna referencia a esta materia aunque, en óptica cualitativa, esta referencia sea muy diversa.

Las diferentes formas de tratamiento del tema que aparecen en los Planes de Igualdad, pueden incluirse en los siguientes grupos en función de la mayor o menor importancia que le reconocen al tema: un primer grupo de Planes no escaso y en algunos supuestos adoptados en empresas pertenecientes a sectores muy feminizados y en los que el riesgo de acoso se ha mostrado especialmente alto, señalan la importancia del tema y asumen como objetivo a medio o corto plazo la elaboración de un Protocolo que será negociado o no con la representación del personal. En algunos casos, este compromiso de futuro se acompaña de la definición de las líneas generales que han de guiar su elaboración, que en muchos casos coinciden con las propuestas del Código Comunitario para la protección de la dignidad de mujeres y hombres en el trabajo citado más arriba. Un segundo grupo de Planes hacen referencia a la existencia de un Protocolo de prevención vigente y adoptado previamente a la adopción del Plan de Igualdad que en la mayoría de los casos no se adjunta al Plan y por tanto se hace necesario rastrear su existencia real en Internet, lo cual algunas veces se consigue fácilmente pero otras se hace imposible dado que su texto consta exclusivamente en la intranet de la empresa en cuestión. Es obvio que esta práctica de un lado dificulta y retrasa la investigación y análisis, pero de otro, no constituye, en mi opinión una buena práctica porque la unión de ambos textos facilitaría mucho el conocimiento de sus derechos por parte de las personas destinatarias tanto del Plan como del Protocolo. Algunos de estos Protocolos adoptados antes del Plan son incluso anteriores a la adopción de la Ley 3/2007 de Igualdad (algunos han sido adoptados en los años 2005, 2006) y el objetivo que se propone en el Plan es adaptarlos a las exigencias de la Ley de Igualdad. La causa más generalizada que se alega para la necesaria actualización es la carencia del concepto de *acoso por razón de sexo* común en este tipo de protocolos antiguos.

También se suele alegar la necesidad de establecer un procedimiento de relación entre el sistema de aplicación del Protocolo y el resto del Plan de Igualdad (por ejemplo relacionar la Comisión de Igualdad del Plan con la Asesoría confidencial del Protocolo). El tercer grupo estaría integrado por aquellos Planes que bien en forma de medidas de igualdad o en forma de anexo, incluyen el texto del Protocolo lo que, como se señaló, de un lado facilita enormemente el análisis y de otro constituye una buena práctica ya que, en aras del principio de seguridad jurídica, facilita a todos los destinatarios el conocimiento completo de las normas de igualdad aplicables en la empresa.

En óptica cualitativa, es de señalar que la adecuación y calidad de los mismos no está en función del sector económico a que afectan, o si se quiere, a su ámbito de aplicación sectorial. Más bien parece responder al nivel de formación en materia de igualdad de género de sus negociadores y a la intención real y no meramente formal, de contar con medidas preventivas adecuadas y eficaces en cuanto a procedimiento y efectos del tratamiento de las denuncias presentadas. Bastantes de ellos parecen responder a modelos comunes en bastantes aspectos de su contenido, a la guía de buenas prácticas que se recogen en el Código de Conducta comunitario.

Resulta además necesario señalar que a pesar de que los Protocolos frecuentemente suelen formar parte de los Planes de Igualdad (que no se olvide, tratan de conseguir la eliminación de las situaciones de discriminación constatadas en los diagnósticos realizados previamente), en la inmensa mayoría de los casos, tratan conjuntamente las tres formas de manifestación de la violencia en el empleo: el acoso moral, el acoso sexual y el acoso sexista y en mi opinión ello no resulta recomendable por diversas razones. Jean Jacquemain, ya en el año 2001⁴ alertaba sobre los peligros que se cernían sobre la tutela efectiva frente a la violencia de género en el empleo en el caso de que se pretendiera un tratamiento unitario con otras formas de acoso. Este autor señala, que «...*el aparataje jurídico desarrollado especialmente para la tutela frente al acoso sexual, íntimamente relacionado con la igualdad de género, puede ser utilizado, y de hecho lo ha sido, como precursor de los procedimientos de tutela frente al acoso moral, pero el mayor avance y desarrollo alcanzado en materia de tutela frente al acoso sexual no debe verse amenazado por tentativas imprudentes de globalización que pretendan su aplicación al acoso moral en general y que pongan en peligro su efectividad actual*». Señala además que cuando se pretenden aplicar los instrumentos jurídicos elaborados sobre el acoso sexual y, en menor medida, sobre el acoso sexista, a otras causas de acoso discriminatorio o al acoso genérico, se corre el peligro de incurrir en contradicciones e incoherencias difíciles de salvar en todos los ámbitos: desde los elemen-

⁴ «Le Droit du Travail comme insecticide: Le harcèlement professionnel» en *Le contrat de travail et la nouvelle économie*. Ed. du Jeune Barreau, Bruselas, 2001.

tos configuradores del concepto, hasta las fuentes de su recepción jurídica; desde su prevención hasta su sanción.

Por lo que se refiere a las fuentes normativas, la violencia de género está regulada en normas distintas tanto en el ámbito comunitario como en el interno y ello no se ha producido gratuitamente. En términos generales, el reconocimiento de la existencia de una situación de subordinación social de las mujeres, supone la asunción de la estructura de la sociedad en base al sistema sexo/género conduce a una regulación normativa específica si se pretende su eliminación, ya que lo contrario significaría, en términos de Ferrajoli «*la homologación jurídica de las diferencias*» que implicaría un posicionamiento neutral de la norma respecto del sujeto de derechos del que se derivaría un marco jurídico general y abstracto para todas las personas, desconocedor de las diferentes situaciones sociales en las que estas personas se encuentran, que en definitiva restaría eficacia al sistema de tutela⁵. Creo que el legislativo ha entendido que la violencia de género en el empleo, al igual que la que se produce en el ámbito doméstico o de la pareja, necesita un tratamiento específico, diferente e integral, respecto de otras manifestaciones de violencia en la sociedad y por ello se han adoptado Leyes especiales e integrales contra la violencia en dichos ámbitos. La necesidad de realizar un tratamiento diferenciado de la violencia de género en el trabajo se acentúa a partir de la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

Del análisis de los Protocolos que tratan conjuntamente ambos fenómenos se deriva además de forma clara que se otorga una mayor relevancia al acoso moral cuando se ha demostrado estadísticamente una mayor incidencia de la violencia de género que del acoso moral. Además, cuando el acoso es leve (presión verbal o gestual) las mujeres siguen sin percibir que están siendo víctimas de acoso, lo que significa que siguen percibiendo la violencia (al menos leve) como un precio que deben pagar por integrarse en un lugar social no apropiado/ no asignado históricamente a o para ellas.

En conclusión, estimamos que no constituye una buena práctica tratar conjuntamente las tres las formas de violencia en el empleo: el acoso moral debe ser tratado en protocolo separado y con sistemas de aplicación y seguimiento diferentes.

Por lo que se refiere a los **sujetos destinatarios y protegidos** por los Protocolos, estos no suelen hacer referencia más que al personal, o a la plantilla, o a los trabajadores/as de la empresa. Esta referencia se hace insuficiente ante una realidad económico/empresarial que demuestra la frecuencia de situaciones de contrata y subcontrata, y resulta necesario aclarar en el Protocolo que todas las

⁵ Ferrajoli, L. (2002).

personas que presten servicios en el ámbito de obligación de prevención de la empresa a la que resulta aplicable el protocolo, también entran en su ámbito de protección. Por lo que hace al personal directivo fuera de convenio algunos de los Protocolos analizados (en concreto algunos pertenecientes al sector bancario) señalan expresamente que el personal de dirección o que tenga a su cargo la organización del personal tienen una especial obligación de respetar y hacer respetar el protocolo.

Todos los Protocolos consultados cuentan con una **declaración de principios** más o menos amplia y terminante, pero es de señalar que en algunos de ellos esta constituye su único contenido, es decir, el Protocolo no contiene nada más en absoluto: ni definiciones, ni procedimientos ni sanciones, solo expresan la voluntad de la empresa de no permitir y sancionar a los infractores de la política de empresa en materia de violencia en el trabajo. De los Protocolos consultados, las declaraciones de principios de los aplicables al sector público suelen ser más terminantes que las que aparecen en los que afectan al sector privado, aunque resulta lamentable que algunos de los Planes pertenecientes al sector público ni cuenten con protocolo alguno ni hagan referencia alguna a la temática de la violencia de género en su ámbito de aplicación.

Por lo que hace a las **definiciones** de las actuaciones prohibidas, el acoso sexual y el sexista pueden detectarse hasta tres grupos de Protocolos: un primer grupo que recoge exactamente la definición de la Ley de Igualdad; un segundo grupo que recoge, con mayor o menor acierto, alguno de los conceptos acuñados por la doctrina por tanto más amplios, con la intención de aclarar y delimitar sus elementos esenciales. Los pertenecientes al tercer grupo, son los Protocolos que además de recoger las definiciones, aplican la buena práctica de ejemplificar las actitudes y conductas susceptibles de constituir acoso (tanto sexual como sexista o por razón de sexo).

Respecto a la **presentación de denuncias y quejas**, gran parte de los Protocolos consultados hacen referencia a la forma en que han de presentarse, es decir, al procedimiento de denuncia, pero solo una parte de ellos analiza la posibilidad de que no sea la propia víctima la que la presente sino que otra persona lo haga en su nombre (como ejemplo algún miembro de la representación del personal), o «motu proprio» en caso de que conozca alguna situación de acoso, aplicando al respecto lo señalado en la propia Recomendación en el sentido de que *«Todos los empleados tienen la responsabilidad de ayudar a garantizar un ambiente de trabajo en el que se respete la dignidad de los empleados y los directivos (incluidos los supervisores) tienen el deber particular de asegurar que el acoso sexual no se da en las áreas de trabajo para los que son responsables»*. Un ejemplo de buena práctica entre los Protocolos analizados sería la que en la materia se manifiesta en los siguientes términos: *«Cualquier persona que tenga conocimiento de algún acto de acoso, deberá denunciar dicha situación»*. Sería posible, pero no se ha encontrado

esta previsión en ninguno de los Protocolos analizados, la actuación *de oficio* si es que existe un órgano creado *ad hoc* para recibir e investigar las denuncias.

Respecto de la **forma de presentación de la denuncia**, un grupo minoritario de los protocolos analizados admiten la posibilidad de presentación oral pero la mayoría exige que sea escrita, algunos incluso determinan los requisitos y el contenido mínimo de la misma, entre los que se encuentran la identificación completa de denunciante y denunciado, hechos que se denuncian, fecha de su comisión y en algunos casos «*indicios suficientes de veracidad de lo denunciado*».

Todos los Protocolos analizados admiten la posibilidad de presentación de lo que suelen denominar **denuncias falsas**, señalando que serán sancionadas disciplinariamente, sin embargo, no en todos ellos se define exactamente qué se ha de entender por tales y ello plantea problemas ya que si se entiende por falsa aquella denuncia respecto de la cual ha resultado imposible acumular pruebas suficientes para confirmar su veracidad, la afirmación de que la persona denunciante será sancionada ejercerá sin duda un efecto disuasorio cara a la presentación de quejas, dada la generalizadamente admitida dificultad de probar ciertos tipos de acoso, por ello constituye una buena práctica la definición del significado de estos términos como «*Las denuncias, alegaciones o declaraciones, que se demuestren como intencionadamente fraudulentas y dolosas, y realizadas con el objetivo de causar un mal injustificado a la persona denunciada...*».

El Código de Conducta comunitario entiende conveniente que exista un órgano especializado, que cara a su mayor eficacia se recomienda sea designada previo acuerdo con la representación de personal, encargado de la **recepción de las denuncias y del asesoramiento y ayuda a las víctimas**, que puede o no ser al tiempo el encargado de realizar las investigaciones necesarias para **esclarecer la veracidad** de las quejas presentadas, recabando las pruebas necesarias e interviniendo como mediador en los procedimientos informales. Sin embargo, la mayoría de los protocolos analizados carecen de este tipo de órgano. En su mayor parte señalan a la Dirección de Recursos Humanos o a la Dirección de Relaciones Laborales como órgano encargado de la recepción de las denuncias así como de la investigación de la veracidad de las mismas, algunas veces con la ayuda de expertos externos. En los casos en los que el protocolo analizado, se anexa a un Plan de Igualdad que cuente con Comisión de Igualdad encargada de su seguimiento, se suele señalar que las denuncias de acoso se presentarán ante este órgano que además se encargará de la investigación. Un grupo no muy numeroso pero significativo de protocolos crea órganos ad hoc como «Comisiones antia-coso» encargados tanto de la recepción de denuncias como de la investigación, y en otros casos aunque se prevea que la denuncia haya de ser presentada ante RRHH, se señala que recibida esta se creará una «Comisión informativa» encargada de la investigación. Este tipo de comisiones, cuando existen, pueden ser también auxiliadas por expertos externos.

En lo que respecta a la conformación de este tipo de órganos, resulta necesario tener en consideración dos recomendaciones recogidas en la norma europea: en primer lugar que *«es aconsejable ofrecer a los trabajadores la posibilidad de presentar la denuncia en primera instancia a una persona de su mismo sexo, si así lo desean»* sobre todo en supuestos de acoso sexual y, en segundo lugar, que *«Quienquiera que sea la persona designada en el establecimiento, se recomienda que se le proporcione la formación adecuada sobre la mejor manera de resolver los problemas y sobre los pormenores de la política y los procedimientos del establecimiento, de manera que pueda desempeñar su tarea con eficacia. También es importante que se le provea de recursos adecuados para desempeñar su función, así como de protección contra las represalias de que podría ser objeto por ayudar a cualquier persona víctima de acoso»*.

Respecto de la primera de las recomendaciones no hemos encontrado ningún protocolo que haga referencia a que este tipo de órganos de recepción e investigación de denuncias deba **contar entre sus miembros con mujeres**. Sin embargo respecto del segundo sí que la mayor parte de los analizados hace referencia a la formación específica con que deben contar los miembros de estos órganos o, al menos, que deben de formar parte de los mismos, personas expertas en la materia, sean estos internos o externos.

Como se señaló mas arriba, los Protocolos deben regular **el/los procedimientos de investigación de la veracidad de las denuncias presentadas**. A este respecto el Código estima conveniente la previsión de dos tipos de procedimientos: uno previo de carácter informal que consistiría en una mediación para los casos menos graves y otro de carácter formal para aquellas situaciones en las que el informal resulte fallido o la actuación denunciada sea de especial gravedad.

Salvo excepciones, en las que el protocolo regula la existencia de un único procedimiento formal, situación en las que este suele resultar excesivamente formalista y por ello poco eficaz, todos los protocolos analizados siguen esta recomendación y cuentan con un primer **procedimiento informal**, en el que previa sucinta investigación sobre la veracidad de la denuncia o partiendo de la verosimilitud de la presentada, se procede a una mediación entre las partes denunciante y denunciada. En algunos se señala, lo que parece una buena práctica, que solo se aplicará este procedimiento si la parte denunciante da su consentimiento y en otros se exige la presencia en el acto de alguien de confianza de esta, que puede ser un miembro de la representación del personal o de un experto/a. En algunos de los analizados incluso este tipo de procedimiento es el único existente, es decir, no se regula procedimiento formal alguno. Resulta interesante que en algún supuesto se nombren dos mediadores, de los que uno ha de ser necesariamente mujer y se exige que ambos demuestren formación suficiente en materia de violencia de género.

Todos los protocolos analizados que cuentan con regulación del **procedimiento formal** parten de una declaración de los principios que han de infor-

marlo, mayoritariamente basados en el Código comunitario y muy parecidos: «*confidencialidad, agilidad, objetividad y neutralidad, contradicción y garantía de las posibilidades de defensa de las partes*», a los que algunos añaden garantía de seriedad en el tratamiento de las denuncias. Sin embargo difieren en torno a un principio importante: la presunción de verosimilitud de la parte denunciante versus presunción de inocencia de la parte denunciada, inclinándose mayoritariamente por la segunda. Respecto del principio de *agilidad* en la aplicación, su significado varía notablemente de unos protocolos a otros: se prevén plazos máximos de 10 a 60 días en diferentes protocolos siendo emplazo más generalizado entre 15 y 30 días.

Una cuestión de esencial importancia es la posibilidad de adopción de **medidas cautelares** durante la instrucción del procedimiento, como la separación entre las partes implicadas, medida recomendada por el Código y por la doctrina que reiteradamente ha señalado la necesidad, no la mera conveniencia, de adoptar esta medida cautelar con el objetivo de garantizar la salud y la integridad física y psíquica de la víctima durante la investigación. De hecho se trata una medida prevista en bastantes protocolos, especialmente los calificables como de mejor calidad técnica.

En cuanto a la investigación, una buena práctica encontrada en alguno de los protocolos analizados, que siguen casi literalmente lo señalado en la norma comunitaria, sería la siguiente:

La Asesoría Confidencial utilizará los procedimientos de investigación que considere convenientes para la confirmación de la veracidad de la denuncia, respetando en todo caso los derechos fundamentales de las personas implicadas, sobre todo el derecho a la intimidad y a la dignidad de ambas.

Deberá dar notificación de la presentación de la denuncia lo más rápidamente posible a la persona denunciada.

Deberá además darle audiencia en presencia o no de la víctima a elección de esta última.

Tanto una como otra podrán solicitar la presencia de otra u otras personas integrantes de los órganos de representación, o si se considera conveniente de otros u otras trabajadoras a efectos de configurar la prueba testifical.

Se intentará recabar toda la información con una única explicación de los hechos por parte de la víctima (salvo que resultase imprescindible establecer posteriores entrevistas para la resolución del caso), garantizando la confidencialidad y la agilidad en el trámite.

También sería una buena práctica, asimismo encontrada en alguno de los Protocolos analizados, la que recomienda que la investigación «*Deberá ser ágil y rápida y confidencial, respetando la intimidad y dignidad de las personas afectadas.*

Asimismo, procurará la protección suficiente de la víctima en cuanto a su seguridad y su salud, teniendo en cuenta las posibles consecuencias tanto físicas como psicológicas que se deriven de esta situación. La empresa pondrá a disposición del o la Asesor/a Confidencial, así como de la Comisión frente a la Violencia de Género en el Trabajo, los medios necesarios y garantizará el acceso a toda la información y documentación que pudiera tener relación con el caso. Ambos órganos tendrán libre acceso a todas las dependencias de la empresa, siempre en cumplimiento de la normativa de seguridad vigente, debiendo todos los empleados prestarles la debida colaboración. Efectuarán las entrevistas con las personas afectadas, podrán recabar la intervención de personas expertas (en psicología, derecho, medicina, etc.) y mantendrán las reuniones que estimen oportunas con las partes interesadas y en su caso los testigos, pudiendo para ello entrevistarse con cualquier persona que preste servicios en la empresa o con cualquiera otra persona de la que puedan recabar información. La investigación se realizará con respeto escrupuloso de los derechos fundamentales de las personas implicadas y especialmente del derecho a la intimidad».

Respecto de la **finalización y las consecuencias** del expediente investigador, el Código señala «*Se recomienda que las infracciones de la política del establecimiento para la protección de la dignidad de los trabajadores en el trabajo sean consideradas como faltas contra la disciplina y que las normas de disciplina establezcan claramente qué comportamiento se considera como conducta indebida en el trabajo. Constituye también una buena práctica indicar claramente —en el propio Protocolo— la gama de sanciones que pueden imponerse a las personas que violen la norma...».*

En la mayoría de los Protocolos consultados, se establece que finalizada la investigación, el órgano competente realizará un informe en el que se harán constar las actuaciones llevadas a cabo, las pruebas acumuladas tanto de carácter documental (por ejemplo las realizadas por expertos/as) como de tipo testifical, la suficiencia o insuficiencia de las mismas para determinar la veracidad de la denuncia y, en base a estas conclusiones, se propondrá la adopción de las medidas correspondientes. Sin embargo, solo en una parte de los Protocolos se establece que las propuestas realizadas por el órgano investigador serán vinculantes para la empresa y mayoritariamente, reenvían en esta materia al régimen disciplinario del convenio colectivo de aplicación. En algún caso se señala que, demostrada la existencia de acoso, la Dirección de RRHH será la competente para aplicar la sanción correspondiente a infracción grave o muy grave en el régimen disciplinario del convenio.

Se ha señalado reiteradamente y así se pone expresamente de manifiesto en la Recomendación, que una de las causas de mayor eficacia disuasoria tanto para la presentación de denuncias, como para la colaboración en su investigación por parte de los testigos del acoso, es el miedo a las **represalias** por ello una de las recomendaciones en las que insiste el Código es la necesidad de garantizar una protección suficiente y eficaz frente a las actuaciones de este tipo que

puedan ser adoptadas frente a las personas denunciantes, las que les hayan prestado ayuda o colaboración, los testigos e incluso frente a las personas que forman parte de los órganos de investigación. A este respecto es de señalar que gran parte de los Protocolos analizados recogen esta recomendación y garantizan que la adopción de represalias frente a las personas denunciantes será sancionada disciplinariamente, sin embargo, no son muchos los que amplían el sistema de protección a testigos y personas pertenecientes a los órganos de investigación lo que constituye una carencia notable.

Resulta evidente que de poco serviría la adopción del protocolo mas perfecto desde el punto de vista técnico si este es desconocido por sus destinatarios, por ello el Código comunitario señala que una vez elaborado el sistema de prevención y sanción del acoso *«es importante que ésta sea comunicada efectivamente a todos los trabajadores, de manera que sean conscientes de que tienen derecho a quejarse y sepan a quién deben quejarse, sean conscientes de que sus denuncias serán tratadas con prontitud e imparcialidad, y de las posibles consecuencias de todo comportamiento de acoso sexual»*. Ciertamente, la mayor parte de los Protocolos analizados insisten en el compromiso de la empresa de **garantizar el máximo conocimiento** posible de su existencia y contenido. Algunos hacen referencia a su publicación en tablones e intranet e incluso en su entrega individualizada a toda persona que sea contratada por la empresa.

Por lo que respecta al **seguimiento** de su aplicación, en aquellos supuestos en los que los Protocolos acompañan o forman parte de los Planes de Igualdad, esta función suele asignarse al mismo órgano que realiza el control de la aplicación del Plan que suele denominarse «Comisión de Igualdad» y en los caso de que exista órgano específico para la investigación, se suele asignar a este la función de seguimiento.

En lo que respecta a la **formación**, el Código señala que

Un importante medio para garantizar que no se produzca el acoso y que, si se produce, el problema sea resuelto con eficacia lo constituye la formación de los directores y supervisores. Dicha formación debería tener por objeto la identificación de los factores que contribuyen a crear un entorno laboral exento de todo acoso sexual y permitir que los participantes sean plenamente conscientes de sus responsabilidades en el marco de la política fijada por el empresario y de cualquier problema que pueda surgir.

Además, las personas que tengan algún cometido oficial en el marco del procedimiento formal de examen de la denuncia de acoso sexual deberían recibir una formación especial... También es aconsejable incluir en los correspondientes programas de iniciación y de formación, información relativa a la política del establecimiento sobre el acoso sexual y procedimientos para tratar esta cuestión.

Algunos de los protocolos analizados (no la mayoría) realizan alguna referencia a la necesidad de formación especialmente dirigida a directivos y mandos;

en los supuestos en los que el protocolo acompaña al Plan de Igualdad, la formación se suele referir a todo el conjunto normativo.

Finalmente, respecto de la esencial **función de los sindicatos en la prevención, formación, información y sensibilización** sobre la necesidad de erradicar la violencia de género en el empleo el Código señala:

El acoso sexual es una cuestión tanto sindical como empresarial. Se recomienda como práctica adecuada que los sindicatos formulen y presenten unas declaraciones claras de política sobre el acoso sexual y que tomen medidas para aumentar la sensibilización ante el problema del acoso sexual en el lugar de trabajo, a fin de ayudar a crear un ambiente en el que ni se tolere ni se pase por alto. Por ejemplo, los sindicatos podrían intentar ofrecer a todos sus directivos y representantes formación sobre temas relacionados con la igualdad de trato, incluida la manera de abordar el acoso sexual, e incluir esta información en cursos de formación patrocinados o aprobados por el sindicato, así como información sobre la política del sindicato al respecto. Los sindicatos deberían estudiar la posibilidad de declarar que el acoso sexual constituye un comportamiento indebido, y se recomienda como buena práctica que informen a sus afiliados y dirigentes sobre sus consecuencias.

Se aconseja a los sindicatos que informen a sus afiliados de su derecho a no ser acosados sexualmente en el trabajo y les proporcionen una orientación clara sobre qué hacer en caso de ser objeto de acoso sexual, incluido el asesoramiento sobre los derechos legales pertinentes.

En caso de denuncia, es importante que los sindicatos la traten con seriedad y comprensión, y que se aseguren de que la persona que la ha presentado tiene la oportunidad de ser representada si se atiende la denuncia. Es importante crear un ambiente en el que los afiliados sientan que pueden presentar dichas denuncias sabiendo que van a contar con la comprensión y el apoyo de los representantes sindicales locales. Los sindicatos podrían estudiar la posibilidad de nombrar a personas formadas al efecto para asesorar y aconsejar a los afiliados que presenten denuncias de acoso sexual y actuar en nombre de los mismos si es necesario. Esto constituirá un punto de apoyo fundamental. También es buena idea asegurarse de que haya suficientes representantes femeninos para apoyar a las mujeres objeto de acoso sexual.

Asimismo se recomienda que cuando el sindicato esté representando tanto a la persona que ha presentado la denuncia como a la persona objeto de la misma se deje claro que el sindicato no está tolerando el acoso sexual al proporcionar la representación. En cualquier caso, las dos partes no deberían estar representadas por la misma persona.

Es práctica adecuada aconsejar a los afiliados que el trabajador acosado lleve un registro de los incidentes, ya que esto le ayudará a llevar a feliz término cualquier recurso formal o informal, que el sindicato desea que se le informe de cualquier incidente de acoso sexual y que dicha información tendrá carácter confidencial. Convendría también que el sindicato controlara y revisara sus registros para contestar a las denuncias y para representar a las personas objeto de las mismas, a fin de que su respuesta sea eficaz».

Bibliografía citada

- CCNCC (Lousada Arochena, J.F. —coord.—) (2008): «El principio de igualdad en la negociación colectiva» (LOUSADA AROCHENA, J.F. —coordinador—), *Colección Informes y estudios de Relaciones Laborales*, n.º 85, Madrid.
- CES (2003): *La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres*, Madrid, 2003.
- DEFENTSORÍA PARA LA IGUALDAD DEL GOBIERNO VASCO (2009): *La igualdad de género en los convenios colectivos (Informe extraordinario)*, Vitoria.
- PÉREZ DEL RÍO, T. (2009): *La violencia de género en el ámbito laboral: El acoso sexual y el acoso sexista*. Edit. Bomarzo, Albacete.
- FERRAJOLI, L. (2002): *Derechos y garantías. La Ley del más débil* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), tercera edición. Madrid. Trotta.
- IBAÑEZ GONZÁLEZ, M., LEZAUN BARRERAS, Z., SERRANO ARGÜESO, M. y TOMÁS MARTÍNEZ, G. (2007): *Acoso sexual en el ámbito laboral: Su alcance en la C.A. de Euskadi*, Publicaciones de la Universidad de Deusto.
- PÉREZ DEL RÍO, T. (2006, 2009): «Igualdad y género en el empleo». Serie *Guías de negociación colectiva*. Edit. CARL. Actualizada tras la adopción de la LOIEMH 3/2007. CARL.
- PÉREZ DEL RÍO, T. (2010): «La violencia de género en el ámbito laboral y su tratamiento en la negociación colectiva», en AA.VV. (directora: FARALDO CABANA, C.; coordinadoras: LÓPEZ ARRANZ, A. y MILLOR ARIAS, P.): *Cuestiones actuales sobre el trabajo de la mujer y su protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- VALLEJO DACOSTA, R. (2007). «Acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora», *Relaciones Laborales*, n.º 5, pp. 15 y ss.
- VICENTE PACHÉS, F. (2007): «El acoso sexual y el acoso por razón de sexo desde la perspectiva del Derecho Internacional y del Derecho Comunitario europeo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 67, pp. 63 y ss.

Protocolos analizados

- ADIF (Transporte de viajeros)
- BIMBO, S.A.U. (alimentación)
- CARAMELO, S.A. (alimentación)
- CEEPILSA (limpieza).
- S. MIGUEL, FABRICAS DE CERVEZA Y MALTA, S.A. (alimentación)
- CESCE (Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, Compañía de Seguros y Reaseguros)
- CONTRATAS Y OBRAS EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A.
- EROSKI (grandes almacenes)
- ISS, Facility Services, S.A. (limpieza)
- GRUPO DE EMPRESAS AIR LIQUIDE
- ASISA (seguros médicos)
- BOEHRINGER (farmacéutica)
- BRIDGESTONE HISPANIA, S.A.
- BANCO CAIXA GERAL, S.A.

HIJOS DE LUIS RODRÍGUEZ, S.A. (distribución alimentaria)
SANTA BÁRBARA SISTEMAS, S.A.
BANCO DE SANTANDER
Actividades de Construcción y Servicios, S.A. Comprende, entre otras, a DRAGADOS, S.A.; TECSA, S.A.; GEOCISA, S.A.; VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A.; DRACE MEDIOAMBIENTE, S.A.; SOLUCIONES DE EDIFICACIÓN INTEGRALES Y SOSTENIBLES, S.A.; FLOTA PROYECTOS SINGULAR, S.A.; IRIDIUM CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS, S.A.; COMUNIDADES GESTIONADAS, S.A.
AUCORSA (Empresa Municipal de Autobuses de Córdoba)
AYUNTAMIENTO DE BENAVENTE
AYUNTAMIENTO DE GUAREÑA (Extremadura)
BANCO DE SABADELL
BANESTO
BANKINTER
BASF (industria química)
CETS (Consortio Extremeño de Transporte Sanitario)
COLEBEGA (Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, S.A.)
CONCELLO DE LUGO
CONSORCIO HAURRESKOLAK PARTSUERGOA (educación)
COPA SERVIPARK, S.L. (transporte sanitario)
DEUTSCHE BANK
EDITORIAL EXTREMADURA
EL CORTE INGLÉS (grandes almacenes)
EMULSA (Empresa Municipal de Servicios de Medioambiente Urbano de Gijón, S.A.)
EULEN (empresa de servicios)
GRUPO DE EMPRESAS GAMESA (energía)
FLIGHTCARE (handling)
GRUPO AXA (seguros)
GRUPO BANCO POPULAR
CEMENTOS PORTLAND VALDERRIBAS
GRUPO CHAMPION (cementos)
GRUPO CLECE (servicios)
GRUPO IBERDROLA (energía)
GRUPO ORTIZ (alimentación)
IMTECH SPAIN (producción industrial)

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE IGUALDAD POR RAZÓN DE GÉNERO EN EL MARCO DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

NORA MARÍA MARTÍNEZ YÁÑEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo

ABSTRACT

■ *No es posible hablar de la incorporación masiva de la mujer al mercado laboral sin referirse al principio de igualdad y no discriminación. Durante mucho tiempo las actuaciones y medidas adoptadas para garantizar dicho principio se centraron en la igualdad formal y en el sexo como factor distintivo. Pero desde que se toma conciencia de que muchas de las trabas que encuentra la mujer en el mercado de trabajo no provienen directamente de su sexo, sino de los roles sociales que asume en función del mismo, se abre paso la convicción de que la igualdad formal, ciega a estas circunstancias, no basta para garantizar la plena integración laboral de la mujer, por lo que hay que avanzar hacia la consecución de la igualdad material. El presente trabajo pretende examinar este cambio de perspectiva en el marco de la regulación de la seguridad y salud laboral.*

Palabras clave: Igualdad, género, prevención de riesgos laborales, salud laboral, transversalidad.

■ *Ezin dugu emakumearen laneratze masiboaz hitz egin, berdintasunaren eta be-reizkeriarik ezaren printzipioari erreferentzia egin gabe. Denbora luzez, printzipio hori bermatzeko gauzatutako ekintzek eta hartutako neurriek berdintasun forma-*

la eta sexua hartu zituzten ezaugarri bereizgarritzat. Azkenean, baina, konturatu gara emakumeek lan-merkatuan dauzkaten oztopo askok ez dutela zerikusi zuzenik sexuarekin, sexu horren arabera beren gain hartzen dituzten eginkizun sozialekin baizik. Horretaz jabetzean, ideia hau sortu da: berdintasun formala (egoera horiek aintzat hartzen ez dituen) ez da nahikoa emakumearen erabateko laneratzea bermatzeko, eta, hortaz, berdintasun materiala lortzeko bidean egin behar dugu aurrera. Lan honen xedea ikuskera-aldaketa horrek laneko segurtasunaren eta osasunaren erregulazioaren baitan izan duen isla aztertzea da.

Gako-hitzak: berdintasuna, generoa, laneko arriskuen prebentzioa, laneko osasuna, zeharkakotasuna.

■ *It is not possible to speak of mass incorporation of women into the job market without referring to the principle of equality and non-discrimination. For a long time now, courses of action and measures taken to guarantee this principle have focused on formal equality and on gender as a distinctive factor. Yet since awareness was first raised of the fact that many of the obstacles facing women on the job market are not a direct result of their gender, but rather, of the social roles they assume according to it, the way has been paved for the conviction that formal equality—blind to these circumstances—is not enough for the purpose of ensuring women's full incorporation into the job market, meaning there is a need to make advances towards achieving material equality. This work attempts to examine this change of perspective within the framework of regulations governing health and safety at work.*

Key words: equality, gender, prevention of risks at work, health at work, mainstreaming.

I. El impulso europeo al principio de transversalidad en las normas sobre seguridad y salud en el trabajo¹

1. Igualdad, diversidad por razón de sexo y salud

Desde hace décadas la Unión Europea —antes Comunidad Europea— lucha por alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, incluido el laboral. La relevancia de este principio se percibe ya en las primeras disposiciones del actual Tratado de la Unión Europea, pues el artículo 2 incluye la igualdad por razón de sexo entre los valores sobre los que se fundamenta la Unión, y el artículo 3.2 declara que ésta combatirá la exclusión social y la discriminación, y fomentará la igualdad entre mujeres y hombres.

A modo de reflejo y desarrollo de estas manifestaciones, el artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea refuerza el principio de igualdad confiriéndole carácter transversal, de manera 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».

El principio de transversalidad ya había sido recogido en las Directivas comunitarias sobre igualdad de sexo², quedando plasmado finalmente en el artículo 29 de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que refunde todas las anteriores. A tenor del mismo, «los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mu-

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación *Conciliación y empleo: instrumentos para la inserción y tutela de los trabajadores con responsabilidades familiares*, subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

² Su primera formulación normativa fue consecuencia de la reforma operada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, en la Directiva 76/207/CEE, de 9 febrero, 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. Así, a partir del año 2002 el principio de transversalidad se enuncia en el artículo 1.1.*bis* de esta última.

En todo caso, el origen conceptual del principio de transversalidad se remonta al Informe anual de la Comisión, «Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión Europea, 1998», de 5 de marzo, COM (1999) 106 final.

jeros al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en la presente Directiva».

En este contexto de igualdad y transversalidad la Unión Europea ha tomado conciencia de que la salud de las mujeres y de los hombres no reacciona de la misma manera ante idénticos estímulos externos. Ello es debido a ciertas diferencias biológicas entre los sexos, pero también a los diversos estilos de vida que cada persona asume en función de su género. A pesar de ello, la mayoría de las actividades sanitarias —investigaciones, experimentos, estadísticas, protocolos sanitarios de atención al paciente y tratamientos médicos— no ha tenido en cuenta de manera suficiente el factor sexo, asumiendo un punto de vista aparentemente neutral que sin embargo suele perjudicar a las mujeres.

Esta circunstancia exige que los estudios relativos a la salud, así como las actividades relacionadas con la prevención, detección y tratamiento de las patologías, tengan en cuenta las diferencias derivadas directa o indirectamente del sexo de las personas.

Así lo puso de manifiesto el Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010³. Bajo el título «Reconocer la dimensión de género en el ámbito sanitario», el apartado 1.5 de dicho Plan subraya que las mujeres y los hombres se enfrentan a riesgos sanitarios, enfermedades, problemas y prácticas específicos que repercuten de forma diferente sobre su salud, y sin embargo, la investigación médica y muchas normas de seguridad y sanidad se centran más en los hombres y en los sectores predominantemente masculinos. Para rectificar esta perspectiva, que ofrece un conocimiento sesgado de la realidad, se propone la mejora de los análisis, a fin de disponer de más estadísticas e indicadores, y se reclama la modernización en este sentido de los servicios sociales, sanitarios y de asistencia.

Más recientemente, la Comisión ha vuelto a insistir en esta línea de actuación a través de la Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015⁴. En ella se señala una vez más que las mujeres y los hombres se enfrentan con riesgos sanitarios y enfermedades específicos que es preciso abordar adecuadamente en la investigación médica y en los servicios de salud, y se propone la redacción de un informe centrado en la salud de los varones en la Unión Europea, tras la elaboración en 2009 de un informe sobre la salud de las mujeres. A través de estas investigaciones, recientemente concluidas, se está propiciando un

³ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 1 de marzo de 2006, COM(2006) 92 final.

⁴ Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 21 de septiembre de 2010, COM (2010) 491 final.

acercamiento a los problemas de salud que sufren las personas con un enfoque diferenciado en función de su sexo⁵.

Bajo el impulso de la Unión Europea, en España también se percibe el ánimo de introducir la perspectiva de género en las actividades desarrolladas por el sistema público de salud. A tales efectos, el artículo 27 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres —en adelante, LOI— estableció diversos compromisos para las Administraciones Públicas competentes en materia de salud. Y en concordancia con ello, la Disposición Adicional 8.ª LOI reformó algunos puntos de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, para reclamar la consideración de la perspectiva de género en la atención a la salud y en los estudios y estadísticas sanitarias. Asimismo, este deseo se ha plasmado de forma ostensible en el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2008-2011), uno de cuyos ejes de actuación es precisamente la salud de la mujer, y al cual se han asociado diversos objetivos y propuestas, algunos de los cuales hacen referencia a la salud laboral.

2. La incidencia del sexo y del género sobre la salud laboral

Como es obvio, la necesidad de abordar los problemas de salud desde una perspectiva atenta a las diferencias por razón de sexo y género no ha de restringirse al ámbito sanitario o a los servicios sociales, sino que también debe impregnar las actuaciones sobre seguridad y salud en el trabajo.

Aunque las condiciones de empleo sean aparentemente las mismas para hombres y mujeres, su repercusión sobre la salud de los trabajadores puede ser distinta en función de su sexo. Los factores que propician este resultado son tanto de tipo biológico como social, derivando en este caso de los roles de género asumidos⁶.

Desde un punto de vista fisiológico, las diferencias relativas a la función reproductiva constituyen el aspecto más visible de las dispares necesidades de protección de la salud experimentadas por hombres y mujeres. En mayor o menor medida todos los ordenamientos del mundo contemplan condiciones laborales específicas para la maternidad, comprendiendo ésta el embarazo, parto, puerperio y lactancia. Durante dichos periodos la mujer se torna vulnerable a ciertos riesgos que no son significativos para el resto de los trabajadores y trabajadoras, convirtiéndose en destinataria de medidas de prevención y protección adecuadas

⁵ El informe relativo a la salud de la mujer es *Data and Information on Women's Health in European Union* (2009), disponible en http://ec.europa.eu/health/population_groups/docs/women_report_en.pdf. Por su parte, el informe sobre la salud de los hombres lleva por título *The State of Men's Health in Europe* (2011), y se encuentra disponible en http://ec.europa.eu/health/population_groups/docs/men_health_report_en.pdf.

⁶ Pérez del Río, T. y Ballester Pastor, M.A. (2000), pp. 69-97, Rivas Vallejo, P. (2007), pp. 29-36, y Martín Hernández, M.L. (2010-II), pp. 21-26, 31-34.

a su estado. Pero, dejando de lado la maternidad, la potencialidad de la función reproductora de la mujer puede verse afectada por riesgos distintos a los que amenazan la salud reproductiva de los hombres⁷, o bien los mismos riesgos pueden tener consecuencias distintas para ambos⁸.

Por otro lado, las diferencias fisiológicas, genéticas u hormonales propician que las mujeres sean propensas a sufrir ciertas patologías cuyo impacto entre los varones es mucho menor. Sin ánimo de exhaustividad, puede mencionarse el cáncer de mama, la osteoporosis, problemas circulatorios en las extremidades inferiores, migrañas, fibromialgia, o sensibilidad química múltiple. Esa propensión a veces se ve potenciada por riesgos presentes en el trabajo.

Con todo, las mayores diferencias relativas a la salud laboral de mujeres y hombres se derivan de los roles socialmente atribuidos a cada uno de los sexos. En líneas generales los hombres y las mujeres dedican su tiempo productivo y de vida a actividades divergentes, ocupan posiciones sociales distintas tanto en el plano laboral como en los demás, y no participan en la misma medida en las actividades de la sociedad. Todo ello redundando en último término en un diverso impacto de su estilo de vida sobre su salud laboral.

Uno de los factores que contribuyen a este resultado es la marcada segmentación vertical y horizontal del mercado laboral, que, lejos de reducirse, parece

⁷ Pérez Del Río, T. y Ballester Pastor, M.A. (2000), p. 4. Sobre la vinculación de ciertas condiciones laborales con trastornos menstruales, infertilidad o aparición temprana de la menopausia, y la comparación de los factores que afectan a la salud reproductiva de hombres y mujeres, véase el estudio de la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, *Las cuestiones de género en relación con la Seguridad y Salud en el trabajo. Revisión*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo (2006), 89-96.

⁸ A título de ejemplo, el uso laboral de materiales que contienen alteradores endocrinos comporta diferentes riesgos para mujeres y varones. Aparte de que estas sustancias parecen perjudicar en mayor medida la salud de las mujeres, algunas de las patologías que producen son típicamente femeninas, como cáncer de mama, endometriosis, modificaciones del ciclo menstrual, de la edad de menarquia y menopausia, o reducción de la fertilidad. La Nota Técnica número 758 del Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo —en adelante, INSHT— sobre la exposición laboral a estas sustancias, señala que «la especificidad vinculada al sexo viene referida a los factores biológicos diferenciales, como son el diferente contenido de grasa (la mayoría de los alteradores endocrinos son liposolubles), el diferente y complejo equilibrio hormonal de las mujeres, quienes pasan por distintas etapas (embarazo, lactancia, menopausia, ciclos menstruales) a lo largo de su vida, e incluso la diferencia en los procesos de detoxificación. A pesar de ello los estudios toxicológicos se han centrado en poblaciones trabajadoras compuestas mayoritariamente por hombres, concentrándose las investigaciones en profesiones predominantemente masculinas, con los problemas que se derivan en la extrapolación de resultados (...) Por otro lado también hay que tener en cuenta las especificidades vinculadas al género, entendido como construcción social: determinados puestos o tareas se desempeñan de forma mayoritaria por mujeres, por ejemplo en el sector de la limpieza con sospecha de presencia de alteradores endocrinos en un amplio número de productos». Dadas estas circunstancias, la Nota Técnica insiste en la importancia de la vigilancia de la salud, y de que ésta incluya preguntas sobre la regularidad del ciclo menstrual y análisis hormonales.

afianzarse con el paso del tiempo, incluso en las sociedades occidentales más beligerantes con las discriminaciones por razón de género⁹.

Los datos más recientes insisten en revelar que el empleo de la mujer se concentra en sectores tradicionalmente feminizados, y que su penetración en los sectores masculinizados es poco significativa. Los servicios, el comercio, las actividades sanitarias y de servicios sociales, la educación, la hostelería y la Administración Pública siguen aglutinando la mayor parte del empleo femenino, que mantienen bajos perfiles en la agricultura, el transporte, la industria y la construcción¹⁰. Esta circunstancia permite hablar de riesgos con mayor impacto en las mujeres o en los hombres, y de diferentes patrones de accidente y enfermedad profesional para ambos¹¹.

Teniendo en cuenta las características del trabajo que por lo general desempeñan, es común que los hombres sufran más accidentes laborales súbitos con consecuencias graves o mortales, mientras que las mujeres tienen más probabilidades de padecer problemas de salud relacionados con el trabajo que se prolongan y agravan a lo largo del tiempo. Por ejemplo, los trastornos musculoesqueléticos, en especial de las extremidades superiores, tienen una importante incidencia en el colectivo femenino, pues muchos de los trabajos realizados por mujeres requieren posturas forzadas, consisten en tareas monótonas y repetitivas, en manipulación de cargas o implican un esfuerzo físico importante derivado de posiciones estáticas, como la bipedestación prolongada¹². Piénsese al respecto en los trabajos que normalmente desempeñan las mujeres en la hostelería, el sector sanitario, la educación infantil, la atención a la dependencia, o el comercio.

⁹ Véanse las estadísticas sobre segregación ocupacional en la Unión Europea incluidas en el estudio de la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, *Risk and Trends in the Safety and Health of Women at Work* (2011), 11-13.

¹⁰ El Informe de la Secretaría de Estado de Empleo, *La situación de las mujeres en el mercado de trabajo 2010*, Ministerio de Trabajo e Inmigración (2011) muestra una evidente segmentación por sexos en el mercado laboral. Así, la mayor parte de las mujeres activas se encuadra en el sector servicios, donde en el año 2010 alcanzaron el 54,2% de los trabajadores. En cambio, en el sector de la agricultura la tasa de ocupación femenina era de un 28,7%, en el sector de la industria del 25% y en el sector de la construcción tan sólo del 7%. Por ramas de actividad, dentro del sector servicios los mayores niveles de empleo femenino se dan en el comercio y en las actividades sanitarias y de servicios sociales, seguidas por la educación, la hostelería y la Administración Pública.

¹¹ Según un reciente estudio de la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, los accidentes laborales que sufren las mujeres también suelen ser de signo distinto a los que sufren los hombres, consistiendo por regla general en resbalones, tropezones, caídas desde escasa o media altura y accidentes relacionados con equipos de trabajo de oficina y contacto con seres humanos. Estas diferencias vienen dadas por la segregación ocupacional (*Risk and Trends in the Safety and Health of Women at Work*, cit., 15-17).

¹² Pérez del Río, T. y Ballester Pastor, M.A. (2000), pp. 76, 77, y Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, *Las cuestiones de género en relación con la Seguridad y Salud en el trabajo. Revisión*, cit., 45-51. Las Notas Técnicas del INSHT números 657 y 658 sobre «Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres: exposición y efectos diferenciales», son un ejemplo de cómo es posible adoptar una perspectiva de género en cuanto al análisis de los riesgos laborales.

La menor visibilidad de los agentes que dañan la salud de las mujeres, y el hecho de que sus consecuencias inmediatas casi nunca sean mortales, pueden haber contribuido a su subestimación en la prevención de riesgos laborales, que tradicionalmente ha girado en torno a la seguridad industrial, la higiene en el trabajo y la medicina del trabajo, orientadas todas ellas hacia la prevención de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, en su mayoría también de signo masculino. Sólo en los últimos años, con el crecimiento del sector servicios, la ergonomía, que aglutina buena parte de los riesgos que afectan a los trabajos feminizados, se ha abierto paso como la cuarta rama de la prevención de riesgos. Gracias ello, poco a poco se está tomando conciencia de que los gestos repetitivos que implican un ligero uso de la fuerza física pueden producir un desgaste igual o superior que el uso más intenso de ésta de una sola vez, característico en ciertos trabajos masculinizados; y de que es preciso evaluar el esfuerzo muscular estático que se ejerce cuando se adoptan posturas que no exigen demasiados movimientos, como por ejemplo, la de mantenerse de pie. A pesar de todo, estas cuestiones siguen ocupando un discreto segundo plano en el conjunto de la prevención de riesgos laborales.

Otra fuente de riesgos sobre la salud laboral asociada con roles de género es la asunción por parte de las mujeres de mayores responsabilidades domésticas y familiares. Ello determina un incremento en la carga global de trabajo e influye en la aparición de cansancio prolongado, fatiga o estrés laboral. No en vano las investigaciones demuestran que las mujeres son por lo común más vulnerables que los hombres a los riesgos de tipo psicológico, especialmente al estrés y la depresión, y en menor medida al *burnout*¹³. Las consecuencias para la salud de estos cuadros son la aparición de enfermedades coronarias, hipertensión, alteraciones del sueño, debilitamiento del sistema inmunológico, dependencia de drogas o sustancias farmacológicas, entre otros.

Por otro lado, las mujeres conforman un colectivo diana para los diferentes tipos de acoso, siendo este riesgo cada vez mayor¹⁴. Las víctimas del acoso sexual son por regla general mujeres, pero también hay que destacar el acoso por razón de género, derivado de los prejuicios sociales que subsisten acerca de las actitudes personales, familiares y laborales atribuidas al sexo femenino. Así, esta clase de acoso suele desencadenarse cuando una mujer ocupa un puesto de trabajo o desempeña una tarea tradicionalmente atribuida a los hombres. Además, la ocupación femenina de puestos en los que el trabajo se lleva a cabo de cara al público incrementa la probabilidad de sufrir conductas propias de ambos tipos de acoso, o de ser objeto de violencia ejercida por los clientes o

¹³ Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, *Las cuestiones de género en relación con la Seguridad y Salud en el trabajo. Revisión*, cit., 10, 11, 39-118.

¹⁴ Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, *Risk and Trends in the Safety and Health of Women at Work*, cit., 19-21.

usuarios de los servicios prestados. Estas situaciones pueden llegar a ser muy comunes en la hostelería, la educación, los servicios de salud o los servicios sociales¹⁵.

En cuanto al acoso moral, las mujeres también se ven afectadas en gran medida por él, al ocupar la mayor parte de los puestos de trabajo básicos o intermedios en el sector público, donde es superior la incidencia del hostigamiento.

Para concluir, hay que dejar constancia de que el resto de las desigualdades que afectan a la posición de la mujer en el mercado de trabajo pueden perjudicar su salud laboral. La discriminación salarial, la menor proyección de la carrera profesional de las mujeres, su confinamiento en el trabajo a tiempo parcial o en puestos con menores responsabilidades y menor capacidad de autogestión, pueden determinar la aparición de situaciones de insatisfacción laboral que degeneren en estrés y depresión¹⁶. La excesiva temporalidad a la que se ven sujetas muchas mujeres aumenta la presión para demostrar constantemente los méritos y las capacidades, tarea que resulta aún más difícil cuando se proyectan en el trabajo estereotipos de género o cuando hay necesidades acuciantes de conciliar vida familiar y vida laboral. Y, a su vez, el trabajo temporal y precario, así como la ocupación de puestos de trabajo subordinados, de rango básico o intermedio, es una condición idónea para la proliferación de conductas de chantaje sexual¹⁷.

Todo ello pone de relieve la necesidad de integrar el enfoque de sexo/género en todas las actuaciones relativas a la prevención de riesgos laborales, ya que un punto de vista aparentemente neutro pasa por alto las circunstancias descritas, contribuyendo a perpetuar la invisibilidad de los problemas de salud laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres. La no consideración e infravaloración de estos riesgos durante décadas ha determinado una mayor desprotección de la seguridad y salud laboral de la mujer que es preciso corregir cuanto antes.

3. Políticas europeas dirigidas a integrar el principio de igualdad en la seguridad y salud en el trabajo

La situación que se ha relatado ha propiciado la firme decisión de la Unión Europea de incluir el principio de transversalidad en el diseño de las políticas so-

¹⁵ Véase el informe de la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, *Workplace Violence and Harassment: a European Picture*, Publications Office of the European Union (2010), en el que se pone de manifiesto que el sexo, junto con otros elementos, como el tipo de ocupación y el sector, en un factor de riesgo respecto a la aparición de las diversas conductas de violencia y acoso.

¹⁶ Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, *Las cuestiones de género en relación con la Seguridad y Salud en el trabajo. Revisión*, cit., 55, 56, 60.

¹⁷ Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, *Risk and Trends in the Safety and Health of Women at Work*, cit., 35.

bre seguridad y salud laboral. Así se hizo evidente por primera vez en la Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad (2002-2006)¹⁸. Los ambiciosos objetivos de la Estrategia de Lisboa, iniciada dos años antes, de incrementar la participación femenina en el mercado de trabajo y propiciar el envejecimiento activo exigían, entre otras actuaciones, una mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo de las mujeres, a fin de ampliar sus posibilidades de entrada y mantenimiento en el mercado laboral. A este respecto, la Estrategia de Seguridad y Salud proponía integrar el enfoque de género en el diseño de las medidas preventivas, los mecanismos de medición y las normas relativas al pago de indemnizaciones, teniendo en cuenta los riesgos frente a los que las mujeres son particularmente sensibles. Pero para llevar a cabo todas estas actuaciones se hacía preciso atender a las diferencias fisiológicas y psicológicas en todo lo relativo a la organización del trabajo, así como en los aspectos ergonómicos y de exposición a agentes físicos, químicos y biológicos¹⁹.

La tendencia a introducir el principio de igualdad por razón de sexo en la esfera de la seguridad y salud en el trabajo se mantiene en la Estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)²⁰. Pero hay que subrayar que su presencia en este documento es significativamente menor que en el primero, pues las referencias a la igualdad se encuentran confinadas en los apartados introductorios, sin que se hayan plasmado con claridad dentro de los objetivos de la Estrategia²¹.

Por su parte, la Estrategia para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (2010-2015)²², también expone la necesidad de superar las diferencias originadas en

¹⁸ Comunicación de la Comisión «Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad (2002-2006)», de 11 de marzo de 2002, COM (2002) 118 final.

¹⁹ Apartados 2.1.1 y 3.1.

²⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, «Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)», de 21 de febrero de 2007, COM (2007) 62 final.

²¹ El apartado 2, en el que se recogen los principales retos en materia de seguridad y salud en el trabajo, se limita a señalar que «la participación de las mujeres en el empleo sigue aumentando, y en muchos casos va acompañada de una segregación entre los sexos en el mercado laboral. Por consiguiente, es preciso tener más en cuenta los aspectos de salud y seguridad específicos de las mujeres». Y, entre los objetivos de la Estrategia, únicamente en el apartado 5.3, referido a los cambios sociales y demográficos, se prevé que la Agencia Europea, a través de su Observatorio de riesgos, elabore un análisis de los retos específicos que plantea, en materia de salud y seguridad, una mayor integración de las mujeres, los inmigrantes, los trabajadores más jóvenes y los de más edad, a fin de facilitar la identificación y el seguimiento de las tendencias y de los nuevos riesgos, así como la articulación de medidas para hacerles frente.

²² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 21 de septiembre de 2010, COM (2010) 491 final.

los roles tradicionalmente atribuidos a cada uno de los sexos, y que afectan a la salud laboral²³.

Pese a la reiteración y claridad de todas estas declaraciones políticas a favor de la aplicación del principio de transversalidad en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, su presencia es nula en la normativa europea sobre esta materia. El principio de igualdad formal ha presidido de forma invariable la elaboración de las numerosas Directivas sobre seguridad y salud en el trabajo, que contienen disposiciones comunes para todos los trabajadores, ajenas a las diferencias materiales que puedan existir en la práctica. Lo curioso es que esta tendencia no se ha alterado en los últimos años, de modo que las Directivas más recientes sobre seguridad y salud en el trabajo siguen formulándose en términos neutros, lo que sin duda dificulta la efectividad del principio de transversalidad. El único cambio significativo se refleja en el artículo 1 de la Directiva 2007/30/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, por la que se modifica la Directiva 89/391/CEE del Consejo, sus directivas específicas y las Directivas 83/477/CEE, 91/383/CEE, 92/29/CEE y 94/33/CE del Consejo, a fin de simplificar y racionalizar los informes sobre su aplicación práctica. Dicho precepto inserta en la Directiva 89/391/CEE un nuevo artículo 17 *bis*, en el que se establece la obligación de los Estados miembros de presentar cada cinco años a la Comisión un informe sobre la aplicación de varias Directivas de seguridad y salud en el trabajo en el que han de aparecer los datos desglosados por género, aunque sólo «cuando se disponga de los mismos y resulte procedente».

En todo caso, frente al decepcionante panorama legislativo, hay que oponer la voluntad política bien definida de operar cambios a favor de una mayor seguridad y salud de las mujeres en el trabajo; voluntad que los Estados ineludiblemente tendrán que tener presente a la hora de diseñar políticas y medidas legislativas²⁴. Una vez más, los instrumentos europeos de *soft law* pueden ejercer sobre los Estados una influencia tanto o más decisiva que las tradicionales herramientas de *hard law*.

II. La integración del principio de igualdad por razón de sexo/género en el sistema jurídico español de prevención de riesgos laborales

1. Un cambio de perspectiva auspiciado por la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres

La integración del principio de transversalidad en el sistema español de prevención de riesgos laborales ha sido obra de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de

²³ Apartado 6.1.

²⁴ Llano Sánchez, M. (2008), p. 110.

marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres. Para empezar, su artículo 4 enuncia con carácter general dicho principio, disponiendo que la igualdad de trato es un principio informador del ordenamiento jurídico conforme al cual han de aplicarse e interpretarse las normas. Esta disposición cambia la lectura de todas las normas jurídicas de nuestro sistema, entre ellas la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que debe ser reinterpretada en clave de género. Pero además, es preciso señalar otras dos cuestiones a través de las cuales la Ley Orgánica de Igualdad impulsa de forma específica la integración de la perspectiva de género en la prevención de riesgos.

La primera de ellas es el tratamiento preventivo del acoso sexual y por razón de sexo. A lo largo de su articulado la Ley Orgánica de Igualdad ha prestado una amplia atención a estas dos formas de acoso, tratando de esclarecer sus conceptos, así como su tutela laboral y procesal. Pero también ha hecho hincapié en la consideración de tales acosos como riesgos laborales. Así lo pone de manifiesto el artículo 27.3.c), que obliga a las Administraciones Públicas a considerar, dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Además, el artículo 48 enuncia una serie de medidas para prevenir estas conductas que habrán de ser tenidas en cuenta en la planificación de la actividad preventiva, pese a que la citada disposición no se refiere al Plan de prevención de riesgos sino al Plan de igualdad.

La segunda ocasión en la que se hace patente el deseo de la Ley Orgánica de Igualdad de integrar el principio de transversalidad en la prevención de riesgos laborales tiene lugar en la Disposición Adicional 12.^a.1.

Dicha disposición completó los objetivos de la política sobre prevención de riesgos laborales añadiendo un significativo párrafo cuarto al artículo 5 LPRL. En él se establece la obligación de las Administraciones Públicas de promover la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, considerando las variables relacionadas con el sexo en los sistemas de recogida y tratamiento de datos, así 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 estar vinculados con el sexo de los trabajadores.

Esta previsión tiene una gran relevancia, pues el avance normativo y práctico en prevención de riesgos laborales depende de la información previa que aporten estudios científicos y estadísticos sobre la seguridad y salud de los trabajadores. Y una de las circunstancias que ha contribuido a lastrar la protección de la seguridad y salud en el trabajo de las mujeres ha sido y es la falta de estudios científicos y estadísticos suficientes que permitan detectar las áreas en las que es necesario intervenir y cómo ha de llevarse a cabo esa intervención²⁵.

²⁵ Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, *Risks and Trends in the Safety and Health of women at work*, cit., 33.

Por otro lado, aunque los destinatarios de la norma son los poderes públicos, el artículo afecta de manera muy directa a los empresarios, pues para que la Administración pueda poner en práctica dicha obligación legal, será necesario que las empresas le faciliten los datos desagregados por sexos, lo cual les obligará a su vez a tener en cuenta esta variable de forma diferenciada en la gestión interna de su sistema de prevención²⁶.

Pero además, se pretende que los análisis estadísticos y científicos promovidos por las instituciones públicas contribuyan a determinar cómo se puede integrar la perspectiva de sexo/género en las actuaciones relacionadas con la prevención de riesgos laborales, desde la evaluación de los riesgos hasta el diseño de los equipos de protección individual, pasando por la adopción de las medidas que conforman la planificación de la actividad preventiva. A este respecto, hay que recordar que uno de los principios que rigen la actividad preventiva consiste precisamente en tener en cuenta la evolución de la técnica —artículo 15.1.e) LPRL—, de modo que si se producen avances científicos y técnicos a favor de una mejor integración de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales, el empresario deberá incorporarlos a la gestión de su sistema preventivo.

Poco después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Igualdad se aprobó la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012, que recoge la Estrategia Europea y la adapta al plano nacional. Partiendo de ahí, era de esperar que la Estrategia Española incidiese en el principio de transversalidad, como garantía de la igualdad por razón de sexo y género. Y así es, ya que el apartado 4, relativo a la necesidad de desarrollar y consolidar la cultura de la prevención, indica que las políticas públicas sobre seguridad y salud en el trabajo deberán tomar en consideración determinadas variables relativas a los colectivos a los que se dirigen, como la edad, el género, la migración o la discapacidad. No obstante, esta declaración de intenciones es la única referencia expresa a la seguridad y salud de la mujer que contiene la Estrategia, lo cual resulta bastante escaso.

Por otro lado, la Estrategia española se dirige fundamentalmente a la prevención de la siniestralidad laboral, dentro de la que se engloban los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales que causan la muerte o graves perjuicios para la salud. Aunque se trata sin duda de una lacra que exige los esfuerzos de sociedad y poderes públicos para su erradicación, el hecho de que la mayor parte de la atención y los recursos se centren en esta faceta de la prevención de riesgos lleva a descuidar otros aspectos de seguridad y salud laboral que afectan en mayor medida a las mujeres, como ya se ha dicho. Por desgracia, la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012 constituye un ejemplo de cómo una norma neutra puede resultar poco beneficiosa para el sexo femenino.

²⁶ Ferradans Caramés, C. (2011), p. 153.

En cambio, es más rico en previsiones sobre salud laboral de la mujer el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2008-2011). En consonancia con la Ley Orgánica de Igualdad, el Plan incluye entre sus actuaciones específicas fomentar que los sistemas de información en salud laboral recojan sistemáticamente información desagregada por sexo, contemplando asimismo las consecuencias para la salud que se derivan de las condiciones en las que se desarrolla el trabajo doméstico, la doble jornada y la dedicación a cuidados informales. También se prevé revisar, junto con el Ministerio de Trabajo, las organizaciones sindicales y otros agentes implicados, los aspectos de salud laboral desde el enfoque de género, en especial los instrumentos para la evaluación de riesgos y la lista de enfermedades profesionales. Por último, se plasma el compromiso de potenciar medidas que aborden los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales que se manifiestan de manera exclusiva o tienen alta prevalencia en mujeres, con la finalidad de detectar y de prevenir sus causas. Y se subraya la necesidad de considerar dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral el acoso sexual y el acoso por razón de sexo²⁷.

La diferente consideración de la seguridad y salud en el trabajo del sexo femenino en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012 y en el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2008-2011) revela una falta de armonización y coordinación entre las políticas de igualdad y de prevención de riesgos laborales que no favorece el objetivo de alcanzar mayores índices de seguridad laboral para las mujeres. Por consiguiente, es precisa una mayor cohesión entre las actuaciones políticas que se lleven a cabo en estos dos ámbitos.

2. La integración de la perspectiva de sexo/género en las normas sobre prevención de riesgos laborales: dificultades y tribulaciones

A. *La neutralidad de la normativa española sobre prevención de riesgos laborales*

De modo similar a lo que sucede en el ámbito de la Unión Europea, las declaraciones de intenciones políticas relativas a la integración de la perspectiva de sexo/género en la prevención de riesgos no se reflejan en la normativa de seguridad y salud en el trabajo, cuyas disposiciones siguen estando formuladas de manera neutra.

La única excepción es la circunstancia de la maternidad, que sí ha sido contemplada de forma específica por el artículo 26 LPRL y normas concordantes del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley General de la Seguridad Social. Por lo demás, otros aspectos fisiológicos, como la predisposición a padecer cier-

²⁷ Objetivos 1.5, 2.9 y 3.8 del Eje 7, sobre Salud.

tas patologías en función del sexo o la diferente complexión física de mujeres y hombres no han hallado reflejo en las normas jurídicas sobre prevención de riesgos, aunque sí en algunas normas técnicas²⁸.

La neutralidad que caracteriza al sistema jurídico español tiene una explicación histórica clara, y es que cuando la mujer comenzó a incorporarse al mercado de trabajo, se dictaron normas que tuvieron en cuenta pretendidas diferencias por razón de sexo/género para reforzar la protección dispensada a las trabajadoras. Se trataba de normas de corte paternalista, que impedían a la mujer la realización de ciertos trabajos con el fin de proteger la función femenina de reproducción, pero también de reservar a los varones los puestos de trabajo que en determinados sectores estaban asumiendo cada vez más las mujeres, a causa de su menor coste laboral. En definitiva, las premisas ideológicas de dicha legislación supuestamente protectora eran el carácter secundario y marginal del trabajo femenino, así como la debilidad física y moral de la mujer trabajadora²⁹.

En ese orden de cosas, tener en cuenta las diferencias —o presuntas diferencias— derivadas del sexo contribuía a profundizar en la desigualdad por ra-

²⁸ En las normas técnicas elaboradas por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo para orientar la evaluación de riesgos y el resto de la planificación de la actividad preventiva se puede encontrar alguna referencia al sexo de los trabajadores, si bien en contadas ocasiones. Por ejemplo, mientras el Real Decreto 487/1997, de 14 de abril, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores, no menciona en absoluto el sexo de los trabajadores, la La Guía Técnica del INSHT para la evaluación y prevención de los riesgos originados por manipulación manual de cargas (2003), fija el peso máximo que pueden llevar los hombres sin riesgo para su salud en veinticinco kilos, y el que pueden llevar las mujeres en quince kilos, aunque advierte que se trata de una generalización susceptible de múltiples excepciones. La medida de seguridad sugerida por la Guía a las empresas consiste en disponer que el peso máximo para transportar sean quince kilos, con independencia del sexo de los trabajadores, de forma que todos quedarían protegidos. Pero, al margen de esta observación, en la que se toma el sexo como factor diferencial, es evidente que la guía ha sido elaborada para un trabajador masculino del sector industrial, sin que se haya tenido suficientemente en cuenta el esfuerzo físico que tiene que llevarse a cabo en otras actividades feminizadas, como las de sanidad y cuidado, que exigen que el trabajador mueva a la persona que atiende y cuyo peso en la mayoría de los supuestos sobrepasa los quince kilos. Además, en este tipo de trabajos no resulta sencillo adoptar las posturas para el levantamiento recomendadas en la guía.

En otras ocasiones son las Notas Técnicas del INSHT las que incorporan alguna referencia muy parca acerca del sexo de los trabajadores. Entre ellas hay que citar la Nota Técnica núm. 175, sobre «Evaluación de las condiciones de trabajo: el método L.E.S.T.», en la que se presta atención a las condiciones laborales que afectan en mayor medida a las mujeres, siendo además el sexo de las personas uno de los indicadores que habrá que tener en cuenta al interpretar los resultados. O bien las Notas Técnicas 487, sobre «Neurotoxicidad: agentes neurotóxicos», y 450, sobre «Factores Psicosociales: fases para su evaluación», en las que también se señala que el sexo es uno de los elementos a tener en cuenta para valorar los riesgos y la repercusión de los mismos sobre la salud, sin ir más allá de esta mera referencia.

²⁹ Valdés Dal-Ré, F. (2009), 297.

zón de género. Como ejemplo de ello baste citar la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, o del trabajo en el interior de las minas³⁰.

Como reacción frente al criterio proteccionista que reforzaba la discriminación por razón de sexo/género, se optó por la perspectiva neutra que todavía está presente en la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Sin embargo, en los últimos años se ha tomado conciencia de que tal neutralidad, garante de la igualdad formal, no es suficiente para alcanzar la igualdad material entre mujeres y hombres, ya que la regulación aparentemente inocua de ciertas condiciones de trabajo puede tener un impacto distinto sobre la salud de los trabajadores en función de su sexo. Por consiguiente, la neutralidad de la legislación sobre prevención de riesgos laborales puede ser tan perjudicial para la igualdad por razón de sexo como la vieja normativa proteccionista.

La comprobación de las deficiencias del enfoque neutral en materia preventiva ha hecho sentir de nuevo la necesidad de tomar el sexo como factor relevante. Pero, lógicamente, esa necesidad no puede ser satisfecha de la misma forma que en el pasado.

La integración de la perspectiva de igualdad por razón de sexo en la normativa sobre prevención de riesgos laborales debe llevarse a cabo con sumo cuidado, pues una incorrecta implementación de este objetivo puede producir efectos inversos. Por un lado, podría darse un efecto *boomerang* consistente en el rechazo a la contratación de trabajadoras, si resultan más costosas desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales. Y, por otro lado, podría suceder que las medidas articuladas con la finalidad de mejorar la seguridad y salud laboral de las trabajadoras, tiendan a perpetuar los roles atribuidos a su sexo, contribuyendo de esta forma al mantenimiento de las desigualdades.

³⁰ La Organización Internacional del Trabajo incidió a través de varios Convenios en la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en las denominadas empresas industriales. El primero de ellos fue el Convenio n.º 4 OIT, de 1919, relativo al trabajo nocturno de las mujeres, revisado por el Convenio n.º 41 OIT, de 1934, con el mismo título. A su vez, éste fue revisado por el Convenio n.º 89 OIT, de 1948, relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria, al que finalmente se añadió el Protocolo de 1990, mediante el que se permiten excepciones a las prohibiciones. Aunque los citados Convenios fueron objeto de numerosas ratificaciones, en época más reciente se ha producido una auténtica lluvia de denuncias, de modo que más de un tercio de los Estados que los ratificaron hoy los han denunciado.

Por lo que respecta al trabajo en las minas, el Convenio n.º 45 OIT, de 1935, relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas, prohibía a las mujeres desarrollar actividades laborales en el interior de las minas, aunque preveía la posibilidad de que los Estados miembros estableciesen excepciones en diversas circunstancias.

En España el trabajo femenino en el interior de las minas fue prohibido por el Reglamento de Policía Minera de 15 de julio de 1897, y el trabajo nocturno por la Ley de 11 de julio de 1912. Dichas prohibiciones se mantuvieron hasta las últimas décadas del siglo xx. Sobre estas cuestiones véase Valdés Dal-Ré, F. (2009), pp. 275-310, y López Rubia, E. (2010), pp. 41-81.

Ante este panorama, la pregunta clave es cómo integrar el principio de igualdad por razón de sexo/género en el sistema español de prevención de riesgos laborales a fin de que se alcance el objetivo de conseguir mayores índices de igualdad efectiva y de salud laboral, sin perpetuar diferencias ya existentes o generar otras nuevas.

B. ¿Son las mujeres trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos?

Pese a la formulación neutra de las normas internas sobre prevención de riesgos laborales, el sistema de seguridad y salud instaurado por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales está capacitado desde sus orígenes para prestar una atención diferenciada a los problemas de salud laboral que afectan en mayor medida a las mujeres. No en vano el artículo 15.1.d) LPRL recoge entre los principios de la acción preventiva la adaptación del trabajo a la persona, en función del cual es preciso tener en cuenta las características personales de cada individuo a la hora de garantizar el derecho a la protección de su seguridad y salud en el trabajo³¹.

Aunque la adaptación del trabajo a la persona ha de estar presente en todas las actuaciones preventivas que se lleven a cabo, dicho principio ha sido objeto de un desarrollo particular en el artículo 25 LPRL, dedicado a la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos. En virtud de este precepto, el empresario queda obligado a garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Por consiguiente, este tipo de protección se desencadenaría cuando las características del sujeto determinasen una situación de riesgo superior o diferente a la que afecta a los demás trabajadores, que aconsejase una respuesta singular desde el punto de vista preventivo. Para ello, el empresario deberá tener en cuenta dichas características en las evaluaciones de riesgos, adoptando las medidas preventivas y de protección necesarias, pero además, no podrá emplear a tales trabajadores en los puestos de trabajo cuyo desempeño pudiera generar una situación de peligro para ellos mismos o para terceros.

Pese a su aparente sencillez, el precepto presenta varios puntos oscuros, siendo uno de ellos la delimitación de su ámbito subjetivo. Dado que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales dedica disposiciones específicas a ciertos colectivos de trabajadores especialmente sensibles, como los menores de edad, mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, así como trabajadores temporales y

³¹ Se trata, a su vez, de un principio básico del sistema comunitario de seguridad y salud laboral, recogido en el artículo 6.2.d) de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

cedidos por empresas de trabajo temporal, es preciso buscar otros perfiles aptos de ser encuadrados en el artículo 25 LPRL.

Tradicionalmente, la doctrina científica y judicial ha considerado que el artículo 25.1 LPRL actúa como un cajón de sastre capaz de cubrir la protección de los trabajadores «que presenten factores sobreañadidos de padecer daño en su salud debido a sus condiciones personales»³². La referencia del precepto a las características personales y al estado biológico conocido, hace pensar en supuestos en los que la condición de especial sensibilidad tiene carácter individual³³, y además el trabajador que la porta no pertenece a los colectivos para los que se articulan disposiciones específicas —artículos 26, 27 y 28 LPRL—. En este sentido, se ha venido considerando que, junto a los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, a los que se refiere expresamente el artículo 25.1 LPRL, son trabajadores especialmente sensibles quienes padezcan, entre otros, defectos o dolencias físicas tales como epilepsia, calambres, vértigos, vista defectuosa³⁴, alergias, síndrome de inmunodeficiencia adquirida, desarrollo del trabajo bajo la influencia de determinados fármacos o drogas, o bien quienes por su personalidad sean más vulnerables que otros trabajadores a los riesgos psicosociales³⁵.

Además, se ha defendido la posibilidad de aplicar este precepto a grupos de trabajadores identificados por un rasgo que permitiría presumir, salvo prueba en contrario, su especial sensibilidad hacia ciertos riesgos, como por ejemplo, los trabajadores jóvenes, aunque mayores de edad, o los trabajadores de edad avanzada³⁶. En tales casos, la mera pertenencia al colectivo de riesgo determinaría la consideración del trabajador como especialmente sensible y la consiguiente aplicación de las medidas previstas en el artículo 25 LPRL.

Llegados a este punto, se plantea la pregunta de si las mujeres podrían ser consideradas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos, como vía para introducir la perspectiva de sexo/género en la prevención de riesgos laborales. Esta hipótesis reúne argumentos a favor y en contra.

³² STSJ de Castilla y León núm. 356/2006, de 20 de abril, f. j. único, y STSJ de Madrid núm. 531/2011, de 20 de mayo, f. j. 2.º.

³³ Por el contrario, el artículo 15 de la Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, se refiere a «grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles» que les afectan de manera específica.

³⁴ Cabeza Pereiro, J. y Lousada Arochena, J.F. (1998), pp. 141-143. De esta manera se recupera por vía interpretativa una norma ya presente en la legislación preconstitucional en la que se ordenaba no emplear a las personas que padeciesen algunas de las dolencias arriba mencionadas en trabajos peligrosos para sí mismos o para terceros (Cos Egea, M., 2010, pp. 2 y 3 de 25).

³⁵ Cos Egea, M. (2010), pp. 2 y 3 de 25.

³⁶ Cabeza Pereiro, J. y Lousada Arochena, J.F. (1998), p. 144; García Ninet, J.I. y Vicente Palacios, A. (2004), pp. 252, 253; Moreno Solana, A. (2010), pp. 43, 44, 48, 49 y 57, y Gómez-Millán Herencia, M.J. (2011), p. 7 de 13.

Entre los primeros, cabe sostener que la atribución a las trabajadoras de esta condición en ciertos casos podría contribuir a dar relevancia a algunos riesgos que afectan en mayor medida a las mujeres, y a determinar las medidas de protección adecuadas. Pero hay una importante limitación a este respecto. Según ha quedado expuesto, los riesgos que afectan en mayor medida a las mujeres no provienen de las características fisiológicas propias del sexo femenino, sino de factores asociados a la asunción de roles de género. Por lo tanto, la mayor parte de los riesgos «feminizados» sólo lo son en el sentido estadístico de que inciden sobre un mayor número de mujeres que de hombres. En estas circunstancias, no parece conveniente atribuir a las mujeres la condición de trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos, pues ello implicaría asumir jurídicamente el reparto social de roles de género.

En consecuencia, si se admite el interés de atribuir a las mujeres la condición de trabajadoras especialmente sensibles, ello sólo sería factible respecto a riesgos que afecten a condiciones basadas en la distinta configuración fisiológica de mujeres y hombres, excluyendo las situaciones de embarazo y parto, que ya tienen un tratamiento específico. Por ejemplo, podría considerarse a las trabajadoras como especialmente sensibles cuando se haya demostrado científicamente que la exposición a una sustancia o agente puede dar lugar a cáncer de mama o de útero, alteraciones hormonales, anomalías en el ciclo menstrual, o a problemas circulatorios en las extremidades inferiores si el trabajo exige permanecer mucho tiempo de pie³⁷.

Pese a todo, hay ciertos argumentos contrarios a la consideración de la mujer como trabajadora especialmente sensible a determinados riesgos que es preciso tener en cuenta. En primer lugar, como ya se ha adelantado, atendiendo al tenor literal del artículo 25.1 LPRL, no está claro que la condición de especial sensibilidad sea predicable de grupos de trabajadores, tanto por su tenor literal como por el tipo de medidas a las que queda obligado el empresario. La doctrina científica ha destacado que en ocasiones la negociación colectiva ha previsto una protección especial para determinados colectivos, negando al mismo tiempo que tuviesen la consideración de trabajadores especialmente sensibles para evitar la aplicación del artículo 25.1 LPRL. Esto demuestra que la consideración pormenorizada de los riesgos que tienen mayor incidencia en un determinado tipo de trabajadores no tiene por qué articularse necesariamente a través de la categoría de trabajadores especialmente sensibles³⁸.

Por otro lado, atribuir a las mujeres la condición de trabajadores especialmente sensibles frente a determinados riesgos puede constituir una fuente de

³⁷ Probablemente los supuestos en los que los riesgos presentes en el trabajo puedan desencadenar cáncer de útero u otras afecciones del órgano reproductor femenino, incluidas las que inciden en la menstruación, pueden ser incardinados en el artículo 25.2 LPRL, que se refiere precisamente a riesgos que afecten a la fertilidad de los trabajadores/as.

³⁸ García Ninet, J.I. y Vicente Palacio, A. (2004), p. 252.

desigualdad, dando lugar a nuevos estereotipos en materia de seguridad y salud laboral, o contribuyendo al mantenimiento de los ya existentes. Según la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, «hay que recordar que las mujeres, tanto como los hombres, no son un grupo de empleados, que son una fuerza laboral diversa y las necesidades de los diferentes grupos de edades y de diferentes culturas, dentro de este cuerpo de los trabajadores, puede ser diferente»³⁹. Así pues, es preciso evitar que la segregación de datos en función del sexo y la consideración de los mismos a la hora de planificar la actividad preventiva genere prejuicios que pueden causar un impacto adverso sobre la mujer.

Por último, hay otra razón de peso que se opone a la consideración de las mujeres como trabajadoras especialmente sensibles a ciertos riesgos. Se trata de la prohibición del artículo 25 LPRL de emplear a estos trabajadores cuando no sea posible garantizar su seguridad y salud en el trabajo. La doctrina interpreta esta regla como una prohibición de contratar cuando no se haya iniciado la relación laboral, y como un deber de modificar las condiciones de trabajo cuando la relación laboral esté en curso, o incluso de extinguir el contrato si fuese necesario⁴⁰. Si la consideración de las mujeres como trabajadoras especialmente sensibles frente a ciertos riesgos implicase la posibilidad automática de aplicar estas medidas, simplemente por pertenecer al colectivo objeto de protección especial, está claro que se trataría de una discriminación directa por razón de sexo. Pero, aún en el caso de que tal aplicación no fuese automática, sino que dependiese de un análisis del caso concreto, es probable que la previa calificación de trabajador especialmente sensible favoreciera la aplicación de las medidas descritas en el artículo 25.1 LPRL en caso de duda. Y este tipo de proceder tampoco sería acorde con la no discriminación por razón de sexo.

C. *Obligación legal de tener en cuenta la dimensión de género en el Plan de prevención de riesgos laborales*

En definitiva, el equilibrio entre el principio de igualdad y no discriminación y el derecho-deber de protección de la seguridad y salud en el trabajo se torna precario cuando se intenta plasmar en el cuadro de obligaciones empresariales que conforman el sistema de prevención de riesgos laborales.

Por eso, es sin duda más correcto que la perspectiva de sexo/género se integre en el sistema de prevención de riesgos laborales a través de las actuaciones políticas de los poderes públicos, vinculados por el principio de transversalidad en virtud de los artículos 4, 14 y 15 LOI, y de las actuaciones empresariales relativas a la elaboración y puesta en práctica del Plan de prevención de riesgos la-

³⁹ European Agency for Safety and Health at Work, *Risks and Trends in the Safety and Health of women at work* (2010), 33.

⁴⁰ Moreno Solana, A. (2010), pp. 72-81.

borales. Aunque la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no formula de manera directa la obligación empresarial de incorporar la perspectiva de género en la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva, ésta se sustenta en la obligación general del artículo 14 LPRL, a tenor de la cual el empresario debe garantizar una protección *eficaz* de la seguridad y salud en el trabajo. Partiendo de que la eficacia de la protección sólo es posible si se tienen en cuenta en su correcta dimensión los riesgos que afectan a las trabajadoras, se hace evidente la necesidad de integrar la perspectiva de sexo/género en el sistema empresarial de prevención de riesgos laborales⁴¹.

Pero además, los principios de la acción preventiva contenidos en el artículo 15.1.d) y e) LPRL, que obligan a adaptar el trabajo a la persona y a tener en cuenta la evolución de la técnica, resultan esenciales para hacer emerger un deber empresarial de integrar la perspectiva de género en la actividad preventiva⁴².

Consciente de ello, la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo ha señalado que es preciso tener en cuenta los aspectos de género en todas las fases que componen la elaboración del Plan de prevención de riesgos laborales, desde la identificación de los riesgos, en la que resulta esencial hacer visibles los que afectan a las mujeres, hasta la puesta en práctica de soluciones y la supervisión y control de su cumplimiento, pasando por la evaluación de los riesgos, en la que han de desecharse ideas preconcebidas para valorar con objetividad su intensidad⁴³.

III. Algunas medidas útiles para una integración estratégica de la perspectiva de sexo/género en las actuaciones en materia preventiva

A la vista de todo lo anterior, hay que concluir que la integración de la perspectiva de sexo/género en la prevención de riesgos laborales ha de llevarse a cabo principalmente a través de tres actores: los empresarios, en la elaboración y ejecución del Plan de prevención de riesgos laborales y de otros instrumentos vinculados a la gestión empresarial, como los planes de igualdad o los compromisos de responsabilidad social corporativa; los poderes públicos, mediante el diseño de las políticas de igualdad y seguridad y salud que les competen; y los

⁴¹ Martín Hernández, M.L. (2008), pp. 127, 130, 131 y (2010), pp. 28 y 30.

⁴² Areal Calama, I. (2001), p. 190.

⁴³ Hoja Informativa de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo número 43, «La inclusión de los aspectos de género en la evaluación de riesgos», disponible en <http://osha.europa.eu/es/publications/factsheets/43>.

agentes sociales, en la negociación de convenios, acuerdos y planes empresariales, así como en la participación en la empresa. En consecuencia, el principio de transversalidad por razón de sexo/género adquiere en la prevención de riesgos laborales una relevante dimensión estratégica que predomina sobre la estrictamente jurídica.

En las páginas que siguen se van a enumerar varias medidas convenientes para llevar a cabo dicha integración. El elenco dista mucho de ser exhaustivo, pero probablemente ofrece un panorama significativo respecto de algunas actuaciones relevantes. Unas ya están siendo atendidas, mientras que otras precisan de mayor impulso. En cualquier caso, es necesario perseverar en el desarrollo de todas, a fin de satisfacer el principio de igualdad material en la prevención de riesgos laborales.

1. Evitar prejuicios y presunciones respecto a la incidencia de los riesgos laborales sobre los trabajadores en función de su sexo

Al igual que sucede en el plano normativo, la consideración del factor sexo/género en las actuaciones preventivas llevadas a cabo en el seno de la empresa es una cuestión compleja, ya que puede causar efectos opuestos a los deseados. Por una parte, es preciso conocer qué condiciones de trabajo afectan en mayor o distinta medida a las mujeres frente a los hombres, pero por otra parte hay que evitar extraer generalizaciones y conclusiones automáticas de dichos datos, pues éstas podrían desembocar en nuevas estigmatizaciones y estereotipos basados en el sexo o el género⁴⁴.

Cuando los análisis científicos en materia preventiva así lo recomienden, el sexo debe ser un indicador a tener en cuenta en la evaluación de riesgos laborales, pero es cada evaluación específica la que ha de determinar su relevancia a la vista del concreto puesto de trabajo, las funciones asignadas, el modelo organizativo implantado en la empresa, la presencia o ausencia de otros riesgos con los que se pueden generar sinergias que incrementen el peligro para la salud, e incluso las características personales de la trabajadora, entre otros elementos.

2. Fomentar la participación femenina en todas las actuaciones relativas a la prevención de riesgos laborales, así como la formación de los delegados de prevención

La consulta y participación equilibrada de los trabajadores son principios generales del sistema español de prevención de riesgos, tal y como se desprende del

⁴⁴ Advierte en torno a este peligro la Hoja Informativa de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo número 87, «Diversidad de los trabajadores y evaluación de riesgos: garantizar la cobertura para todos», disponible en <http://osha.europa.eu/es/publications/factsheets/87>.

artículo 2 LPRL⁴⁵. Por medio de ellos la ley pretende implicar a los trabajadores en el sistema de prevención empresarial, no sólo para hacer posible el control y la vigilancia de la actuación del empresario, sino también para garantizar su contribución en el diseño y gestión del sistema empresarial de seguridad y salud en el trabajo.

Así, el artículo 18 regula con carácter general los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores, que se desarrollan con mayor detalle en el capítulo V. Ahora bien, la ley desea canalizar los derechos mencionados a través de los representantes de los trabajadores, reservando la posibilidad de que los trabajadores los ejerzan directamente sólo para los supuestos en que no haya representantes. Con este fin se crean dos plataformas de representación específica en materia de riesgos laborales: los delegados de prevención y el comité de seguridad y salud. Los primeros son elegidos por y entre los delegados de personal, aunque en las empresas de menos de treinta trabajadores el delegado de personal será a su vez delegado de prevención, mientras que el comité de seguridad y salud, compuesto de forma paritaria por los delegados de prevención y los representantes del empresario, será obligatorio en empresas o centros de trabajo con más de cincuenta trabajadores.

Si bien los representantes deben hacer suyas todas las sensibilidades y preocupaciones de los trabajadores representados, y trasmitirlas al empresario, la vía más adecuada para garantizar que el enfoque de género se integre en el sistema de prevención de la empresa es que las mujeres se hagan cargo de labores de representación en materia de prevención de riesgos laborales. Además, la correcta visualización de los riesgos, al margen de ideas preconcebidas, exige que las trabajadoras aporten su percepción directa acerca de los mismos y de los problemas de salud⁴⁶.

Por ello, la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo indica que es importante asegurar que las trabajadoras participen en el desarrollo de las estrategias empresariales de seguridad y salud laboral, así como en su implementación en el lugar de trabajo mediante la asunción directa de funciones representativas. A este respecto, los agentes sociales juegan un papel clave para la efectiva integración del principio de transversalidad en el sistema empresarial de prevención de riesgos laborales⁴⁷.

Sin embargo, en España este objetivo se topa con un problema endémico, que es la escasa participación directa de la mujer en labores representativas. En

⁴⁵ Como en tantas otras ocasiones, la norma española traspone fielmente el artículo 1.2 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

⁴⁶ Areal Calama, I. (2001), p. 191.

⁴⁷ *Risks and Trends in the Safety and Health of women at work*, cit., 36, y Hoja Informativa de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo número 43, «La inclusión de los aspectos de género en la evaluación de riesgos», cit.

líneas generales, se puede decir que el ámbito de la representación y la negociación colectiva presenta aún hoy un carácter claramente masculinizado y, lo que es peor, poco permeable a la penetración de los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo y género⁴⁸. Puesto que el sistema de representación en prevención de riesgos laborales se construye sobre el de representación legal de los trabajadores, el problema apuntado se traslada al marco de la prevención de riesgos, de modo que no es previsible que las mujeres asuman con igual frecuencia que los hombres la representación en materia de seguridad y salud en el trabajo. Probablemente, para nivelar una situación que no parece capaz de corregirse de forma espontánea hubiera sido deseable el establecimiento de cuotas reservadas al sexo femenino en los sistemas de representatividad de los trabajadores. No obstante, esta posibilidad, que fue barajada durante el proceso de elaboración de la Ley Orgánica de Igualdad, no consiguió salir adelante.

En todo caso, hay que tener presente que el sistema de designación de los delegados de prevención entre y por los delegados de personal no es imperativo, sino que el artículo 35.4 LPRL admite que los convenios colectivos establezcan otros sistemas alternativos, siempre que la facultad de designación corresponda a los representantes de personal o a los propios trabajadores. Por consiguiente, los negociadores de los convenios a nivel de empresa o sector tienen a su alcance la posibilidad de garantizar la participación equitativa de las trabajadoras en la prevención de riesgos laborales.

Con independencia de todo lo anterior, otra medida que conviene adoptar pasa por incluir aspectos relativos a la igualdad de sexo y género en la formación impartida a los delegados de personal y delegados de prevención⁴⁹.

Por otro lado, en las microempresas de menos de seis trabajadores, al no haber delegado de personal, los trabajadores ejercen directamente los derechos de participación. En principio, podría pensarse que esto puede favorecer la participación de las trabajadoras en sectores de actividad feminizados en los que el tejido empresarial está compuesto mayoritariamente por microempresas, como el comercio o la hostelería. Pero no hay que olvidar que cuando no hay mecanismos de representación de los trabajadores, éstos tienen menos libertad para defender sus intereses, debido al temor ante posibles represalias del empresario. Si a ello se une que en los sectores indicados las mujeres suelen desempeñar pues-

⁴⁸ Lousada Arochena, J.F. (2007), 159.

⁴⁹ Por ejemplo, el Eje 5 del Plan de Igualdad de oportunidades para empleadas y empleados públicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (D.O. de Castilla-La Mancha, de 2 de marzo de 2011), que lleva por rótulo «Salud laboral y prevención de riesgos laborales desde una perspectiva de género», propone «incluir contenidos que contemplen la perspectiva de género en la prevención de los riesgos laborales en la formación que reciben los y las miembros de los comités de seguridad y salud laboral así como los y las delegadas de prevención».

tos básicos, con contratos precarios, no cabe esperar que adopten una posición muy activa en relación con la prevención de riesgos laborales.

Pero la necesidad de una mayor participación femenina no se reduce al ámbito empresarial, sino que alcanza también a la elaboración y puesta en práctica de las políticas públicas. El artículo 5.1.b) LPRL indica que «la elaboración de la política preventiva se llevará a cabo con la participación de los empresarios y de los trabajadores a través de sus organizaciones empresariales y sindicales más representativas», con lo que nuevamente reaparece el problema de la menor presencia de la mujer en las actividades sindicales. En todo caso, puesto que los cauces de participación de los agentes sociales se han institucionalizado, a través de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo y la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales adscrita a la misma en el plano estatal, y de órganos similares de carácter tripartito en las Comunidades Autónomas, es de esperar que la composición de dichos órganos se determine de acuerdo con el principio de paridad enunciado en los artículos 14 y 16 LOI. De este modo, se lograría la deseada participación femenina en la definición de las líneas políticas de la prevención de riesgos laborales.

3. Prestar más atención a los riesgos que estadísticamente afectan en mayor medida a las mujeres

Puesto que hay riesgos que tienen una incidencia mayor sobre las mujeres, hay que prestar más atención a los mismos, pasando de un enfoque preventivo centrado casi en exclusiva en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, a otro enfoque amplio e integral que tome en cuenta otras áreas de riesgo para la salud⁵⁰.

A este respecto, la Disposición Adicional 9.^a LOI abrió un horizonte esperanzador, al modificar el artículo 11.2.g) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, para incluir entre las prestaciones de salud pública «la promoción y protección de la salud laboral, con especial consideración a los riesgos y necesidades específicos de las trabajadoras». Ahora bien, poco ha durado ese mandato expreso de transversalidad dirigido a los servicios públicos de salud, pues la Disposición final 2.^a de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, ha reformado nuevamente el artículo 11 de la Ley 16/2003 para hacer desaparecer por completo la perspectiva de género, pues a partir de la entrada en vigor de esta última reforma, el apartado 2.h) de dicho artículo simplemente dispone que entre las prestaciones de salud pública se encuentra «la promoción y protección de la salud laboral».

⁵⁰ *Risks and Trends in the Safety and Health of women at work*, cit., 36.

La abrogación de la perspectiva de género resulta inexplicable, máxime si se tiene en cuenta que los artículos 32, 33 y 34 de la Ley General de Salud Pública, que versan sobre salud laboral, no incluyen tampoco ninguna referencia a la necesidad de prestar una especial atención a los riesgos laborales que afectan en mayor medida a las mujeres, y que por lo general han sido subestimados. Así pues, habrá que conformarse con las declaraciones de carácter general incluidas en los artículos 3.a) y 6.1 de la citada Ley, en los que se hace referencia al principio de igualdad y no discriminación y a la integración de la perspectiva de género en el ámbito de la salud pública.

Pese a la presencia de dichas declaraciones generales, no hubiera estado de más subrayar la aplicabilidad de tales principios en el ámbito de la salud laboral, donde con frecuencia han sido obviados.

Así pues, la correcta integración de la perspectiva de género en el marco de la seguridad y salud en el trabajo requiere evitar prejuicios respecto a la incidencia de los riesgos sobre la salud y dar la dimensión adecuada a los riesgos laborales relacionados con trabajos tradicionalmente considerados poco peligrosos, como la educación o trabajos de oficina, que se han mostrado más perjudiciales de lo que se creía desde que se tienen en cuenta los riesgos ergonómicos y los psicosociales, incluidos los distintos tipos de acoso y violencia en el trabajo.

Tanto la investigación como las acciones políticas y la planificación de la actividad preventiva en las empresas deben escrutar los riesgos vinculados a la organización del trabajo, como por ejemplo, la carga de trabajo, los ritmos de trabajo, los horarios, la gestión del tiempo, la autonomía organizativa del trabajador respecto a sus funciones o a su tiempo de trabajo, los mecanismos de conciliación de la vida laboral y familiar al alcance de los trabajadores, el trabajo realizado de forma solitaria o aislada, o el que exige contacto con el público, debiendo considerarse en este caso el perfil del usuario de los servicios, etc. En el contexto de la empresa, todos estos detalles deberían ser tenidos en cuenta de forma minuciosa para identificar los riesgos, calcular su intensidad y, en su caso, tomar medidas al respecto.

También es necesario que las evaluaciones de riesgo atiendan a los riesgos laborales relacionados con los acosos en el trabajo. Es esencial elaborar protocolos detallados y eficaces frente al acoso sexual, por razón de género y moral⁵¹, y concienciar a todos los miembros de la empresa de la importancia de erradicar conductas de acoso desde sus primeras manifestaciones, pues los acosos sexual y por ra-

⁵¹ El artículo 62 LOI estableció la obligación de las Administraciones Públicas de negociar con los representantes de los trabajadores protocolos de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. Aunque las empresas privadas no están obligadas a ello, la llamada de atención de la Ley Orgánica de Igualdad sobre estos tipos de acoso ha propiciado la elaboración de protocolos en este sentido también en el ámbito privado.

zón de género con frecuencia son alimentados por un ambiente laboral que los potencia y apoya. A este respecto resultan muy relevantes las sinergias que en las medianas y grandes empresas se puedan generar entre el Plan de prevención de riesgos laborales y el Plan de igualdad. Pero también hay que destacar el papel que pueden asumir en este sentido los convenios colectivos de empresa o sector⁵².

La mejora en la evaluación y en la prevención de este tipo de riesgos será beneficiosa para el sexo femenino, pero además, al tratarse de medidas inespecíficas, favorecerá también a quienes no forman parte de este colectivo, elevando el nivel general de seguridad y salud.

4. Fomentar la investigación y mejorar la protección legislativa de los trabajos informales o precarios desempeñados en su mayor parte por mujeres, en especial del trabajo al servicio del hogar familiar

En muchas ocasiones el empleo de las mujeres se acumula en sectores donde es muy alta la incidencia de relaciones laborales informales o precarias, como por ejemplo, la atención domiciliaria, la limpieza de edificios y locales y, sobre todo, el empleo al servicio del hogar familiar.

La escasa protección de la salud laboral en estos empleos proviene de la infravaloración de las tareas realizadas y de los riesgos a ellas aparejados. Por ello, son necesarias investigaciones que valoren objetivamente los riesgos laborales a los que están expuestas estas trabajadoras, debiendo atender también a la conjunción de diversos riesgos que suelen darse en estas actividades, donde es habitual la presencia simultánea de riesgos ergonómicos con otros derivados de agentes tóxicos y psicosociales. La organización del trabajo, los horarios anómalos, o la prestación de servicios para varios empleadores son cuestiones que inciden en la salud laboral, por lo que deben ser analizados⁵³. Además, el perfil de las trabajadoras, por regla general con una escasa formación y frecuentemente inmigrantes, puede dar lugar a situaciones de discriminación múltiple que deberían ser prevenidas⁵⁴. La responsabilidad de que se realicen y difundan este tipo de estudios corresponde en buena medida a los poderes públicos, pues son ellos los que definen las áreas prioritarias de análisis, adjuntando recursos públicos para su desarrollo.

Pero, al margen de todo esto, hay que señalar que hasta ahora no ha habido voluntad política de proteger la salud de estas trabajadoras, como evidencia la exclusión del empleo doméstico del ámbito de aplicación del sistema de prevención de riesgos laborales. En efecto, el artículo 3.a) de la Directiva 89/391/CEE,

⁵² Fabregat Monfort, G. (2010), pp. 147-152, y Martínez Gayoso, M.N. (2010), pp. 216-218.

⁵³ *Risks and Trends in the Safety and Health of women at work*, cit., 34.

⁵⁴ Llano Sánchez, M. (2008), pp. 148, 149.

define en sentido amplio el concepto de trabajador que se va a manejar a efectos de dicha Directiva, pero deja claro que no están comprendidos en él los trabajadores al servicio del hogar familiar.

La exclusión hecha por la norma comunitaria no impedía que en el ámbito interno se incluyese a este colectivo en la normativa general preventiva. Sin embargo, el artículo 3.4 LPRL opta por dejar la relación laboral especial de los empleados del hogar fuera de su ámbito de aplicación.

Aunque ni la Directiva ni la Ley de Prevención de Riesgos explican cuáles son las razones de la exclusión, la doctrina apunta a la imposibilidad de aplicar a esta relación laboral especial la mayor parte de las disposiciones de la Ley de Prevención, bien por las singularidades del empleador, que no es el titular de una explotación con ánimo de lucro, como sucede habitualmente, bien por las dificultades para comprobar el cumplimiento de eventuales disposiciones preventivas, dada la inviolabilidad de domicilio que protege el lugar en el que se prestan los servicios⁵⁵. Pero en algún supuesto también se ha aludido a «la propia simplicidad del proceso de trabajo en las actividades domésticas, y de la ausencia, por lo general, de riesgos específicos cuya prevención requiera de equipos o instrumentos de protección»⁵⁶, lo que demuestra que en la exclusión legal ha podido influir el predominio de un enfoque preventivo excesivamente centrado en los riesgos laborales propios de sectores masculinizados como la industria o la construcción.

Por otra parte, no se trata de la única exclusión, pues el difícil encaje de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en otros contextos ha llevado a su inaplicación total o parcial respecto a las funciones públicas de policía, seguridad y resguardo aduanero, servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública, Fuerzas Armadas y actividades militares de la Guardia Civil, así como centros y establecimientos militares y penitenciarios. Pero lo cierto es que en todos estos supuestos la inaplicabilidad de la Ley de Prevención se ha suplido con la elaboración de normas específicas sobre seguridad y salud, garantizándose así la protección de la salud de quienes prestan servicios en estas actividades.

En cambio, no hay normas especiales respecto a los empleados domésticos, limitándose el artículo 3.4 LPRL a confiar en el buen hacer y entender de los empleadores cuando sugiere que «el titular del hogar familiar está obligado

⁵⁵ Sin embargo, esta última razón se encuentra presente en otras relaciones laborales enmarcadas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, como el trabajo a domicilio, el teletrabajo, o el trabajo desarrollado en domicilios particulares —por ejemplo, en la asistencia social a domicilio— (Moreno Cáliz, S. y Martín Albà, S. —2004—, pp. 8 y 9 de 44). En relación con las posibles justificaciones de la exclusión, véase Ayala del Pino, C. (2007), pp. 9 y 10 de 21, y Rivas Vallejo, P. (2008), p. 105.

⁵⁶ Montoya Melgar, A., Pizá Granados, J. y Alzaga Ruiz, I. (2004), p. 108.

a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene». En la misma línea, el reciente artículo 7.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, que regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, indica que «el empleador está obligado a cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo cual adoptará medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico. El incumplimiento grave de estas obligaciones será justa causa de dimisión del empleado»⁵⁷.

Como advierte la doctrina judicial, la obligación que pesa sobre el cabeza de familia no es equiparable a la obligación general del empresario de garantizar la protección eficaz de la seguridad y salud de sus empleados, recogida en el artículo 14 LPRL, sino que su alcance es mucho más reducido⁵⁸.

Y aunque en teoría las manifestaciones del deber de seguridad incluidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el Real Decreto 1620/2011 son suficientes para exigir al empleador obligaciones preventivas y responsabilidades derivadas de su omisión o defectuoso cumplimiento⁵⁹, la falta de especificación legal de dichas obligaciones ha determinado, por un lado, una nula litigiosidad por falta de medidas de seguridad en caso de accidentes de trabajo, y por otro, la sistemática desestimación de las reclamaciones de ese tipo que han llegado a plantearse⁶⁰.

⁵⁷ El artículo 11 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, que reguló esta relación laboral especial hasta la entrada en vigor de la norma actual, decía en términos muy similares que «el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene. La deficiencia grave de estas obligaciones será justa causa de dimisión del empleado».

⁵⁸ La STSJ de las Islas Baleares, núm. 588/2005, de 3 de noviembre, declara que no puede «exigirse al cabeza de familia, que emplea en su propio hogar y sin ánimo de lucro, el conjunto de obligaciones establecidas en la mencionada norma [LPRL] para los empresarios en general, ni exigirse la deuda de seguridad con la amplitud que establece dicha normativa. Así, aunque el art. 13 del RD 1424/85 obliga al cabeza de familia a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene, esta obligación no tiene el alcance previsto en los arts. 14 y 15 LPRL, en los que ordena al empresario la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud, debiendo preverse incluso las distracciones e imprudencias no temerarias del trabajador» (f. j. 1.º).

⁵⁹ Rivas Vallejo, P. (2007), p. 106.

⁶⁰ Por ejemplo, la STSJ de País Vasco núm. 2526/2003, de 4 de noviembre, desestima la demanda de responsabilidad civil interpuesta contra el cabeza de familia al considerar que «el empresario no incurrió en ningún ilícito laboral puesto que no se acredita la existencia de norma alguna que le obligara —tal como se dice en el recurso— a facilitar a la demandante algún tipo de calzado especial o a construir en el jardín de su casa un camino o sendero de piedra. Así, pese a existir un daño para la trabajadora, faltan los requisitos del incumplimiento empresarial y, por lo tanto, de la relación de causalidad entre éste y el daño producido. Nos encontramos ante un supuesto de caso fortuito». La misma tesis de fondo se observa en la ya citada STSJ de las Islas Baleares, núm. 588/2005, de 3 de noviembre, en la que igualmente se desestima una demanda de responsabilidad civil por daños, a pesar de que la trabajadora cayó de una altura de siete metros cuando limpiaba una ventana sin que se hubiesen adoptado medidas de seguridad.

Lo cierto es que las razones que se han ofrecido para justificar el tratamiento de la prevención de riesgos laborales de los empleados del hogar no son convincentes. Podrían explicar la inaplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales a este colectivo, pero no la ausencia de una reglamentación específica que determine en su justa medida los derechos y obligaciones de las partes. Sin duda, la singularidad del lugar de trabajo y de la figura del empleador se proyectarían sobre ese hipotético régimen, en el que se podría prestar especial atención al deber de seguridad en los equipos de trabajo y a los deberes de formación e información, articulando quizás obligaciones respecto a estos últimos de las agencias de colocación, cuando intervengan en el establecimiento de la relación laboral, o requiriendo el apoyo de los organismos públicos con atribuciones en materia preventiva que resulten más próximos a los ciudadanos.

En cualquier caso, la debilidad de la actual regulación ha conducido en la práctica a la total desprotección de estos trabajadores frente a sus riesgos laborales⁶¹. Lamentablemente, el deseo de dignificar esta relación laboral, y de poner fin al sistemático trato peyorativo que ha venido recibiendo tanto en el plano laboral como en el de Seguridad Social no ha alcanzado a la prevención de riesgos. La elaboración del Real Decreto 1620/2011 brindó una excelente oportunidad para acabar con la anómala situación de la prevención de riesgos laborales de los empleados del hogar. No obstante, como se ha visto, el nuevo reglamento no ha supuesto ningún cambio frente a la situación anterior. Es más, a raíz de las recientes reformas operadas en el régimen de Seguridad Social⁶², resulta que los empleados del hogar están protegidos contra las contingencias profesionales, sin que se atienda debidamente a la prevención de los riesgos que pueden determinar la aparición de tales contingencias. En definitiva, la protección de la salud laboral de este colectivo pone más énfasis en el enfoque reparador que en el preventivo, lo cual resulta a la vez paradójico y desfasado⁶³.

⁶¹ En sentido crítico con esta situación, véase Ayala del Pino, C. (2007), pp. 10-14 de 21, y Rivas Vallejo, P. (2007), pp. 106 y 107.

⁶² La Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011 añadió a la Ley General de la Seguridad Social una disposición 53.^a con la finalidad de extender la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar —disposición que ha sido recientemente desarrollada por el Real Decreto 1596/2011, de 14 de noviembre—. Pero la reforma de mayor calado ha venido dada por las disposiciones adicionales 17.^a, 39.^a y 40.^a, la disposición transitoria única y la disposición final 12.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que proceden a la integración del Régimen Especial de Empleados del Hogar en el Régimen General, viniendo a convertirse, tras su entrada en vigor el 1 de enero de 2012, en el Sistema Especial de Empleados del Hogar.

⁶³ Hoy se puede llegar a la conclusión ya sugerida hace unos años de que «el trabajador-empleado del hogar no goza de la cobertura de protección de la salud por parte de los poderes públicos que impone el mandato constitucional del art. 40 CE» (Moreno Cáliz, S. y Martín Albà, S. —2004—, p. 27 de 44).

5. Mejorar la formación en los empleos precarios

Dentro de las medidas inespecíficas propuestas por la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo para mejorar la seguridad y salud de las mujeres trabajadoras, se encuentra la mejora de la formación preventiva de los trabajadores temporales o a tiempo parcial⁶⁴. Obviamente, se trata de una medida que, en caso de ser adoptada, beneficiaría a todos los trabajadores con independencia de su sexo, pero tendría un impacto positivo sobre las trabajadoras, cuyas tasas de empleo son altas en estos colectivos.

La redoblada exigencia de una formación más cuidada para estos trabajadores afectaría tanto a las empresas ordinarias como a las empresas de trabajo temporal, que son las vinculadas por el deber de formación en materia preventiva, según el artículo 3.3 del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.

Tal y como indica el artículo 19 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la formación deberá estar centrada en el puesto de trabajo de cada trabajador y en las funciones que desarrolla, pero, dentro de esta premisa, es preciso que se preste especial atención a los riesgos psicosociales y los riesgos derivados de la organización del trabajo, por su mayor incidencia sobre el sexo femenino.

Es preciso además cuidar ciertos detalles que pueden ser fundamentales para el éxito de la formación, como por ejemplo, el horario de las sesiones formativas si éstas no pueden ser impartidas dentro del horario laboral, ya que las responsabilidades familiares que principalmente asumen las trabajadoras pueden dificultar la asistencia a las mismas o su aprovechamiento⁶⁵.

6. Llevar a cabo campañas informativas para generar una cultura de la prevención atenta al género

Los poderes públicos deben generar una cultura de la prevención articulada en torno al principio de igualdad de género, entre otros. Con esta finalidad podrían desplegarse campañas informativas que identificasen buenas prácticas para la integración de la igualdad en el sistema preventivo.

Probablemente habría que prestar una atención especial a las pequeñas y medianas empresas, cuya presencia es mayoritaria en ciertos sectores feminizados, como el comercio y la hostelería. Como se recordará, este tipo de empresas

⁶⁴ *Risks and Trends in the Safety and Health of women at work* (2010), 37.

⁶⁵ Hoja Informativa de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo número 43, «La inclusión de los aspectos de género en la evaluación de riesgos», cit.

no tienen obligación de elaborar un plan de igualdad⁶⁶; carecerán de representantes legales de los trabajadores y de representantes especializados en prevención de riesgos laborales cuando tengan menos de seis trabajadores; la gestión de la prevención puede ser asumida directamente por el empresario o por varios trabajadores por él designados⁶⁷; la empresa no tendrá obligación de someter a auditorías su sistema de prevención si la gestión de la misma se lleva a cabo con recursos propios y no se realizan actividades calificadas como peligrosas⁶⁸; y, por último, el plan de prevención, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva pueden realizarse de forma simplificada en función del tamaño de la empresa y de la peligrosidad de sus actividades⁶⁹. Todos estos factores, que implican un menor control y preparación en prevención de riesgos laborales a fin de no sobrecargar a las pequeñas y medianas empresas de obligaciones que limiten su supervivencia, intensifican la necesidad de concienciar a estos empresarios de la relevancia de los riesgos feminizados, así como de la necesaria protección frente a los mismos.

7. Obligar a los fabricantes de equipos de trabajo y de equipos de protección individual a garantizar la adaptabilidad de las piezas elaboradas

Por regla general el diseño de los equipos de trabajo y de protección individual se lleva a cabo teniendo en cuenta las condiciones y medidas físicas de un varón de tipo medio. En consecuencia, no se encuentran adaptados ni a la mayor parte de las mujeres, cuyas condiciones físicas suelen diferir de las propias del estándar medio masculino, ni a los hombres que no encajan en dicho estándar. Además, tampoco es habitual que dichos equipos incluyan adaptaciones o modelos específicos para las mujeres embarazadas.

Todo ello no sólo dificulta la prevención de riesgos, sino que además la falta de adaptación puede dar lugar a nuevos riesgos que causen problemas de salud —piénsese en la adopción de posturas forzadas, por ejemplo—⁷⁰.

No obstante, hay que recordar que el fabricante de productos relacionados con la prestación de trabajo —tanto equipos de trabajo como equipos de protec-

⁶⁶ El artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Hombres y Mujeres atribuye dicha obligación a las empresas con más de doscientos cincuenta trabajadores.

⁶⁷ Si se dan las condiciones especificadas en los artículos 11 y 12 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, que aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención de Riesgos Laborales.

⁶⁸ Artículo 30.3 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, que aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención de Riesgos Laborales.

⁶⁹ Artículo 16.2. *bis* LPRL.

⁷⁰ El informe de la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, *Risks and Trends in the Safety and Health of women at work*, cit., 22, denuncia incluso la falta de adaptación de los equipos de trabajo de oficina —sillas, escritorios, etc.— cuando no son regulables. También en sentido crítico, véase Areal Calama, I. (2001), p. 188.

ción individual—, está sometido a los principios de la acción preventiva, entre los que figura la necesidad de adaptar el trabajo a la persona⁷¹. Por consiguiente, el diseño de sus productos deberá hacerse conforme a un enfoque ergonómico que contemple la diversidad de trabajadores que pueden hacer uso de ellos, garantizando su adecuación en todos los casos.

Por ello, los poderes públicos deberían subrayar la importancia de que los fabricantes garanticen la adaptación de sus productos a las condiciones físicas de los trabajadores, cuando fuese posible, y a incluir equipos adaptados a las situaciones de embarazo y lactancia.

8. Imbricar las políticas, estrategias y medidas de prevención de riesgos laborales con las de igualdad por razón de sexo/género

Ya se ha subrayado que muchas de las diferencias por razón de género detectadas en el ámbito de los riesgos laborales provienen de las desigualdades y discriminaciones que sufre la mujer en su relación laboral. La estrecha relación de causa efecto que existe entre ambas realidades implica que la manera más eficaz de luchar contra las primeras —e incluso en ocasiones la única— sea eliminando las segundas⁷².

La erradicación de los riesgos laborales que afectan en mayor medida a las mujeres no puede llevarse a cabo sólo desde una perspectiva estrictamente preventiva, sino que debe ser objeto de un abordaje global por parte del ordenamiento jurídico. Las medidas para atajar la discriminación salarial, para reforzar las oportunidades de empleo de las mujeres, para fomentar la corresponsabilidad entre los sexos y la conciliación de la vida laboral y familiar, entre otras, son claves para garantizar la seguridad y salud de las trabajadoras frente a numerosos riesgos psicosociales.

Por consiguiente, es necesario garantizar una estrecha coordinación e imbricación entre las medidas y estrategias puestas en práctica en materia de igualdad y de prevención de riesgos laborales, de modo que funcionen como vasos comunicantes. Y esta regla es aplicable tanto en el marco de las políticas públicas como en el de las empresas. Respecto a las primeras, baste ahora recordar la escasa integración de objetivos y actuaciones que se detectó entre la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012 y el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2008-2011), que debería ser corregida en el futuro.

En cuanto a las segundas, es preciso establecer puntos de contacto entre la planificación de la actividad preventiva y el plan de igualdad, si la empresa está

⁷¹ Rodríguez Sanz de Galdeano, B., 2005, p.194.

⁷² *Las cuestiones de género en relación con la Seguridad y Salud en el trabajo. Revisión*, cit., 141, 144.

obligada a elaborarlo o ha optado por hacerlo⁷³. No hay que olvidar que el artículo 46.1 LOI incluye entre los posibles contenidos de los planes de igualdad medidas de prevención contra el acoso sexual y por razón de sexo, y aunque no se trate de un contenido obligatorio, la mayor parte de los planes de igualdad abordan dichos temas. Pero también otro tipo de medidas típicas de los planes de igualdad, como las que favorecen la conciliación de la vida laboral y familiar, pueden ser esenciales para la prevención de riesgos en la empresa. Por ello es preciso mantener una corriente continua de información y contacto entre ambas áreas.

Bibliografía

- AREAL CALAMA, I. (2001): «Salud laboral de la mujer: más allá de la salud reproductiva», *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Máximo D'Antona*, LÓPEZ LÓPEZ, J. (coord.), Marcial Pons, Madrid.
- AYALA DEL PINO, C. (2007): «La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar», *Saberes. Revista de Estudios jurídicos, económicos y sociales*, vol. 5. Citado por http://www.uax.es/publicaciones/archivos/SABDER07_001.pdf.
- CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F. (coords.) (1998): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Comares, Granada.
- COS EGEA, M. (2010): «Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial», *Aranzadi Social*, 12 (2010). Citado por Westlaw, BIB 2010/2146.
- FABREGAT MONFORT, G. (2010-II): «El acoso laboral desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales», *Lan Harremanak*, 23.
- FERRADÁNS CARAMÉS, C. (2011): «Género y prevención de riesgos laborales», *Revista de Derecho Social*, 53.
- GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A. (2004): «Artículo 25. Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (dirs.), Comares, Granada.
- GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J. (2011): «Recolocación por razones de enfermedad como deber empresarial en materia de prevención», *Aranzadi Social*, 7. Citado por BIB 2011/1463.
- LÓPEZ RUBIA, E. (2010): «De una legislación proteccionista a una normativa neutra en materia de prevención de riesgos laborales», *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 23, II.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (coord.) (2007): *Ley de Igualdad y contrato de trabajo*, Ediciones Francis Lefevre, Madrid.

⁷³ Hojas Informativas de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo número 87, «Diversidad de los trabajadores y evaluación de riesgos: garantizar la cobertura para todos», cit., y número 43, «La inclusión de los aspectos de género en la evaluación de riesgos», cit.

- LLANO SÁNCHEZ, M., (2008): «Prevención de riesgos laborales: una mirada desde el enfoque de género», *Documentación Laboral*, 82, I.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L. (2008): «El derecho de las mujeres trabajadoras a la seguridad y salud en el trabajo. Un estudio desde la perspectiva de género», *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 137.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L. (2010-II): «La igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las condiciones de seguridad y salud en el trabajo: la obligada atención al sexo en la garantía de una protección eficaz de las mujeres», *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 23.
- MARTÍNEZ GAYOSO, M.N. (2010-II): «Prevención de riesgos laborales, igualdad entre mujeres y hombres y negociación colectiva en la CAV», *Lan Harremanak*, 23.
- MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J. y ALZAGA RUIZ, I. (2004): *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
- MORENO CÁLIZ, S. y MARTÍN ALBÀ, S. (2004): «Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares», *Aranzadi Social*, 10, citado por Westlaw BIB 2004/1529.
- MORENO SOLANA, A. (2010): *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, M.A. (2000): *Mujer y salud laboral*, La Ley, Madrid.
- RIVAS VALLEJO, P. (2007): «Género y salud: perspectiva jurídico-social», *Tribuna Social*, 200-201, agosto-septiembre.
- RIVAS VALLEJO, P. (2008): «Artículo 3. Ámbito de aplicación», *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (dir.), La Ley, Madrid.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. (2005): *Responsabilidades de los fabricantes en materia de prevención de riesgos laborales*, Lex Nova, Valladolid.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2009): «La legislación obrera industrial sobre las mujeres (1900-1931), entre la protección y la restricción», *Relaciones Laborales*, I.

EN BUSCA DE LA IGUALDAD MATERIAL DE LAS MUJERES: IGUALDAD FORMAL Y MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I de Castellón

ABSTRACT

■ *Partiendo de la irrelevancia teórica del sexo del trabajador en orden a la protección del sistema español de Seguridad Social, el trabajo analiza los distintos supuestos en los que todavía existe, sin embargo, una discriminación material, derivada de la existencia de normas que, aunque enunciadas en términos neutros, perjudican en mayor medida a las mujeres, así como las medidas de acción positiva arbitradas jurisprudencial y normativamente para su eliminación.*

Palabras clave: igualdad, no discriminación por razón de sexo, medidas de acción positiva, trabajo a tiempo parcial, empleados de hogar, trabajadoras del campo, explotaciones de titularidad compartida, maternidad, excedencia para el cuidado de hijos y familiares

■ *Teorian, langileen sexuak ez dauka inolako garrantzirik Espainiako gizarte-segurantzako sistema babesteko. Ideia hori abiapuntutzat hartuta, oraindik gertatzen diren diskriminazio materialeko zenbait kasu aztertuko ditugu lan honetan. Diskriminazio horien jatorria termino neutroetan adierazita egon arren emakumeei kalte handiagoa eragiten dieten arauetan dago. Bestetik, jurisprudentzian eta araudietan diskriminazio-kasu horiek ezabatzeke hartu diren ekintza positiboko ekintzak aztertuko ditugu.*

Gako-hitzak: berdintasuna, sexuagatiko diskriminaziorik eza, ekintza positiboko neurriak, lanaldi partzialeko lana, etxeke langileak, nekazariak, titulartasun partekatuko ustiategiak, amatasuna, seme-alabak eta senideak zaintzeko lan-utzialdia.

■ *Starting from the theoretical irrelevance of the gender of the worker with regard to protection under the Spanish social security system, this work analyzes the different grounds on which there still nonetheless exists material discrimination deriving from the existence of norms which, although stated in neutral terms, are to a greater extent detrimental to women, in addition to positive measures which have been arbitrated both from a jurisprudential and regulatory standpoint to eliminate them.*

Key words: equality, non-discrimination on grounds of gender, positive measures, part-time work, female field workers, shared ownership concerns, maternity, leave of absence to take care of children and family members.

1. Seguridad Social y derecho de igualdad ante la ley y no discriminación por razón de sexo. Igualdad formal e igualdad material: algunos datos estadísticos. Manifestaciones de «discriminación indirecta» en el ordenamiento español de seguridad social y sus medidas correctoras.

Si atendemos a la regulación positiva en materia de Seguridad Social, son pocos los supuestos en los que el sexo constituye en la actualidad, o ha constituido en el pasado, motivo de diferenciación expresa respecto del acceso a las prestaciones de Seguridad Social y concretamente, que se erija o se haya erigido como requisito de acceso a alguna de ellas. Así, en el pasado sí se exigió como requisito el sexo femenino, entre otros varios, para el acceso a la pensión de viudedad así como para el acceso a las pensiones a favor de otros familiares pero, como es sabido, la intervención del Tribunal Constitucional¹ declarando la inconstitucionalidad de dicho requisito por contrario al principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE supuso su supresión, en lo que respecta a la pensión de viudedad, lo que sin embargo, no aconteció respecto de las pensiones a favor de otros familiares, en los que la exigencia de requisitos adicionales a los varones (ser mayores de 60 años o estar incapacitados para el trabajo) no recibió la misma consideración, exigiéndose todavía en la actualidad respecto de las madres y abuelas para causar derecho a la pensión a favor de otros familiares, que, alternativamente, sean viudas, estén casadas con incapacitado para el trabajo o solteras, mientras que a los padres y abuelos se les exige tener cumplidos los 60 años de edad o estar incapacitados para el trabajo, además de los requisitos de convivencia con el causante, ausencia de derecho a pensión pública y la carencia de medios de subsistencia así como la inexistencia de familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según lo previsto en la legislación civil, exigibles estos últimos exigibles en ambos casos (art. 22 Orden de 13 de febrero de 1967)². Sin embargo, el Tribunal Constitucional sí consideró discriminatoria la exclusión de los hijos y hermanos varones de los pensionistas de

¹ STC 103/1983, de 22 de noviembre (Pleno), con voto particular en contra. También STC 104/1983, de 22 de noviembre.

² Sobre la misma, y descartando la existencia de discriminación, vid. STS de 24-2-1995 (RJ 1995, 2557).

jubilación e incapacidad permanente por actuar el sexo como un criterio de desigualdad no justificado objetiva y razonablemente en comparación a la protección dispensada a las hijas y hermanas³. También el sexo femenino se exigió en el pasado, aunque no de forma explícita, como requisito para el acceso al subsidio de maternidad (antes de la Ley 42/1992, de 30 de diciembre, integrado como causa determinante de la incapacidad laboral transitoria) en tanto que la única maternidad protegida era la biológica lo que excluía al progenitor varón, incapaz biológicamente para tal función. La extensión de la protección a la maternidad no biológica, incluyendo además el acogimiento, ha acabado anulando completamente esta exigencia en la maternidad no biológica y el acogimiento y, también, aunque sólo parcialmente, en la maternidad biológica, en la que todavía se reserva a favor de la madre el descanso de las seis semanas posteriores al parto —y consiguiente prestación económica a cargo de la Seguridad Social— diferenciación que responde al bien jurídico protegido, cifrado durante este periodo en la recuperación de la salud por la madre, frente al cuidado del hijo que se erige en el fundamento del resto del periodo de descanso por maternidad, el denominado periodo voluntario, en el que ya tiene cabida el padre (más ampliamente, el otro progenitor, cualquiera que sea su sexo) aunque hay que anticipar ya que como derecho derivado y por tanto, no en condiciones de igualdad respecto de la madre. En la paternidad pese a su denominación, no se atiende a razones de sexo pues si bien es cierto que es un derecho irrenunciable para el «otro progenitor», este puede ser tanto de sexo femenino como masculino, y tanto en la maternidad por adopción como en la maternidad biológica aceptada ya la posible inscripción de la filiación en el caso de la «maternidad por subrogación»⁴ y aceptada igualmente la filiación biológica del hijo a favor de la esposa de la madre biológica en el caso de maternidad en aplicación de técnicas de reproducción asistida⁵.

La misma situación señalada respecto de la maternidad biológica se da en la actualidad en las prestaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural de las que están excluidos los varones en base a razones puramente biológicas, por su incapacidad de gestar y consiguientemente, de amamantar o lactar.

Es evidente que las razones que justifican una y otra diferenciaciones son muy diferentes. En el caso de las prestaciones por muerte y supervivencia la exi-

³ STC 3/1993, de 14 de enero (Pleno), con voto particular en contra.

⁴ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE de 7 de octubre de 2010).

⁵ Artículo 7.3 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última 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.

gencia de sexo femenino para ser beneficiario de la pensión de viudedad derivaba de factores sociales: la nula o escasa incorporación de la mujer al mercado de trabajo y su confinamiento a las tareas reproductivas y de atención al hogar y a la familia la convertían en dependiente económicamente de las rentas o ganancias de su marido, cuya pérdida por su fallecimiento venía a cubrir la pensión de viudedad y en su caso, pensión o pensiones de orfandad. Por el contrario, razones biológicas son las que se encontraban y encuentran todavía en la regulación de la prestación de maternidad biológica, dada la imposibilidad biológica del varón para la gestación y lactancia.

Así pues, nuestro ordenamiento de Seguridad social nunca ha contemplado, como así han hecho y todavía hacen algunos países de nuestro entorno, grandes diferenciaciones expresas por razón de sexo —por ejemplo, estableciendo diferentes edades mínimas para la jubilación⁶ posiblemente por la prácticamente nula tasa de actividad femenina en los momentos en los que se estaba construyendo el sistema de seguros sociales y posterior Sistema de Seguridad Social—. Esta regulación normativa de corte «igualitario», sin embargo, no excluye la existencia —en el pasado y en presente— de una desigualdad material por razón de sexo derivada de razones de distinta índole pero que, en todo caso, conectan con la especial situación de desigualdad de la mujer en el mercado de trabajo, tanto en su acceso como incluso durante la ejecución de la relación laboral, y el hecho de que nuestro sistema de Seguridad Social sea contributivo-profesional y, por tanto, utilice para la articulación de su protección principios claramente dependientes de esta naturaleza contributivo-profesional, como son los principios de contributividad y proporcionalidad, además del presupuesto básico de la realización de actividad profesional como elemento determinante del encuadramiento del sujeto en el ámbito del sistema de Seguridad Social. No es este el momento de abordar las causas que determinan que el acceso de la mujer al mercado de trabajo se realice en peores condiciones que los varones: lo cierto es que los datos estadísticos ponen claramente de manifiesto varios fenómenos que caracterizan el empleo de la mujer:

- a) Están sujetas a una mayor dificultad de acceso al mercado de trabajo y de hecho, su tasa de empleo es bastante inferior en comparación con la de los varones mientras que, por el contrario, su tasa de paro es sustancialmente más elevada aunque curiosamente, la brecha se ha reducido desde el inicio de la crisis económica.

⁶ Entre otros, Bulgaria, Suiza, República Checa (donde la edad de la mujer se reduce en función del número de hijos), Estonia, Grecia (pero sólo los afiliados al sistema antes de 1-1-1993), Italia, Lituania, Malta (sólo personas nacidas antes de 1-1-1952), Austria, Polonia, Rumanía y Reino Unido. Vid. Base de Datos MISSOC (Sistema de Información Mutua sobre Seguridad Social), julio de 2011. Puede consultarse en http://www.missoc.org/MISSOC/INFORMATIONBASE/informationBase_fr.jsp

Así, la tasa de paro (total) de las mujeres fue, durante el tercer trimestre de 2005, de 11,19% frente al 6,49% de los varones mientras que en el mismo periodo del año 2011 la tasa total de paro de las mujeres es del 22,10% frente al 21,04% de los varones⁷. Por lo que se refiere a la tasa de empleo, la diferencia era aún mayor: durante el tercer trimestre del año 2005, la tasa de empleo total de mujeres era del 41,13% frente al 64,56% de los varones aunque la diferencia se ha atenuado en los años de crisis económica y no tanto porque haya aumentado la tasa de empleo total de las mujeres (que prácticamente están en el mismo nivel) sino porque claramente ha disminuido la tasa de empleo de los varones: así, para el tercer trimestre del año 2011 la tasa de empleo femenino se sitúa en el 41,23% frente al 53,41% de la tasa de empleo masculino.

- b) Cuando acceden al mercado de trabajo, sus tasas de temporalidad y de parcialidad son mayores que las de los varones, especialmente la de parcialidad, dado la alta tasa de temporalidad de nuestro mercado de trabajo.

Así, del total de ocupados durante el primer trimestre del año 2008 que ascendía a 20.402.300 (de los cuales, 11.923.900 eran varones y 8.478.400 eran mujeres), 11.430.100 varones lo eran a tiempo completo y sólo 493.800 eran trabajadores a tiempo parcial (es decir, sólo el 4,14% era a tiempo parcial) mientras que para el mismo periodo de tiempo, 6.522.300 mujeres lo eran a tiempo y 1.956.000 a tiempo parcial (es decir, el 23,07 lo eran a tiempo parcial). Estos mismos datos se reproducen para el tercer trimestre del 2011: de un total de 18.156.300 de trabajadores (de los cuales 10.034.000 eran varones y 8.122.200 mujeres), 9.454.400 varones lo son a tiempo completo y 579.600 a tiempo parcial, lo que nos da una tasa de parcialidad en los varones de 5,77% mientras que en el caso de las mujeres, 6.522.300 lo son a tiempo completo y 1.818.900 a tiempo parcial, lo que arroja una tasa de parcialidad femenina de 22,39%. Por lo que respecta a la temporalidad, y con abstracción ahora de la jornada de trabajo, para el primer trimestre de 2008, partiendo de un total de 16.817.400 asalariados de ambos sexos (de los cuales 9.451.500 eran varones y 7.365.900 eran mujeres) 6.737.300 varones tenían contrato indefinido (por tanto, 2.714.200 temporales) frente a 5.009.800 de mujeres con contratos indefinidos y 2.256.100 temporales, lo que nos da unas tasas de temporalidad respectivas de 28,71% y de 30,62%. Estos mismos datos se repiten para el año 2011 (tercer trimestre): sobre un total de 15.179.400 asalariados (8.067.800 varones y 7.111.600 mujeres), 6.045.600 varo-

⁷ Datos extraídos de la Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es). Fecha consulta: 1-12-2011. Todos los datos que se recogen a continuación, salvo que se indique lo contrario, están extraídos de la misma fuente.

nes tienen contrato indefinido (es decir, 2.022.200 contratos temporales) mientras que 5.183.400 mujeres tienen contratos indefinidos (1.928.200 contratos temporales), lo que nos da unas tasas de temporalidad masculina y femenina de 25,06% y 27,11% respectivamente.

- c) Interrumpen con mayor frecuencia sus carreras profesionales, normalmente porque abandonan su trabajo por motivos relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar, tanto para la crianza y educación de los hijos como para el cuidado de otros familiares dependientes. Los datos disponibles sobre excedencias voluntarias son los siguientes⁸:

	2008			2009			2010		
	Varones	Mujeres	Total	Varones	Mujeres	Total	Varones	Mujeres	Total
Cuidado de hijos	1.471	36.300	37.771	1.393	32.549	33.942	1.573	33.239	34.812
Cuidado de otros familiares	880	4.784	5.664	768	4.534	5.302	927	5.209	6.136

Los datos son bastante significativos: las excedencias para el cuidado de hijos y familiares están especialmente feminizadas. Así, en lo que respecta a las excedencias para el cuidado de hijos, los porcentajes de disfrute por las madres fueron del 96,10% (2008), 95,89% (2009) y del 95,48% (2010). Por lo que respecta a las prestaciones por cuidado de otros familiares, los porcentajes son algo inferiores: 84,46% (2008); 85,51% (2009) y 84,89% (2010).

- d) En determinados sectores, especialmente en el ámbito del trabajo por cuenta propia, aún contribuyendo con su trabajo al sostenimiento de la unidad familiar, no quedan comprendidas en el ámbito de aplicación del sistema, lo que puede acontecer por varios motivos entre los que los económicos pesan especialmente pero no son los únicos, y que acaban perjudicando la generación de derechos propios en materia de Seguridad social por las mujeres.
- e) A lo anterior hay que añadir otro elemento claro de diferenciación que no es otro que el diferente nivel salarial o la denominada «brecha salarial» entre hombres y mujeres. En tanto nuestro sistema de Seguridad Social es contributivo y toma como base de cotización la remuneración percibida, es lógico que la eventual menor retribución de las trabajadoras se acabe trasladando también a la intensidad de la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social.

⁸ Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales Ministerio de Trabajo e Inmigración (2010). Puede descargarse en www.mtin.es

Pero los motivos que acaban determinando una desigualdad material de las mujeres en materia de seguridad social no se acaban con los que están conectados con sus dificultades de acceso al mercado de trabajo y las condiciones en las que acceden. En otros casos, es el propio ordenamiento de seguridad social el que, por razones diversas, acaba consagrando una auténtica discriminación de las mujeres y aunque no sea expresamente el sexo el elemento determinante de ese tratamiento desigual, lo cierto es que la diferenciación normativa peyorativa acaba perjudicando en mayor medida a las mujeres por ser el colectivo al que esa regulación normativa afecta en mayor medida. Ejemplo paradigmático de esta situación es el ya extinto Régimen Especial de Empleados de Hogar con su tradicional infraprotección y aunque su campo de aplicación no se restringía a las mujeres, y estando las razones que justificaban su existencia simplemente vinculadas al azaroso desarrollo de nuestro sistema de Seguridad Social, lo cierto es que se ha tratado tradicionalmente de un sector claramente feminizado lo que ha acabado determinando una infraprotección de Seguridad Social de un colectivo muy importante de mujeres. Igual consideración puede realizarse de la protección social del trabajo a tiempo parcial: la menor protección social que nuestro ordenamiento jurídico dispensa al trabajo a tiempo parcial (D.A.7.^a LGSS), aunque extensible a ambos sexos, acaba perjudicando en mayor medida a las mujeres que son quienes fundamentalmente se ven obligadas —pues en pocos casos el trabajo a tiempo parcial es realmente voluntario en términos económicos— a desempeñar su actividad profesional a tiempo parcial.

De hecho, las estadísticas confirman que la intensidad de la protección dispensada a las mujeres es bastante inferior a la de los hombres. Con abstracción ahora de los datos relativos a la afiliación al sistema y atendiendo sólo a la intensidad de la acción protectora percibida por quienes están comprendidos en el sistema de seguridad social y perciben prestaciones por derecho propio, los datos son elocuentes: según se desprende de la tabla abajo recogida (Fuente: Ministerio de Trabajo e Inmigración) en todos los regímenes de la Seguridad Social la cuantía media de las pensiones es sustancialmente inferior en las mujeres, diferencia que es especialmente manifiesta en el caso de la jubilación posiblemente porque la pensión de jubilación es dependiente tanto de la cotización realizada como del tiempo cotizado frente a la incapacidad permanente, en la que sólo desde la Ley 40/2007 y muy limitadamente la duración de la carrera del seguro se traslada a la determinación de la cuantía de las prestaciones. Así, en términos relativos, la pensión media de jubilación de las mujeres en el Régimen General es un 28,59% inferior a la pensión media de los hombres, diferencia que en materia de jubilación se mantiene en el resto de los Regímenes de la Seguridad social aunque no siempre en los mismos porcentajes: en el RETA este porcentaje es de 25,40%, de 18,80% en el REA; de 45,24% en el RETM; de 35,72% en Minería del Carbón; de 3,71% en REEH; de 12,87 en Accidentes de Trabajo y de 37,29 en Enfermedades Profesionales. Por lo que respecta a las pensiones de

incapacidad permanente, aunque se mantiene la menor cuantía de las pensiones de las mujeres, la diferencia es menor: en el Régimen General, la pensión de incapacidad permanente de las mujeres es inferior en un 14,92%, un 15,10 en el RETA; un 13,86 en el REA; un 29,33% en el RETM; un 1,50% en REEH; un 14,69% en accidentes de trabajo y un 31,27% en enfermedades profesionales. Sólo en Minería del Carbón las pensiones de las mujeres son un 0,98% superiores a la de los hombres.

Regímenes	Incapacidad permanente				Jubilación			
	Hombres		Mujeres		Hombres		Mujeres	
	Núm.	P. media	Núm.	P. media	Núm.	P. media	Núm.	P. media
General	394.959	1.012,27	203.181	851,19	2.278.297	1.226,37	761.055	875,69
Autónomos	87.114	663,00	43.751	562,88	658.654	704,01	526.255	525,20
Agrario	33.956	537,90	30.904	463,33	221.605	623,46	125.776	506,27
T. del mar	7.697	854,17	1.106	603,57	66.568	1.127,09	4.696	617,21
M. del carbón	3.635	1.343,51	39	1.356,73	37.187	1.871,79	601	1.203,36
E. de hogar	343	493,86	11.956	486,41	2.798	518,49	152.512	499,27
A. de trabajo	75.617	1.048,26	10.464	894,24	42.279	930,71	4.969	810,99
E. profesionales	9.812	1.169,47	3.507	803,74	11.235	1.634,00	652	1.024,74
SOVI	1.236	362,78	21.246	371,57	51.095	367,81	311.619	368,49
Total sistema	614.369	941,85	326.154	737,47	3.369.718	1.073,82	1.888.135	638,63

Nuestro ordenamiento jurídico ha respondido a estas situaciones de desigualdad material de forma variada. Especialmente importante ha sido la doctrina constitucional —inspirada en la jurisprudencia comunitaria⁹— sobre la «discriminación indirecta» y la consagración de la validez de las acciones de «discriminación positiva». Como es sabido, se considera discriminación indirecta *«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*

⁹ Entre muchas, STJCE de 27-6-1990 (Asunto Kowalska), STJCE de 7-2-1991 (Asunto Nimz), STJCE de 4-6-1992 (Asunto Bötel) y STJCE de 9-2-1999 (Asunto Seymour-Laura Pérez). Esta construcción jurisprudencial acabó recogida en Directivas diversas, entre otras, 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; la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; y la Directiva 2002/73/CE que modifica la Directiva 76/2007/CEE, de 9 de febrero 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.

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» «(...) es jurisprudencia reiterada de este Tribunal que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que aunque esté formulada de una manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo». Así pues, lo relevante en la doctrina de la discriminación indirecta es el resultado que genera la aplicación de una norma neutra exigiendo que esa norma supere un canon de igualdad en su confrontación con el resultado que produce sin que ello implique, no obstante, el carácter absoluto del concepto, excluyendo la legitimidad de cualquier diferencia de trato en atención al resultado pues la justificación objetiva de una finalidad legítima y la adecuación y necesidad de los medios para alcanzar dicha finalidad justifica desde la normativa comunitaria el resultado de la desventaja producido por una norma neutra y de hecho no faltan sentencias del TJCE que en sentido contrario¹⁰ admitiendo que no existe discriminación indirecta en un supuesto respecto del que ha ido conformando la doctrina de la discriminación indirecta, el trabajo a tiempo parcial y que, como luego se expondrá, el Tribunal Constitucional¹¹ sí ha concluido en su existencia¹² y en base precisamente a esa doctrina de la discriminación indirecta¹³.

Pero si la doctrina de la discriminación indirecta ha sido importante, no ha sido menos el papel directamente ejercitado por los poderes públicos en la conformación de medidas de discriminación positiva en lo que ha constituido un instrumento fundamental para la consecución de la igualdad material. La idea básica de las medidas de discriminación positiva no es otra que la corrección, mediante la desigualdad normativa, de las consecuencias desfavorables que se derivan de la aplicación de una normativa que garantiza la igualdad formal pero que no puede corregir, sin medidas adicionales, la desigualdad real. Las medidas de acción positiva están aceptadas desde los primeros tiempos de la construcción europea admitiéndose la validez de 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 (...)»

¹⁰ STJCE de 14-12-1995 (Asunto Megner y Scheffer) y STJCE de 14-12-1995 (Asunto Nolte). La reciente STJUE de 10 de junio de 2010 (Asuntos Bruno y Pettini) sin embargo, sí considera discriminatorio la regulación italiana referida al trabajo a tiempo parcial «vertical» en lo a las consecuencias que tiene en materia de acceso a la protección social. Vid. un comentario sobre la misma en Fotinopoulou Basurko, O. (2011).

¹¹ STC 253/2004, de 22 de diciembre, STC 49/2005, de 14 de marzo, y STC 50/2005, de 14 de marzo.

¹² Vid. un resumen, aunque algo antiguo, en Ballester Pastor (1994). Vid., también, un resumen de la evolución del principio de igualdad en la normativa comunitaria (que no en la jurisprudencia) en Rojas Rivero, G. (2006). Vid., también, CGPJ (2006).

¹³ Vid. un comentario a dichas sentencias en Vicente Palacio, A. (2005).

(Directiva 76/207/CE). También el Tribunal Constitucional las admitió y tempranamente¹⁴, sobre la base del art. 9.2 CE que, como es sabido, impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

Estas medidas pueden ser de muy diferente tipo: en tanto la desigualdad real de la mujer se produce en su acceso al mercado de trabajo, las escasas medidas que originariamente se establecieron en nuestro país se limitaron al establecimiento de medidas tendentes a fomentar la contratación de mujeres y siempre desde una perspectiva voluntaria o de fomento, excluyendo medidas imperativas de imposición de cuotas de contratación femenina. Por el contrario, la normativa de seguridad social ha sido tradicionalmente bastante impermeable a las medidas normativas de acción positiva, con la salvedad del establecimiento de bonificaciones en la cotización a la seguridad social por la contratación de mujeres en tanto las bonificaciones constituyen técnicas habituales en las medidas de fomento del empleo pero no constituyen, en sentido estricto, medidas de acción positiva en materia de Seguridad social, al tener carácter meramente instrumental. No obstante, esta situación ha cambiado sustancialmente en los últimos años y aunque con motivaciones diferentes, lo cierto es que ya es posible identificar auténticas medidas de acción positiva en el ordenamiento de seguridad social: es decir, medidas normativas dirigidas directamente a corregir las situaciones de desigualdad material que se producen por la aplicación de una normativa igualitaria en términos formales. En este sentido, la Ley Orgánica 4/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante, LOIEMH) constituye sin duda un referente básico, fundamentalmente por la idea de transversalidad que viene a introducir, además de por las medidas específicas que estableció en materia de Seguridad Social, pero con anterioridad a la LOIEMH ya se implementaron diversas medidas de acción positiva y aunque en algunos casos esas acciones no han tenido como destinatarias única y exclusivamente a las mujeres lo cierto es que éstas han acabado siendo sus efectivas beneficiarias pues han actuado sobre aquellos factores que dificultan su acceso al mercado de trabajo, fundamentalmente la maternidad y las responsabilidades o cargas familiares. En este sentido, las distintas medidas dirigidas a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar incluyendo las que atienden a un mejor reparto de las cargas familiares entre los ambos componentes de la pareja (iniciadas con la Ley 39/1999, de 11 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar), deben interpretarse en este sentido pues toda medida que redunde en un reparto más equitativo de las cargas familiares entre los miembros de la unidad familiar coadyuda a la remoción de los obstáculos que dificultan el acceso de la mujer al trabajo y consiguientemente, a su protección en materia de seguridad

¹⁴ Vid. una exposición de la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este particular en Ballester Pastor, A. (1994). Vid., también, Ferreras Alonso, F. (2003).

social. En otros casos, las medidas implementadas sí contemplan como exclusivas destinatarias a las mujeres en atención a determinada realidad sociológica —la primacía fáctica del varón en la titularidad del negocio familiar que excluye la afiliación de las mujeres al sistema de seguridad social—. Finalmente, otras medidas, aunque han tenido una motivación muy diferente a la consecución de la igualdad material (la simplificación de la compleja estructura del Sistema de Seguridad Social), lo cierto es que indirectamente han redundado en una consecución de esa igualdad material (la integración en el Régimen General del Régimen Especial de Empleados de Hogar).

A continuación, se hace un breve repaso de los distintos fenómenos señalados.

2. Seguridad Social y trabajo a tiempo parcial. Un claro ejemplo de discriminación indirecta reconocida —parcialmente— por el Tribunal Constitucional

Como es sabido, el trabajo a tiempo parcial tiene dos efectos distintos sobre la protección social de los trabajadores. En primer lugar, incide directamente sobre la base reguladora de las prestaciones en tanto que al calcularse la cotización sobre los salarios reales y las bases reguladoras de las prestaciones sobre la cotización realizada, las prestaciones económicas a percibir resultan de cuantía inferior a las causadas por un trabajador a tiempo completo. Pero además, y a resultas de la D.A.7.^a LGSS, el trabajador a tiempo parcial se ve penalizado también en el momento del acceso a las prestaciones, al exigirse también, como regla general, para el cómputo del periodo de carencia determinante del acceso a las prestaciones derivadas de enfermedad común (salvo pensión de orfandad), una regla de proporcionalidad estricta, es decir, el cómputo exclusivo de las cotizaciones realizadas en función de las horas trabajadas (ordinarias y complementarias), para lo cual se calcula la equivalencia en días teóricos de cotización mediante la técnica de dividir por 5 (equivalente diario de las 1826 horas anuales) el número de horas efectivamente trabajadas. Se consigue así proyectar la jornada real del trabajador a tiempo parcial calculando la equivalencia en días teóricos de cotización de un trabajador a tiempo completo, partiendo de la hipótesis de una jornada máxima legal (40 horas semanales). Sólo tres prestaciones se excluyen de esta dura regulación: en primer lugar, las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación, en las que la regla anterior se matiza por la vía de multiplicar los días teóricos de cotización resultantes de la aplicación de la regla anterior por un coeficiente de 1,5, resultando así el número de días que se consideran acreditados para la determinación de los periodos de carencia. Se aplica, pues, también una regla de proporcionalidad, pero relativa, al matizarse o atenuarse la proporcionalidad mediante la aplicación del coeficiente señalado.

En segundo lugar, el desempleo está totalmente excluido de la aplicación de la regla de la proporcionalidad —tanto la absoluta como la relativa—, al computarse cada día trabajado como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada¹⁵.

En definitiva, proporcionalidad absoluta para las prestaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad y muerte y supervivencia; proporcionalidad relativa para incapacidad permanente y jubilación, y ruptura de la proporcionalidad en materia de desempleo.

La regulación a tiempo parcial ha sido objeto de constantes modificaciones normativas. Concretamente la regla de la proporcionalidad absoluta fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico tras la modificación operada por el Real Decreto Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, el Real Decreto 2919/1993, de 29 de diciembre, y la Ley 10/1994, de 19 de mayo, normas todas ellas que pasaron, modificadas por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores siendo también recogida también por la redacción originaria de la LGSS en el momento de su promulgación (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio de 1994). Posteriormente el Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, modificó parcialmente su contenido sin afectar a la regla de la proporcionalidad para el cómputo del periodo de carencia siendo el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, el que vino a matizar, respecto de las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación, la regla de la proporcionalidad absoluta, prescribiendo la aplicación del coeficiente señalado.

Pues bien, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse —en la STC 253/2004, de 22 de diciembre¹⁶— sobre la constitucionalidad de esta regulación pero con la particularidad de que la cuestión de constitucionalidad planteada lo fue contra el párrafo segundo del art. 12.4 ET —con el mismo contenido que la D.A.7.^a LGSS— en la redacción operada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo y previamente a su modificación por el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, es decir, previamente a la incorporación normativa de la regla de proporcionalidad relativa para las prestaciones

¹⁵ La regla cuarta de la D.A.7.^a LGSS remite a lo que se determine reglamentariamente en su normativa específica lo que se reitera por el art. 2.2. Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre. Esta remisión lo es, por tanto, al art. 2.3 Real Decreto 625/1985, de 2 de abril. Hay que señalar que se trata de una situación cuanto menos curiosa pues las sucesivas reformas que se han llevado a cabo sobre el trabajo a tiempo parcial incluían entre las prestaciones a las que aplicar la regla de la proporcionalidad absoluta las prestaciones por desempleo, pero ninguna de esta normas fue finalmente incorporada ni al Título III LGSS ni al RD 625/1985, de 2 de abril.

¹⁶ También STC 49/2005 y 50/2005, ambas de 14 de marzo.

de incapacidad permanente y jubilación¹⁷. Pues bien, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de dicha regulación —recuérdese que no es la vigente en el momento del pronunciamiento de la sentencia— tanto por violación del principio de proporcionalidad como por violación del principio de no discriminación por razón de sexo en la construcción jurisprudencial del concepto de discriminación indirecta, al afectar en mayor medida esta modalidad de contratación al colectivo de mujeres. Según la STC 253/2004, el principio de contributividad del que deriva el de proporcionalidad entre cotización y prestaciones que rige nuestro sistema no puede justificar un diferente trato en lo que se refiere al cumplimiento del periodo de carencia para el acceso a las prestaciones aunque sí avaló su constitucionalidad en lo que se refería a la menor cuantía de las prestaciones resultante de la aplicación de la regla de proporcionalidad que inspira nuestro sistema de Seguridad Social.

Con todo, la doctrina constitucional no sirvió para un cambio normativo pues, como se ha señalado, la cuestión de inconstitucionalidad se presentó contra una regulación que ya no era la vigente en el momento de dictarse la sentencia, momento en el que ya se recogía el principio de proporcionalidad relativa y la STC 253/2004 parecía matizar su declaración de inconstitucionalidad pues la predicaba en principio, de aquéllas prestaciones contributivas que exigen amplios periodos de cotización, con expresa referencia a las pensiones de incapacidad permanente y jubilación. Podría entenderse así que la reforma operada por el Real Decreto Ley 15/1998 salvaba dicha inconstitucionalidad, por lo menos, desde la perspectiva de la regla de la proporcionalidad. El Tribunal Constitucional eludió expresamente manifestarse por las consecuencias que, en sede judicial ordinaria, pudieran hacerse derivar de su pronunciamiento en la resolución de los recursos de amparo remitiendo a los órganos judiciales la cuestión de integrar por los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, la eventual laguna que, en orden al cómputo de los periodos de carencia, pudiera producir la anulación de dicho precepto, de igual forma que en la STC 253/2004 consideró que se mantenía la utilidad de resolver la cuestión de inconstitucionalidad pese a la existencia —con otra redacción— de la D.A.7.^a LGSS. Con independencia de estas cuestiones procesales, en mi opinión, y como expuse ya en su momento, la D.A.7.^a es claramente discriminatoria por el resultado al que conduce en aplicación de la doctrina de la discriminación indirecta sin que dicha discriminación quede salvada con la regulación actual que establece la regla de proporcionalidad relativa para el acceso a las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente.

Pues bien, también como futura medida de acción positiva, aunque habrá que ver el alcance real de la misma, debemos entender el anuncio, recogido en

¹⁷ Sobre el particular, vid. Vicente Palacio, A. (2005).

la D.A.29.^a Ley 27/2011, de 1 de agosto, relativa a la cotización de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos. Según dicha D.A.29.^o, el Gobierno debe presentar, en el plazo de un año, y previa discusión con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de ley que mejore la consideración de los periodos cotizados de los trabajadores a tiempo parcial y en los contratos fijos discontinuos señalando expresamente entre dichas medidas, además de otras de naturaleza laboral, «la mejora de la protección social del trabajo a tiempo parcial, en particular, mediante el incremento del coeficiente multiplicador establecido actualmente para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente» [D.A.29.^ac) Ley 27/2011]. Parece claro el propósito del legislador de acabar con la actual situación de desprotección de los trabajadores a tiempo parcial: el alcance concreto de esta mejora está por determinar. En mi opinión, aunque el precepto legal se refiere expresamente al incremento del coeficiente multiplicador no se restringe su aplicación exclusivamente a las pensiones de incapacidad permanente y jubilación por lo que perfectamente cabría —y sería lo deseable— una elevación de ese coeficiente —e incluso su supresión— y su extensión a todas las prestaciones dispensadas por el sistema a fin de anular el efecto perverso que el trabajo a tiempo parcial tiene sobre el acceso a las prestaciones de Seguridad Social, perjuicio que sufren especialmente las mujeres. El periodo de carencia, aun siendo un requisito clásico de naturaleza contributivo/profesional, no debe conformarse por reglas de proporcionalidad y ello en atención a la finalidad que cumple en nuestro ordenamiento jurídico. El periodo de carencia efectivamente es una puerta de acceso a las prestaciones (derivadas de enfermedad común, con la salvedad de la pensión de orfandad) que pretende excluir a sujetos que no acreditan vinculación con el sistema pero esa vinculación no está en relación, tanto con lo aportado como con la propia vinculación temporal al Sistema. Sólo en el caso del trabajo a tiempo parcial el periodo de carencia se encuentra afectado por criterios proporcionales: no se aplica tal proporcionalidad cuando el trabajador a tiempo completo realiza una jornada anual convencional inferior a la jornada máxima legal ni tampoco se aplica la regla de proporcionalidad en el caso de las pagas extraordinarias obligatorias pues para algunas prestaciones (jubilación, tras la Ley 49/2007) las pagas extraordinarias no computan para la acreditación del periodo de carencia exigida, falta de cómputo extensivo a las pagas extraordinarias adicionales a las legales, por citar sólo algunos ejemplos de clara ruptura de la proporcionalidad en lo referente al periodo de carencia.

Pero los efectos negativos que el trabajo a tiempo parcial despliega sobre el periodo de carencia como requisito de acceso a las prestaciones no se agotan aquí sino que pueden prolongarse incluso más allá de la extinción del contrato y ello en virtud de dos normas especialmente duras, ambas del RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial así como la jubilación parcial.

En primer lugar, el art. 3.4 RD 1131/2002 dispone que, a efectos de los periodos que legalmente se asimilan a cotizados que suceden a periodos trabajados a tiempo parcial, se computan en forma idéntica a la utilizada en relación con el último periodo trabajado. Esto supone que cualquier ficción de cotización o cualquier periodo que se considere cotizado que haya seguido a un trabajo a tiempo parcial se computa también a tiempo parcial. No obstante, y como luego se expondrá detalladamente, algunas ficciones de cotización —y precisamente como medida de acción positiva— inciden sobre esta previsión y elevan al 100% estos periodos de cotización ficticia cuando la jornada parcial anterior obedece a algunos motivos de atención de hijos y familiares.

En segundo lugar, el art. 3.3 RD 1131/2002 según el cual los periodos de incapacidad temporal, maternidad, riesgo por embarazo durante los que pervive el contrato de trabajo a tiempo parcial, así como los periodos de desempleo determinados por la extinción de una relación laboral a tiempo parcial tendrán la misma consideración también, a efectos de lo previsto anteriormente, que el periodo precedente a la baja médica, al descanso o a la extinción del contrato. Esto supone el mantenimiento de la condición de trabajador a tiempo parcial —a efectos de cotización— durante los periodos de suspensión del contrato por incapacidad temporal, maternidad, y riesgo durante el embarazo (y riesgo durante la lactancia natural, habría que añadir) así como el desempleo subsiguiente a la extinción de un contrato a tiempo parcial. Esto supone un doble perjuicio derivados ambos de la cotización a tiempo parcial. En primer lugar, en el momento del cálculo de la base reguladora de las prestaciones que pudieran causarse en el futuro, pues todo esos periodos se consideran a tiempo parcial, lo que implica unas bases reguladoras inferiores, sin que opere aquí el mecanismo de integración de lagunas pues no son periodos de «lagunas de cotización». En segundo lugar, y ya respecto del periodo de carencia para el acceso a futuras prestaciones, también su cómputo a tiempo parcial lo que determina la aplicación de las reglas de la D.A.7.^a LGSS señaladas.

Pero el tratamiento peyorativo del trabajo a tiempo parcial no se agota aquí. Para el cálculo de la base reguladora, el art. 211.1 LGSS dispone, en materia de desempleo, que la base reguladora será el promedio de la base por la que se haya cotizado por la contingencia de desempleo durante los 180 días del periodo de carencia a que se refiere el art. 210 LGSS. Pues bien, esta previsión, unida a las anteriormente señaladas, determinaba un claro perjuicio en el momento del cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo de la trabajadora que hubiera hecho uso de una reducción de jornada para el cuidado de hijos y familiares. Nuevamente tratándose de una previsión enunciada en términos neutros desde el punto de vista de género, podía resultar discriminatoria desde la perspectiva de doctrina de la discriminación indirecta, al ser las mujeres el colectivo que hace mayor uso —casi exclusivo— de esta reducción de jornada. No fue este, sin embargo, el parecer del Tribunal Constitucional (ATC 30/2009,

de 27 de enero)¹⁸ —aunque con dos votos particulares en contra— quien, aplicando el principio de correspondencia entre cotización y prestación, inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad presentada por notoriamente infundada. Hubo de ser nuevamente el legislador el que, con la LOIEMH, adicionara un nuevo apartado 5 al art. 211 LGSS prescribiendo, para el cálculo de la base reguladora en los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 del art. 37 LET, el cómputo de las cotizaciones incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial. Con todo, hay que insistir en que no se trata de una previsión que anule los efectos negativos del trabajo a tiempo parcial en lo que se refiere al cálculo de la cuantía de la prestación por desempleo, en general, sino que únicamente tiene por objeto anular los efectos negativos del disfrute de los citados permisos en el cálculo de la prestación por desempleo, ya sea el trabajador a tiempo completo o parcial.

3. El Régimen Especial de Empleados de Hogar y su inferior acción protectora. Un ejemplo paradigmático de regulación diferente que se ha traducido en una posible «discriminación indirecta» no reconocida jurisprudencialmente.

Su corrección con su reciente integración en el Régimen General de la Seguridad Social por la Ley 27/2011, de 1 de agosto

Es de sobra conocido que el ya extinto Régimen Especial de Empleados de Hogar se caracterizó por ofrecer una protección social muy disminuida tanto en las situaciones de necesidad protegidas como en la cuantía de las prestaciones económicas dispensadas. Por lo que respecta al ámbito de la acción protectora dispensada y sin ánimo de exhaustividad, el REEH no dispensaba prestaciones por desempleo ni atendía a la protección privilegiada de los riesgos profesionales y, además, excluía de la protección económica los veintiocho primeros días de incapacidad temporal al cifrar en el día vigésimo noveno a contar desde la baja el nacimiento del derecho a la prestación económica de incapacidad temporal. Por lo que respecta a la intensidad de la protección dispensada, esta era inferior a la otorgada, desde luego, por el Régimen General pero también por cualquier otro Régimen, debido fundamentalmente a la menor cotización resultante de la aplicación de un tipo inferior de cotización (22%) a una base de cotización muy baja (y fija) coincidente con la cuantía de la base mínima de cotización del Grupo 10 del Régimen General, es decir, la más baja del Régimen General y si bien esta menor intensidad de la acción protectora se atenuaba por la vía de los

¹⁸ BOE de 26 de febrero de 2009.

complementos por mínimos, este correctivo era limitado, al alcanzar exclusivamente a las pensiones y no a todas.

Pues bien, aunque ninguna norma restringía, lógicamente, el ámbito de aplicación de este ya extinto Régimen Especial a las trabajadoras¹⁹, lo cierto es que se ha tratado desde sus mismos orígenes de un sector de actividad fundamentalmente femenino. Así, a 31-10-2011, el total de afiliados en alta en el REEH fijos ascendía a 213.110, de los que 198.347 eran mujeres y sólo 14.749 eran varones situación que se repite en el caso de discontinuos en los que de un total de 83.875 afiliados, 77.974 eran mujeres y sólo 5.898 eran hombres. En términos relativos esto supone que a 31-10-2011, el 93,07% de los afiliados al REEH fijos eran mujeres, frente a un escaso 6,92% de varones; mientras que en los trabajadores discontinuos el 92,96% eran mujeres y el 7,03 eran varones²⁰. Si atendemos a las prestaciones dispensadas, la cuantía de la pensiones en el REEH ha sido siempre bastante inferior a las causadas en cualesquiera otros Regímenes del Sistema de Seguridad Social y aunque las comparaciones no resultan fáciles pues los datos disponibles se refieren a «pensiones medias», incluso si atendemos al

Número y cuantía de pensiones en vigor por regímenes y clases

Datos a 1 de noviembre de 2011

Regímenes	Incapacidad permanente		Jubilación		Viudedad	
	Número	P. media	Número	P. media	Número	P. media
General	599.802	961,38	3.061.393	1.143,17	1.446.090	651,55
Trabajadores autónomos	130.632	631,36	1.188.411	626,87	483.096	437,17
Agrario	64.648	503,31	346.946	580,85	195.868	470,20
Trabajadores del mar	8.699	823,72	71.411	1.096,56	45.482	583,99
Minería del carbón	3.640	1.349,69	37.824	1.868,80	23.831	762,75
Empleados de hogar	12.201	486,77	154.771	499,05	10.181	291,39
Accidentes de trabajo	86.073	1.031,70	47.440	924,31	61.559	732,25
Enfermedades profesionales	13.285	1.071,85	11.854	1.602,27	15.511	824,06
SOVI	21.934	370,80	361.844	368,14	35.151	340,71
Total sistema	940.914	872,39	5.281.894	921,73	2.316.769	588,33

¹⁹ Con la salvedad a la que luego se hace referencia de exigencia de sexo femenino para la familiar que cuide del sacerdote célibe.

²⁰ Las estadísticas se pueden consultar en la página web del Ministerio de Trabajo e Inmigración (www.mtin.es)

Régimen en el que la base de cotización puede hallarse más cerca de la prevista en el REEH como es la del RETA (al optar buena parte de los autónomos por la base mínima prevista), la diferencia es sustancial.

Como se desprende de la tabla anterior²¹, tanto en incapacidad permanente, como en jubilación y en muerte y supervivencia es el Régimen Especial de Empleados de Hogar el que presenta (pensión media) las pensiones más bajas, inferiores incluso a las dispensadas en el Régimen Especial Agrario.

Esta misma conclusión se obtiene de los datos relativos a las pensiones complementadas con mínimos aunque con alguna pequeña diferencia pues mientras en incapacidad permanente sí es el REEH el que presenta un mayor número de pensiones complementadas con mínimos (53,91%) seguida ya de lejos por el REA (36,44%) y RETA (19,63%), en jubilación es el REA en donde los complementos por mínimos tienen mayor incidencia (62,96%) seguidos de cerca por REEH (59,62%) y algo más alejado por RETA (41,94%). En materia de viudedad es lógico que el porcentaje de pensiones complementadas por mínimos sea el más bajo de todos los regímenes pues el hecho de que se causen fundamentalmente a favor de varones que con toda probabilidad serán trabajadores

Pensiones en vigor con complemento a mínimos, por clases y regímenes

Datos a 1 de noviembre de 2011

Clases de pensión	Incapacidad permanente		Jubilación		Viudedad	
	Número	%/Total clase	Número	%/Total clase	Número	%/Total clase
Regímenes						
General	45.425	7,31	566.147	16,64	410.081	27,75
Trabajadores autónomos	25.697	19,63	500.951	41,94	198.887	41,08
Agrario	23.663	36,44	220.104	62,96	122.962	62,41
Trabajadores del mar	767	8,77	13.690	19,08	18.504	40,38
Minería del carbón	31	0,83	948	2,44	4.482	18,29
Empleados de hogar	6.579	53,91	98.290	59,62	981	9,63
Accidentes de trabajo	1.435	1,67	8.353	17,61	18.241	29,63
Enfermedades profesionales	83	0,62	923	7,79	4.641	29,92
Total sistema	103.680	11,02	1.409.406	26,68	773.779	33,61

²¹ Extraída de la página web del Ministerio de Trabajo e Inmigración (www.mtin.es).

o en su caso, pensionistas de jubilación o incapacidad permanente, determina la no generación del derecho a los complementos por mínimos.

Como es sabido la existencia del Régimen Especial de Empleados de Hogar obedece a razones históricas que tuvieron mucho que ver mucho con la exclusión de la condición laboral de esta prestación de servicios llevada a cabo por la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, que exceptuó la inicial calificación como laboral que llevara a cabo la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 rompiendo así, sólo esporádicamente, con la tradicional exclusión del personal al servicio del hogar familiar del ámbito laboral y de la incipiente normativa de previsión social²². Esta exclusión fue, posiblemente, lo que determinó que los servidores domésticos, es decir, «*quienes prestaban servicios mediando retribución para un amo de casa que no persiguiera ánimo de lucro y para trabajar en una morada o casa particular*» [art. 2.c) LCT-44] quedaran excluidos del sistema de seguros sociales que estaba implantándose y determinara la creación el año 1959 de un sistema específico de previsión social: el Montepío Nacional del Servicio Doméstico²³. Esta situación sólo se corrigió con la Ley de Relaciones Laborales de 1976 pasando al Estatuto de los Trabajadores de 1980, aunque configurada como relación laboral especial²⁴. La exclusión del ámbito del Derecho del Trabajo de esta prestación de servicios no impidió que la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963 ya se refiriera al Régimen de servidores domésticos entre los Regímenes Especiales que iban a integrar el sistema de Seguridad Social que venía a anunciar, lo que fue efectivamente concretado por el Decreto de 21 de abril de 1966, por el que se aprobó el I Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social y por el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de Empleados de Hogar, que se ha mantenido vigente hasta la actualidad. Con lo anterior quiere significarse que fueron razones ajenas al sexo femenino predominante en este sector de actividad las que determinaron la creación de este Régimen Especial.

Y también es de sobra conocida la doctrina del Tribunal Constitucional negando la existencia de discriminación prohibida derivada de la existencia de Regímenes Especiales. Para el Tribunal Constitucional «*(...) la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico*» (STC 103/1984, de 12 de noviembre) así como que «*(...) no puede alegarse discriminación como resultado de la comparación de regímenes de Seguridad Social distintos, dado que no son términos homogéneos y que las peculiaridades de cada sector de actividad y las diferencias entre trabajadores de unos y otras son muy*

²² Vid. in extenso, García Ninet, J.I. (dir.) (2007).

²³ Decreto 385/1959, de 17 de marzo.

²⁴ Sobre la evolución histórica, vid. in extenso, García Ninet (1998).

claras» (STC 173/1988, de 3 de octubre) o que «(...) constituye doctrina reiterada de este Tribunal que el art. 14 CE en principio no alcanza a corregir las desigualdades existentes entre los distintos regímenes que integran la Seguridad Social. La articulación del sistema en un Régimen General y diversos Regímenes Especiales se justifica por las peculiaridades socio-económicas, laborales, productivas o de cualquier otra índole que concurren aún cuando la legislación posterior tienda a conseguir la máxima homogeneidad con el Régimen General que permitan las disponibilidades financieras» (STC 268/1993, de 20 de septiembre). Conclusión que no se ve afectada por pronunciamientos posteriores aunque sí se matiza la doctrina anterior excluyendo la exclusión automática y general de la discriminación por el hecho de que derive de regímenes jurídicos distintos porque ello sería tanto como dejar al arbitrio del legislador la eficacia del principio de igualdad cuya aplicación podría verse excluida por el simple procedimiento de crear regímenes legales diferentes que actuarían como justificación de tratamientos diferentes, aunque no concudiesen razones sustantivas que legitimaran sus diferencias (STC 39/1992, de 30 de marzo, y STC 184/1993, de 14 de junio).

Siendo esto así, también es verdad que en el caso concreto del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el que se trata de un Régimen altamente feminizado, la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Constitucional referidas a la discriminación indirecta podría haber constituido un buen campo de aplicación pues se daban todas las notas que la citada jurisprudencia exige para la aplicación de la citada doctrina, pero no fue esto lo que aconteció. Declarada la constitucionalidad de la existencia de regímenes jurídicos diferentes, sólo la intervención normativa podía acabar con esta injustificable diferenciación y así, dentro de las orientaciones del Pacto de Toledo tendentes a simplificar la estructura del sistema de Seguridad Social y a homogenizar la acción protectora, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, ha terminado definitivamente con el Régimen Especial de Empleados de Hogar procediendo a su integración con efectos de 1-1-2012 en el Régimen General mediante la creación de un Sistema Especial para empleados de hogar en el que, en general, aunque en algunos casos de manera progresiva y gradual, la acción protectora coincide con la dispensada por el Régimen General, incluso en lo que se refiere a las contingencias profesionales²⁵, salvo en lo relativo a la protección por desempleo aunque se anticipa ya la posible previsión de iniciativas en este sentido en el marco de la renovación de la relación laboral de carácter especial al servicio del hogar familiar. Y sobre este particular hay que significar que la Disposición Adicional 2.ª Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, prevé la realización de un Informe por una Comisión de Expertos para que analice, entre otras cuestio-

²⁵ D.A.53.ª LGSS introducida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto. Se ha desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre (BOE de 2 de febrero de 2011).

nes, «*la viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera*». Así pues, es posible que en el futuro —el Informe debe estar elaborado con anterioridad a 31-12-2012— los empleados de hogar también cuenten con un sistema de protección del desempleo, medida que sin duda beneficiara fundamentalmente a un colectivo importante de mujeres trabajadoras que hasta ahora han tenido muy reducida su protección social²⁶. Por lo que respecta a la cotización, la idea base de la reforma es que la cotización del empleado de hogar también se realice sobre las retribuciones reales, con el límite de la base mínima que se establezca legalmente (lo cual acontecerá a partir de 1-1-2019) aunque se prevé un sistema transitorio de bases de cotización fijadas legalmente en función de las retribuciones mensuales percibidas. También en el año 2019 será de aplicación el tipo de cotización para contingencias comunes y su distribución entre empleador y empleado previstos con carácter general, previendo hasta entonces un incremento del 0,90% anual desde el año 2013 al año 2018 partiendo del actualmente vigente 22%. Para la cotización por contingencias profesionales sin embargo se aplica desde el 1-1-2012 el tipo previsto en la tarifa de primas aprobado por la D.A.4.^a Ley 42/2006, de 28 de diciembre.

4. Supuestos de inclusión o exclusión en el sistema de Seguridad Social que atendieran o atiendan al sexo del trabajador. Algunos otros supuestos de discriminación indirecta y su corrección (reciente) por vía normativa

El art. 7 LGSS declara comprendidos en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de la modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, a los españoles que residan en España y a los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España siempre que, en ambos casos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén

²⁶ En materia de incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral, el nacimiento del derecho se cifra en el día 9 de la baja en el trabajo imputando al empleador el abono de la prestación del trabajador desde los días cuarto al octavo, ambos inclusive. Se traslada así al ámbito de este Sistema especial las previsiones del Régimen General aunque reduciendo los días de responsabilidad directa a cargo del empleador de los 12 días previstos en el Régimen General a los 5 días previstos en este Sistema Especial. En todo caso, la intensidad de la protección para el trabajador es idéntica pues el derecho al subsidio nace a partir del cuarto día de la baja en el trabajo en ambos casos.

Igualmente, en materia de contingencias profesionales, la incapacidad temporal también se abona a partir del noveno día de la baja estando a cargo del cabeza de familia el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al octavo de la citada baja, ambos inclusive (art. 5 RD Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre).

incluidos en alguno de los apartados que el propio precepto enumera. En principio, por tanto, el sexo del trabajador no puede constituir elemento determinante de su inclusión o exclusión del sistema de Seguridad Social. Esta misma previsión se hallaba ya en el Decreto de 21 de abril de 1966 por el que se aprobó el I Texto Articulado de la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963. Con ser esto así, lo cierto es que esta afirmación debe ser matizada pues, además de que existe alguna excepción directa que exige la condición femenina a quien ejecuta el trabajo en orden a determinar la inclusión en el sistema de seguridad social, existen otras previsiones que, aunque atienden a criterios neutros en orden a su establecimiento respondiendo argumentos razonables teleológicamente, inciden en mayor medida —y negativamente— sobre las mujeres, determinando nuevas situaciones de «discriminación indirecta».

Así, por lo que respecta a la excepción directa, aunque de forma análoga al resto de Regímenes del sistema, se excluye de su campo de aplicación a los familiares por consanguinidad y afinidad del empresario²⁷, en el caso específico del Régimen Especial de Empleados de Hogar se exceptuaba de esta exclusión a los familiares del sexo femenino de sacerdotes célibes que convivieran con ellos y que reunieran las demás condiciones exigidas, siempre que no tuvieran ningún empleado de hogar a su servicio. El sexo aparece en una doble dimensión: por un lado, respecto del servidor doméstico y por otro lado, respecto del amo de casa, al que se exige —implícitamente— el sexo masculino pues según los preceptos de la Iglesia Católica sólo pueden ser sacerdotes los varones. Pues bien, el Tribunal Constitucional (STC 109/1988, de 8 de junio) denegó, en contra de la opinión del Ministerio Fiscal, el amparo constitucional solicitado por una sobrina carnal que prestaba sus servicios para una religiosa (célibe) de la Institución Teresiana, con la que convivió y de la era empleada de hogar única, con la argumentación, respecto de la exigencia del sexo femenino de la empleada, que no procedía entrar en su análisis en el marco de un recurso de amparo puesto que tal circunstancia concurría en la recurrente. Respecto de la limitación de este supuesto a los «sacerdotes célibes» —lo que excluía según la recurrente a las religiosas de vida monástica— el Tribunal Constitucional concluyó en la imposibilidad de entender dicha previsión como discriminatoria por razón de sexo puesto que también excluía a los religiosos de vida doméstica «(...) *encontrando la razón y el fundamento último de la norma (...) como un favorecimiento del ejercicio de la función sacerdotal con referencia a los clérigos que ejerzan tal ministerio; e impone, necesariamente, la no inserción dentro de la norma excepcional de los religiosos y de las religiosas (...)*» y todo ello «(...) *con fundamento en el art. 17 de*

²⁷ Exclusión que debe ser matizada pues en todo caso debe poder probarse, tal y como dispone el Estatuto de los Trabajadores, la condición de asalariado de quien presta servicios, siendo inconstitucional por discriminatoria la exclusión incondicionada por la simple concurrencia del requisito. Sobre el particular, vid. entre otras, STC 79/1991, de 15 de abril; STC 92/1991, de 6 de mayo; STC 59/1992, de 23 de abril; STC 49/1994, de 16 de febrero.

la Constitución y en las relaciones de cooperación entre el Estado español y la Iglesia Católica y otras confesiones religiosas pues se trata de favorecer, dentro de los esquemas de la regulación de ese ministerio y de las consideraciones de decoro que en ella rigen, el ejercicio de la función sacerdotal».

De otra índole son otras previsiones que, en este caso de carácter neutro, han determinado tradicionalmente la exclusión del ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social de un colectivo importante de mujeres trabajadoras, y no por no realizar actividad profesional elemento determinante básico para la inclusión en nuestro sistema contributivo-profesional, sino por realizarla en la «sombra». Efectivamente, y como trasunto de la presunción de no laboralidad del art. 1.2.c) ET de los trabajos familiares, la LGSS excluye del ámbito de aplicación del Régimen General al cónyuge y parientes por consanguinidad y afinidad hasta el 2.º grado inclusive, ocupados en el centro de trabajo cuando convivan en el hogar del empresario y estén a su cargo. Por su parte, los Regímenes Especiales que integran trabajadores por cuenta propia (Régimen de Trabajadores Autónomos, Régimen Especial de Trabajadores del Mar y Régimen Especial Agrario hasta su integración en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por la Ley 18/2007, de 4 de julio) conceptúan como parientes colaboradores del empresario —disponiendo su inclusión obligatoria en el correspondiente Régimen Especial— al cónyuge y familiares hasta el tercer grado que trabajen con ellos en sus explotaciones de forma habitual, convivan con el cabeza de familia y dependan económicamente del titular del negocio o explotación²⁸. Con independencia ahora de la exigencia de los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida que se venía exigiendo tradicionalmente a los trabajadores por cuenta propia para quedar incluidos en dichos Regímenes Especiales y que determinó la exclusión de las mujeres del campo cuando el cónyuge era trabajador no agrario o pensionistas de jubilación o incapacidad per-

²⁸ Así se regula en el art. 3 del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y se regulaba también en el artículo tercero del Decreto 2121/1971, de 23 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, por las que se establece y regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, norma esta última derogada por la Ley 28/2007, de 22 de septiembre, aunque con anterioridad fue modificada en lo referente a la definición del trabajador por cuenta propia por la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

Por lo que respecta al RETA, el art. 3 b) Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, incluye dentro del RETA al cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive de los trabajadores determinados en el número anterior que, de forma habitual, personal y directa, colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, siempre que no tengan la condición de asalariados respecto a aquéllos.

manente²⁹, lo que quiere significarse ahora es, en lo que respecta a la condición de propietario (armador —en el caso del RE de Trabajadores del Mar— y titular de pequeña explotación agraria —en el caso del R.E. Agrario—), que esta condición es que la determinaba la inclusión como trabajador por cuenta propia en el ámbito de dichos regímenes especiales irradiando a los familiares en los términos señalados la posibilidad de quedar comprendidos en dichos regímenes como «parientes colaboradores».

Pues bien, con respecto al Régimen Especial Agrario (no así respecto del R.E. de Trabajadores del Mar en el que se exige para quedar encuadrado la realización de la actividad profesional enrolado, lo que no es frecuente en el caso de la mujer colaboradora del armador) la realidad es que la mujer, aún realizando labores agrarias que hubieran debido determinar su inclusión en el Régimen Especial como pariente colaborador, su afiliación no es habitual fundamentalmente por razones de tipo económico lo que unido a la tradicional titularidad masculina de las explotaciones agrarias ha determinado la expulsión de la mujer del campo del ámbito de la protección de la Seguridad Social más allá de su mera condición de beneficiaria por derecho derivado. Esta misma situación se produce también —aunque quizá en menor medida— en lo que respecta al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en el que, aún trabajando ambos cónyuges en la actividad por cuenta propia, es el varón el que normalmente ostenta la titularidad del negocio y resulta el único afiliado al sistema de Seguridad Social.

²⁹ Este requisito pretendía restringir estos Regímenes Especiales —especialmente asistencializados— a quienes efectivamente ligaban su vida y destino al sector primario (agricultura y pesca) dada su debilidad económica. Fue la Ley 40/2007 (D.A.16.^a) la que modificó la redacción de este requisito para el RETM de forma que ya no se exige para quedar encuadrado como trabajador por cuenta propia en el RETM que la actividad pesquera fuera la predominante y que constituyera la principal fuente de ingresos como hasta entonces venía exigiéndose de forma que ahora basta con que de las actividades marítimo pesqueras se obtengan ingresos para atender sus propias necesidades o, en su caso, las de la unidad familiar, aun cuando con carácter ocasional o permanente realicen otros trabajos no específicamente marítimo-pesqueros determinantes o no de su inclusión en cualquier otro de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social». Con anterioridad las actividades no marítimo-pesqueras debían ser sólo ocasionales.

Igualmente este requisito también se flexibilizó en el REA por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma económica con expresa referencia a que esta modificación tenía por finalidad facilitar la inclusión en el REA de las mujeres del campo. Posteriormente, la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos define el campo de aplicación del Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta propia agrarios en términos más amplios admitiendo la inclusión en este Sistema Especial aunque la actividad agraria no sea exclusiva, nueva definición que incluso (D.F.1.^a) transitoriamente traslada para la definición de los criterios de habitualidad y la definición del pariente colaborador para que resulten aplicables hasta que entre en vigor el Sistema Especial.

Sobre los efectos perjudiciales de esta exigencia de medio fundamental de vida y su carácter discriminatorio hacia la mujer, vid. entre otras, STSJ Andalucía de 18-1-2001 (AS 2001, 2903), STSJ Galicia de 2-3-2001 (AS 2001, 1792) y STSJ Galicia de 30-4-2008 (AS 2008, 1271).

Pues bien, también en este aspecto se han adoptado medidas normativas claramente incardinables en el ámbito de la «acción positiva» en materia de Seguridad Social y ello recientemente.

Primeramente, en una concepción muy tradicional —aunque no por ello, no apta para la finalidad pretendida— mediante el establecimiento de bonificaciones a la Seguridad Social respecto de la cotización del cónyuge (también descendientes) de titular de la explotación agraria que se encuentre dado de alta en el RETA a través del Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios, siempre que tengan cuarenta o menos años de edad en el momento de la incorporación, que debe realizarse a partir de 1-1-2008. La bonificación se aplica sobre la cotización por contingencias comunes de cobertura obligatoria consistiendo en una reducción equivalente al 30% de la cuota que resulte de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda, el tipo del 18,75%, y con una duración de cinco años. No obstante, también se aplica esta bonificación a quienes se incorporaron con anterioridad a 1-1-2008 y venían disfrutando de la bonificación prevista en la disposición transitoria segunda y el apartado b) de la disposición derogatoria única de la Ley 18/2007, y que, a partir del 1 de enero de 2008, queden incluidas en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, en tanto mantengan las condiciones exigidas para quedar encuadradas en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios. En definitiva, estas medidas tenían y tienen pues siguen en vigor —incluso la Ley 35/2011 de 4 de octubre ha elevado la edad a los 50 años (entrada en vigor el 5-1-2012)— la finalidad de fomentar la afiliación en el sistema de seguridad social mediante la reducción del coste del cónyuge pariente colaborador del titular de explotación agraria. Contrasta esta previsión con la, en apariencia similar, prevista en la D.A.35.^a LGSS pues aunque ésta establece bonificaciones a la Seguridad Social aplicables a los nuevos trabajadores incluidos en el RETA a partir de la entrada en vigor del LETA, para autónomos con 30 o menos años de edad (elevando esta edad a 35 en el caso de mujeres) esta previsión carece de la naturaleza de medida de acción positiva en favor de las mujeres y antes bien constituye una medida de fomento del autoempleo de los jóvenes, hombres y mujeres, aunque la edad máxima prevista para las mujeres sea más elevada y por tanto, más favorecedora de su autoempleo.

De otra naturaleza, bastante más innovadora y ambiciosa, son las medidas tendentes a modificar el régimen mismo de la titularidad de las explotaciones agrarias. Se pretende así actuar directamente sobre la titularidad de la unidad económica agraria dando entrada a la misma a la mujer rural, sin que, sin embargo, quede afectado el régimen de la titularidad dominical de los bienes que integran esa unidad económica agraria. Mediante dos normas diferentes, primero el RD 297/2009, de 6 de marzo, y más recientemente la Ley 35/2011, de 4 de octubre, se ha iniciado un nuevo camino en la implantación de medidas

de acción positiva a las que ya se refería la LOIEMH (art. 30)³⁰. Efectivamente, iniciadas por el RD 297/2009, de 6 de marzo, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias³¹ que recogía medidas puramente administrativas, la Ley 35/2011, de 4 de octubre, necesaria por razones de rango al afectar a aspectos que precisan de reserva de ley formal (norma legal de cuya promulgación ya anticipaba el RD 297/2009), ha venido a dar una nueva vuelta de tuerca a las medidas de acción positiva. La Ley 35/2011 expresamente invoca en su Preámbulo la necesidad de promover una acción positiva para dar visibilidad a las mujeres del campo y para que éstas puedan ejercer y disfrutar de todos los derechos derivados de su trabajo en las explotaciones agrícolas en términos de igualdad con respecto a los hombres, favoreciendo la asunción de decisiones gerenciales y de los riesgos y responsabilidades derivados de aquéllas. La regulación de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias tiene el objetivo, por tanto, de promover y favorecer la igualdad real y efectiva de las mujeres en el medio rural, a través del reconocimiento jurídico y económico de su participación en la actividad agraria con la particularidad de que, siendo como es una figura de constitución meramente voluntaria, también contempla otras medidas de acción positiva para aquellos supuestos en los que no se constituya dicha titularidad compartida, reconociendo derechos económicos generados a favor del cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad, frente al titular de la explotación agraria, como contraprestación por su actividad agraria, efectiva y regular en la explotación. Así, la particularidad en materia de Seguridad Social de la titularidad compartida es que, imputándose como se imputan los rendimientos de la explotación agraria a los dos titulares al 50%³², ambos deben quedar comprendidos en el ámbito del sistema de Seguridad Social. Pero no sólo eso: además, extiende al cónyuge y pareja de hecho³³ del titular de la explotación agraria que se constituya a su vez en titular de la explotación agraria de titularidad compartida, el derecho a los beneficios en la cotización a la Seguridad

³⁰ Art. 30: 1. 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.

³¹ Habilitación al Gobierno que deriva de la Disposición Final 4.ª Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural.

³² La explotación agraria de titularidad compartida es la unidad económica, sin personalidad jurídica y susceptible de imposición a efectos fiscales, que se constituye por un matrimonio o pareja unida por análoga relación de afectividad, para la gestión conjunta de la explotación agraria (art. 2 Ley 35/2011).

³³ Respecto de la pareja de hecho, el art. 10.3 Ley 35/2011 dispone: «Lo previsto en el apartado anterior será aplicable al miembro de la pareja de hecho que se constituya en titular de la explotación agraria en régimen de titularidad compartida, una vez que se regule, en el ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social y de los Regímenes que lo forman, el alcance del encuadramiento de las parejas de hecho de los titulares de explotaciones agrarias, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional segunda de la citada Ley 18/2007, de 4 de julio».

Social a que se refiere la Disposición Adicional Primera de la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, siempre que se cumplan las condiciones en ella establecidas y que además, eleva el límite de edad para disfrutar de dicha bonificación a 50 o menos años de edad (entrada en vigor el 5-1-2012). Es decir, que las bonificaciones no se aplican al cónyuge sólo en el supuesto de pariente colaborador del titular sino que, buscando el legislador como busca la titularidad compartida, las extiende también al cónyuge si se constituye en titularidad de la explotación agraria de titularidad compartida, pues no hacerlo así hubiera sido contrario al designio del fomento de esta nueva figura de titularidad de las explotaciones agrarias.

Pero las medidas no se agotan en lo señalado: aunque no sea propiamente una medida de seguridad social, el art. 13 reconoce al cónyuge o pareja de hecho del titular de la explotación agraria, cuando no se ha constituido el régimen de titularidad compartida de la explotación agraria, cuando participe de manera efectiva y regular en la actividad agraria de la explotación sin percibir pago o contraprestación por el trabajo realizado, el derecho a una compensación económica a cargo del titular de la explotación agraria o de sus herederos, en casos de transmisión de la explotación agraria, de nulidad o disolución del matrimonio o de la pareja de hecho por separación, nulidad o muerte, o en los supuestos de liquidación del régimen económico del matrimonio o de las relaciones patrimoniales establecidas por la pareja de hecho. Es importante resaltar que esta previsión no prejuzga ni se refiere en ningún caso —para condicionar, limitar o excluir el derecho a esta compensación económica— a la situación a efectos de Seguridad Social de esta participación «de forma efectiva y regular» en la actividad agraria del cónyuge o pareja de hecho del titular: sólo se refiere a la ausencia de pago o contraprestación por el trabajo realizado sin que, a mi parecer, quepa encuadrar en dicho concepto las cuotas que —eventualmente— hubieran podido satisfacerse por dicho trabajo como pariente colaborador del titular de la explotación agraria puesto que, si participa de forma regular en la actividad agraria del titular de la explotación estamos claramente ante un cónyuge colaborador, que debe cursar el alta en la Seguridad Social en concepto de tal.

Precisamente, a la cotización del cónyuge del titular del negocio se refiere, también en lo que constituye claramente una disposición de seguridad social, la Disposición Adicional 52.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto (entrada en vigor el 1-1-2013). Según esta disposición, en los supuestos de separación, divorcio o nulidad, cuando 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 correspondiente, se impone al juez que conozca de la separación, divorcio o nulidad la obligación de comunicar tal hecho a la Inspección de Trabajo

y Seguridad Social al objeto de que ésta lleve a cabo las actuaciones que correspondan, referencia sin duda a la posibilidad de levantamiento de, cuanto menos, actas de liquidación (y es de suponer que también de infracción). La norma dispone que las cotizaciones no prescritas que, en su caso, se realicen por los periodos de alta que se reconozcan surtirán todos los efectos previstos en el ordenamiento jurídico a efectos de causar las prestaciones de seguridad social e imputa el importe de tales cotizaciones al negocio familiar imputando su abono al titular del mismo. Como antes se ha señalado, se trata de una medida enunciada en términos de género neutro pero no cabe duda que va a beneficiar grandemente a las mujeres quienes normalmente no son las titulares del negocio familiar.

5. Medidas de acción positiva en relación con la maternidad y la atención y el cuidado de hijos y familiares.

El establecimiento de ficciones de cotización para determinados periodos relacionados con la atención de hijos y familiares

Sin duda, uno de los principales inconvenientes a los que se han tenido que enfrentar las mujeres ha sido el hacer compatible la maternidad —tanto la gestación y atención del menor durante los primeros meses como durante los primeros años de vida del menor— con el trabajo fuera del hogar familiar, así como la atención de otros familiares dependientes, pues por razones históricas y sociológicas sobre la mujer han recaído normalmente estas obligaciones además de las obvias biológicas en el caso de la gestación. Desaparecidas ya las discriminaciones por razón de sexo que prohibían a las mujeres la realización de determinados trabajos sobre la base de una legislación paternalista fundada en la menor fortaleza física de la mujer y trasladado el centro de imputación de la normativa de prevención de riesgos laborales a la tutela de la maternidad, la realidad es que ésta —y por extensión, el sexo femenino en cuanto portador de esa posibilidad— se ha erigido desde siempre como un obstáculo para el acceso de la mujer al mercado de trabajo cuando no directamente como una causa de extinción de la relación laboral. En este sentido, han sido numerosas las medidas arbitradas por el ordenamiento jurídico y no sólo a nivel normativo sino también jurisprudencial para, por un lado, fomentar la contratación de mujeres, especialmente a través de bonificaciones a la seguridad social, y por otro lado, para evitar que la maternidad pueda constituir causa de extinción de la relación laboral, configurando un estatuto jurídico muy protector de la maternidad desde la perspectiva laboral, en una larga evolución que ha culminado, como es sabido, con una tutela reforzada de la situación contractual tanto de la mujer durante el embarazo como durante el disfrute y una vez acabado éste, del permiso de suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, así como durante las posibles enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural,

adopción o acogimiento [art. 55.1.a), b) y c) ET] salvo que el despido no tenga motivos relacionados con el embarazo o con el ejercicio de esos permisos o excedencias. A esto se añaden otras medidas de tutela como, entre otras, las relativas al disfrute del periodo de vacaciones incluso fuera del año natural al que corresponden, cuando el periodo de vacaciones fijado coincida con una incapacidad temporal derivado del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato por maternidad (art. 38.3 ET).

Estas medidas, por tanto, han tenido dos objetivos distintos.

Por un lado, vencer las reticencias empresariales para la contratación de mujeres en general, de mujeres de determinada edad, o de mujeres en profesiones en las que se hallaban subrepresentadas. En este sentido, las medidas articuladas en materia de Seguridad Social lo han sido mediante la técnica habitual en el marco de las políticas de fomento de empleo de establecimiento de bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social bonificando la contratación de mujeres (en general, en determinados supuestos o en determinadas profesiones en las que estaba subrepresentadas) e incluso mediante la medida conocida como el «coste cero» de la maternidad, es decir, la bonificación completa de la cotización a la Seguridad Social de la persona contratada con un contrato temporal de interinidad para cubrir el periodo de baja por maternidad, paternidad o riesgo durante el embarazo o la lactancia, de la trabajadora o la subvención directa de la contratación de mujeres con contrato suspendido (indefinido o temporal que se transforme en indefinido) reincorporadas tras la maternidad o incluso, de manera más general, bonificando los contratos de interinidad suscritos con beneficiarios de prestaciones por desempleo para sustituir a trabajadores en situación de excedencia para el cuidado de hijos, lo que, en general, como ya se ha dicho, beneficia especialmente a las mujeres en cuanto que estas son las que principalmente hacen uso de esta excedencia³⁴. En este sentido hay que recordar que las

³⁴ En la actualidad, no obstante, la Ley 35/2010 ha efectuado una importante reordenación de las bonificaciones y ha suprimido algunas de las bonificaciones y subvenciones establecidas con carácter general para las mujeres aunque ha dejado subsistentes algunos supuestos de bonificación anteriores y todo ello sin perjuicio de que se siga contemplando entre los colectivos prioritarios de las políticas de empleo a las mujeres, aunque también y fundamentalmente a los parados de larga duración y los jóvenes. Esta preferencia suele concretarse en una mayor cuantía de la subvención o bonificación en los casos establecidos cuando la contratación lo es de mujeres. Así, en la actualidad, las bonificaciones y subvenciones vigentes en la actualidad relativas a las mujeres o relativas a la conciliación de la vida laboral o familiar, son: a) mujeres con contrato suspendido (indefinido o temporal que se transforme en indefinido) reincorporadas tras la maternidad (1.200 euros, durante 4 años) [ex Ley 43/2006]; b) contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los periodos de descanso por maternidad (biológica o por adopción o acogimiento), paternidad, o riesgo durante el embarazo o la lactancia (100% cuota empresarial de interino incluyendo las contingencias profesionales y los conceptos de recaudación conjunta) y el 100% de la cuota del trabajador en situación de maternidad (incluyendo contingencias profesionales y conceptos de recaudación conjunta), mientras dure la sustitución [RDL 11/1998 y Ley 12/2001]; c) contratos de interinidad con beneficiarios de prestaciones por desempleo para sustituir a trabajadores en

medidas de acción positiva están plenamente aceptadas en el marco de las políticas activas de empleo previéndose entre las medidas aptas a tales fines «*las oportunidades de empleo y fomento de la contratación definidas como aquellas que tengan por objeto incentivar la contratación, la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo, ya sea con carácter general o dirigida a sectores o colectivos específicos*» y «*el fomento de la igualdad de oportunidades en el empleo de mujeres y hombres*», así como «*las oportunidades para colectivos con especiales dificultades*» (art. 25 Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo).

El otro objetivo ha sido proteger a la mujer embarazada a fin de evitar que la situación de gestación pudiera determinar la extinción de su contrato. En este sentido, primero jurisprudencialmente mediante la creación de la figura del despido radicalmente nulo y después legislativamente, mediante la protección reforzada en el momento de la extinción del contrato de trabajo de la mujer embarazada o durante el disfrute del permiso de maternidad o riesgos durante el embarazo o lactancia o incluso por enfermedades causadas por el embarazo, parto, o lactancia natural, e incluso tras la reincorporación al trabajo tras las citadas suspensiones [art. 55.1.a), b) y c) ET], recogiendo la jurisprudencial constitucional y comunitaria.

También el ordenamiento de la Seguridad Social reaccionó a la protección de la maternidad mediante el establecimiento de la prestación sustitutiva de la renta perdida por la suspensión del contrato por maternidad, con sus abundantes y sucesivas modificaciones normativas, siempre dirigidas a mejorar el estatuto jurídico protector de la prestación económica de maternidad, en muchos casos también mediante el reconocimiento del derecho a esta prestación a favor del varón, en un intento de lograr una mayor implicación de éste en la atención del recién nacido. En todo caso, desde el punto de vista de la generación de futuros derechos de Seguridad Social por parte de su titular, la suspensión del contrato por maternidad carecía de efectos negativos, al mantenerse la obligación de alta y cotización (art. 106.4 LGSS), lo que se extiende incluso al desempleo

situación de excedencia para el cuidado de familiares (95%, 60% y 50% de la cuota por contingencias comunes durante el primer, segundo y tercer año respectivamente de excedencia) mientras dure la excedencia [ex D.A.14 ET]; d) Trabajadoras autónomas que cesen la actividad por encontrarse en periodo de descanso por maternidad, paternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural y que sean sustituidos por desempleados con contrato de interinidad bonificado (100% de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima o fija que corresponda al tipo de cotización establecido como obligatorio durante la sustitución) durante todo el tiempo que dure la sustitución [D.A.2.^a Ley 12/2011, modificada por LOIEMH]; e) Mujeres reincorporadas a la actividad autónoma en los dos años siguientes al parto (100% de la cuota por contingencias comunes correspondiente a la base mínima de autónomos durante cinco años [ex Ley 45/2002]).

Además de estos supuestos, las subvenciones previstas para jóvenes de entre 16 y 30 desempleados durante más de doce meses, mayores de 45 años desempleados durante más de doce meses, personas con discapacidad, en determinados supuestos de conversión de contratos las subvenciones son más elevadas en caso de mujeres.

durante la situación de maternidad y tanto si la maternidad es previa al desempleo como si se inicia una vez la trabajadora ya está en situación de desempleo (art. 222.2 y 222.3, párrafos tercero y quinto, LGSS). Así pues, nada reseñable desde el punto de vista aquí considerado: igualdad formal que se traduce, durante el periodo de descanso por maternidad, también en igualdad material, por la vía de la prestación económica por maternidad y el mantenimiento de la obligación del alta y cotización durante dichos periodos o en su caso las ficciones de cotización señaladas durante la prestación de maternidad una vez extinguido el contrato de trabajo. O dicho de otra manera: puesto que la prestación de maternidad sólo mantiene su condición femenina en el caso de maternidad biológica y exclusivamente durante el periodo de descanso obligatorio, la realidad es que no existe ninguna diferencia por razón de sexo en esta materia. La implantación de la prestación por paternidad como forma de implicar al otro progenitor en la atención del menor y en tanto medida dirigida a lograr un mejor reparto de las cargas familiares se enmarca en esa misma política de acciones de promoción de la igualdad de responsabilidades en materia familiar y por tanto, puede entenderse también como una medida —indirecta— de acción positiva.

En todo caso, y fuera ya del ámbito estricto de la maternidad, la atención y cuidado de los hijos y familiares constituye también una función que tradicionalmente han asumido las mujeres y que tiene como efecto la retirada de la mujer del mercado de trabajo y consiguiente interrupción de su carrera de seguro, bien a través de la figura de la excedencia para el cuidado de hijos o para el cuidado de familiares, bien directamente mediante la extinción del contrato de trabajo. Tampoco se puede olvidar las varias posibilidades de reducción de jornada con reducción de salario que tienen en la atención de hijos o menores y familiares su causa, reducción de salario que también tiene consecuencias negativas en materia de protección social. En este sentido, aunque originariamente estuvieron configuradas mas como medidas de corte natalista que de acción positiva en favor de la mujer, el ordenamiento de la Seguridad Social contempla desde hace tiempo el establecimiento de ficciones de cotización (es decir, la atribución de periodos de cotización no realizados efectivamente) en determinados supuestos de reducción de jornada, suspensión o extinción del contrato a fin de anular los efectos negativos que, en materia de seguridad social, se derivan de esas reducciones, suspensiones y extinciones cuando su finalidad o su causa ha sido la atención y cuidado de hijos y familiares. Con todo, fue fundamentalmente la LOIEMH la que viró el fundamento de estas medidas dotándolas de una naturaleza de acción positiva y aunque, como he señalado, todas estas medidas no limitan su destinatarios a las mujeres pues estas instituciones jurídicas se reconocen en términos de igualdad formal con independencia del sexo, las mujeres acaban siendo sus directas beneficiarias pues los datos estadísticos disponibles ponen de manifiesto que son ellas quienes hacen prácticamente uso exclusivo de estas posibilidades al recaer sobre ellas el grueso de las responsabilidades familiares.

No cabe duda que las ficciones de cotización son un sistema útil para anular el perjuicio que sobre las carreras del seguro tienen estas situaciones, y, además, barato a corto plazo pues se trata de un derecho que tiene un plazo de efectividad diferido e incluso, en algunos casos puede que no llegue a tener efectividad como es el caso de carreras contributivas insuficientes para causar derecho a prestaciones incluso con las cotizaciones ficticias o los supuestos de carreras de seguros a las que nada añaden dichas ficciones.

Así, en primer lugar, el art. 180 LGSS establece como prestación familiar contributiva la consideración de periodo de cotización efectiva —a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad— de una parte del periodo de excedencia para el cuidado de hijos o menor acogido (tanto acogimiento familiar permanente o preadoptivo aunque sea provisional) y otros familiares. La diferente consideración de uno y otro colectivo (hijos o menores acogidos y otros familiares) es significativa: hasta la última modificación —la operada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto— la consideración como periodo cotizado se extendía con carácter general a dos años, aunque se elevaba a 30 meses en caso de familia numerosa general o 36 meses en caso de familia numerosa especial. La Ley 27/2011 (con entrada en vigor en este aspecto el 1-1-2013) ha elevado hasta los tres años —es decir, todo el periodo de la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos o menores acogidos— la consideración de este periodo como de cotización efectiva, lo que implica el efecto 0 de la excedencia para el cuidado de hijos en el ámbito de la Seguridad Social pues tal consideración lo es para todas las prestaciones salvo la incapacidad temporal, y tanto para el cumplimiento del periodo mínimo de cotización efectiva como, en el supuesto de la jubilación (y la incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, tras la reforma operada por la Ley 40/2007), para el cálculo de la cuantía de la pensión.

Igual periodo de consideración efectiva, a resultas de la LOIEMH, se aplica al primer año del periodo de excedencia para el cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, cuando no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida (art. 180.2 LGSS). Además, el tiempo de esta excedencia que excede del periodo considerado como de ocupación cotizada tiene la consideración de situación asimilada al alta a los efectos de las prestaciones de Seguridad Social, con la salvedad de la prestación de incapacidad temporal y maternidad³⁵. Esto supone que, aunque el efecto negativo que sobre la carrera del seguro despliega la pérdida de la

³⁵ Esta previsión se introdujo por la D.A.3.º RD 1251/2001, de 16 de noviembre, en su nueva redacción operada por el RD 1335/2005, de 11 de noviembre. En la actualidad, se encuentra recogida en la D.A.4.ª Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural que deroga el RD 1251/2001, de 16 de noviembre.

cotización durante la excedencia voluntaria para el cuidado de estos familiares para el resto del periodo respecto del que no opera la ficción no se anula, por lo menos durante esta situación la trabajadora puede acceder a la protección derivada de las pensiones en situación más ventajosa que si no existiera esta asimilación al alta pues las carencias exigidas cuando el trabajador está en alta son inferiores a las exigidas cuando el trabajador no está de alta (con la salvedad de jubilación, que en todo caso son 15 años). En esta misma línea, por lo que respecta a la protección por desempleo, aunque no le alcanza la ficción de cotización señalada, el periodo de excedencia no superior a tres años sí se considera situación asimilada al alta a efectos de obtener la prestación por desempleo, pudiendo retrotraerse el periodo de seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar por todo el periodo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en situación de excedencia forzosa³⁶.

Pero la atribución de cotizaciones para compensar la discontinuidad de la carrera profesional de la mujer en el ámbito de la Seguridad Social debida a motivos o responsabilidades familiares comprende más supuestos que los señalados de suspensión y extinción del contrato de trabajo alcanzado también a determinados supuestos de reducciones de jornada por motivos vinculados con la atención de hijos o menores acogidos y otros familiares.

Así, en primer lugar, el art. 180.3 LGSS (con origen en la LOIEMH) considera como periodo de cotización efectiva el periodo de reducción de jornada por guarda legal de menor de 8 años o de una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial siempre que no desempeñe actividad retribuida previsto en el art. 37.5 ET. Este artículo, como es sabido, consagra un derecho a la reducción de la jornada entre 1/8 y 1/2 de su duración por tales razones con la consiguiente reducción del salario. Esta reducción de salario lleva aparejada una reducción de la cotización e, indirectamente, una reducción de las futuras prestaciones si el periodo a tomar en consideración para su cálculo comprendiera ese periodo dentro del periodo computable. Esta ficción de cotización consiste en considerar como cotizado al 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido la jornada sin reducción de las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del periodo de reducción de jornada por cuidado de menor. La ficción de cotización se limita al primer año en el resto de supuestos de reducción de jornada contemplados en dicho art. 37.5 ET con la salvedad del nuevo supuesto de reducción de jornada para el cuidado de menores a cargo enfermos de cáncer u otra enfermedad grave (párrafo tercero art. 37.5 ET

³⁶ Ex Ley 4/1995, de 23 de marzo, de Regulación del permiso parental y por maternidad. A esta norma se remite la D.A.4.ª.2 RD Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

introducido por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre) en el que nuevamente las cotizaciones realizadas durante dicho periodo de reducción de jornada se computarán incrementadas al 100% de la cuantía que le hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo y en este caso a los efectos de todas las prestaciones (jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural e incapacidad temporal. La exclusión de este listado de la prestación por desempleo no implica un perjuicio para el trabajador para el acceso a esta prestación pues hay que recordar que la prestación por desempleo está excluida de la regla de proporcionalidad prevista para el trabajo a tiempo parcial de la D.A.7.^a LGSS, como antes se ha señalado.

También el art. 180.4 LGSS (con origen nuevamente en la LOIEMH) dispone medidas tendentes a evitar los perjuicios que pueden derivarse para el trabajador de la reducción de jornada pero, en este caso, cuando con carácter previo se haya disfrutado de una excedencia. Como durante la situación de excedencia ni se percibe salario ni existe, por tanto, cotización, el establecimiento de las ficciones de cotización a las que se ha hecho referencia obliga a establecer algún sistema para determinar por qué base de cotización hay que computar dicho periodo. El art. 7 RD 1335/2005, de 11 de noviembre disponía (y dispone) que a tales efectos —se refería a los efectos de la consideración de los periodos de excedencia como cotizados— la base de cotización estaría constituida por el promedio de las bases de cotización del interesado correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del periodo de excedencia laboral para el cuidado del hijo, del menor acogido o de otros familiares. El art. 180.4 LGSS lo que dispone ahora es que, para el supuesto de que dicha excedencia hubiera estado precedida de una reducción de jornada en los términos señalados en el art. 37.5 ET —es decir, para el cuidado de hijos, menores o familiares—, las cotizaciones realizadas durante la reducción de la jornada se computarán también incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo.

Pero sin duda, un nuevo avance en las medidas de acción positiva arbitradas en los últimos años lo constituye la directa atribución de cotizaciones para acceder a determinadas prestaciones por el hecho mismo de la maternidad, en los supuestos de extinción del contrato de trabajo o directamente, cuando no existe relación laboral o profesional determinante de la inclusión en el sistema de Seguridad Social. En este sentido, hay que señalar dos medidas normativas recientes de muy diferente alcance. En primer lugar, la asimilación a periodo de cotización de 112 días por cada parto de un solo hijo (y 14 días más por cada hijo más en caso de parto múltiple) a favor de la mujer solicitante de pensión de jubilación o incapacidad permanente, con la única salvedad de si esos periodos ya estuvieran cotizados por haber disfrutado del permiso de maternidad (D.A.44.^a

LGSS añadida por LOIEMH). Con esta medida³⁷ claramente de acción positiva, que alcanza a todos los efectos (periodo de carencia y efectos sobre la cuantía de la prestación) para el acceso a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social —lo que la jurisprudencia ha extendido también al SOVI³⁸— se atribuyen cotizaciones por el simple hecho del parto e implícitamente está presente el hecho de que la mujer no estaba en tal momento en situación de alta que determinara el derecho a disfrutar del permiso de maternidad. En segundo lugar, la Ley 27/2011 ha introducido una nueva Disposición Adicional en la LGSS —la D.A.60.^a— por la que se atiende ahora específicamente al supuesto de extinción del contrato de trabajo por razones vinculadas con la maternidad (biológica o por adopción o acogimiento) atribuyendo nuevamente cotizaciones ficticias, regulación que lo es «sin perjuicio de lo dispuesto en la D.A.44.^a LGSS» lo que viene a significar la compatibilidad de ambas previsiones. Según esta disposición adicional 60.^a (que entra en vigor el 1-1-2013) en los supuestos de interrupción de la cotización por extinción de la relación laboral o finalización del cobro de prestaciones por desempleo producidas entre los 9 meses anteriores al nacimiento o los 3 meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente (con exclusión por tanto, del acogimiento simple) y la finalización del sexto año posterior a dicha situación, se atribuyen 112 días de cotización, días que se irán incrementando gradualmente hasta alcanzar 270 días por hijo en el año 2019³⁹ sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización. Es decir, el supuesto de hecho que motiva la atribución de cotizaciones ficticias es que la cotización real del trabajador se interrumpa en el periodo comprendido desde el inicio del embarazo (los 9 meses anteriores al parto) o los tres meses anteriores a la adopción y los 6 años siguientes al parto o adopción, pérdidas de cotización que se cubren con las cotizaciones ficticias que esta nueva medida viene a establecer. Estas cotizaciones lo son a todos los efectos salvo para el cumplimiento del periodo mínimo de cotización exigido y en cualquier régimen de la seguridad social. Además aunque desde el punto de vista del género la medida es neutra pues se reconocerá a cualquiera de los progenitores pero sólo a uno de ellos, existe una cierta feminización, pues en caso de controversia el derecho se otorga a la madre, previsión de difícil concreción en caso de que ambos progenitores sean de sexo femenino en caso de maternidad por adopción o acogimiento (pues en caso de maternidad biológica la madre será una de ellas). En cualquier caso se establece un límite máximo de consideración como periodo cotizado por cuidado

³⁷ Tortuero Plaza (2006), p. 100.

³⁸ SSTS de 21-12-2009 (Rcud 201/2009) y 21-12-2009 (Rcud 426/2009), dictadas ambas en Sala General.

³⁹ La propia D.A.60.^a dispone en su apartado 2 que en función de las disponibilidades económicas del Sistema de Seguridad Social podrán anticiparse la implantación de esta medida antes del año 2018 en los supuestos de familias numerosas.

de hijo en 5 años por beneficiario, límite que se aplicará también cuando esta previsión concurren con el beneficio de atribución de cotizaciones previsto en el art. 180.1 LGSS.

Las medidas señaladas parece que no agotan el propósito del legislador de continuar en la implantación de medidas de acción positiva a favor de las mujeres que les permitan incorporar a sus carreras de seguro los periodos de atención a hijos y familiares. Además de las previsiones ya señaladas recogidas en el art. 9 Ley 27/2011 (nueva D.A.60.^a LGSS y modificación art. 180.1 LGSS) la Disposición Adicional 5.^a Ley 27/2011, de 1 de agosto, encomienda al Gobierno para que, en el plazo de un año, presente en la Comisión no Permanente de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, un estudio sobre las medidas a adoptar para impulsar los mecanismos que incorporen los periodos de atención y cuidado de los hijos, de las personas con discapacidad o personas en situación de dependencia, como elementos a considerar en las carreras de cotización de las mujeres, estudio que deberá contener una evaluación económica de las medidas que se propongan, así como la regulación contenida actualmente en la LGSS especialmente en el art. 180 LGSS y en el art. 9 de la propia Ley 27/2011. Es claro el propósito del legislador de fomentar la generación de derechos propios por parte de las mujeres sobre quienes, como se ha apuntado anteriormente, recaen en su mayor parte las responsabilidades familiares impidiéndoles en muchos casos desarrollar sus propias carreras de seguro. Con medidas de este tipo no cabe duda que se compensa a las mujeres de ese esfuerzo en un trabajo no retribuido que, sin embargo, tiene un gran peso en el producto interior bruto de nuestro país y que está llamado a precisar en el futuro de una mayor atención por obvias razones demográficas. Generación de derechos propios que, por otro lado, tampoco sin duda hay que conectar con las futuras reformas que se avecinan en materia de la protección por viudedad. Un endurecimiento de su régimen jurídico —reservándola a quienes efectivamente dependen de las rentas del causante también en el ámbito matrimonial como así se ha hecho en su extensión a las parejas de hecho—, unido a la importante restricción también en su acceso para los ex cónyuges, obliga a prever mecanismos que compensen en el ámbito de la Seguridad Social a las mujeres por la realización de unos trabajos de gran valor social y económico. En definitiva, medidas de acción positiva que permitan restablecer una igualdad material más allá de la aparente igualdad formal existente en nuestro ordenamiento de seguridad social.

* * *

En definitiva, el ordenamiento de seguridad social está asumiendo nuevas funciones que superan la clásica de reparación de situaciones de necesidad vinculadas a la pérdida de los ingresos en el marco de la realización de activida-

des laborales o profesionales: la promoción de la igualdad material de las mujeres mediante la articulación de medidas de acción positiva en su lucha contra la discriminación por razón de sexo. Esta nueva función no concurre, a mi parecer, en aquellos casos en los que el ordenamiento de la seguridad social se limita a establecer mecanismos correctores sobre los parámetros que utiliza para el reconocimiento de las prestaciones dispensadas, medidas que, con ser importantes, responden a la misma lógica del sistema contributivo-profesional. Sí ocurre, sin embargo, en las más recientes —y posiblemente también futuras— reformas con las que se ha puesto en valor el trabajo realizado por las mujeres por el hecho mismo de la maternidad y el cuidado y atención de los hijos y acogidos menores y otros familiares dependientes de cara a la generación de futuros derechos propios en materia de seguridad social y ello cuando esta actividad no ha determinado una suspensión de una relación laboral y profesional por ser esta inexistente. Se reconoce así un importante trabajo social no remunerado de gran impacto en el Producto Interior Bruto del país que normalmente viene recayendo sobre las mujeres sin ningún reconocimiento social. En el futuro el número de personas mayores dependientes va a alcanzar niveles muy elevados y con toda probabilidad, su asistencia continuará recayendo sobre las unidades familiares y con independencia de que resultaría conveniente un mejor reparto de estas obligaciones en el seno de la unidad familiar mediante una modificación profunda de los estereotipos sociales, lo cierto es que estos precisan para su modificación de algo más que medidas normativas y con toda probabilidad, mayoritariamente estas responsabilidades van a continuar recayendo sobre las mujeres. Compensar en el ámbito de la Seguridad social ese esfuerzo permitiéndoles el reconocimiento de ese trabajo para la generación de sus propios derechos de seguridad social parece un camino que merece la pena emprender, extensivo, por supuesto, a aquellos varones que quieran compartir también estas responsabilidades.

Bibliografía utilizada

- BALLESTER PASTOR, A. (1994): *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch).
- CGPJ (2006): *La discriminación positiva*, Madrid (CGPJ).
- FERRERAS ALONSO, F. (2003): «La igualdad de trato de mujeres y hombres en la Seguridad Social: de la realidad constitucional a la realidad diaria», *Relaciones Laborales*, n.º 17.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O. (2011): «La definitiva superación de la discriminación de los trabajadores a tiempo parcial en materia de protección social. Comentario a la STJUE de 10 de junio de 2010», *Revista General de Derecho del Trabajo* (IUSTEL), n.º 23.
- GARCÍA NINET, J.I. (1998): «El Régimen Especial de Empleados de Hogar», en AA.VV. (dir. GARCÍA NINET): *Los regímenes especiales de la Seguridad Social*, Valencia (CISS).
- GARCÍA NINET, J.I. (dir.) (2007): *Propuestas para un cambio jurídico del Régimen Especial de Empleados de Hogar*, investigación financiada mediante subvención recibida de acuer-

do con lo previsto en la Orden TAS/1587/2006, de 17 de mayo (subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social —FIPROS—). Puede descargarse de la página web del Ministerio de Trabajo e Inmigración: http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/FondodeInvestigacio48073/EstudiosFIPROS/tema2/index.htm

ROJAS RIVERO, G. (2006): «La igualdad entre hombres y mujeres. Comentarios al Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad», *Revista General de Derecho del Trabajo (Iustel)*, n.º 11.

TORTUERO PLAZA (2006): *50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral*, Madrid (Thomson-Civitas).

VICENTE PALACIO, A. (2005): «Trabajo a tiempo parcial y determinación del periodo de carencia para el acceso a la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común y de jubilación. Comentario a las SSTC 253/2004, 49/2005 y 50/2005», *Revista General de Derecho del Trabajo (IUSTEL)*, n.º 9.

LAS CLÁUSULAS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EFECTIVA DE LA IGUALDAD DE LOS SEXOS EN LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

ABSTRACT

Las normas sustantivas sobre la igualdad de los sexos se convertirían en simples ideas románticas si no fuesen acompañadas de normas procesales que les dieran la efectividad adecuada para erradicar los prejuicios de género. De ahí la importancia de las denominadas cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de los sexos. Tales cláusulas aparecen en los instrumentos internacionales, en la normativa comunitaria, en el derecho interno y, específicamente, en la regulación del proceso laboral. Nuestro estudio se concentrará en la regulación en el proceso laboral y tomará como centro normativo de referencia la reciente Ley reguladora de la Jurisdicción Social, que ha manifestado como una de sus finalidades la asignación al juez social de la función de garante ordinario de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Discriminación sexista. Garantías judiciales. Proceso laboral. Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

Sexuen arteko berdintasunari buruzko arau substantiboak ideia erromantiko hutsak izango lirateke, arau prozesalik izan ezean, horiek ematen baitiete genero-aurreiritziak ezabatzeko behar duten eraginkortasuna. Hortaz, sexuen arteko berdintasunaren babes jurisdikzional eraginkorreko klausulak oso garrantzitsuak dira. Klausula horiek nazioarteko tresnetan, erkidegoaren araudian eta barne-zu-

zenbidean ageri dira, oro har, eta lan-prozesuaren erregulazioan, zehazki. Gure azterlanak lan-prozesuaren erregulazioa izango du ardatz, eta Gizarte Jurisdikzioa Arautzen duen Lege berria hartuko dugu erreferentziatzko arauditzat. Lege horren helburuetako bat oinarrizko eskubideen ohiko bermatzailearen eginkizuna gizarte-epaileari esleitzea da.

Gako-hitzak: Diskriminazio sexista. Berme judizialak. Lan-prozesua. Gizarte Jurisdikzioa Arautzen duen Legea.

■ *Substantive norms regarding gender equality would become mere romantic ideas if they were not accompanied by procedural norms that explained the suitable effectiveness in eradicating gender prejudice. Hence the importance of what are referred to as effective jurisdictional protection clauses governing gender equality. Such clauses appear in international instruments, in EU regulations, in internal law and, specifically, in regulations governing the labour process. Our study will focus on regulations in the labour process and will take the recent Law governing Social Jurisdiction as a recent regulatory reference point, which provides for the appointment of the social judge as one of its aims as the ordinary guarantor of basic rights.*

Key words: sexist discrimination, judicial guarantees, labour process, Law governing Social Jurisdiction.

I. Aproximación general a la tutela de la igualdad en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social

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 el derecho comunitario —en todas las directivas sobre igualdad de los sexos, y, modélicamente, en los artículos 17, 18 y 19 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de julio de 2006— y en el derecho español, donde tienen un doble aval constitucional en los artículos 14 y 53 de la Constitución —en adelante, la CE— y se han desarrollado legalmente con carácter general para todos los procesos en los artículos 9, 10, 12 y 13 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres —en adelante, la LOIEMH—.

No se pretende examinar las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva ni en el derecho comunitario ni con carácter general, sino en el proceso la-

boral, donde se acaba de producir un importante acontecimiento, cual es la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social —en adelante, la LJS—. Importante acontecimiento tanto globalmente considerado en cuanto supone una reforma tan trascendental de la ley procesal laboral que hasta ha cambiado su nombre —antes se denominaba, según se sabe, la Ley de Procedimiento Laboral, en adelante la LPL—, como específicamente considerado en relación con el tema de estudio, a saber las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de los sexos.

Y es que en la vieja LPL la tutela judicial de los derechos fundamentales —el denominado amparo ordinario— se regulaba de una manera muy deficiente 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 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 legitimación de sujetos colectivos, o las medidas cautelares, quedaban en una laguna no siempre fácil de llenar.

Al mismo tiempo, la LPL establecía una remisión a otras modalidades procesales especiales —artículo 182 de la LPL— cuyo alcance motivó graves discusiones. La LOIEMH resolvió —no solo para la igualdad de los sexos, para todos los derechos fundamentales, incluida la libertad sindical— la más conocida de esas discusiones, admitiendo la compatibilidad sustantiva y acumulabilidad procesal de las indemnizaciones tasadas derivadas de la legislación laboral con las derivadas de la violación de derechos fundamentales. Durante la tramitación de la LOIEMH, el TS se adelantó al admitir esa compatibilidad sustantiva y acumulabilidad procesal en la STS de 17.5.2006, RCU 4372/2004, sobre un acoso moral laboral.

Mientras que en la vigente LJS, que precisamente se propone como una de sus finalidades «la asignación al juez social de la función de garante ordinario de los derechos fundamentales» —Exposición de Motivos, IV—, no solo se produce una reestructuración profunda del proceso laboral de amparo ordinario, que ya no es un proceso solo pensado para la libertad sindical que se extiende a los demás derechos fundamentales, pasando a ser un proceso pensado para todos ellos —artículos 177 a 183 de la LJS—, sino que, además, se garantiza la adecuada canalización de las pretensiones de tutela de derechos fundamentales a través de las modalidades procesales especiales a las que inexcusablemente se remite el artículo 184 de la LJS.

II. 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 LPL. 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.

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 éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios». 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 mayores argumentos teóricos, 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 actuaciones de las Administraciones Públicas.

De manera reiterativa, el artículo 177 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, «con independencia del tipo de vínculo que le una (a ese tercero supuesto sujeto responsable) con el empresario».

III. Prejudicialidad penal en juicios sobre igualdad y acoso

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 sólo 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 supuestos de discriminación por razón de sexo, aunque sean delito o falta —caso típico del acoso sexual—, se pueden utilizar las acciones laborales sin esperar a la resolución de la vía penal. ¿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 optado por otra solución al considerar preferente la vía penal, de modo que, solo si no resulta satisfecha la acción indemnizatoria en esa vía penal, 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 aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolucón 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 realiza en la vía penal reserva de ejercicio de la acción civil.

IV. El cauce procesal

El cauce procesal del amparo ordinario en el orden laboral se regula en los artículos 177 a 184 de la LJS, que pretenden resolver de manera definitiva los problemas planteados con los artículos 175 a 182 de la LPL. A estos efectos se realizan dos grandes modificaciones. En primer lugar, se reestructura profundamente el proceso laboral de amparo ordinario, que ya no es un proceso solo pensado para la libertad sindical que se extiende a los demás derechos fundamentales, pasando a ser un proceso pensado para todos ellos —artículos 177 a 183 de la LJS— y, en particular, con normas específicas sobre legitimación en casos de discriminación, sobre estatuto procesal de las víctimas y sobre medidas cautelares en los casos de acoso.

Y, en segundo lugar, aunque se mantiene la remisión a determinadas modalidades procesales especiales en el artículo 184 de la LJS, se evita la fragmentación procesal de la tutela procesal de los derechos fundamentales —que se producía con la LPL— a través del establecimiento —fuera de toda duda interpretativa— de la intercomunicabilidad entre las garantías establecidas en la modalidad procesal especial de tutela de derechos fundamentales —artículos 177 a 183 de la LJS— y las garantías establecidas en las modalidades procesales especiales a que se remite el artículo 184 de la LJS, y esa intercomunicabilidad se consigue a través de las dos siguientes reglas —que, como se dijo, no crean ninguna duda interpretativa—:

- 1.^a De un lado, con la previsión —contenida en el mismo artículo 184 de la LJS— de canalización de las pretensiones de tutela de derechos fundamentales a través de las modalidades procesales especiales a las que inexcusablemente se remite ese artículo, al establecerse en el mismo que las referidas pretensiones «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 ... las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva». Norma que se compadece con lo regulado, con respecto a la acumulación de las acciones, en el artículo 26.2 de la LJS.
- 2.^a De otro lado, con la previsión —contenida en el artículo 178.2 de la LJS— de que «cuando la tutela del derecho deba necesariamente rea-

lizarse 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». Lo cual supone que, cuando la tutela se realice a través de las modalidades procesales especiales contempladas en el artículo 184 de la LJS, se aplicarán a esas modalidades tanto las normas relativas a las pretensiones sustantivas como las normas relativas a las garantías procesales de los artículos 177 a 183 de la LJS.

Conviene recordar que las modalidades procesales especiales contempladas en el artículo 184 de la LJS son las relativas 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 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» —en el artículo 184 de la LJS se añade esta última con respecto al artículo 182 de la LPL—.

A las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de los sexos contenidas en los artículos 175 y 183 de la LJS, comunicables a las modalidades procesales especiales contempladas en el artículo 184, se deben de unir las contenidas en las disposiciones generales de la LJS —por ejemplo, artículos 17, 95.3 o 96—, que son aplicables en todas las modalidades procesales especiales a través de las cuales se puede dilucidar la demanda sobre discriminación sexista o acoso. De este modo, las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de los sexos que analizaremos a continuación son aplicables, como norma general, a todos los procesos, salvo que la LJS las prevea solo en un concreto proceso.

V. Problemas de legitimación activa en la tutela de la igualdad

a) Legitimación basada en intereses colectivos

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 tendencia se encuentra condicionada por las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico en orden a la pro-

tección de los intereses de los grupos. 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 autorización de la víctima individual. Quizás el temor a imponer una fórmula tan incisiva como las *class actions* condujo a tan pobre resultado.

Transponiendo la norma comunitaria, el artículo 12.2 de la LOIEMH establece que «*la capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden 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*», a «*organismos públicos con competencias en la materia*» y a «*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— desarrolló 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.

Hecha esta aproximación a las normas comunitarias, a las reglas generales de la ley de igualdad y a las normas hermanas del proceso civil y del contencioso administrativo, estamos en condiciones de abordar la regulación del proceso laboral. Durante la vigencia de la derogada LPL, que no fue modificada por la LOIEMH, se reconoció la legitimación activa del sindicato 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 1735/1992, se trataba del llamado Caso Fasa-Renault—. Tampoco nada debiera impedir la actuación del sindicato como coadyuvante —según los términos del anterior artículo 177.2 de la LPL—.

La LJS ha ratificado dichas conclusiones en orden a 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 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 éste 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». Las posibilidades de actuación de los sindicatos en los procesos sobre discriminación sexista 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».

Donde surge un importante problema interpretativo es en relación con la legitimación de los organismos públicos de igualdad y de las asociaciones de de-

fensa 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 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 si 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 no en los mismos términos que a los sindicatos. Sin duda la diferencia más importante radica en que no se les concede legitimación activa —como sí se les concede 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, que es, precisamente, la idónea para canalizar intereses colectivos, difusos o indirecto, es monopolio sindical —y lo ratifica el artículo 154 de la LJS—.

Contrasta esta exclusión de legitimación con la atribución de legitimación activa para la impugnación de convenios colectivos por ilegalidad al Instituto de la Mujer y a los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas «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—. Se resuelve así una laguna que era contraria a las directivas comunitarias en cuanto, 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—.

Obsérvese que la legitimación se restringe a organismos públicos de igualdad, sin contemplar a las asociaciones de defensa de la igualdad. Igual distingo se aprecia al regularse la nueva legitimación para interponer recurso de casación unificadora del Ministerio Fiscal —artículo 219.3 de la LJS—, en la medida en que éste lo puede interponer, además de oficio o a instancia de sindicatos, organizaciones empresariales o asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, a instancia de «entidades públicas que, por las competencias que tengan atribuidas, ostenten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa». Pero no a instancia de asociaciones privadas.

La regulación se cierra con una norma donde sí aparecen a la par sindicatos, organismos públicos de igualdad y asociaciones de defensa de la igualdad: «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 éste 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» —artículo 177.2—.

¿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—.

No se debe de eludir, para concluir, una reflexión general. 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 la parte coadyuvante del trabajador demandante.

¿Queda el sistema suficientemente cerrado? Aquí es donde pueden surgir las dudas 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 tomamos en consideración la posibilidad de que, atendiendo a lo establecido en el artículo 24 de la CE, se pueda concluir 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 arrancarí­a de la propia norma constitucional sin poder resultar restringida por la legislación ordinaria.

b) Asistencia pública 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 éste «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—.

Sin desmerecer esta posibilidad de asistencia pública a las víctimas a través del Instituto de la Mujer —y, al respecto, algunos organismos de igualdad autonómicos asimismo han asumido competencias específicas—, la LJS ha abierto una nueva 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». Y asimismo actuará como parte en el proceso de ejecución, velando también por dicha integridad —artículo 240.4 de la LJS—.

c) El caso especial del acoso sexual o 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 action*, 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 Francia. 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 éste 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 CE.

La LJS no puede hacer otra cosa más que resguardar la primacía de la voluntad de la persona acosada reconocida en el artículo 12.3 de la LOIEMH, estableciendo que «la víctima (del acoso o de la lesión de derechos fundamentales) será la única legitimada en esta modalidad procesal (de tutela de derechos fundamentales)» —artículo 177.4 de la LJS—. ¿Es lo mismo víctima y persona acosada? Probablemente, el concepto de víctima del artículo 177.4 de la LJS se sitúe en la interpretación que hemos propugnado de persona acosada utilizado en el artículo 12.3 de la LOIEMH, es decir entendiendo aplicable la limitación de la legitimación activa solo cuando existiera una afectación significativa de la intimidad.

Conviene destacar que el artículo 12.3 de la LOIEMH se refiere solo a los procesos y, dentro de éstos, a los no penales. Si se trata de procedimientos administrativos, nada impide su tramitación 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—. Tal interpretación se ratifica si consideramos que, en los litigios sobre sanciones administrativas en materia de acoso sexual o por razón de sexo, 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—.

VI. Problemas de legitimación pasiva y litisconsorcio pasivo necesario

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 aquélla 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 77.4 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 (como norma general) deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión» —lo cual se compadece con el artículo 1.444 del CC en donde se permite demandar conjunta o separadamente a los deudores solidarios—.

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 resolvió un defecto litisconsorcial en la medida en que «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 cambiado del puesto de trabajo».

VII. El estatuto procesal de la víctima de la discriminación

Introduce la LJS la novedad 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, se establece, en su artículo 77.4, que «si se requiriese su testimonio (el de la víctima) 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». Idéntica previsión se establece, dentro de su modalidad procesal específica, para «los litigios sobre sanciones administrativas en materia de acoso sexual o por razón de sexo» —artículo 151.5.III de la LJS—.

VIII. Medidas cautelares

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 la posibilidad de una reparación adecuada de la situación —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 (se supone 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, aquéllas que pudieran afectar al presunto acosador u vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído éste».

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 artículo 180.4—, 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 (entre otros) 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—.

IX. La carga de la prueba de la discriminación sexista

La efectividad judicial de un derecho es una cuestión íntimamente relacionada con la prueba de los hechos en los cuales se sustenta. Quien ostenta un derecho tiende, consciente de lo expuesto, a garantizar esa prueba. Por ello, la

carga de la prueba de un hecho se impone, conforme a criterios de normalidad, a quien alega el derecho sustentado en ese hecho. Tal lógica se ha concretado en el clásico aforismo, atribuido a Paulo (Digesto 22, 3, 2), «ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat». Y esa misma lógica inspira —como norma general— los ordenamientos europeos, incluyendo el nuestro, según se ve tanto con el viejo —y algo tosco— artículo 1214 del CC, como con el actual —y más técnico— artículo 217 de la LEC.

Pero estas reglas generales de distribución de la carga de la prueba se muestran insuficientes cuando se trata de acreditar una conducta discriminatoria —sea por razón de sexo o sea por otras causas— o —en términos más amplios— lesiva de derechos fundamentales. En primer lugar, porque son conductas polimórficas, de gran variedad práctica y conceptual, o, dicho en otros términos, no responden a un paradigma o patrón común que pueda fácilmente evidenciarse. Y, en segundo lugar, porque son conductas habitualmente escondidas bajo una apariencia de legitimidad, o, dicho en otros términos, nunca se presentarán como abiertamente ilegítimas, salvo supuestos extremos, sino como enmascaradas y ocultas.

Así las cosas, no extraña la existencia de normas sobre flexibilización de la carga de la prueba de la discriminación por razón de sexo ni en el ámbito comunitario —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, que se ha refundido en la Directiva 2006/54/CE, artículo 19—, ni en el ámbito interno —artículo 13 de la LOIEMH y, en el proceso laboral, artículo 96 de la LJS—. En cuanto estas normas internas son reflejo de la jurisprudencia constitucional sobre carga de la prueba de la discriminación o de la lesión de derechos fundamentales, la analizaremos a continuación, incidiendo en especial en los casos de discriminación sexista.

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 fundamentales, aparentaba introducir una auténtica inversión de la carga de la prueba, 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 —en un caso de discriminación por razón de sexo— la STC 38/1986, de 21 de marzo, le exigen 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 cumplir la exigencia probatoria. 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 de discriminación o lesión de derecho fundamental? Aunque alguna doctrina no se plantea la posibilidad de más mecanismos que el de los indicios, otra admite la posibilidad de usar además el mecanismo del principio de prueba.

Mientras la técnica de los indicios o presunciones judiciales, reconocida, además, 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 o prueba prima facie o a primera vista o de la verdad interina, no obliga a la parte a acreditar un hecho, sino solo a imbuir en el juez la sospecha racional de discriminación. Tal técnica probatoria no es desconocida en nuestro derecho positivo —véase la referencia al «principio de prueba de los hechos en que se funde» del artículo 127.2 del CC para admitir a trámite demandas sobre filiación—.

Después de cierta ambigüedad jurisprudencial, 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 aquél; 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 aquélla se haya producido. Un párrafo el transcrito que, por su reiteración en sentencias posteriores, se ha convertido en un tópico judicial.

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 principio de prueba más habitualmente utilizados los cinco siguientes:

- 1.º 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 y la resolución de cese—.
- 2.º 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 —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.º 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.º 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 materialidad)»*.
 - 5.º 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.

- 6.^a El contexto de los acontecimientos es un elemento de verosimilitud del alegato discriminatorio. Así la STC 183/2007, de 10 de septiembre, 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 éste 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 en dos especificaciones referidas a la discriminación sexista. Una primera se deriva de la STC 41/1999, de 22 de marzo. Se trata de un supuesto de discriminación sexista indirecta en el acceso al empleo conocido como el Caso Fasa Renault. La STC 41/1999, de 22 de marzo, que se debe calificar de importante sentencia, 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 entendible en el contexto de una discriminación de muy difícil acreditación procesal.

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 qué 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.

c) La prueba del conocimiento empresarial del embarazo.

Dentro de los hechos cuya carga de prueba es de la parte demandante, el Tribunal Constitucional alude, en algunas ocasiones, 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 la verosimilitud de la discriminación o la lesión de derechos fundamentales.

Aunque se ha aplicado también en otros supuestos —como una represalia por militancia política o sindical, STC 49/2003, de 17 de marzo, o una discriminación por orientación sexual, STC 41/2006, de 13 de febrero—, donde más veces se ha aplicado esa exigencia de conocimiento empresarial es en la discriminación por embarazo. En la STC 17/2003, de 23 de enero, se afirmó 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 conexión lo uno (el factor protegido —embarazo—) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación —extinción contractual—)*».

Con posterioridad la doctrina se reitera en la STC 41/2002, de 25 de febrero, en la STC 175/2005, de 4 julio, y en la STC 17/2007, de 12 febrero, añadiéndose en estas dos últimas 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*». 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 proxi-*

midad 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 contrapueba 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 contrapueba empresarial.

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».* 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.

- 1.º Las exigencias de objetividad, racionalidad y proporcionalidad se valoran según un juicio de proporcionalidad 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 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 aquéllos inconstitucionales y éstos 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 (de la trabajadora y que motiva a su reingreso con un cambio de funciones)»*.

- 2.º No se admite la justificación pluricausal, 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—.

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 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 intensidad.

- 3.º Una decisión empresarial legalmente acausal —es decir, ejercitable sin necesidad de alegar el empresario causa— no excluye la discriminación o lesión de derechos fundamentales. Y es que, aunque 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 tempo-

rales —STC 74/2008, de 23 junio—. Doctrina 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—.

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 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—.

- 4.º 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 de junio—.

- 5.ª La exigencia de suficiencia probatoria fue inicialmente destacada en la STC 114/1989, de 22 de junio, donde se afirmaba 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 de suficiencia probatoria es reiterada de manera constante en la jurisprudencia constitucional, aunque la reiteración no resulta inconveniente, y así la STC 87/2004, de 10 de mayo, se ve en la

necesidad de «*repetir otra vez (que es) una auténtica carga probatoria y no un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales*».

X. Medios probatorios específicos en juicios sobre discriminación sexista

a) El dictamen de los 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 LPL, 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 96.3 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 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—. 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—. El dictamen operaría, en estos dos casos, como una prueba de informes.

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 prueba peri-

cial 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 191.b) de la LPL—. 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 hemos aludiendo como documentos.

Lo que sí es un defecto, y grave, es el carácter potestativo en cuanto puede amparar, en su caso, una vulneración del artículo 14 de la CE, y, más claramente, del 24 —en su vertiente del derecho a la prueba— porque, si el dictamen de los organismos públicos competentes, salvo cuando actúa como un asesoramiento institucional, es un auténtico medio de prueba, a cuyo través se aportan al juicio hechos, cuando actúa como una prueba de informes, o máximas de experiencia, cuando actúa como una pericial, existe un derecho a su admisión y práctica si la prueba es útil y pertinente. 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».

b) La prueba estadística

Discriminación indirecta y prueba estadística presentan una íntima relación teórica y práctica, aunque la misma puede ser más menos intensa, al punto de poder hablar de dos modelos, uno estricto y otro atenuado. 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 rechazos y el análisis de desviaciones—. Pero el problema surge al definir los elementos de la comparación, tanto dentro de la empresa, como el otro elemento de comparación —el número de candidaturas o el de personas capaces dentro del área de la empleadora—.

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. 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».

En España, la utilización de la prueba estadística ha seguido ese modelo atenuado característico de Europa. De hecho, las estadísticas más usadas en el argu-

mentario judicial son muy generales y, en consecuencia, escasamente conflictivas —por ejemplo, la STC 128/1987, de 16 de julio, y la STC 253/2004, de 22 de diciembre, acuden a la EPA—. Ahora bien, ello ha sido así porque, atendiendo a los casos enjuiciados, esas estadísticas generales se manifestaban idóneas para detectar la discriminación indirecta. Cuando se ha enjuiciado casos sobre acceso al empleo —que es, justamente, el ámbito en el que las estadísticas son conflictivas en los Estados Unidos—, los órganos judiciales han usado las estadísticas con bastante solvencia.

Tanto la STS de 4.5.2000, RCO 3708/1999, dictada como punto final del Caso Fasa Renault, como la STSJ/País Vasco de 30.1.2001, RS 3009/2000, manejan datos numéricos sobre composición de la plantilla para apreciar, en juicios sobre acceso al empleo, discriminación indirecta en el acceso al empleo. Más interesantes son aún las SSTJ/Cantabria de 14.11.2005, RS 905/2005, y de 23.5.2007, RS 417/2007, en la medida en que se analizan 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—.

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.

c) La declaración de la víctima en los juicios sobre acoso sexual

La regla de flexibilización de la carga de la prueba no es siempre funcional en los casos de acoso sexual laboral, y especialmente no lo es si —como suele ser habitual dado el componente sexual— se desarrolla en la intimidad, en cuyo caso los indicios pueden ser insuficientes si no se valoran conjuntamente con la declaración de la víctima. Y es que esos casos ofrecen especiales dificultades probatorias 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 con la víctima una victimización secundaria.

Tales dificultades probatorias nos llevan a plantear, si existiesen contradicciones en las declaraciones de las partes, cual debe ser creída. Una opinión habi-

tualmente extendida es la de no dar credibilidad a ninguna declaración, lo que, inevitablemente, llevará a la desestimación de la demanda o al archivo de la denuncia. 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 acoso sexual la producción de prueba extrínseca resulta difícil porque se ocasionan en marco de clandestinidad que fue preordenado por el agente.

Si esto es así, la víctima debe gozar, como norma general, de una presunción de sinceridad. 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 y prejudicial para las mujeres. Tal 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 a poner en peligro todas sus posibilidades de empleo, de promoción o de reingreso.

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, Rso. 1275/1992—, usándose como criterios de valoración de la declaración:

- 1.º La ausencia de incredibilidad subjetiva que se verifica atendiendo a dos aspectos relevantes, uno es la inexistencia de características psicoorgánicas 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.
- 2.º 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 ésta es insólita u objetivamente inver-

símil, 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.

- 3.º 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 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 laboral— 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. 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 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 personal.

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—, o (2) acreditada la realidad del acoso —sexual, sexista o moral—, para acreditar el conocimiento empresarial o para acreditar la existencia de represalias.

XI. La sentencia

Regulaba el artículo 180 de la LPL el contenido de la sentencia estimatoria de la demanda distinguiendo una tutela declarativa («la sentencia declarará la existencia ... de la vulneración denunciada»), una tutela anulatoria («nulidad radical de la conducta»), una tutela interdictal («el cese inmediato del comportamiento antisindical», o discriminatorio o vulnerador de derechos fundamentales), una tutela repositoria («la reposición de la situación anterior al momento anterior a producirse el mismo»), y una tutela indemnizatoria («la indemnización que procediera»). También se resolverá en la sentencia —sea o no estimatoria— lo procedente respecto a las medidas cautelares que se hubieren adoptado previamente.

Frente al artículo 180 de la LPL, el artículo 182 de la LJS, al regular el contenido de la sentencia estimatoria de la demanda, exige, además del contenido establecido en la regulación anterior, la concreción del derecho o libertad infringidos según su contenido constitucionalmente declarado, y admite expresamente la condena a interrumpir una conducta o a realizar una conducta omitida —lo cual es relevante en casos de discriminación en el acceso al empleo—. Asimismo, se regulan distintos aspectos de la indemnización —artículo 183—, como es la cuantificación prudencial si la prueba de su importe exacto es demasiado difícil o costosa, o el reconocimiento de sus dos finalidades resarcitoria y preventiva/disuasoria.

Tales normas suponen la concreción, en el ámbito del proceso social, de las regulación general sobre igualdad de los sexos del artículo 10 de la LOIEMH, a cuyo tenor «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 responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o 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». A su vez, esta norma y los artículos 182 y 183 de la LJS se entienden mejor con las normas comunitarias de igualdad de los sexos.

En efecto, 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 justifica esta norma por sus antecedentes jurisprudenciales:

- 1.^a 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, C-14/83, Caso Colson and Kaman, y C-79/83, Caso Hartz—.
- 2.^a 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, C-271/91, Caso Marshall—. 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 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, C-180/95, Caso Nils Draehmpaelh vs Urania—.
- 3.^a 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, C-460/06, Caso Paquay, donde, en una aplicación combinada de la Directiva 92/85/CEE con el artículo 6 de la 76/207/CEE, se llega a la conclusión de que un despido discriminatorio notificado después del periodo de prohibición de despido, pero iniciado antes, debe ser sancionado igual que si el despido se hubiera notificado en ese periodo—. Si bien se mira, se rompería la eficacia de la norma respecto a situación equivalente.

XII. Ejecución de la sentencia del despido de la víctima del acoso

Dando solución legal expresa a un engorroso problema que se planteaba en la práctica —y que algunos órganos jurisdiccionales solventaban de una manera

encomiable 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 en su caso conforme al apartado 2 del artículo 281».

XIII. Los procesos de oficio

Tanto la LPL —artículo 146.d)— como la LJS —artículo 148.c)—, establecen la posibilidad de iniciar de oficio el proceso como consecuencia de «las actas de infracción o 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 perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente». En la LPL —artículo 149.2— asimismo se regulaba la demanda de oficio cuando las actas de infracción versaran —entre otras materias— sobre discriminación sexista. Pero esta norma ha desaparecido en la vigente LJS debido a las ampliaciones competenciales del Orden Social.

XIV. La protección 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 ejercicio. 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, 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 de-

clarar la nulidad de la decisión empresarial desfavorable, podrá conceder una indemnización.

Bibliografía recomendada

- ALTÉS TÁRREGA, J.A. (2002): *El acoso sexual en el trabajo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- BALLESTER PASTOR, M.^aA. (1993): «Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo», *Relaciones Laborales*, T. I.
- BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^aF. (1991): *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Editorial Trotta, Madrid.
- CABEZA PEREIRO, J. (2001): «El derecho de la mujer a trabajar en igualdad: apuntes sobre el estado de la cuestión», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 104, p. 198;
- CABEZA PEREIRO, J. (2007): «Ejercicio de derechos de conciliación, discriminación y jurisprudencia constitucional. Una crítica a la STC 233/2007, de 5 de noviembre», *Revista de Derecho Social*, n.º 40.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. (2004): *El proceso laboral de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Editorial Aranzadi, Pamplona.
- DEL REY GUANTER, S. (1993): «Acoso sexual y relación laboral», *Relaciones Laborales*, T. I.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (1989): «El acoso sexual en el trabajo», *Relaciones Laborales*, T. II.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^aF. (2008): *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, Editorial La Ley, Madrid.
- GAMERO LÓPEZ-PELÁEZ, F.J. (1998): «Actividad probatoria y derechos fundamentales», en *Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid.
- GÁRATE CASTRO, J. (1999): «La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales», monografías de la *Revista Xurídica Galega*, Santiago de Compostela.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1994): *La prueba en el proceso de trabajo*, Editorial Civitas, Madrid.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1999): «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 TC 41/1999, de 22 de marzo», *Revista de Derecho Social*, n.º 7.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (2008): «Las reglas de la carga de la prueba en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres», *Aequalitas*, n.º 23.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (1996): *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Editorial Comares, Granada.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (1996): «La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (a propósito de las Sentencias de 18 de febrero de 1994 y de 4 de octubre de 1995 del Tribunal Supremo)», *Aranzadi Social*, n.º 17.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (1999): «La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (a propósito de la Sentencia 41/1999, de 22 de marzo, del Tribunal Constitucional)», *Aranzadi Social*, n.º 12.

- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2000): «La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (a propósito de la Sentencia de 4 de mayo de 2000 del Tribunal Supremo)», *Aranzadi Social*, n.º 12.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2000): «Discriminación indirecta: una aproximación a la Sentencia de 4 de mayo de 2000 del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Social*, n.º 12.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2005): «La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral», en «Psicología del testimonio y prueba pericial», *Cuadernos de Derecho Judicial*, tomo VII.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2006): «El dictamen de los organismos públicos competentes en los procesos laborales sobre discriminación por razón de sexo», *La Ley*, n.º 6424.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2005): «La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Social*, n.º 30.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2009): «La carga de la prueba y el acceso a la justicia en los casos de discriminación por razón de sexo», *Revista del Poder Judicial*, n.º 89.
- MOLINA NAVARRETE, C. (1999): «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*, n.º 4759.
- MONEREO PÉREZ, J.L. (1996): *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- PÉREZ DEL RÍO, T. (2009): *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, Editorial Bomarzo, Albacete.
- PÉREZ PRADO, D. (2010): «Discriminación indirecta y la prueba estadística: caminos que debieran confluir», *Justicia Laboral*, n.º 43.
- POZO MOREIRA, F.J. (2004): «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*, n.º 53.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ªF. (1986): *Igualdad y discriminación*, Editorial Tecnos, Madrid.
- SEGALÉS FIDALGO, J. (2006): «El despido pluricausal. Nuevas reflexiones en torno al modelo de prueba de indicios a propósito de la STC 41/2006», *Aranzadi Social*, n.º 14.
- SILGUERO ESTAGNAN, J. (1995): *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Editorial Dykinson, Madrid.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2004): *Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. (2008): «Alcance de la tutela del orden social en los supuestos de acoso sexual. A propósito de la STC 250/2007, de 17 de diciembre», *Aranzadi Social*, n.º 2.

ATAL IREKIA
SECCIÓN ABIERTA

EL TRATAMIENTO DE LA MORTALIDAD LABORAL EN LA PRENSA VASCA (2001-2009)

JOSÉ IGNACIO ARMENTIA VÍZUETE

Catedrático de Departamento de Periodismo
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

JOSÉ MARÍA CAMINOS MARCET

Catedrático de Departamento de Periodismo
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

MARÍA FLORA MARÍN MURILLO

Profesora Titular del Departamento de Comunicación Audiovisual y Publicidad,
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

ABSTRACT

■ *En este artículo se analiza la evolución en el tratamiento de los accidentes laborales mortales por parte de la prensa vasca, tomando como referencia los fallecimientos ocurridos en Bizkaia en los años 2001 y 2009. Como hipótesis de partida se considera que, al contrario de lo que ha ocurrido con otras muertes violentas, como las provocadas por los atentados de ETA o por la violencia de género, en donde se puede observar una toma de postura por parte de los medios en los últimos años, en el caso de la siniestralidad laboral nos encontramos con un enfoque mucho más cercano al periodismo de sucesos, en el que los fallecimientos en el puesto de trabajo se equiparan a los accidentes de tráfico. Este texto forma parte de un proyecto de investigación más amplio sobre «La evolución en el tratamiento de las muertes violentas en la prensa del País Vasco», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (referencia CSO2010-19866).*

Palabras clave: accidentes laborales; mortalidad laboral; medios de comunicación; periódicos; País Vasco; Bizkaia.

■ *Lan istripuek eraginiko heriotzen trataera, euskal prentsaren aldetik, aztergai dugu artikulu honetan. Horretarako 2001. eta 2009. urteetan Bizkaian izandako heriotzak aintzat hartu dira. Abiapuntuko hipotesia zera da: beste heriotza bortitz batzuetan ez bezala —esate baterako ETAk burututako atentatuetan edo Genero Indarkeriagaitik sortutakoetan, non hedabideen jarreretan izandako bilakaera azken urteotan nabarmena den— lan istripuen kasuan gertaerako kazetaritzatik oso hurbil dagoen beste ikuspegi bat mantentzen da. Gure azterketa osatzeko hainbat elkarrizketa egin zaie Euskal Herriko sindikatu nagusietako ordezkari. Testu hau Zientzi eta Berrikuntzarako Ministerioak finantzaturako Ikerkerta Proiektu batean oinarrituta dago (CSO2010-19866, erreferentziaduana, hain zuzen).*

Gako-hitzak: Lan istripuak; lan-hilkortasuna; komunikabideak; egunkariak; Euskal Herria; Bizkaia.

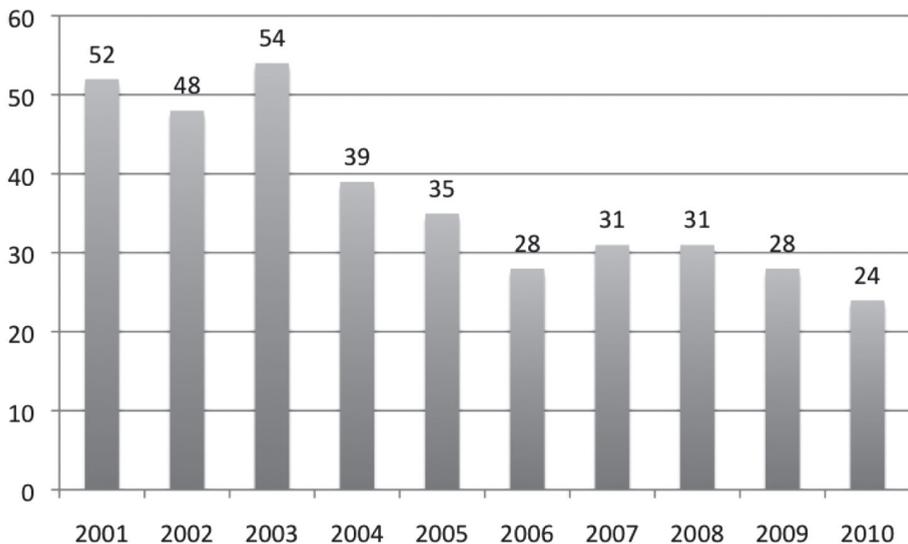
■ *This article explores the evolution of the Basque print media's approach to reporting labour fatalities, beginning with an analysis of press coverage of workplace-related deaths in the Province of Biscay during the period 2001-2009. Our initial hypothesis held that the regional press policy of treating certain types of violent death (such as deaths related to violence perpetrated by Basque separatists and gender violence) as key social issues has been in sharp contrast to its perception and handling of labour-related fatalities, which have generally been treated as undifferentiated local news events and lumped together with items such as traffic accidents. This paper is part of a wider research project financed by the Ministry of Science and Innovation titled «The evolution of newspaper coverage of violent deaths in the Basque Country» (reference CSO2010-19866).*

Keywords: workplace accidents; occupational mortality; communications media in the Basque Country; Biscay province, Spain.

1. Introducción

En este texto se analiza la evolución en el tratamiento de los accidentes laborales entre los años 2001 y 2009 por parte de la prensa de Bizkaia. En 2001 se produjeron en dicho territorio 52 accidentes laborales mortales, según datos de Osalan, el Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales. En 2009 esta cifra se redujo en un 46% hasta situarse en 28.

Gráfico 1
Evolución del número de accidentes mortales en Bizkaia



Fuente: Osalan. Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales.

Atendiendo a la información de Osalan, de los 52 accidentes mortales que se produjeron en Bizkaia en 2001, el 19% sucedió «in itinere», es decir en el desplazamiento entre el hogar y el puesto de trabajo; mientras que el 81% restante ocurrió durante la jornada laboral. Por sectores, los servicios (38%) fue el

ámbito más afectado, seguido de la industria (26%), la construcción (23,8%) y la agricultura, ganadería y pesca (12,2%).

En 2009, de los 28 siniestros contabilizados, únicamente el 10,7% ocurrió «in itinere». De entre los acaecidos en el puesto de trabajo, el 36% se registró en el sector servicios, el 32% en la industria, el 28% en la construcción y el 4% en agricultura, ganadería y pesca.

Para llevar a cabo la investigación se han analizado los cuatro diarios de información general más vendidos en Bizkaia en 2009: *El Correo*, *Deia*, *Gara* y *El País*. Atendiendo a los datos de OJD, estas cuatro cabeceras copaban un 77% de la difusión en dicha provincia en 2009 y un 72% en 2001. Sin embargo, los porcentajes reales de difusión serían incluso superiores. Hay que tener en cuenta que *Deia* no figuraba en 2001 en los controles de dicho organismo, mientras que *Gara* no se ha sometido en el periodo estudiado al escrutinio de la OJD. Teniendo en cuenta este hecho, el porcentaje real de ventas alcanzado por estos medios podría superar el 80% durante el periodo analizado, lo que supone una muestra suficientemente representativa de los medios impresos en el territorio vizcaíno.

En cuanto a la audiencia de los periódicos consultados, las cifras de EGM se refieren a Comunidades Autónomas, por lo que se incluyen los datos de los me-

Tabla 1
Difusión de la prensa en Bizkaia en 2009 y en 2001

	Difusión		Porcentaje	
	2009	2001	2009	2001
El Correo	79.120	93.965	60,03%	68,56%
Deia*	17.328	—	13,15%	—
Gara**	—	—	—	—
El País	5.870	5.506	4,45%	4,02%
Otros	29.477	37.581	22,37%	27,42%

Fuente: OJD.

* Tras una década de ausencia, *Deia* volvió a someterse a los controles de OJD en 2007, de ahí que no existan datos de su difusión correspondientes al año 2001. Su última certificación previa a esta fecha corresponde a 1990 y recogía unas ventas de 48.313 ejemplares, de los que 38.167 se producían en Bizkaia.

** *Gara* no figura en los controles de OJD. Su predecesor *Egin* (clausurado judicialmente en 1998) sí que se sometía al escrutinio de este organismo. En su última certificación, correspondiente a 1997, se le otorgaba una difusión de 52.311 ejemplares, de los que aproximadamente 20.000 correspondían a Bizkaia. En 2009 las ventas de *Gara* en Bizkaia podrían situarse en torno a los 10.000 ejemplares.

dios editados en Guipúzcoa y Álava. Aun así, la audiencia global de la muestra elegida abarcó al 66% aproximadamente de los lectores vascos en 2009 y al 75% en 2001, tal y como puede verse en la tabla 2.

Tabla 2
Audiencia de la prensa en Euskadi en 2009 y en 2001

	Audiencia		Porcentaje	
	2009	2001	2009	2001
El Correo	441.000	554.000	45,0%	51,8%
Deia	85.000	99.000	8,6%	9,2%
Gara*	87.000	95.000	8,8%	8,8%
El País	44.000	46.000	4,5%	4,3%
Otros	322.000	274.000	33,1%	25,9%

Fuente: EGM.

* El dato de Gara pertenece a 2007, ya que en 2009 no apareció en los controles del EGM.

Nuestra hipótesis de partida, a la hora de afrontar este estudio, es que, al contrario de lo que ha podido ocurrir con el tratamiento de otras muertes violentas, como las causadas por el terrorismo de ETA o las derivadas de la violencia de género; no se han producido cambios realmente significativos a la hora de abordar informativamente los fallecimientos consecuencia de los accidentes laborales. Las víctimas de la siniestralidad laboral podrían considerarse, desde este punto de vista, como una de las grandes olvidadas de los medios. Excepcionalmente aparecen en las portadas, son tratadas de forma anónima y apenas generan comentarios de opinión.

2. Método

Como ya se ha señalado, el presente estudio aborda el tratamiento dado por los cuatro medios señalados a los accidentes laborales en 2001 y en 2009. Se ha atendido fundamentalmente a los siniestros ocurridos en Bizkaia, si bien prensa también recogió percances acaecidos en otros territorios cuando las víctimas de los mismos eran vizcaínos. Como excepción a lo anterior, se ha incluido en el análisis el infortunio sufrido por cuatro operarios guipuzcoanos en Alsasua cuando se dirigían a su puesto de trabajo. El hecho de que entre los fallecidos se

encontrase un antiguo pelotari profesional influyó en que la noticia alcanzase un especial eco en la prensa.

Mientras que en 2009, los cuatro diarios coinciden en el número de accidentes mortales (9) seleccionados, en 2001 dicha cifra oscila entre los 14 y los 16 en función del periódico seleccionado.

Teniendo en cuenta los datos facilitados por Osalan, Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales, en su *Resumen estadístico de la siniestralidad laboral* en el País Vasco, se ha realizado un análisis hemerográfico de los cuatros diarios señalados relativos a la totalidad de los años 2001 (primero del que Osalan ofrece cifras) y 2009.

Precisamente, la Directora de Osalan, Pilar Collantes, destacaba en una carta dirigida al Director del periódico *El Correo*, el importante papel de la prensa a la hora de alertar a la sociedad sobre la adopción de medidas de prevención ante los riesgos laborales: «Todos somos responsables de promover en la opinión pública una mayor concienciación en la siniestralidad y en la salud laboral, y los medios de comunicación son clave para ello¹». El motivo de la misiva era la publicación por parte del citado diario de una gran foto en portada, titulada «Colgados por Bilbao», en la que 11 trabajadores que participaban en la construcción de la torre de Iberdrola aparecían sentados en una viga suspendida sobre el vacío, en una emulación de la célebre imagen de Charles C. Ebbets, denominada «Lunchtime Atop a Skycraper». Según Pilar Collantes, el hecho de que no quedase claro que la fotografía de *El Correo* se tratase de un montaje podía entenderse como una banalización del riesgo laboral de los trabajadores protagonistas de la escena.

La ficha elaborada para afrontar nuestro análisis hemerográfico se ha fijado en los siguientes aspectos:

- Mención o no del accidente laboral mortal en la portada.
- Sección en la que se incluye la noticia.
- Si es el tema que abre página.
- Número de columnas del titular.
- Presencia o no de fotografía. Contenido de dichas fotografías.
- El texto va firmado o no.
- Género utilizado.
- Empleo de algún despiece o bloque complementario.
- Superficie total del texto (se contemplaron tres posibilidades: hasta un 25% de la página, entre un 25% y un 75%, más de un 75%).

¹ Collantes, Pilar: «Seguridad laboral». Carta al Director publicada por *El Correo*, el 8 de julio de 2010.

El análisis de las páginas de los diarios ha sido completado con un cuestionario enviado a los sindicatos ELA-STV, CC.OO., UGT y LAB con el fin de conocer su percepción respecto al eco que los accidentes laborales mortales encuentran en los medios de comunicación. Dicho cuestionario fue enviado en febrero de 2011 y constaba de las siguientes preguntas:

1. ¿Cómo valoran el tratamiento que la prensa ofrece de los accidentes laborales?
2. ¿Consideran que se ha producido alguna evolución en los últimos años en el tratamiento que reciben los medios?
3. ¿Piensan que los accidentes laborales deberían recibir un tratamiento específico?
4. ¿El tratamiento que los medios ofrecen de los accidentes laborales ayuda a la prevención de los mismos? ¿Sería deseable una mayor implicación de los medios en esta labor preventiva?
5. Alguna otra cuestión que quieran comentar a este respecto.

Todas las centrales sindicales consultadas respondieron a dicho cuestionario a lo largo del mes de marzo de 2011.

En cuanto a los estudios previos de referencia, hay que citar como antecedente fundamental la investigación realizada por Nuria Vilela, titulada «Los accidentes laborales en la prensa escrita. Análisis y evolución. 1997-2007», publicada en la revista *La Mutua*, en el que se analizan las noticias sobre este tipo de siniestros recogidos por la prensa editada en Madrid (incluida en 1999 la edición madrileña de *La Vanguardia*) y las agencias EFE y Europa Press. Como explica esta autora, «un accidente descontextualizado, reducido al parte de emergencias y desligado de todas aquellas circunstancias que lo explican, es un mero suceso incomprensible, trágico, inevitable. No hay nada que añadir sobre él por lo mismo que no tiene ningún interés abundar en la vida y circunstancias del peatón que fortuitamente o por un despiste ha sido atropellado (Vilela, 2008, p. 82)».

Este es precisamente, como veremos en nuestro estudio y señalan también los representantes sindicales, uno de los problemas de las muertes laborales: la descontextualización. El tratamiento que reciben estos siniestros es muy similar al que se da a otro tipo de accidentes «fortuitos» como pueden ser los de tráfico. Sin embargo, el elevado número de víctimas mortales que se produce cada año en los centros de trabajo requiere una reflexión más profunda sobre las verdaderas causas de estas muertes, a menudo atribuidas en primera instancia a un descuido del propio trabajador o a un imprevisible fallo en algún sistema de seguridad.

Nuria Vilela subraya este hecho cuando señala que «en las informaciones sobre accidentes, los trabajadores mueren de mil formas, sepultados, electrocutados, aplastados, descoyuntados, atrapados o ensartados, pero siempre sin causa

aparente (2008, p. 83)». No obstante, en las conclusiones de su trabajo Vilela, sí que observa una cierta evolución en el periodo analizado: «las noticias sobre accidentes laborales no sólo han ido ocupando más espacio, lo que sin duda denota un mayor interés y preocupación por el tema. También informan más, especialmente sobre las circunstancias o las causas que concurren en los accidentes. Su contextualización, gracias fundamentalmente al papel de denuncia jugado por los sindicatos convierte el accidente en algo más que un suceso a cuantificar en una estadística (Vilela, 2008, p. 102)».

A la hora de buscar referentes anteriores, hay que citar el estudio realizado por Alejo Fraile y Javier Bustamante (2001) sobre «La salud de los trabajadores en los medios de comunicación» en el que se analiza el periodo comprendido entre 1991 y 2000. Entre las conclusiones de dicho análisis, se destaca que «el carácter «sensacionalista», dedicado a informar de daños ya producidos, característico hasta 1993, se ha ido transformando en más «informativo», y sobre todo más «activo», al dedicarse a reflejar actividades, realizadas o por realizar, para evitar aquellos daños. Hay que destacar las noticias referidas a las actuaciones judiciales y sanciones oficiales, cuya referencia es cada vez más frecuente encontrar en la prensa diaria (2001, p. 5)».

Aunque para completar la ficha de análisis se han tenido en cuenta las propuestas hemerográficas ya descritas en su día por autores como Kayser (1982) o Casasús (1985), a la hora de fijarnos en el contenido y ubicación de las noticias y en los protagonistas de las imágenes hemos partido de la denominada «teoría del enfoque, encuadre o del *framing*».

Como explica Entman, mediante estos marcos se destacarían determinados aspectos de una información de cara a las audiencias: «Frames highlight some bits of information about an item that is the subject of a communication, thereby elevating them in salience. The word salience itself needs to be defined: It means making a piece of information more noticeable, meaningful, or memorable to audiences (Entman, 1993, p. 53)». Según Pilar Giménez Armentia, «las mismas secciones de los periódicos, los editoriales, la extensión, la página donde se ubique, el diseño, las fuentes de información, los titulares, las fotografías, son todos ellos formas que tienen los periódicos de encuadrar las informaciones (Giménez Armentia, 2006, p. 57)».

Vreese et al., señalan que el enfoque que los periodistas puedan dar a una determinada información va a tener una gran importancia para los receptores de la misma: «A range of studies has investigated how messages are framed in the news media and whether, under which circumstances, and how these frames affect audience responses. Though journalists may construct news in a variety of ways, scholars (and journalism textbooks) identify a number of features that journalists resort to when covering issues and events (Vreese et al., 2011, pp. 181-182)».

Igartua et al. dotan de las siguientes acepciones al término *framing*: «a) enfocar un tema de una determinada manera o perspectiva; b) fijar una agenda de atributos; c) elegir (seleccionar) ciertas palabras clave para confeccionar un discurso; d) manipular la sapiencia de ciertos elementos o rasgos (dotar de énfasis a algunos de ellos; y e) elaborar una idea organizadora central para construir la historia informativa (Igartua et al., 2006, p. 3)».

Por su parte Vicente Mariño y López Rabadán aseguran que «el empleo de la noción de *framing* en la investigación en comunicación cuenta ya con una sólida trayectoria, que nos permite hablar de ella como uno de los conceptos clave en este campo de conocimiento (2009, p. 15)».

Por último, Túñez y Guevara (2009) recuerdan que «en la producción informativa, el *framing* aporta elementos para entender y explicar la construcción de la agenda mediática porque los medios parten de una misma materia prima, muy similar para todos ellos, pero llegan a productos diferentes. Las variaciones están en el proceso, en las estrategias y objetivos de cada periódico y en los medios que ponga (o de que disponga) para ejecutarlos, incluidos su estado financiero, la dimensión y distribución de su plantilla, su estrategia económica y su nivel de compromiso ideológico».

Teniendo en cuenta la Teoría del *framing*, resulta significativo que un diario incluya las muertes en accidente laboral en la sección de sucesos, en la de local o en la de economía; ya que de esta manera está otorgando una determinada naturaleza a este tipo de hechos. Asimismo, es revelador que en las fotografías con las que se acompañan estas informaciones apenas aparezcan las reacciones de protesta que habitualmente se producen cuando muere un trabajador.

3. Análisis de las portadas

Según explica Montse Quesada «de toda la información que tiene cabida en el ámbito de los sucesos, la que hace referencia a hechos violentos recibe por parte de los medios un trato preferente hasta el punto de que es frecuente que aparezca ocupando la portada de los periódicos o abriendo los informativos de radio y televisión (2007, p. 46)».

Este trato preferente a los sucesos espectaculares es también apuntado en la investigación de Marauri, Rodríguez y Cantalapiedra sobre la cobertura de los sucesos por parte de la prensa diaria. «La espectacularización, junto con la tendencia melodramática y literaturizante, marcan la cobertura de los diarios analizados. (...) Así, los textos planean sobre el mismo registro afectivo, sentimental, dirigiéndose al corazón y no a la razón (2011, p. 226)».

Sin embargo, en general, la prensa del País Vasco no lleva habitualmente a sus portadas las muertes que se originan en el puesto de trabajo. Si se tiene en cuenta el conjunto de los medios analizados, se observa que hay una disminución, en términos globales de la atención que se dedica en las portadas a este tipo de sucesos. Si en 2001, entre los cuatro diarios, hay 18 titulares de portada relativos a este tipo de siniestros, en 2009 la cifra desciende a 8. Tan sólo *Deia* muestra una ligera tendencia al alza.

Gráfico 2
Accidentes laborales recogidos
en las portadas de los diarios
(2001-2009)

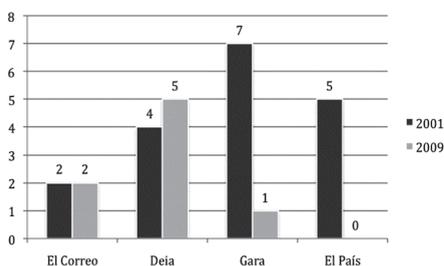
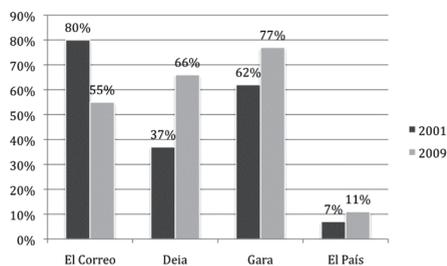


Gráfico 3
Frecuencia con la que
los accidentes laborales abren página
(%)



Nota: En el caso de *El País* se ha tenido en cuenta la portadilla de la edición de El País Vasco.

En 2001 *El Correo* llevó a su primera dos percances laborales de gran impacto social. El primero de ellos consistió en la caída de un helicóptero de ETB en Markina, mientras grababa imágenes para el programa «La mirada mágica». A consecuencia del choque contra el suelo, fallecieron 3 de sus 4 ocupantes. Este infortunio mereció dos páginas interiores y un editorial por parte del rotativo del grupo Vocento.

El segundo accidente laboral destacado en portada, en este caso «in itinere» fue el relativo al fallecimiento en el puerto de Etxegarate de 4 trabajadores cuando se dirigían a su puesto de trabajo en una fábrica de Alsasua. Entre ellos se encontraba un antiguo pelotari profesional, lo que fue destacado en la información.

También en 2009 los dos sucesos llevados a la portada se caracterizaron por su espectacularidad. En el primero de ellos un operario de la construcción perdía la vida en Gernika al caerle encima unas placas de 150 kilos debido al fuerte viento reinante. En el segundo caso, un trabajador de la Supersur caía con su camión por un barranco de 30 metros.

Junto a estos dos sucesos, *Deia* llevó a su portada en 2001 dos accidentes acaecidos en la carretera. Aunque al tratarse del fallecimiento de un repartidor y

de un desplazamiento «in itinere», estas muertes deberían ser catalogadas como laborales, el tratamiento que reciben es el propio de los siniestros de tráfico. En 2009, *Deia* incluyó en su primera la muerte de un trabajador en el astillero de Zamakona, el fallecimiento de un operario en una obra de Gernika, un siniestro mortal en una obra de Bilbao, otro en una construcción de Derio y un quinto en Bilbao. A diferencia del año anterior, en 2009 todos estos accidentes ocurrieron en el puesto de trabajo, ninguno fue «in itinere».

El caso de *Gara* es significativo, ya que pasa de destacar en su portada 7 siniestros en 2001 a recoger únicamente 1 en 2009. En 2001 este periódico publica en su primera sucesos que en otros prácticamente pasan desapercibidos como el fallecimiento de un trabajador en un invernadero de Berriatua, debido a un golpe de calor. Además, salvo la caída del helicóptero de ETB y el accidente múltiple de Etxegarate, el resto de los siniestros tuvieron lugar en el puesto de trabajo. En cambio en 2009 *Gara* sólo se hace eco en su página de apertura de un fallecimiento por caída en las obras del nuevo Ayuntamiento de Bilbao.

En cuanto a *El País*, hemos considerado que un accidente laboral se destacaba en su primera página si el mismo era recogido en la portadilla del cuadernillo de su edición para el País Vasco. También en este medio, como sucedía en el caso de *Gara* se produce un retroceso en el periodo 2001-2009. Si en el primero de los años, cinco accidentes fueron incluidos en la portadilla, e incluso uno —la caída del helicóptero de ETB— fue destacado en la primera plana del diario; en 2009 ninguno de los siniestros estudiados es llevado a dicha página. En todo caso, cabe señalar que dos de los sucesos mortales destacados en 2001 fueron tratados como accidentes de tráfico; por lo que únicamente dos de los fallecimientos recogidos en la portadilla sucedieron en el puesto de trabajo.

4. El tratamiento en las páginas interiores

El tratamiento que la prensa vasca otorga a los accidentes laborales durante el periodo estudiado resulta muy dispar. Así, *El Correo* sitúa estos sucesos en su sección de «Ciudadanos», muy frecuentemente junto a los siniestros de tráfico. Es decir, los fallecidos en el puesto de trabajo aparecen al mismo nivel que quienes han perdido la vida en la carretera.

Esto no significa necesariamente que el diario no otorgue importancia a estas noticias. De hecho, como puede apreciarse en el Gráfico 2, en el año 2001 el 80% de dichas defunciones constituyó el tema de apertura de la página. En 2009, esta proporción baja ostensiblemente a un 55%.

La anchura media del titular de los accidentes laborales se sitúa en las 3 columnas, con una ligera tendencia al alza en 2009. Se trata en su práctica tota-

lidad de titulares estrictamente informativos, si atendemos a la clasificación de Armentia y Caminos (2009: 149-159), en donde se describe lo que ha ocurrido, sin entrar en la interpretación de los hechos y sin caer tampoco en matices sensacionalistas. He aquí algunos ejemplos: «Fallece un trabajador en Mungia al caerle encima la carga de una grúa (30/03/2001)», «Fallece en las obras del metro en Sestao al caer desde 20 metros (03/08/2001)», «Un trabajador muere al caer a un tanque en el puerto de Santurtzi (25/01/2009)», «Muere un operario aplastado por una bobina en Abadiño (10/09/2009)». Tan sólo excepcionalmente nos encontramos con algún titular apelativo: «El viento se cobra su primera víctima (10/02/2009)», para referirse al aplastamiento de un operario a quien le cayeron encima unas placas de 150 kilos. Como puede verse no se observan cambios significativos en la forma de titular durante el periodo estudiado.

El Correo es el diario en el que mayor porcentaje de noticias de este ámbito aparecen firmadas, un 93% en 2001 y el 100% en 2009. Este dato, en principio, nos indicaría que los textos han sido elaborados por periodistas del medio y que éste no se ha limitado a incluir simplemente una nota de agencia.

Respecto al espacio total destinado a los textos, en este periódico se constata un claro incremento del mismo en el periodo 2001-2009. Mientras que en el primero de estos años un 27% ocupaba como máximo una cuarta parte de la página, en 2009 todas las informaciones de esta temática rebasan dicho porcentaje; además un tercio de las mismas abarca al menos las $\frac{3}{4}$ partes de la superficie total.

La noticia es el género prácticamente omnipresente empleado para relatar este tipo acontecimientos. El esquema redaccional es el clásico de pirámide invertida. En el caso de este diario, de las 24 piezas analizadas entre los dos años del estudio, tan sólo una de ellas podría entrar dentro de la consideración de reportaje: el referido al fallecimiento de un trabajador tras una caída de 15 metros en el Ayuntamiento de Bilbao.

Gráfico 4
N.º de columnas de los titulares

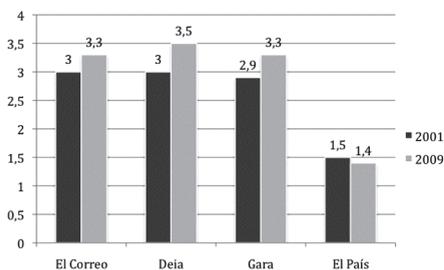


Tabla 3
Porcentaje de noticias firmadas

	2001		2009	
	Firmada	Sin firma	Firmada	Sin firma
El Correo	93%	7%	100%	0%
Deia	37%	63%	67%	33%
Gara	21%	79%	0%	100%
El País	36%	64%	22%	78%

Lo habitual es que se trate de textos únicos para cada suceso. Tan sólo en el caso del accidente del helicóptero de ETB en mayo de 2001 la noticia principal está acompañada de una serie de materiales complementarios.

En *Deia* se observa una clara evolución a la hora de ubicar las noticias sobre siniestros laborales. En 2001, 7 de estas informaciones fueron a parar a la sección de «Ekonomia», mientras que el resto fueron ubicadas dentro de «Euskadi». Hay que tener en cuenta que algunos de estos sucesos son tratados como un accidente de tráfico más. Es decir, salvo casos muy excepcionales, los diarios no entran en la consideración de que pueda tratarse de un percance «in itinere».

Sin embargo, accidentes laborales de apariencia mucho más evidente también son eventualmente situados en la sección de local. Este es el caso del fallecimiento de un trabajador en un invernadero de Berriatua debido a las altas temperaturas (29/05/2001), de un operario muerto en las obras del Metro de Bilbao (03/08/2001) o el de un hombre que acabó decapitado por una trituradora de manzanas en un caserío de Forua (09/10/2001). En cambio cuando estas muertes se producen en empresas, lo habitual es que la noticia aparezca dentro de la sección de «Ekonomia».

Al contrario de lo que veíamos en *El Correo*, en *Deia* se produce un acusado incremento entre 2001 y 2009 en el número de informaciones sobre accidentes laborales mortales que abren página. Se pasa de un 37% a un 66% de las ocasiones.

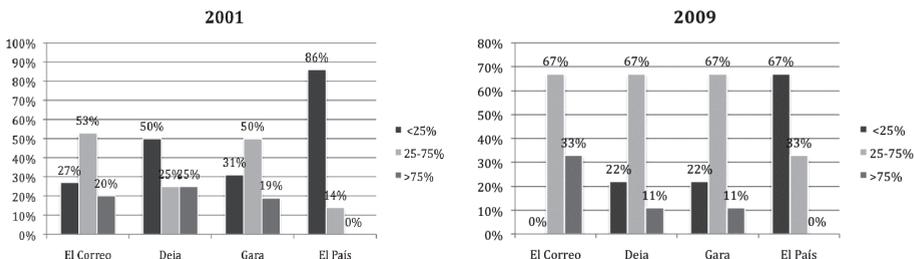
También se observa un ligero aumento de la anchura media de los titulares: de 3 a 3,5 columnas. *Deia* sigue en su titulación un estilo similar al de *El Correo*. En ocasiones algunos encabezados son tan concisos que cuesta descubrir que se trata de un accidente laboral: «Muere una persona por las elevadas temperaturas (20/05/2001)» —estaba trabajando en un invernadero—, «Un hombre de 45 años muere decapitado en Forua (09/11/2001) —el fallecido manejaba una trituradora de manzanas en un caserío—. En 2009 se mantiene un estilo similar, quizá algo más descriptivo: «Un obrero muere y otro resulta herido en un accidente laboral en Gernika (10/02/2009)», «Muere un trabajador atrapado por un montacargas en una obra de Bilbao (17/04/2009)».

En *Deia* no todas las noticias referidas a la siniestralidad laboral van firmadas. En 2001, sólo el 37% de las analizadas iban acompañadas del nombre del redactor. Esto nos indica que en la mayoría de los casos se trataba de despachos de agencia. De hecho, así es indicado en diversas ocasiones. En 2009, el porcentaje de las informaciones firmadas se sitúa en el 67%, lo que supone una subida importante.

Como ya veíamos en el anterior diario, aquí también la noticia es el género que se emplea prácticamente en exclusiva. Tan sólo se recurre a la crónica para narrar la caída del helicóptero de ETB.

Asimismo, se constata que crece el espacio medio dedicado a este tipo de sucesos. En 2001, la mitad de estas historias no sobrepasa un cuarto de la página. En 2009, sólo el 22% de las mismas dispone de tan escaso espacio.

Gráfico 5
Superficie de página ocupado por los accidentes laborales mortales (2001 y 2009)



Tal y como ocurre en *Deia*, también *Gara* muestra una evolución a la hora de ubicar los accidentes laborales. En 2001 estos siniestros se reparten entre la sección de «Economía» y la de «Gizartea» (Sociedad). En principio, son las muertes «in itinere» las que se ubican en esta última sección, pero no siempre ocurre así. Al igual que constatábamos en *Deia*, el fallecimiento de un trabajador en un invernadero debido al calor, es situado en las páginas de Sociedad, junto a las previsiones meteorológicas de altas temperaturas para los días siguientes. Otro tanto puede decirse de la muerte de un operario de los túneles de Artxanda a causa de una explosión, aunque en este caso otros medios apuntaron hacia un posible suicidio. La situación cambia en 2009. En este año la totalidad de las noticias relativas a la siniestralidad en el trabajo se sitúan en «Economía».

Gara abre página con la mayor parte de estas muertes. Concretamente, en 2001 lo hizo en el 62% de los casos. La tendencia se acentúa en 2009, al llegarse al 77% de los casos, lo que hace que en dicho año este diario sea el que más destaque los accidentes laborales en sus páginas interiores, algo que no sucede en las portadas.

Siguiendo la misma tendencia que los otros dos medios estudiados, también *Gara* muestra un ligero incremento en la anchura media de sus titulares, al pasar de las 2,9 a las 3,3 columnas de promedio. El estilo, como en los dos diarios anteriores, es informativo, aunque en ocasiones se intenta responder al «porqué»: «Un trabajador fallece en un invernadero debido al calor (29/05/2001)», «Trabajador muerto al ser atropellado en la empresa Remetal de Erandio (09/11/2001)», «Un trabajador muere al ser atrapado por una bobinadora en

Abadiño (10/09/2009), «Otro muerto más en las obras de la Supersur, al caer un Jumper desde una altura de 30 metros (09/10/2009)».

Este periódico es el que ofrece un menor número de textos firmados. En 2001, sólo el 21% de las noticias sobre fallecimientos en el trabajo iban acompañadas de la firma de su autor. Cabe pensar que ello podía responder a la utilización preferente de material de agencia. Sin embargo, en 2009 ni una sola de las informaciones de este ámbito está firmada, lo que parece apuntar a algún tipo de norma editorial.

Gara ha ido incrementando el espacio que destina a este tipo de sucesos. En 2001 un 31% de las noticias ocupó menos que una cuarta parte de la página. En 2009 dicho porcentaje se situó en el 22%. Además, al contrario de lo que sucede con otras cabeceras, en este periódico no es tan excepcional que los accidentes laborales vayan acompañados de despieces. En 2001 ocurrió en el 31% de los casos. La frecuencia bajó en 2009 hasta el 11%.

Debido a las limitaciones en la paginación de su edición para el País Vasco (8-12 páginas), *El País* no establece una diferenciación temática a la hora de encuadrar los accidentes laborales. Salvo contadas excepciones, como por ejemplo el siniestro del helicóptero de ETB que fue recogido dentro de la sección de «España», el resto de las noticias aquí analizadas se sitúan dentro del cuadernillo especial para el País Vasco.

Esas mismas limitaciones espaciales hacen que la longitud de los textos sobre accidentes laborales sea notablemente inferior al que dedican los otros tres diarios analizados. Por ello, no es de extrañar que en 2001 sólo un 7% de estas informaciones ocupase el lugar preferente de la página. En 2009 este porcentaje subió al 11%.

En 2001 el 86% de estos textos ocupó una extensión menor a un cuarto de la página. En 2009 dicho porcentaje se situó en el 67%. En todo caso, en ninguno de estos dos años los accidentes laborales llenaron más de las $\frac{3}{4}$ partes de la página.

La menor disponibilidad de espacio se deja notar también en la longitud de los titulares, que por término medio no alcanzan las 2 columnas ni en 2001 ni en 2009. Sin embargo, a pesar de que muchas de las cabeceras sólo ocupan una columna, a menudo, se realiza un esfuerzo para recordarle al lector la reiteración de la siniestralidad laboral: «Tercer trabajador fallecido en un accidente laboral esta semana (19/01/2001)», «Tercer accidente laboral mortal en Bizkaia en los últimos cuatro días (03/08/2001)», «La muerte de un albañil eleva a 14 la cifra de fallecidos desde enero (17/04/2009)», «Una empresa de Abadiño registra la segunda muerte en un mes (14/10/2009)».

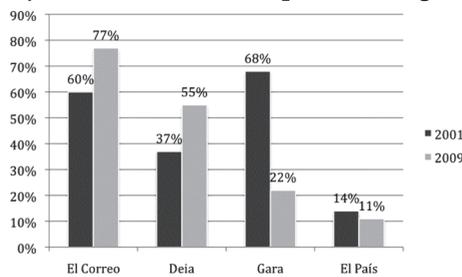
La brevedad de las piezas influye en el hecho de que la mayor parte de las mismas no vayan firmadas, probablemente por tratarse de despachos de agencia.

En 2001 aparecen firmadas el 35% de las noticias. En 2009 dicho porcentaje baja hasta el 22%.

5. La fotografía

Los accidentes laborales no constituyen habitualmente el ámbito temático más apropiado para el fotoperiodismo. No resulta fácil que la imagen nos ayude a hacernos una idea de las causas del siniestro. Por otro lado, sólo cuando el deceso tiene lugar en el puesto de trabajo y el periodista gráfico llega antes del levantamiento del cadáver es posible obtener fotos del mismo.

Gráfico 6
Porcentaje de noticias con acompañamiento gráfico



Aun así, tal y como podemos observar en el Gráfico 6, un notable porcentaje de estas noticias lleva acompañamiento gráfico, aunque los datos varíen notablemente en función de los diarios y del año analizado.

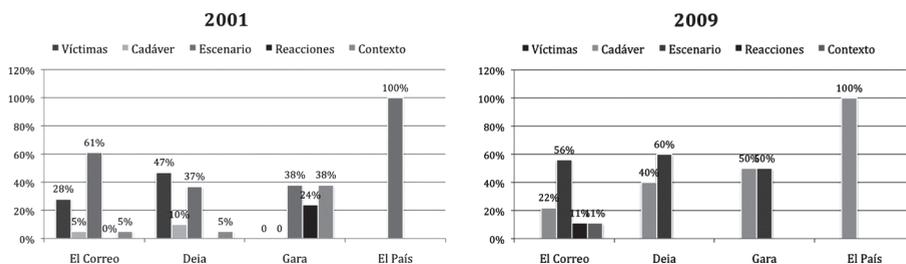
Tomando en conjunto 2001 y 2009, es *El Correo* el diario que más atención gráfica dedica a este tipo de sucesos. Para ello, este rotativo cuenta con un reportero gráfico especializado en cubrir los accidentes que se van produciendo a lo largo de la jornada. En 2001 este diario acompañó de fotografías el 60% de sus informaciones. En 2009 llegó incluso al 77%.

En *Deia* se observa una evolución destacable en la década estudiada. En 2001 únicamente el 37% de las informaciones llevó acompañamiento gráfico. En 2009 la cifra se situó en el 55%. Una tendencia contraria es la que muestra *Gara*. Este rotativo pasa de ser el que mayor porcentaje de fotos sobre muertes laborales ofrece en 2001, un 68%, a emplear dicho recurso únicamente en un 22% de las ocasiones en 2009.

En el caso de *El País*, no se observan cambios significativos. Tal y como apuntábamos en el apartado anterior, las limitaciones de espacio de la edición

del País Vasco influye, a buen seguro, en que únicamente el 14% de las informaciones de 2001 y el 11% de las de 2009 dispongan de fotografías.

Gráfico 7
Contenido de las fotografías



Respecto al contenido de las imágenes, hay que señalar que sólo muy excepcionalmente aparecen fotografías de los fallecidos. Esto ocurre cuando se trata de alguien conocido o cuando el accidente revierte una gran espectacularidad. Así, en 2001 hubo dos siniestros en los que sí se publicaron imágenes de los fallecidos: la caída del helicóptero de ETB y la colisión frontal sufrida por cuatro trabajadores en el puerto de Etxegarate cuando se desplazaban a su puesto de trabajo.

En ambos accidentes tanto *El Correo* como *Deia* publicaron fotografías de las víctimas. En los dos casos podía considerarse que los fallecidos eran personas conocidas. Uno de los ocupantes del helicóptero era el director del popular programa de ETB «La mirada mágica». En la tragedia de Etxegarate uno de los muertos había sido pelotari profesional en la década de los 70. El resto de las víctimas permanecen en el anonimato. Como mucho aparecen sus iniciales en el texto.

Más habitual es que se incluyan fotos de los cadáveres, aunque en este apartado se observa una evolución entre 2001 y 2009. En el primer año sólo *El Correo* y *Deia* llegan a incluir este tipo de imágenes y lo hacen de forma excepcional (en una ocasión *El Correo* y en dos *Deia*). En 2009, en cambio, todos los diarios incorporan alguna imagen del cuerpo de las víctimas.

El recurso más habitual para ilustrar estas informaciones es recurrir al escenario en el que han ocurrido los hechos. En los accidentes «in itinere» inevitablemente se ofrecen instantáneas de las consecuencias del siniestro (vehículos convertidos en chatarra, precipitados por algún terraplén, etc.).

Al contrario con lo que ocurre con otro tipo de muertes, en las acaecidas en el ámbito laboral apenas se presta atención gráfica a las reacciones que se gene-

ran tras estos siniestros. En 2001, la excepción a esta afirmación la protagonizó *Gara* que incluyó tres fotografías relativas a estas movilizaciones. En 2009 únicamente *El Correo* llega a publicar una imagen sobre dicho tema.

Tampoco es frecuente que los periódicos recurran a imágenes meramente ilustrativas o «de contexto» para acompañar a estos textos. Se trata de fotografías con muy poco aporte informativo y cuya inserción únicamente pretende aligerar el contenido textual de la página. Como ejemplo de este proceder se puede citar el caso de *El Correo* que ilustra la muerte de un pescador de Ondarroa mientras faenaba en aguas de Escocia (9/11/2001) con una panorámica de esta localidad vizcaína. Por su parte *Gara* acompaña el texto sobre la muerte de un trabajador a causa del calor (29/05/2001) con una vista de un termómetro callejero que señala 33.º.

6. La percepción de los sindicatos

Para completar nuestro estudio de campo, enviamos un cuestionario a los cuatros principales sindicatos de Euskadi (ELA, LAB, CC.OO. y UGT) para conocer su percepción respecto al tratamiento que se da en la prensa a los accidentes laborales. En el caso de ELA, LAB y UGT las preguntas se realizaron a través de sus responsables de prensa (Patxi Agirrezabala, Sonia González y Marian Jauregui, respectivamente). En cuanto a Comisiones Obreras de Euskadi, el cuestionario fue respondido por su Secretario de Salud Laboral, Jesús Uzkudun.

Los cuatro sindicatos se muestran críticos con la forma en que los medios abordan los accidentes laborales. Así, en opinión de ELA, dicho tratamiento «es absolutamente insuficiente y parcial. Normalmente se tratan como un «suceso común». No se habla de las causas de los accidentes y de las posibles medidas de prevención». Una crítica similar es planteada por LAB: «en ocasiones los accidentes laborales no aparecen en los medios o aparecen dentro de la sección de «sucesos». Así, todos los años mueren 80 trabajadores, pero como mucho aparecen 10 de estas muertes reflejadas en los medios».

Jesús Uzkudun, de CC.OO. considera que se produce una «excesiva culpabilización a la víctima, lanzando la sospecha de la responsabilidad sobre si utilizaba la protección individual, olvidando la responsabilidad empresarial incluida en esa materia». Uzkudun alude también a la «búsqueda de morbo» por parte de los medios y a que se obvian los accidentes «in itinere». «Los accidentes de los militares —explica el representante de CC.OO.— conllevan funerales de Estado, los de los trabajadores se tratan como sucesos inevitables o imprudencias de la víctima».

UGT también incide en la confusión con que se recogen las muertes «in itinere». «Hay noticias que reflejan accidentes laborales como accidentes de tráfico

porque, evidentemente, tienen lugar en la carretera, pero que sin embargo son laborales, al estar implicados vehículos como camiones o furgonetas».

Respecto a la existencia de una posible evolución durante la última década en relación con el tratamiento recibido por las muertes laborales, desde ELA se entiende que «no se ha producido ninguna evolución reseñable. Ha habido accidentes que mediáticamente han sido más visibles, en función de la importancia o tamaño de la empresa donde ha ocurrido, pero son contadas excepciones». Desde LAB se asegura que dicha evolución sí que se observa en unos pocos medios: «Por ejemplo *Gara* y *Berria* han mejorado el tratamiento que ofrecen, pero el resto no».

Jesús Uzkudun, de CC.OO., en cambio, sí que observa que ha habido cambios. «Si lo comparo con fechas de 15 o 20 años sí. Antes era silencio o una pequeña crónica de sucesos». De todas formas, desde su punto de vista, «estaría bien que los Accidentes de Trabajo y Enfermedades laborales adquirieran la misma dimensión de la violencia de Género o la terrorista».

Para UGT, la acción sindical habría influido en los cambios del tratamiento mediático, así como las nuevas tecnologías. «De una parte, los sindicatos han hecho un importante esfuerzo para que los accidentes laborales no pasaran desapercibidos, haciendo visible que un trabajador perdía la vida en un centro de trabajo, mediante denuncias públicas en forma de comunicados de prensa, concentraciones, campañas y otras actividades. (...) De otro lado, no hay que olvidar el efecto de las nuevas tecnologías, ahora las informaciones se divulgan con mayor celeridad y sí que se puede percibir que los medios de comunicación se hacen eco de más accidentes laborales. En cualquier caso, dar la noticia se queda en dar a conocer un hecho y rara vez se hacen públicos los datos de la investigación del accidentes».

En lo que coinciden los cuatro sindicatos consultados es en que los accidentes laborales tendrían que recibir un tratamiento diferenciado. «Deberían tener un tratamiento específico, ofreciendo información más completa, otorgándole mayor espacio e importancia», apuntan desde ELA. Desde LAB insisten en la importante labor que pueden desempeñar los medios en este ámbito.

Jesús Uzkudun, de CC.OO., echa en falta una mayor labor de análisis sobre las causas de estos accidentes: «Creo que se debería analizar mejor la práctica preventiva, analizar las causas del siniestro (aplicando el árbol de causas), la actitud del Servicio de Prevención y las demandas realizadas por los trabajadores». Para UGT, «los accidentes laborales deberían recibir un tratamiento con una perspectiva más amplia, que es la Salud Laboral y la prevención, para informar y concienciar de los riesgos laborales y la prevención».

En donde hay menos unanimidad entre los sindicatos es a la hora de valorar la influencia que el tratamiento mediático que reciben los accidentes laborales

pueda tener de cara a la prevención de los mismos. «Una información más elaborada, que trate a fondo la problemática de la siniestralidad laboral ayudaría a visibilizar el problema, a la conciencian social... En definitiva, supondría avanzar en la labor preventiva», explica ELA. Desde el punto de vista de LAB no está claro que el mencionado eco mediático ayude a la prevención. «El actual tratamiento no es en absoluto adecuado, y en él no aparecen cuáles son las verdaderas causas de los accidentes laborales. Nunca hemos oído qué medidas de prevención son las que han fallado. De todas formas, a menudo parece que, a tenor de lo recogido en los medios, es el trabajador el culpable y eso, en nuestra opinión, no es correcto».

Para Jesús Uzkudun, «la búsqueda del morbo, la culpabilización fácil de la víctima mediante una abstracción de las condiciones de trabajo no ayuda. Insisto en sacar los colores al Servicio de Prevención, a quien la empresa ha contratado para realizar la prevención». UGT entiende que sería preciso otorgar una mayor importancia informativa a la Salud Laboral: «Sólo por el hecho de hacer visibles los accidentes laborales y que se tenga constancia de que ocurren y que se deben de atajar, se ayuda a que tanto la administración como los empresarios no se relajen y se tomen medidas en la prevención de riesgos laborales, sobre todo en las pequeñas y medianas empresas que es a las que siempre les cuesta más invertir en Salud Laboral».

Entre las sugerencias de cara a la mejora de la información sobre los accidentes laborales, ELA recuerda que «las enfermedades profesionales son las grandes olvidadas». Un aspecto en el que coinciden desde LAB y CC.OO. Así, Uzkudun subraya que en las enfermedades profesionales «los daños no son exclusivamente los instantáneos por traumatismos visibles». Por último, UGT insiste en la importancia de «hacer llegar a la sociedad ciertas situaciones de riesgos y la necesidad de distintos sectores, basada fundamentalmente en la formación y la información».

7. Conclusiones

Al contrario de lo que ha sucedido en el tratamiento de otras muertes violentas (violencia de género, terrorismo) por parte de la prensa vasca, en el caso de los accidentes laborales no se observan cambios espectaculares en el periodo 2001-2009. De hecho, incluso se ha producido una disminución en el número total de estas noticias que fueron llevadas a portada. Cuando esto ha ocurrido se ha debido a la espectacularidad del siniestro o a que en el mismo se hayan visto involucradas personas conocidas.

No existe coincidencia entre los diferentes medios sobre qué sección es la más adecuada para ubicar estas informaciones. Así *El Correo* las sitúa siempre dentro del apartado denominado «Ciudadanos», junto a los accidentes de tráfico

y temas de carácter local. *Deia* y *Gara* sitúan estas muertes tanto en secciones de Euskadi como en las de Economía, en función de cómo se producen los fallecimientos. Los ocurridos «in itinere» van al primer apartado, mientras que los registrados en el puesto de trabajo se llevan, aunque no siempre, al segundo. *El País* los sitúa dentro de su cuadernillo para el País Vasco.

La noticia es prácticamente el único género utilizado para relatar estas muertes. Además, rara vez se utilizan despieces o textos de apoyo. Salvo en el caso de *El Correo* en el resto de los diarios un porcentaje significativo de estas piezas están si firmar, lo que hace suponer que pueda tratarse de informaciones de agencia. Eso sí, la mayor parte de estas noticias suelen abrir página.

Los titulares empleados son meramente descriptivos. No se profundiza en las causas del accidente mortal, en sus antecedentes o en las consecuencias del mismo.

Los accidentes laborales no resultan un ámbito informativo excesivamente apropiado para el fotoperiodismo. Sólo excepcionalmente aparecen imágenes de las víctimas. Más frecuente, sobre todo en el año 2009, es que se fotografíe el cadáver. Por lo demás se recurre a imágenes del escenario de la tragedia. Llama la atención lo excepcional de instantáneas que recojan movilizaciones de protesta relacionadas con el accidente laboral. En 2001 únicamente *Gara* publicó tres de estas fotografías, mientras que en 2009 la única imagen de este tipo la recogió *El Correo*.

La visión que los sindicatos muestran en relación con el tratamiento informativo de los accidentes laborales es bastante crítica. Destacan que los medios rara vez ahonden en las causas de los siniestros ni en las medidas necesarias para evitarlos. Esto provoca, según los portavoces sindicales, que dé la impresión de que se está culpabilizando de su muerte al propio trabajador. Por otro lado, señalan el olvido tanto de las muertes «in itinere», abordadas como accidentes de tráfico normales, como de las denominadas «enfermedades laborales».

Menor unanimidad existe a la hora de valorar la posible evolución registrada en el tratamiento de estos siniestros. Mientras desde ELA no se observan cambios significativos, éstos sí son percibidos desde CC.OO. y desde LAB. UGT destaca la importancia de la propia acción sindical a la hora de que los accidentes laborales no pasen desapercibidos.

8. Bibliografía

- ARMENTIA, J.I. y CAMINOS, J.M. (2009): *Redacción informativa en prensa*. Barcelona. Ariel.
 CASASÚS, J.M. (1985): *Ideología y análisis de medios de comunicación*. Barcelona. Mitre.
 ENTMAN, R. (1993): «Framing: Toward clarification of a fractured paradigm». *Journal of Communication*, vol. 3, n.º 43, Massachusetts, otoño, pp. 51-58.

- FRAILE CANTALEJO, A. y BUSTAMANTE BENITO, J. (2001): «La salud de los trabajadores en los medios de comunicación». Póster. XII Congreso Nacional de Seguridad y salud en el Trabajo. Valencia, 20-23 de noviembre de 2001. En http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Estudios/Estudios/Otros/Salud_Trabaj_MMCC/Salud_trab_MMCC.pdf (consultado el 14/04/2011).
- GIMÉNEZ ARMENTIA, P. (2006): «Una nueva visión del proceso comunicativo: la teoría del Enfoque (*framing*)». *Comunicación y hombre* 2, Madrid, pp. 55-66.
- IGARTUA, J.J.; MUÑIZ, C. y OTERO, J. (2006): «El tratamiento informativo de la inmigración en la prensa y la televisión española. Una aproximación empírica desde la teoría del *framings*». *Global Media Journal México*, vol. 3, n.º 5, primavera, México, pp. 1-15: http://www.gmjei.com/journal/index.php/GMJ_EI/issue/view/17 (consultado el 15/02/2011).
- KAYSER, J. (1982): *El Diario Francés*. Barcelona: ATE.
- MARAURI, I.; RODRÍGUEZ, M.M. y CANTALAPIEDRA, M.J. (2011): «Géneros informativos y estilo periodístico en la cobertura de sucesos en la prensa diaria de información general en España». *Zer. Revista de estudios de comunicación*, vol. 16, n.º 30, Leioa, pp. 213-227.
- OSALAN (2011): *Resumen estadístico de la siniestralidad laboral (2001-2011)*. Gobierno Vasco: <http://www.osalan.euskadi.net> (consultado el 02/02/2011).
- QUESADA, M. (2007): *Periodismo de sucesos*. Madrid. Síntesis.
- TÚÑEZ, M. y GUEVARA, M. (2009): «*Framing* por proximidad como criterio de noticiabilidad: la curva de las ausencias». *Revista Latina de Comunicación Social*, 64, pp. 1.030 a 1.044. La Laguna (Tenerife): Universidad de La Laguna, recuperado el 5 de abril de 2011, de http://www.revistalatinacs.org/09/art/878_USC/79_145_Tunez_y_Guevara.html DOI: 10.4185/RLCS-64-2009-878-1.030-1.044.
- VICENTE MARIÑO, M. y LÓPEZ RABADÁN, P. (2009): «Resultados actuales de la investigación sobre *framing*: sólido avance internacional y arranque de la especialidad en España». *Zer. Revista de estudios de comunicación*, vol. 14, n.º 26, Leioa, mayo, pp. 13-34.
- VILELA SÁNCHEZ, N. (2008): «Los accidentes laborales en la prensa escrita. Análisis y evolución (1999-2007)». *La Mutua*, n.º 20, Madrid, septiembre, pp. 81-103.
- VREESE, C.H. de; BOOMGAARDEN, H.G. y SEMETKO, H. (2011): «(In)direct Framing Effects: The Effects of News Media Framing on Public Support for Turkish Membership in the European Union». *Communication Research*, vol. 38, n.º 2, California/Londres, pp. 179-205.

LA DIVERSIDAD DE LOS MODELOS DE PARTICIPACIÓN LABORAL DE LAS MUJERES EN LA UE-27

MERTXE LARRAÑAGA SARRIEGUI

YOLANDA JUBETO RUIZ

M.^a LUZ DE LA CAL BARREDO

Economía Aplicada I

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

ABSTRACT

El objetivo de este artículo es relacionar las características de la inserción laboral femenina con su grado de participación en el mercado laboral en los países de la Unión Europea a través de los datos proporcionados por Eurostat. Nos interesa conocer si una mayor participación laboral entre las mujeres va aparejada con un modelo laboral «femenino», esto es, con empleos a tiempo parcial, temporales, de baja remuneración y en determinados sectores y ocupaciones. O si por el contrario, en los países en los cuales la tasa de empleo femenina es elevada y hay menor brecha con respecto a la de los hombres, el modelo de inserción laboral de mujeres y hombres es similar. La diversidad de los mercados de trabajo y también de las políticas públicas y de las estructuras productivas en un área tan amplia como al UE-27, nos impide establecer modelos de inserción laboral femenina claros, aunque sí hemos podido apuntar rasgos comunes con respecto a las desigualdades de género entre países.

Palabras clave: desigualdades de género, segregación ocupacional, brecha salarial, modelos laborales.

Artikulu honen helburua, hain zuzen, emakumeen laneratzeezaugarriak emakumeek Europar Batasuneko herrialdeetako lan-merkatuan duten parte-hartze mai-

larekin harremanetan jartzea da, Eurostat-ek emandako datuen bitartez. Interesgarria zaigu jakitea ea emakumeek lan-munduan parte-hartze handiagoa izateak lotura hertsia ote duen «emakumezko» lan-eredu batekin; esan nahi baita, lanaldi partzialeko lanpostuekin, aldi baterako lanpostuekin, ordainsari txikiko lanpostuekin eta sektore zein lanbide jakin batzuetara mugatzen diren lanpostuekin. Eta, bide beretik, jakin nahi dugu ea emakumeen enplegu-tasa handia den eta gizonetako alde txikiagoa duten herrialdeetan, emakumeen eta gizonetako laneratzere-eredua antzekoa ote den. Lan-merkatuen askotarikotasunak, eta baita politika publiko eta ekoizpen-egiturenak ere, EB27 bezalako eremu zabalean, emakumeen laneratzere-eredu argiak finkatzea galarazten digu, nahiz eta zenbait ezaugarri komun berezi ahal izan ditugun, herrialdeen arteko genero-desberdintasunei begira.

Gako-hitzak: genero-desberdintasunak, lanbide-bereizketa, soldata-aldea, lan-ereduak.

■ *The aim of this article is to relate the features of female job placement to their degree of participation in the job market in EU countries via data provided by Eurostat. We are interested in establishing whether greater participation among women goes hand in hand with a «female» labour model, i.e. with part-time and temporary work, low-paid work and in certain sectors and professions - or, whether, conversely, in those countries where the female employment rate is high and there is less wage gap than with that of men, the job placement model of men and women is similar. The diversity of job markets and also of public policies and productive structures in such a wide-ranging area as the EU27 prevents us from establishing clear female job placement models, although we have been able to point to common features regarding gender inequalities between countries.*

Key words: gender inequalities, occupational segregation, wage gap, labour models.

0. Introducción

En este trabajo nos proponemos estudiar la actividad laboral femenina en Unión Europea (UE) desde el punto de vista cuantitativo. A partir del análisis de datos, nos preguntamos qué tipo de relaciones pueden establecerse. Por ejemplo si una participación laboral mayor de las mujeres va o no necesariamente de la mano de más empleo a tiempo parcial o temporal, o de más concentración del empleo femenino en determinados sectores o categorías profesionales, o de mayor brecha salarial, etc. O podría ser todo lo contrario, esto es, que cuánto mayor es la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, su inserción laboral se parece más a la de los hombres en cuanto al tipo de contrato, ocupaciones, salarios, etc. Nos planteamos en definitiva si puede establecerse dentro de la UE y siempre en base a la información estadística disponible, una tipología de países en relación a los modelos de participación laboral de las mujeres.

Antes de empezar siquiera a consultar los datos somos conscientes de que será prácticamente imposible definir grupos claros de países porque sabemos de antemano que los 27 países que conforman actualmente la UE son países muy diversos desde todos los puntos de vista. La diversidad es manifiesta en relación a indicadores básicos como población, estructura productiva, empleo, etc. Además, la UE-27 engloba a países con una trayectoria muy diferente en cuanto a la participación de las mujeres en el espacio público en general y en el mercado laboral en particular. En un extremo, los países nórdicos, pioneros en la entrada de las mujeres al mercado, siguen siendo referentes en cuanto a igualdad de mujeres y hombres. En el otro se sitúan los países del sur de Europa, países en los que la entrada masiva de las mujeres al mercado es mucho más tardía puesto que no se produjo hasta bien entrada la década de los ochenta del siglo xx aunque es cierto que la progresión laboral de las mujeres ha sido muy rápida. La incorporación a la Unión de países de Europa del Este ha aumentado aún más la diversidad porque se trata además de países con una historia propia y diferenciada de los de Europa occidental y países en los que la participación laboral de las mujeres fue casi plena en la época de planificación centralizada.

La Unión Europea está formada por países de tamaño muy desigual. Los grandes países son Alemania, Francia, Reino Unido, Italia, España y Polonia, todos ellos con una población que supera los 35 millones de habitantes. En la actualidad, en estos seis grandes países se concentra el 70% de la población de la

UE-27. En el extremo opuesto, Malta, Luxemburgo, Chipre, Estonia, Eslovenia y Letonia tienen una población inferior a los tres millones de habitantes. En las clasificaciones de países que hagamos a lo largo de esta comunicación intentaremos hacer una mención especial a aquellos que tienen una mayor importancia demográfica. La concentración productiva en pocos países es aún mayor que la demográfica porque los seis grandes producen el 80,7% del Producto Interior Bruto (PIB) de la UE-27. Así pues, en los restantes 21 países se concentra el 30% de la población y el 19,3% del PIB de la Unión.

La renta per cápita¹, indicador habitualmente utilizado en economía para medir el nivel de vida y de bienestar, arroja asimismo resultados muy diversos para una Unión que a la vista de esta información, no parece estar muy cohesionada a nivel social. Los países que en 2010 tienen una renta per cápita superior a la media de la UE-27 son Bélgica, Dinamarca, Alemania, Irlanda, Francia, Italia, Holanda, Austria, Finlandia, Suecia, Reino Unido y, por supuesto, Luxemburgo cuya renta per cápita es, por ejemplo, un 162% superior a la alemana². Destacamos asimismo el hecho de que la mayoría de los países del Este de Europa tienen una renta media claramente inferior a la media de la Unión.

Además tenemos que tener en cuenta que, a pesar de constituir una unión económica, esta unión dista mucho de ser real. De hecho, esta «desunión» real es una de las grandes evidencias que ha puesto sobre la mesa la Eurocrisis que ha estallado en 2010. Evidentemente, la estructura productiva y la estructura laboral son muy diferentes pero también lo son las políticas familiares o las de empleo. Todo ello derivará necesariamente en unos mercados laborales diferentes y también en una desigual participación laboral de las mujeres.

Pensamos que este trabajo también nos podrá clarificar si algunos mitos siguen vigentes o la realidad es más complicada de la que a menudo presuponemos desde la lejanía. Nos referimos al caso de los países nórdicos, referentes clásicos en temas de igualdad, a la dualidad Norte-Sur o a la homogeneidad de los antiguos países de planificación centralizada. Nos planteamos por ejemplo estas preguntas: ¿siguen siendo los países del Norte de Europa referente para el resto de países en materia de igualdad? ¿existe una dicotomía clara entre los países del norte y los del sur de Europa? ¿existen similitudes entre los países que han compartido décadas de pertenencia al segundo mundo a lo largo del siglo xx?

La principal fuente de información es el Instituto Europeo de Estadística/Eurostat y concretamente los datos de la Encuesta de Fuerzas de Trabajo (EFT)

¹ La renta per cápita ha sido muy criticada como indicador de bienestar destacando entre ellas la crítica ecologista y feminista. Sin embargo la opinión mayoritaria sigue considerando que la renta per cápita, en tanto que indicador de poder adquisitivo, tiene una incidencia directa en el nivel de vida de las personas.

² Pensamos que en el elevadísimo nivel de vida de la población de Luxemburgo, que apenas supera el medio millón de personas, algo tendrá que ver su condición de paraíso fiscal.

referidos a actividad laboral, paro, empleo, tipos de contratos y de jornadas, sectores de actividad, profesión y salarios. La fuente de todas las tablas y gráficos³ que presentamos es, pues, Eurostat. La información disponible para abordar las diferentes cuestiones que tratamos no es siempre uniforme y, por tanto, también el análisis será desigual. El espacio geográfico de referencia son los países que integran la UE-27 si bien en algunos casos nos limitaremos a presentar datos medios del conjunto de la UE. Los datos que hemos seleccionado son los últimos disponibles en la base de datos de Eurostat y la mayoría corresponden al año 2010. Así pues los datos recogen ya el efecto de la Gran Recesión que estalló en Estados Unidos en 2007 y que derivó a finales de 2008 en una Gran Crisis de Empleo en Europa. Sin embargo, las estadísticas de 2010 no recogen todavía los efectos que la primera Gran Eurocrisis, que estalló precisamente en el primer semestre de 2010, ha podido tener en el mercado laboral europeo. De todas maneras, pensamos que el mayor impacto sobre el empleo se ha producido hasta ahora por el contagio de la crisis *made in USA* aunque es evidente que la crisis *made in Europe* ha servido, si no tanto para agravar la maltrecha situación del empleo, sí para retrasar su recuperación.

Hemos estructurado el artículo de la siguiente manera. En el primer apartado analizamos los principales datos relacionados con la actividad laboral y el empleo. En el segundo, nos centramos en el análisis de indicadores claves de precariedad laboral. A continuación estudiamos la segregación ocupacional donde abordamos tanto la segregación horizontal como la vertical. En el último apartado nos ocupamos de las desigualdades salariales entre mujeres y hombres que es, en la actualidad, una cuestión clave en el análisis del mercado laboral desde un enfoque de género. Cerramos el artículo con unas conclusiones en las que sintetizamos las principales claves del análisis.

1. Actividad laboral y empleo

De manera muy general podemos decir que la participación laboral de las mujeres europeas ha sufrido importantes cambios y estos cambios han traído también transformaciones importantes en el modelo familiar. En las últimas décadas, en todos los países de la UE se ha pasado de un modelo tradicional de «hombre ganador de pan»⁴ y «mujer ama de casa» (denominado también modelo *sustentador masculino/esposa dependiente* o modelo *male breadwinner/female*

³ Todos los gráficos son de elaboración propia.

⁴ Sobre el discurso del hombre «ganador de pan» hay muchas evidencias, por ejemplo las desarrolladas por parte de los sindicatos, pero el análisis histórico nos demuestra una realidad mucho más compleja y en la que no operaba una estricta división sexual del trabajo entre el hombre ganador de pan y la exclusivamente ama de casa a tiempo completo (Gálvez, Ramos y Rodríguez 2011).

housekeeper) a un modelo de mayor diversidad en el que la mayoría parece responder a este esquema: hombres ocupados en el mercado a jornada completa a lo largo de toda la vida adulta y mujeres que participan también en el mercado pero que siguen asumiendo la responsabilidad de los trabajos en la familia. En este cambio han incidido muchos factores como la importancia creciente del principio de igualdad de mujeres y hombres y la creación de empleos en el sector servicios sin olvidar el aumento en el nivel de educación de las mujeres.

Existen diferentes estudios en los que se habla de modelos de participación laboral de las mujeres en Europa. Eso sí, prácticamente todos los estudios se refieren a países de Europa occidental y no hacen ninguna referencia a los antiguos países del bloque socialista. Uno ellos distingue por ejemplo cuatro modelos o patrones de participación laboral (Moreno y Cebrián, 2006)⁵:

- El modelo nórdico: en países como Suecia, Finlandia y Dinamarca, el papel de «sustentador principal» es compartido por mujeres y hombres. La participación laboral de las mujeres es continua y es prácticamente a tiempo completo durante toda la vida laboral.
- El modelo de «sustentador principal modificado», como el caso de Francia, en el que algunas mujeres abandonan el mercado cuando tienen hijos e hijas pero la mayoría continua trabajando a tiempo completo o reduciendo muy poco su jornada laboral.
- El «modelo mediterráneo» de Italia o España en los que parece que la alternativa para las mujeres es, o bien dejar el trabajo remunerado para dedicarse a la familia o continuar la actividad laboral a tiempo completo.
- El modelo de «empleo a tiempo parcial maternal» en el que la mayoría de las mujeres compatibilizan empleo y familia por medio del empleo a tiempo parcial. Es lo que ocurre, por ejemplo, en Holanda, Reino Unido y Alemania.

Lo que está claro es que aunque las mujeres han ido entrando al empleo, esta incorporación no se ha producido en igualdad de condiciones con los hombres. Detrás de las desigualdades laborales de género persisten prácticas discriminatorias pero persiste sobre todo el hecho de que las mujeres continúan responsabilizándose de los trabajos domésticos y de cuidados, trabajos absolutamente imprescindibles no sólo para el bienestar de las personas sino también para el funcionamiento del sistema económico. Evidentemente con la progresiva feminización del mercado laboral, las mujeres han ido abandonando el rol de cuidadoras a tiempo completo pero esto no ha conllevado la desaparición de los trabajos no mercantiles. Y las respuestas a estos cambios han sido diversas y tratando

⁵ Esperamos que al final del análisis que hagamos en este artículo seamos capaces de ubicar a los países del este de Europa en alguno de los grupos que citamos.

de resumirlas ligándolas a los modelos arriba mencionados podemos decir que en algunos lugares (los menos) ha habido una respuesta pública que ha aumentado considerablemente la provisión de servicios públicos de cuidados (modelo nórdico); en otros la respuesta pública se ha decantado por medidas para facilitar (en la práctica a las mujeres) la compatibilización de los trabajos de «fuera» y los de «dentro» (modelo sustentador principal modificado); finalmente en aquellos países en los que no ha habido una respuesta pública clara las soluciones privadas se han traducido en mujeres trabajando a media jornada en cada tipo de trabajo (modelo empleo a tiempo parcial maternal), en dobles o triples jornadas de las mujeres, en recurrir a las redes familiares o en la contratación de personas (casi siempre mujeres pobres) para realizar estos trabajos (modelo mediterráneo). Lo que aún no se ha conseguido en ningún país, a juzgar por los datos suministrados por las Encuestas de Usos del Tiempo (*National Time Use Surveys*), es un reparto equitativo de los tiempos de trabajo entre mujeres y hombres⁶.

Una cuestión que preocupa en estos tiempos de crisis es que además de verse afectado el empleo también tendrá consecuencia sobre los trabajos domésticos y de cuidados. El problema es que estas consecuencias permanecerán probablemente invisibilizadas por la falta de información estadística en torno a estas cuestiones. Esta falta de datos sobre los tiempos de trabajo ha servido tradicionalmente para ocultar el trabajo de las mujeres pero también, y esto es lo que nos interesa especialmente, para esconder los flujos entre los trabajos de mercado y los que no lo son.

No tenemos información sobre qué está pasando con la carga de trabajo de los hogares porque apenas hay datos, los pocos que hay no son comparables ni en el tiempo ni en el espacio y, lo que es peor, nunca se pueden comparar con las estadísticas laborales. A pesar de esta ausencia, lo lógico es pensar que la crisis también afecta a los trabajos domésticos y de cuidados y lo hace, al menos, por dos vías: desde el mercado a casa y desde el estado a casa. Por un lado, cabe esperar que los hogares, ante la disminución de la renta y la consiguiente pérdida de poder adquisitivo derivada de la recesión, intentarán mantener el bienestar material anterior a la crisis y en consecuencia, parte de los bienes y servicios que en época de bonanza se adquieren en el mercado volverán a producirse en casa. Es decir, los trabajos domésticos y de cuidados sirven para hacer frente al ciclo económico.

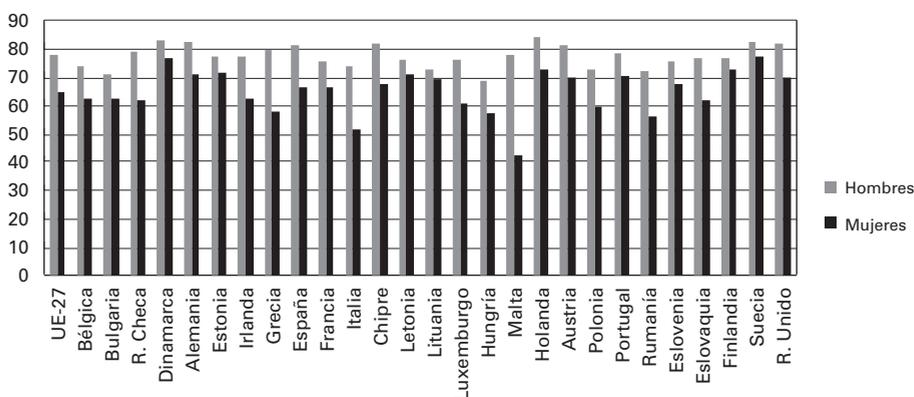
Por otro lado, los recortes en servicios esenciales del Estado del Bienestar a los que estamos asistiendo no se limitan a ahorrar gasto público, sino que con ello se producen transferencias de cargas del estado a los hogares. Uno de los ejemplos

⁶ Según Eurostat, sólo en Suecia es similar la carga de trabajo diaria y la diferencia es muy pequeña (inferior al cuarto de hora diario) en Noruega y Reino Unido. Además, el reparto del tiempo entre los dos tipos principales de trabajo continúa siendo bastante desigual en los 14 países de la Unión para los que se dispone de información.

más claros es lo que sucede en la sanidad: la disminución de la atención a pacientes mejorará sin duda las cuentas públicas sanitarias pero no hará que esos pacientes sanen antes, por lo que los menores tiempos de atención en la sanidad pública revertirán en mayores tiempos de cuidados en la esfera privada. Y en la esfera privada, conviene preguntarse en quién recaerá esta sobrecarga de trabajo.

Volviendo al mercado laboral, los últimos datos disponibles indican que siguen existiendo desigualdades en la participación laboral de mujeres y hombres. Así, el gráfico muestra que en todos los países los hombres de entre 15 y 64 años participan más en el mercado que las mujeres (ver gráfico 1).

Gráfico 1
Tasa de actividad en la UE-27 (2010)



Evidentemente tras la desigual participación en el mercado se esconde sobre todo el desigual reparto de las responsabilidades familiares pero, en nuestra opinión, también la persistencia de estereotipos que asignan diferentes roles socioeconómicos a mujeres y hombres. Así pensamos que aunque en todas las sociedades está plenamente asumida la participación laboral de las mujeres, todavía se acepta socialmente la mayor implicación de las mujeres en los trabajos no remunerados, de ahí que las mujeres pueden tener diferentes opciones: participar plenamente en el mercado, no participar en el mercado y participar a medias. En el caso de los hombres la opción ha sido y sigue siendo una única: participación plena en el mercado a lo largo de toda la vida adulta y está costando mucho que se acojan incluso a permisos para cuidado tanto por resistencias suyas como de las empresas.

La diferencia media, es decir, la brecha en la actividad laboral es de 13,2 puntos. Los países con menor brecha son Lituania (3,6 puntos), Finlandia (3,9), Le-

tonia (5,1), Suecia (5,6), y Estonia (5,8). De los seis grandes países, cuatro (Alemania (11,5), Francia (8,8), Reino Unido (12,3) y Polonia (13,4)) tienen brechas muy similares o inferiores a la media, mientras que dos (España (14,3) y sobre todo Italia (22,2)) tienen brechas superiores a la media de la Unión (tabla 1).

Tabla 1
Tasas de inactividad, por sexo (2010)

	Hombres	Mujeres	Brecha
UE-27	22,4	35,6	13,2
Lituania	27,6	31,2	3,6
Finlandia	23,6	27,5	3,9
Letonia	24,2	29,3	5,1
Suecia	17,7	23,3	5,6
Estonia	23,2	29,0	5,8
Dinamarca	17,3	23,9	6,6
Eslovenia	24,6	32,6	8,0
Portugal	21,8	30,1	8,3
Bulgaria	29,2	37,7	8,5
Francia	25,1	33,9	8,8
Holanda	16,3	27,4	11,1
Alemania	17,7	29,2	11,5
Hungría	31,7	43,3	11,6
Austria	19,1	30,7	11,6
Bélgica	26,6	38,2	11,6
R. Unido	18,3	30,6	12,3
Polonia	27,6	41,0	13,4
Chipre	18,3	32,6	14,3
España	19,3	34,1	14,8
Eslovaquia	23,9	38,7	14,8
Irlanda	22,9	38,0	15,1
Luxemburgo	24,0	39,7	15,7
Rumania	28,5	44,2	15,7
R. Checa	21,4	38,5	17,1
Grecia	21,1	42,4	21,3
Italia	26,7	48,9	22,2
Malta	22,3	57,7	35,4

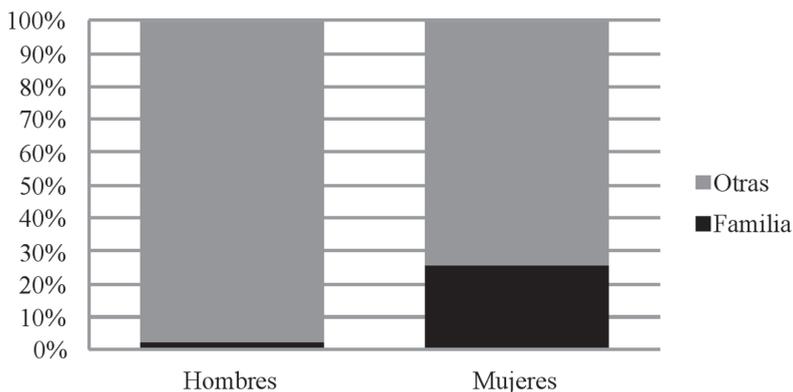
En Grecia la diferencia es de 21,3 puntos, así que en la mayoría de los países del sur de Europa las brechas superan la media. De todas maneras, esta primera distinción Norte-Sur no es muy rígida puesto que un país del Sur, Portugal tiene una brecha de 8,3 puntos y, por tanto, inferior a la media europea. Hay siete países en los que la actividad laboral de las mujeres supera el 70% y a la cabeza de ellos están Suecia, Dinamarca, Holanda y Finlandia. En el caso de estos países del norte las elevadas tasas de actividad laboral femeninas responden, sin duda, a una tradición más larga, al elevado nivel educativo alcanzado por las mujeres y también a la política llevada a cabo por los respectivos gobiernos a favor de la participación laboral de las mujeres, promoviendo servicios y subvenciones destinados a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar.

Cabe esperar que si las mujeres participan menos que los hombres en el mercado, el porcentaje de inactivas sea mayor que el de inactivos y los datos de la tabla 1 así lo certifican: en los 27 países de la Unión, la brecha es positiva, es decir, la inactividad de las mujeres es superior a la de los hombres. Países con una brecha pequeña son los nórdicos, los bálticos, Francia y Portugal. Por el contrario, entre los países con una brecha elevada destacan los del sur (salvo Portugal), Irlanda y algunos del este (Rumania, R. Checa y Eslovaquia).

Evidentemente detrás de las desigualdades en la inactividad de mujeres y hombres de entre 15 y 64 años se halla sobre todo la dedicación en exclusiva de muchas mujeres europeas a la esfera familiar. En el conjunto de la Unión, en 2010, de las mujeres de entre 15 y 64 años que se declaran inactivas, un 26% alega razones relacionadas con los trabajos domésticos y de cuidados mientras que en el caso de los hombres este porcentaje es tan solo del 2,7% (ver gráfico 2). Así pues, se puede afirmar que las responsabilidades familiares condicionan de manera diferente la participación laboral de mujeres y hombres europeos.

Gráfico 2

Razones de inactividad en el conjunto de la UE-27, en porcentaje (2010)



Resulta complicado establecer modelos algo más definidos de participación laboral. En base al análisis de diferentes indicadores laborales intentaremos esbozar algunas relaciones y con ello una cierta tipología de participación laboral. Evidentemente en una Europa de 27 países muy heterogéneos en muchos aspectos habrá siempre países que rompan la regla y que no se ajusten a los posibles modelos.

En la tabla 2 intentamos ver si hay una relación entre la entrada temprana de mujeres al mercado (tasas de actividad de mujeres mayores), la participación

Tabla 2
Modelos de participación laboral (2010)

	Tasa de actividad de mujeres de 55-64	Tasa de actividad femenina global	Tasa de empleo femenina	Tasa de empleo masculina	Brecha de empleo
Suecia	69,8	76,7	70,3	75,1	4,8
Dinamarca	55,0	76,1	71,1	75,8	4,7
Finlandia	60,3	72,5	66,9	69,4	2,5
Estonia	63,9	71,0	60,6	61,5	0,9
Alemania	54,5	70,8	66,1	76,0	9,9
Holanda	44,5	72,6	69,3	80,0	10,7
Letonia	55,8	70,7	59,4	59,2	-0,2
R. Unido	51,1	69,4	64,6	74,5	9,9
Lituania	52,2	68,8	58,7	56,8	-1,9
Portugal	47,0	69,9	61,1	70,1	9,0
Chipre	44,9	67,4	63,0	76,6	13,6
Austria	34,2	69,3	66,4	77,1	10,7
Francia	40,0	66,1	59,7	68,1	8,4
Irlanda	44,4	62,0	56,0	63,9	7,9
Bulgaria	41,3	62,3	56,4	63,0	6,6
España	38,5	65,9	52,3	64,7	12,4
R. Checa	38,0	61,5	56,3	73,5	17,2
Eslovenia	25,5	67,4	62,6	69,6	7,0
Luxemburgo	32,0	60,3	57,2	73,1	15,9
Bélgica	30,9	61,8	56,5	67,4	10,9
Eslovaquia	32,3	61,3	52,3	65,2	12,9
Rumania	33,5	55,8	52,0	65,7	13,7
Hungría	32,4	56,7	50,6	60,4	9,8
Polonia	25,9	59,0	53,0	65,6	12,6
Grecia	30,9	57,6	48,1	70,9	22,8
Italia	27,0	51,1	46,1	67,7	21,6
Malta	13,3	42,3	39,3	72,4	33,1

Tabla 3
Tasas de actividad, femeninas (2010)

	Educación superior	Global	Brecha
UE-27	83,9	64,4	19,5
Dinamarca	88,5	76,1	12,4
Finlandia	85,7	72,5	13,2
R. Checa	74,8	61,5	13,3
Estonia	84,3	71,0	13,3
Austria	82,7	69,3	13,4
Suecia	90,2	76,7	13,5
Holanda	86,8	72,6	14,2
R. Unido	84,1	69,4	14,7
Alemania	85,5	70,8	14,7
Francia	82,3	66,1	16,2
Eslovaquia	78,0	61,3	16,7
Chipre	84,8	67,4	17,4
Letonia	88,6	70,7	17,9
España	84,8	65,9	18,9
Portugal	89,8	69,9	19,9
Luxemburgo	80,9	60,3	20,6
Irlanda	82,7	62,0	20,7
Hungría	78,1	56,7	21,4
Eslovenia	88,8	67,4	21,4
Bélgica	83,4	61,8	21,6
Lituania	91,9	68,8	23,1
Bulgaria	85,5	62,3	23,2
Polonia	84,3	59,0	25,3
Italia	77,0	51,1	25,9
Grecia	84,7	57,6	27,1
Rumania	85,9	55,8	30,1
Malta	81,9	42,3	39,6

laboral femenina y el empleo de las mujeres. La conclusión más obvia es que no hay una relación similar en todos los países aunque sí que parece haber una correlación positiva en muchos casos, es decir, países con tasas de actividad de mujeres de entre 55 y 64 años elevada son países con tasas de actividad y empleo femeninas también elevadas y viceversa.

Siguiendo esta clasificación podemos distinguir tres grupos de países aunque en cada grupo existen excepciones significativas. Los países que se ajustan a ese modelo serían en un extremo países nórdicos como Suecia y Finlandia y en el extremo opuesto países del sur como Grecia e Italia. Este hecho podemos interpretarlo de la siguiente manera: que las mujeres parecen animarse a participar en el mercado cuando tienen posibilidades de ser contratadas y/o que los países en los que más y antes empezaron a participar las mujeres son aquellos que ofrecen mayores oportunidades de empleo para las mujeres.

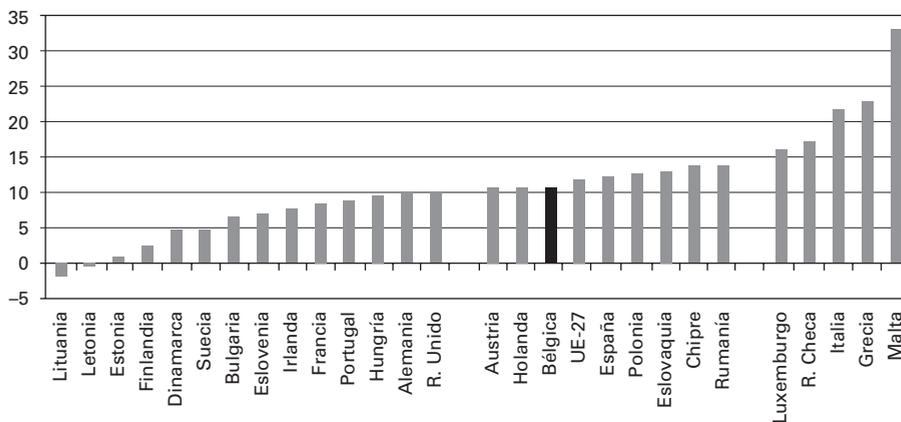
A la vista de los datos no parece, sin embargo, que haya una relación clara entre los indicadores femeninos y las tasas de empleo de los hombres. Y una vez más constatamos que no parece existir un modelo definido para los países de Europa oriental puesto que encontramos países del antiguo bloque socialista en los tres grupos de países que hemos definido.

Tradicionalmente en economía se ha dado mucha importancia al desigual nivel de formación de mujeres y hombres a la hora de explicar las desigualdades laborales. El progreso de las mujeres en materia de educación los últimos años ha restado validez a estos argumentos en la medida en que algunas desigualdades, especialmente las salariales, persisten a pesar de los cambios en el nivel de formación de las mujeres.

Pensamos que el progreso educativo de las mujeres ha sido uno de los factores, evidentemente no el único, que ha impulsado la participación laboral de las mujeres. Los datos incluidos en la tabla 3 (página anterior) nos ratifican en esta idea puesto que en todos los países de la UE-27 la tasa de actividad laboral de las mujeres de entre 15 y 64 años con educación superior es claramente superior a la tasa de actividad laboral global. Como media, en la Unión, la tasa de actividad de las mujeres con educación superior es 19,5 puntos superior la tasa de actividad general. En los 27 países de la Unión la tasa de actividad de las mujeres con mayor nivel de formación es de 75% o superior. Las mayores diferencias entre las tasas globales y las tasas de mujeres con educación superior se dan en los países en los que la presencia de mujeres en el mercado es menor.

En el gráfico 3 observamos que la tasa de empleo de las mujeres es 12 puntos inferior a la de los hombres y la brecha entre las tasas de empleo masculinas y femeninas es positiva en todos los países con la excepción de Lituania y Letonia. La aparición en el panorama europeo de países en los que la tasa de ocupación de las mujeres es mayor que la de los hombres es una novedad histórica y

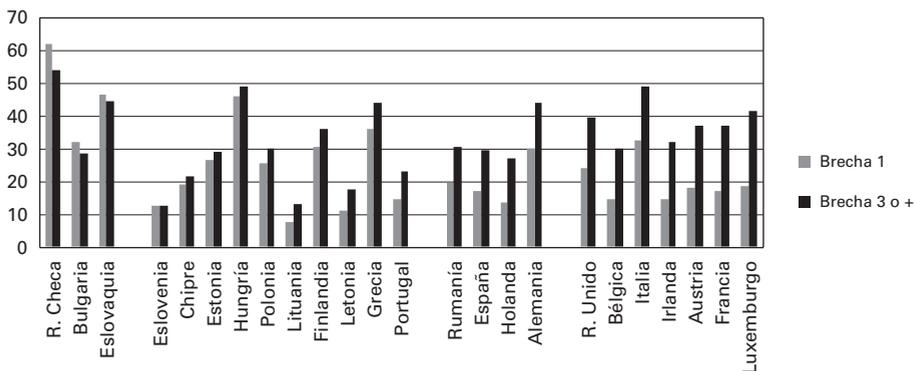
Gráfico 3
Brecha de empleo (2010)



probablemente guarda una relación directa con el espectacular deterioro laboral que la crisis ha provocado en los países bálticos, deterioro que hasta ahora parece haber afectado más a los hombres.

En general, los países con mayores tasas de empleo de las mujeres coinciden con aquellos en los que menor es la brecha de empleo. Lógicamente las brechas de empleo dependen de las tasas femeninas pero también de las masculinas. Y si las tasas de empleo de las mujeres son diversas también lo son las de los hombres: las tasas de las mujeres oscilan entre el 71,1% de Dinamarca y el 39,3% de

Gráfico 4
Brechas en las tasas de empleo, por número de criaturas (2010)



Malta mientras que las de los hombres varían entre el 80% de Holanda y el 56,8 de Lituania. Así pues, en el grupo de países con brechas de empleo pequeñas coexisten países con tasas elevadas de empleo de mujeres y hombres como Dinamarca con países como Francia con tasas de empleo tanto de mujeres como de hombres significativamente menores (ver tabla 2).

El gráfico 4 de la página anterior visibiliza la relación entre el empleo de mujeres y hombres y la situación familiar definida por el número de criaturas menores de 6 años. Hay que puntualizar que Eurostat no suministra esta información para los 27 países de la UE. Destacamos en primer lugar que la brecha de empleo es en todos los casos positiva y en todos los casos superior a la brecha global. Así pues, podemos deducir que tener hijos perjudica el empleo de las mujeres. En segundo lugar, en 21 de los 24 países de los que hay información la brecha es mayor en el caso de mujeres y hombres que tienen 3 o más hijos que en aquellos en los que sólo tienen uno. Así pues, el perjuicio para las mujeres parece guardar una relación directa con el número de hijos. Las excepciones a esta regla son la República Checa, Bulgaria y Eslovaquia, los tres países del Este y con brechas bastante elevadas cuando se tiene un solo menor dependiente.

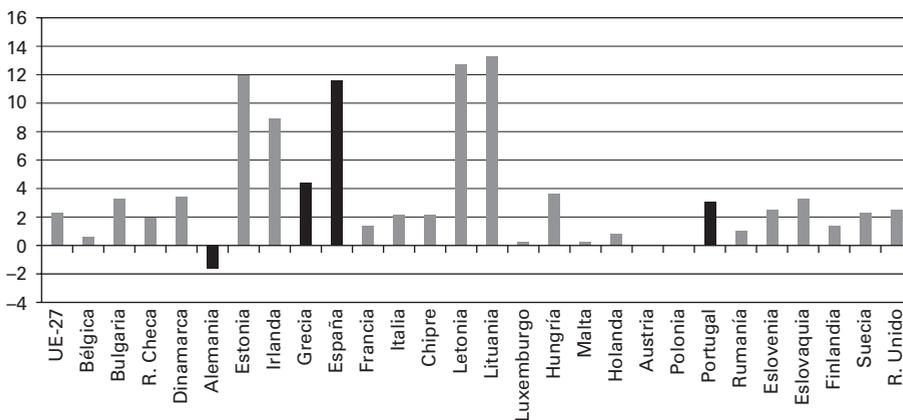
2. Precariedad laboral

Habitualmente los indicadores más utilizados en economía laboral para estudiar la precariedad laboral son el empleo a tiempo parcial y el empleo temporal. De estos dos indicadores, en este artículo nos vamos a centrar en la parcialidad por la escasez de datos relativos al empleo temporal aunque los pocos que hay parecen indicar que la temporalidad afecta más a las mujeres que a los hombres. Nosotras hemos decidido incluir en este apartado los datos de desempleo puesto que difícilmente se puede negar que la situación de quienes queriendo tener un empleo carecen de él es especialmente precaria, además de por la falta de ingresos que ello conlleva, por otro tipo de consecuencias como el malestar físico o psíquico, la baja autoestima, etc.

Al hablar de desempleo es ineludible referirse a la crisis del empleo que se empieza a manifestar a partir de 2008 y que se traduce en la elevación de las tasas de desempleo. En el conjunto de la Unión, la subida del desempleo (de 2,5 puntos de 2007 a 2010) no puede calificarse de espectacular. Sin embargo las subidas han sido muy desiguales y esto vuelve a poner en evidencia la gran diversidad que hay en los mercados laborales europeos. Las mayores subidas, superiores al 10%, se ha registrado en Lituania (13,5), Letonia (12,7), Estonia (12,2) y España (11,8). En 2010, la tasa de paro media en el conjunto de la UE-27 es de 9,7% y a la cabeza de los 27 países encontramos a España con una tasa del 20,1%.

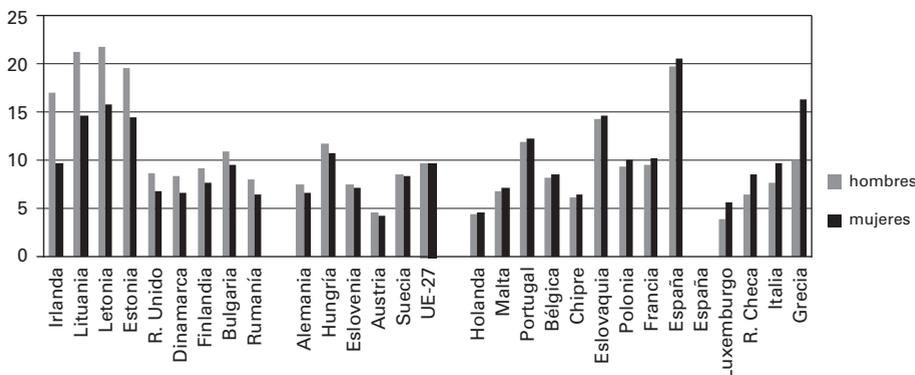
La desigual evolución del desempleo se ve muy bien si comparamos lo que ha sucedido, por ejemplo, con países que parten en 2007 de tasas de desempleo similares a España. Son concretamente cinco países (Alemania, Grecia, Francia, España y Portugal) que, por diversas razones, están teniendo en esta Eurocrisis un protagonismo muy importante. La desigual evolución del paro en esas cinco economías se remarca en el gráfico 5 donde se ve, por ejemplo, que en Alemania ha habido incluso un ligero descenso de la tasa de paro. Esta diferencia se debe sin duda a la desigual estructura del empleo, muy dependiente en España de la construcción, pero también puede deberse a la desigual estrategia para afrontar la crisis del empleo (por ejemplo en Alemania se ha optado por mantener los puestos de trabajo aunque sea reduciendo las horas de trabajo y recortando los salarios).

Gráfico 5
Incremento del paro (2007-2010)



Si tradicionalmente en la mayoría de los países de la UE-27 la tasa de paro de las mujeres ha sido superior a la de los hombres, en la actualidad no podemos hablar de un único patrón. De hecho, en 2010, aunque en el conjunto de la UE-27 la tasa de paro de las mujeres es ligeramente superior a la de los hombres, hay catorce países en los que la tasa de los hombres supera a la de las mujeres (gráfico 6). Este cambio con respecto a la situación anterior a la crisis se debe a que cuando la crisis se trasladó a la economía real afectó fundamentalmente a sectores muy masculinos. Así pues, la segregación ocupacional del mercado laboral (que veremos más adelante) ha tenido, por lo menos al principio un cierto «efecto protección» para las mujeres. Asimismo, desde que la crisis del empleo se ha empezado a notar también en el sector servicios, en algunos países, por ejem-

Gráfico 6
Tasas de paro (2010)



plo en España, parece que la brecha está volviendo a abrirse. Así pues, habrá que ver cuál es la evolución del desempleo en los próximos años para saber si los cambios en las brechas de paro son coyunturales o se mantienen en el tiempo.

Además, al leer las estadísticas de paro no hay que olvidar que, como hemos visto con anterioridad, en todos los países la participación laboral de las mujeres es todavía menor que la de los hombres. Por otro lado, en general, la protección de las mujeres en el desempleo es menor que la de los hombres. Aunque no tenemos datos europeos, por ejemplo en España, según datos de la Seguridad Social, la prestación diaria por desempleo de las mujeres (25,68 €) es un 15,6% inferior a la de los hombres (30,42 €). Esta brecha es, como cabía esperar, muy similar a la brecha salarial por hora que es, como analizaremos más adelante, del 17%.

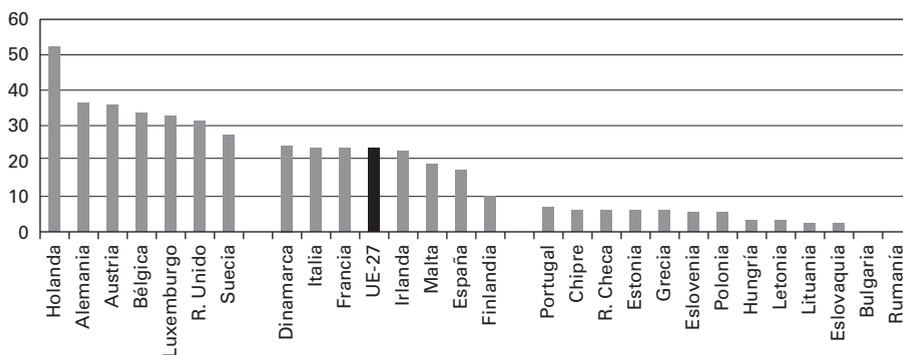
Dado el deterioro del mercado laboral se está prolongando en el tiempo, la tasa de desempleo de larga duración está alcanzando cotas alarmantes. Como media, en el conjunto de la Unión, el 40,5% de los hombres y el 39,1% de las mujeres en paro llevan más de un año en esa situación. En 19 países el desempleo de larga duración afecta más a los hombres que a las mujeres, cosa que cabía esperar teniendo en cuenta que al principio el paro afectó más a los hombres y que, como el mercado laboral no acaba de recuperarse, muchos de quienes entraron en el paro en 2008 y 2009 continúan inmersos en él también en 2010.

Existe el riesgo de que este paro de larga duración se convierta en un problema crónico en el sentido de que incluso cuando el empleo tiende a recuperarse, integrar nuevamente en el empleo a este colectivo suele ser complicado porque de alguna manera parecen estar siempre «a la cola» de las personas con-

tratables. Con tasas de desempleo de larga duración tan importantes lo normal es que se produzca un efecto desánimo, es decir, que al ir perdiendo la esperanza de encontrar empleo hay quienes se desaniman y se retiran del mercado. Pero en el caso de las mujeres en estos tiempos de crisis puede darse otro fenómeno y es que, forzadas por la crisis, haya mujeres que opten por entrar en el mercado, sobre todo mujeres con responsabilidades de cuidado en el hogar⁷.

En el caso del empleo a tiempo parcial⁸ destaca en primer lugar que la importancia del empleo parcial en Europa, tanto de hombres como de mujeres, es muy desigual. En segundo lugar, que el empleo a tiempo parcial continua en 2010 siendo asunto de mujeres en todos los países de la Unión porque, tal y como se observa en el gráfico 7, la brecha es siempre positiva, es decir, la tasa de empleo parcial de las mujeres es mayor que la de los hombres (la brecha media es de 23,5 puntos).

Gráfico 7
Brecha de empleo a tiempo parcial (2010)



En tercer lugar, en la búsqueda de modelos de participación laboral, todos los antiguos países del Este se caracterizan por el escaso peso del empleo parcial (tabla 4). En este grupo se incluye también Grecia y Portugal. En el extremo opuesto, es decir entre aquellos en los que el empleo parcial femenino es especialmente elevado, nos encontramos con los países líderes en actividad y empleo femenino como Holanda, Alemania, Reino Unido y Suecia.

⁷ Esto es lo que ha sucedido por ejemplo en Estados Unidos donde, por primera vez en la historia, las mujeres son mayoría en el empleo o en España donde según un estudio reciente, en 2009, 100.000 «amas de casa» entraron al mercado laboral (Adecco, 2009).

⁸ Estos datos derivan de las respuestas de las personas encuestadas que declaran trabajar a tiempo parcial salvo en los casos de Holanda (sucede lo mismo en Islandia y Noruega por ejemplo) donde se considera empleo a tiempo parcial cuando las horas habituales son inferiores a 35.

Tabla 4
Porcentaje de empleo parcial de mujeres (2010)

Holanda	76,2	Irlanda	34,2	Portugal	12,3
Alemania	45,0	UE-27	31,4	Eslovenia	13,6
Austria	43,3	Francia	30,0	Estonia	13,1
Reino Unido	42,4	Italia	29,0	Chipre	11,8
Bélgica	42,1	Malta	24,5	Letonia	11,0
Suecia	39,7	España	23,1	Polonia	10,8
Dinamarca	38,6	Finlandia	19,0	Grecia	10,2
Luxemburgo	35,8			Rumania	9,9
				R. Checa	9,1
				Lituania	8,9
				Hungría	7,6
				Eslovaquia	5,2
				Bulgaria	2,4

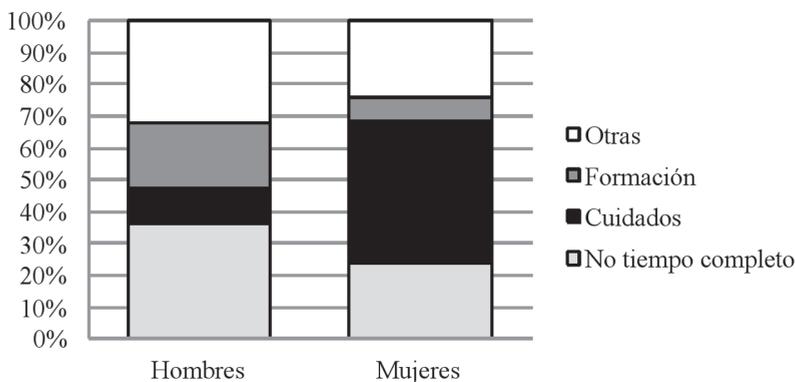
Cabe destacar que por ejemplo en Holanda, tres de cada cuatro mujeres trabaja a tiempo parcial. Los empleos parciales llevan aparejados en general sueldos parciales (los sueldos por hora tienden a ser menores que los sueldos por hora de empleos a tiempo completo), adquisición parcial de derechos sociales tales como jubilación o prestación por desempleo, escasas posibilidades de promoción profesional, etc. En los países en los que se ha fomentado la contratación a tiempo parcial se ha tendido a un modelo dicotómico en el que los hombres tienen mayoritariamente empleos a tiempo completo mientras que la mayoría de las mujeres trabajan a tiempo parcial y se ocupan también de los trabajos domésticos y de cuidados, trabajos de los que, en consecuencia, siguen estando liberados los hombres. Esta relativamente «nueva» división sexual del trabajo se conoce también como modelo de «sustentador y medio» frente al modelo clásico de un único sustentador masculino. En general los mercados laborales de este tipo suelen ser mercados fuertemente segmentados en función del sexo. Algunos gobiernos⁹, con

⁹ Es el caso de España donde incluso se ha puesto sobre la mesa de debate fomentar el empleo creando lo que se denomina «mini-empleos» o «mini-jobs» con sueldos inferiores al salario mínimo y cotizaciones a cargo de los trabajadores.

el objetivo de reactivar los maltrechos mercados laborales, están apostando por fomentar el empleo a tiempo parcial. Esta modalidad puede ser apropiada como vía de entrada al mercado, pero si se prolonga en el tiempo aboca a quienes lo tienen a una precariedad interminable.

En cuanto a las razones del empleo a tiempo parcial es muy habitual escuchar que son las propias mujeres las que eligen libremente este tipo de empleo para poder compatibilizar los trabajos domésticos y de cuidados con el empleo. Es decir, se presenta el empleo a tiempo parcial como una especie de instrumento de conciliación para las mujeres. Si así fuera, tras este argumento subyace la persistencia de la división sexual clásica del trabajo que hace que, a pesar de la masiva incorporación de las mujeres al mercado, los trabajos no remunerados sigan siendo responsabilidad suya. La información suministrada por Eurostat sobre las razones del empleo parcial es más limitada que la referida a otras cuestiones (falta información sobre varios países y esta falta de información es más acusada en el caso de los hombres). En el caso de las mujeres, el 44% de las europeas que trabaja a tiempo parcial declara hacerlo por cuestiones relacionadas con los cuidados y las responsabilidades familiares frente a un 11,3% de los hombres (gráfico 8¹⁰). Esta diferencia refleja claramente la desigual incidencia que las responsabilidades familiares de cuidados siguen teniendo en la participación laboral de mujeres y hombres. Sin embargo, en bastantes países (España, Grecia, Lituania, Letonia, Portugal), la respuesta mayoritaria de las mujeres es la

Gráfico 8
Razones de empleo a tiempo parcial, total UE-27 (2010)



¹⁰ El Instituto Europeo de Estadística clasifica las razones de empleo a tiempo parcial en cinco: cuidado de personas dependientes, enfermedad o incapacidad, otras responsabilidades familiares o personales formación y no haber podido encontrar empleo a tiempo completo. En este gráfico hemos sumado en «cuidados» los porcentajes de «cuidados de personas dependientes» y «otras responsabilidades familiares». En «otras» hemos incluido la enfermedad o incapacidad propia.

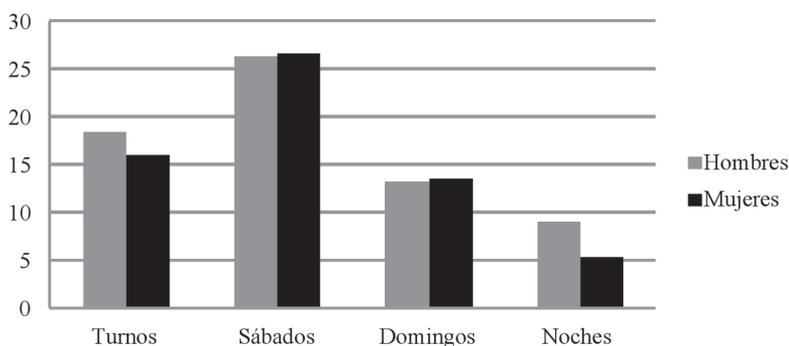
de no haber podido encontrar un empleo a tiempo completo y las responsabilidades familiares pasan a un segundo lugar.

Aunque para algunas mujeres, en momentos concretos del ciclo vital, el empleo parcial puede ser una solución que permite aliviar las tensiones que surgen en la organización de los tiempos con la llegada de los hijos e hijas, no es menos cierto que muchos empleos parciales no son nada adecuados para este fin. Y es que la búsqueda de la flexibilidad ha traído también cambios en la regularidad y predecibilidad de los horarios laborales y los horarios irregulares suelen ser más habituales entre los y las trabajadoras a tiempo parcial. Cabe también señalar que en los últimos años han aumentado mucho los empleos de fin de semana como consecuencia del crecimiento de las industrias relacionadas con el ocio y la liberalización de horarios comerciales y muchos de estos empleos son femeninos (Larrañaga, 2005).

Eurostat proporciona datos relacionados con los denominados «horarios asociales», es decir, porcentajes de mujeres y hombres que trabajan a turnos, los sábados, los domingos y de noche. Aunque es cierto que en trabajos a turnos y empleos nocturnos, el porcentaje de hombres es mayor que el de las mujeres, los porcentajes en empleos de fin de semana son muy similares. De las cuatro modalidades de trabajos en «horarios asociales» el más extendido es el trabajo los sábados y el menos habitual el trabajo nocturno. Como media, el porcentaje de empleados y empleadas que declara trabajar habitualmente los sábados supera el 25% y en países como Italia, Grecia o Rumania superan el 35% (gráfico 9).

Gráfico 9

Ocupación en «horarios asociales», en el conjunto de la UE-27 (2010)



3. Segregación ocupacional

El creciente número de mujeres dentro de la población ocupada no se distribuye de manera homogénea entre las diferentes profesiones u ocupaciones, sino que tiende a concentrarse en unas pocas y esta es una de las dimensiones en las que se manifiesta la desigualdad laboral entre mujeres y hombres. Se habla de segregación ocupacional para referirse a la tendencia de mujeres y hombres a estar empleados en distintas ocupaciones o profesiones. Dentro de la segregación ocupacional se distingue entre la vertical y la horizontal. La segregación horizontal se da cuando las mujeres se concentran en un número limitado de profesiones y la vertical se refiere a la escasa presencia de mujeres en las categorías más elevadas del escalafón profesional.

Tanto el empleo femenino como el masculino, aparece ciertamente concentrado en una serie de ocupaciones y se detecta que hay ocupaciones con un alto grado de feminización y otras con un alto grado de masculinización. Entre las primeras destacan las referentes a los Grupos 4 y 5, que son, según la CIUO-88¹¹ las de empleados de oficina y las de trabajadores de los servicios y vendedores de comercios y mercados. Las profesiones más masculinizadas son las referentes a los Grupos 1, 7 y 8. Corresponden a miembros del poder ejecutivo y legislativo y personal directivo de las AAPP y de las empresas (grupo 1); a oficiales, operarios y artesanos de las artes mecánicas y otros oficios (grupo 7); y a operadores de instalaciones y máquinas y montadores (grupo 8).

En las ocupaciones de empleados de oficina (grupo 4) entre el 60 y el 84% del empleo es femenino con importantes diferencias entre países. La mayor feminización en este grupo ocupacional se da en Finlandia, Letonia y Lituania, con porcentajes de empleo femenino en este grupo en torno al 80%. En el otro extremo, en países como Grecia, Italia, Malta y Portugal, el porcentaje de empleo femenino en este grupo ronda el 60%. La situación es bastante parecida en el caso del grupo de trabajadores de los servicios y vendedores (Grupo 5). En sentido contrario, los grupos 7 y 8 están fuertemente masculinizados excepto en parte de los antiguos países socialistas en los que el porcentaje de empleo femenino en alguno de estos dos grupos es superior a la media (Bulgaria, Estonia, Lituania, Hungría, Rumanía, Eslovenia y Eslovaquia).

¹¹ En la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones-88(ISCO en inglés), los grupos son: Grupo 0. Personal de las fuerzas armadas. Grupo 1. Miembros del poder ejecutivo y legislativo y personal directivo de las AAPP y de las empresas. Grupo 2. Profesionales científicos e intelectuales. Grupo 3. Técnicos y profesionales de nivel medio. Grupo 4. Empleados de oficina. Grupo 5. Trabajadores de los servicios y vendedores de comercios y mercados. Grupo 6. Agricultores y trabajadores cualificados de explotaciones agropecuarias, forestales y pesqueras con destino al mercado Grupo 7. Oficiales, operarios y artesanos de las artes mecánicas y otros oficios. Grupo 8. Operadores de instalaciones y máquinas y montadores. Grupo 9. Trabajadores no cualificados.

Lo que realmente resulta relevante destacar es la escasa presencia femenina en las ocupaciones del Grupo 1, ya que entre estas ocupaciones están incluidas todas las que tienen que ver con la determinación y formulación de las políticas gubernamentales, las leyes y regulaciones públicas así como su implementación y supervisión. También las tareas de representación de los gobiernos, la planificación, dirección y coordinación de las políticas y actividades de las empresas y organizaciones se incluyen en este grupo. Se trata, por tanto, de los puestos más altos de la jerarquía ocupacional y la escasa presencia femenina en los mismos evidencia las dificultades que tienen las mujeres para acceder a los puestos en los que se concentra la toma de decisiones y son un claro exponente de la segregación vertical.

Cuando se aborda esta dificultad de las mujeres para acceder a los puestos de responsabilidad, se suelen utilizar una gran variedad de argumentos, muchos de los cuales no hacen sino justificar esta escasa presencia. Uno ellos suele ser que las mujeres no tienen la formación adecuada para acceder a estos puestos o que les falta ambición en el mundo profesional. Sin embargo, en las últimas décadas, el esfuerzo formativo realizado por las mujeres desmiente estos argumentos. Con todo, hay que señalar que la presión social basada en los estereotipos y en la presunta obligación de las mujeres para con la esfera privada, unida a la necesidad de impulsar el ascenso profesional de sus compañeros, pueden implicar una merma de las aspiraciones de las mujeres.

Uno de los principales factores explicativos de la escasa presencia de las mujeres en los puestos de responsabilidad y dirección viene dado por una serie de barreras organizacionales, lo que también se viene conociendo como el «techo de cristal». Se refiere a una serie de obstáculos de diversa índole como los estereotipos o prejuicios asociados a su menor disponibilidad, ambición o falta de aspiración para ocupar los puestos de dirección o su falta de liderazgo; la falta de experiencia en puestos de dirección; la escasez de mentores o mentoras; la carencia de modelos de referencia para las mujeres en los niveles más altos; la exclusión de las mujeres de los circuitos formales y sobre todo informales donde se comparten aspectos importantes sobre la política organizacional y el proceso de decisión; la falta de flexibilidad de los calendarios y horarios de trabajo, etc. (Martínez, 2009: 210-216).

En la UE-27 el porcentaje de empleo en ocupaciones del Grupo 1 sobre el empleo total es del 8.3, pero en muchos países de la UE-27, este porcentaje está por debajo, así que hay menos puestos de trabajo en esta categoría ocupacional y en otros países, en cambio, está por encima (Bélgica, Estonia, Irlanda, Grecia, Lituania, Letonia, Holanda, Finlandia, Reino Unido) (tabla 5).

Lógicamente, en los países donde el número de puestos de trabajo en esta categoría ocupacional es relativamente inferior, el porcentaje de personas en estos puestos será bajo, tanto entre las mujeres como entre los hombres. Así, por ejemplo, en Rumanía, donde sólo el 2,1% del empleo total es del Grupo 1,

Tabla 5
Porcentaje del empleo total en ocupaciones del grupo 1, por sexo (2010)

	% de empleo en el Grupo 1 sobre el total	% de empleo en el Grupo 1 sobre el total de empleo masculino	% de empleo en el Grupo 1 sobre el total de empleo femenino	Brecha
UE-27	8,3%	10,0%	6,2%	3,8%
Bélgica	11,2%	13,5%	8,5%	5,0%
Bulgaria	7,2%	9,0%	5,2%	3,8%
República Checa	5,3%	6,7%	3,5%	3,2%
Dinamarca	4,5%	6,8%	2,1%	4,7%
Alemania	5,7%	7,4%	3,7%	3,7%
Estonia	11,7%	15,3%	8,4%	6,9%
Irlanda	15,3%	19,0%	11,2%	7,8%
Grecia	10,0%	11,8%	7,4%	4,4%
España	7,9%	9,4%	6,1%	3,3%
Francia	8,7%	10,2%	7,1%	3,1%
Italia	7,5%	8,4%	6,0%	2,4%
Chipre	5,0%	7,9%	1,4%	6,5%
Letonia	10,1%	12,4%	8,0%	4,5%
Lituania	10,2%	12,7%	8,0%	4,7%
Luxemburgo	4,5%	6,1%	2,6%	3,4%
Hungría	7,1%	8,4%	5,6%	2,8%
Malta	8,6%	10,1%	5,8%	4,3%
Holanda	10,7%	14,2%	6,7%	7,5%
Austria	6,6%	8,7%	4,0%	4,7%
Polonia	6,6%	7,7%	5,3%	2,4%
Portugal	5,9%	7,5%	4,1%	3,5%
Rumania	2,1%	2,5%	1,5%	1,0%
Eslovenia	9,0%	10,9%	6,9%	4,0%
Eslovaquia	6,0%	7,0%	4,7%	2,4%
Finlandia	10,4%	14,1%	6,5%	7,5%
Suecia	5,6%	7,3%	3,7%	3,6%
Reino Unido	15,2%	18,3%	11,7%	6,6%

el porcentaje de empleo femenino en este grupo debería ser mucho más reducido que en Reino Unido, donde el 15,2% del empleo total es de este grupo. Para eliminar este efecto del diferente peso que tiene el empleo del Grupo 1 en el empleo total entre los países, habría que estudiar las diferencias entre el porcentaje de empleo femenino y masculino en este grupo ocupacional, es decir, la brecha. En la mayoría de los países esta brecha oscila entre 3 y 5 puntos porcentuales. Los casos diferentes son los de Estonia, Irlanda, Finlandia, Reino Unido, Holanda, Chipre con brechas de unos 7 puntos porcentuales (tabla 5). Se da la circunstancia de que en estos países, el porcentaje de empleo total en este grupo ocupacional es superior a la media, pero sin embargo, las diferencias entre mujeres y hombres en cuanto a la participación en estos puestos son mayores que la media. Además, algunos de ellos (Holanda, Finlandia, Reino Unido y Estonia) tienen elevadas tasas de empleo femeninas. Podemos decir entonces que, el hecho de que haya más puestos disponibles en las categorías ocupacionales más elevadas no implica que esto vaya a favorecer a todas las personas por igual. Los hombres se beneficiarían, en general, más de esta circunstancia.

Como media, en la UE-27, la presencia de mujeres en las ocupaciones del grupo 1 está en torno al 34% (tabla 6). Teniendo en cuenta que en el empleo total el 45,5% lo ocupan mujeres, podemos decir que este grupo ocupacional es claramente masculino, aunque no tanto como los grupos 7 y 8, en los que menos del 20% de los empleos los ocupan mujeres. Por países, hay pocas excepciones. Cabe destacar el caso de Chipre con porcentajes de empleo femenino en este grupo muy inferiores a la media y de Dinamarca, Luxemburgo y Malta¹² con porcentajes también inferiores a la media, aunque muy por encima de los anteriores. Sólo en el caso de Malta esto podría relacionarse con la poca participación de las mujeres en el empleo, pero no en los casos de Dinamarca, Luxemburgo y Chipre donde el empleo femenino supone alrededor del 45% del total.

En sentido contrario, son señalables los casos de Letonia y Lituania, en los que la presencia de mujeres en esta categoría ocupacional está en torno al 40% (tabla 6). Son países en los que las tasas de empleo femeninas son superiores a la media y en los que el empleo femenino tiene igual peso porcentual que el masculino. Podríamos decir entonces que en estos países el acceso de las mujeres a ocupaciones del grupo 1 podría estar relacionado con un alto grado de participación de las mismas en el empleo.

En el resto de países, la presencia femenina en el grupo 1 supone entre el 30 y el 35%. En un grupo de ellos se da la siguiente coincidencia: elevadas tasas de empleo femeninas y una importante brecha entre el porcentaje de empleo femenino y masculino en este grupo ocupacional (de alrededor de 7 puntos) (tabla 6).

¹² La mayoría de las excepciones (salvo Dinamarca) son países muy pequeños y, por tanto, sus datos no son muy relevantes para el conjunto de la UE.

Tabla 6
Porcentaje de empleo en el Grupo 1, por sexo (2010)

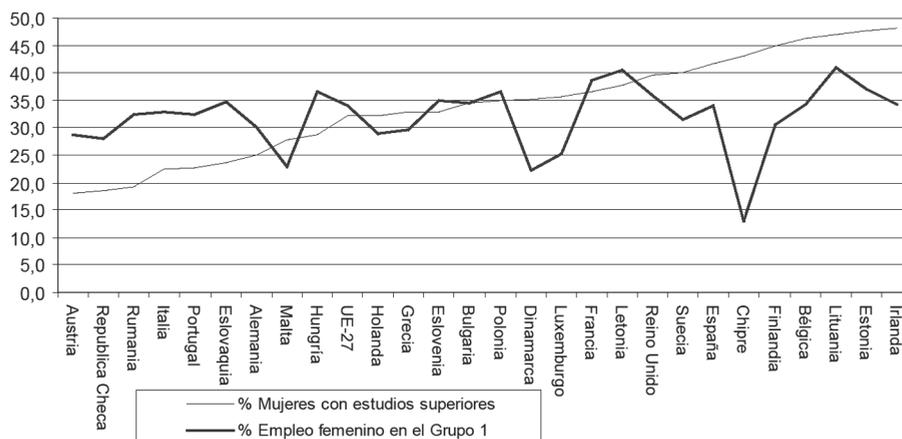
	Empleo femenino sobre el total	Porcentaje de empleo femenino sobre el empleo en el Grupo 1	Porcentaje de empleo masculino sobre el empleo en el Grupo 1
UE-27	45,49%	34,0%	66,0%
Bélgica	45,34%	34,4%	65,6%
Bulgaria	47,54%	34,5%	65,5%
República Checa	42,77%	28,1%	71,9%
Dinamarca	47,95%	22,1%	77,9%
Alemania	46,20%	30,0%	70,0%
Estonia	51,61%	36,9%	63,1%
Irlanda	46,92%	34,3%	65,7%
Grecia	40,33%	29,7%	70,3%
España	44,26%	34,1%	65,9%
Francia	47,52%	38,6%	61,4%
Italia	40,67%	32,9%	67,1%
Chipre	45,93%	13,0%	86,5%
Letonia	51,53%	40,6%	59,4%
Lituania	52,41%	41,0%	59,0%
Luxemburgo	43,50%	25,3%	75,8%
Hungría	46,52%	36,5%	63,5%
Malta	34,32%	23,0%	77,0%
Holanda	46,21%	28,9%	71,1%
Austria	46,50%	28,7%	71,3%
Polonia	45,30%	36,5%	63,5%
Portugal	47,08%	32,5%	67,6%
Rumania	44,28%	32,3%	67,7%
Eslovenia	45,89%	35,0%	65,0%
Eslovaquia	44,59%	34,7%	65,3%
Finlandia	48,79%	30,7%	69,3%
Suecia	47,55%	31,4%	68,6%
Reino Unido	46,66%	35,8%	64,2%

Son Estonia, Holanda, Finlandia, Irlanda y Reino Unido. En estos países, con la excepción de Irlanda, se puede decir que las altas tasas de empleo entre las mujeres no garantizan más acceso a ocupaciones del Grupo 1.

Por tanto, hay una serie de países en los que alta participación de las mujeres en el empleo y acceso a la categoría ocupacional más elevada van de la mano (Letonia, Lituania), y otro grupo de países en los que el acceso de la mujeres a los puestos de trabajo del grupo 1 es relativamente bajo comparado con su presencia en el empleo (Dinamarca, Estonia, Holanda, Finlandia y Reino Unido).

Durante mucho tiempo se ha venido considerando que las mujeres carecían de la formación adecuada para acceder a los puestos directivos, explicación que ha ido perdiendo peso en la medida en que los niveles educativos de las mujeres han crecido. Sin embargo, de cara a mostrar las diferencias entre países, sí que parece haber relaciones entre el porcentaje de mujeres empleadas que tiene estudios superiores y el acceso de la mismas a los puestos del Grupo 1, tal y como podemos apreciar en el Gráfico 10.

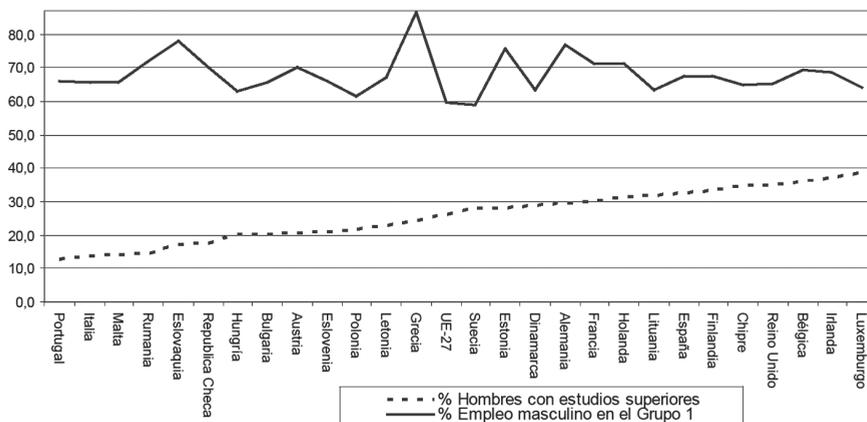
Gráfico 10
Empleo femenino en el Grupo 1 y nivel educativo de las mujeres



A pesar de ello, se debe destacar también que hay casos en los que las relaciones son mucho menos claras como los de España, Chipre, Finlandia e Irlanda, en los que dado el porcentaje de mujeres con estudios superiores, cabría esperar mayor presencia de ellas en ocupaciones del Grupo 1. Con la excepción de Finlandia, se trata de países en los que la tasa de empleo de las mujeres es baja, lo que podría explicar su escasa presencia en ocupaciones del Grupo 1.

Hay que destacar asimismo que tales relaciones no se aprecian en el caso de los hombres: entre el 60 y el 80% de los puestos de trabajo del Grupo 1 son ocupados por hombres en la mayoría de estos países, habiendo en estos países porcentajes de hombres con estudios superiores muy dispares (entre el 12 y el 40%). Así pues, parecería que los hombres no necesitan el aval de los estudios superiores para ocupar puestos de la alta jerarquía laboral (Gráfico 11).

Gráfico 11
Empleo masculino en el Grupo 1 y nivel educativo de los hombres



4. Desigualdades salariales

En este trabajo nos interesa estudiar la magnitud de la brecha salarial entre mujeres y hombres en la UE-27 y relacionarla con la mayor o menor presencia de las mujeres en el mercado laboral y con el modelo de participación laboral. La brecha salarial de género o «gender pay gap» se calcula como la diferencia entre el salario bruto por hora de los hombres y el de las mujeres como porcentaje del salario bruto por hora de los hombres¹³. Los datos que se aportan pertenecen a la Encuesta de Estructura Salarial (2009) y nos muestran que en la UE-27, las mujeres tienen un salario bruto por hora un 17% inferior al de los hombres. Las desviaciones son muy importantes, dado que hay países donde la brecha supera

¹³ Los indicadores más utilizados para medir las desigualdades salariales son tres: la brecha por hora, la brecha mensual y la anual. Las desigualdades menores se dan utilizando la brecha por hora seguida de la brecha mensual y de la anual. De las tres, se considera que la más adecuada es la brecha por hora porque elimina las diferencias salariales que puedan deberse a diferencias de tiempos de trabajo de mujeres y hombres.

el 25% (Austria y República Checa), mientras que en otros esta brecha es muy baja (Italia, Malta, Portugal, Rumanía, Eslovenia y Polonia) (tabla 7).

Tabla 7
Nivel educativo de las mujeres y brecha salarial

	% de mujeres con estudios superiores (2010)	Brecha salarial (2009)
Austria	18,1	25,4
República Checa	18,6	25,9
Rumania	19,2	8,1
Italia	22,5	5,5
Portugal	22,7	10,0
Eslovaquia	23,5	21,9
Alemania	25,0	23,2
Malta	27,9	6,9
Hungría	28,7	17,1
UE-27	32,1	17,1
Holanda	32,2	19,2
Eslovenia	33,0	3,2
Bulgaria	34,6	15,3
Polonia	34,9	9,8
Dinamarca	35,1	16,8
Luxemburgo	35,8	12,5
Francia	36,5	16,0
Letonia	37,8	14,9
Reino Unido	39,5	20,4
Suecia	39,9	16,0
España	41,7	16,7
Chipre	43,0	21,0
Finlandia	44,8	20,4
Lituania	47,1	15,3
Irlanda	48,1	15,7

La temática de las diferencias salariales entre mujeres y hombres es complicada y no puede darse una respuesta clara y unívoca sobre las causas de la misma. Las explicaciones de estas desigualdades salariales se pueden agrupar de la siguiente manera:

Una de las más utilizadas es que se debe al desigual nivel de formación de mujeres y hombres. Este argumento ha perdido validez en los últimos años porque el avance de las mujeres en materia de educación ha sido espectacular y el porcentaje de chicas que alcanzan como mínimo estudios secundarios es mayor que el de chicos. Eso sí, también es cierto que persisten diferencias en la elección de estudios y, por ejemplo una de cada diez tituladas europeas lo es en carreras técnicas mientras que de cada diez chicos son cuatro los que se decantan por estudios de carácter técnico. Esto podría ser parte de la explicación de porqué en algunos países, a pesar del elevado porcentaje de mujeres con estudios superiores, la brecha salarial es considerable, como Chipre, Finlandia y Reino Unido. Podemos observar también cómo hay países en los que el porcentaje de mujeres con estudios superiores es bastante inferior a la media de la UE (Rumanía, Italia), con brechas salariales reducidas (tabla 7). Todo esto conduce a considerar que es necesario introducir otras variables para explicar la brecha salarial de género.

La segunda explicación se centra en la diferencia en años de experiencia laboral o antigüedad en el puesto de trabajo. Es verdad que las mujeres, sobre todo las del sur de Europa, se han incorporado de manera masiva al mercado laboral entrados ya los 80 por lo que como media la antigüedad de las mujeres en el empleo será menor que la de los hombres. Dado que carecemos de datos sobre esta cuestión, no la vamos a tratar.

Invariablemente, al hablar de las desigualdades salariales surge una pregunta ¿se trata de diferencias por el mismo trabajo? La respuesta es, simplificando, que no¹⁴. Es decir, si mujeres y hombres no perciben el mismo salario es, en buena medida, porque no ocupan los mismos empleos, porque mujeres y hombres no hacen los mismos trabajos, ni en casa ni fuera de casa (Larrañaga, 2005:28). Y de aquí podemos deducir otras dos explicaciones de la desigualdad salarial entre sexos.

Una parte importante de la desigualdad se puede deber a que las mujeres ocupan diferentes tipos de puestos de trabajo que los hombres y también a que

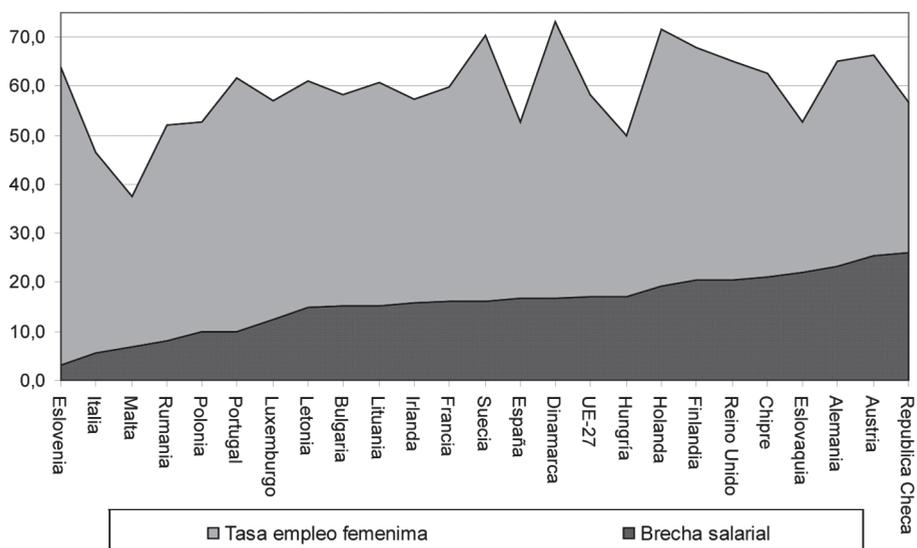
¹⁴ Cuando hay diferencias salariales ocupando el mismo trabajo hablamos de discriminación directa. En el caso de las diferencias salariales entre mujeres y hombres es mucho más relevante hablar de discriminación indirecta. Se da cuando hay diferencias salariales por trabajos diferentes pero de igual valor. En los últimos años se han multiplicado los estudios que tratan de determinar qué proporción de la diferencia de remuneración es imputable a la discriminación y qué proporción se debe a otros motivos. La mayoría de los estudios coinciden en que la discriminación o el resto no explicado por otros factores representa un porcentaje «significativo» aunque varía mucho dependiendo de los países y de la metodología utilizada. Ese resto inexplicado oscila en los países desarrollados entre el 5 y el 15%.

tienen una dedicación muy diferente al trabajo no remunerado. La primera y la segunda cuestión están, desde luego, relacionadas. Como las responsabilidades familiares, tanto de trabajos domésticos como de cuidado de las personas, siguen siendo asunto de las mujeres, su dedicación al mercado en términos de horas suele ser menor que la de los hombres y suelen ocupar puestos de menor responsabilidad y dedicación. Para explorar estas conexiones, vamos a relacionar la brecha salarial con la participación de las mujeres en el empleo, con su presencia en las ocupaciones de la jerarquía laboral superior (que conllevan alta dedicación y responsabilidad) y con el empleo a tiempo parcial.

Para explorar si la magnitud de la brecha salarial de género guarda correlaciones con la participación de las mujeres en el empleo, el Gráfico 12 representa las tasas de empleo y la brecha salarial. De la representación gráfica no se concluye que haya relaciones entre la brecha salarial y la tasa de empleo de las mujeres. No podemos decir que en los países donde las mujeres participan más en el empleo, también son superiores las diferencias salariales entre hombres y mujeres o, por el contrario que cuánto más elevada es la tasa de empleo menores son las diferencias salariales entre sexos.

Sí que se observa que hay países donde la elevada brecha salarial está acompañada de una también elevada participación en el empleo (Holanda, Finlandia, Alemania, Reino Unido y Austria), pero también países en los que alta brecha

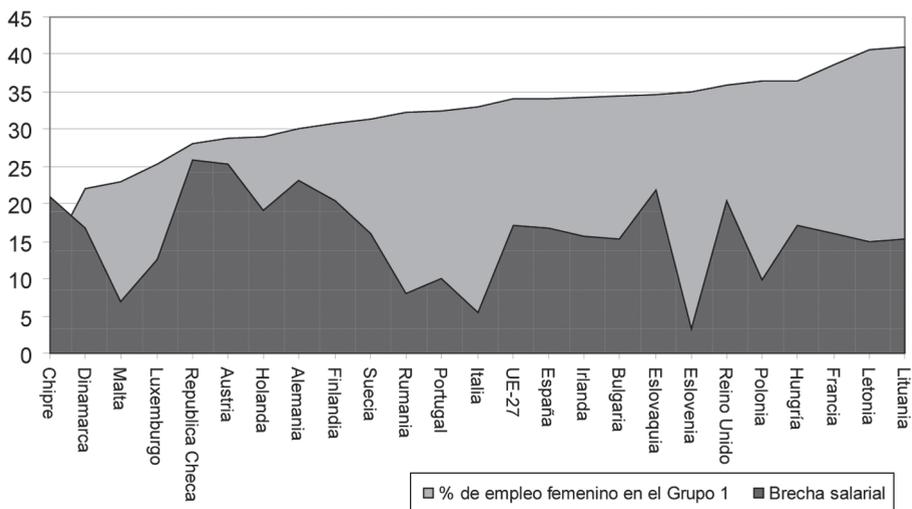
Gráfico 12
Brecha salarial de género y tasas de empleo (2009)



salarial coincide con bajas tasas de empleo femenino (Eslovaquia y República Checa). En los primeros países las mujeres conseguirían situarse en el empleo a costa de soportar un menor nivel salarial al de los hombres, pero en Eslovaquia y República Checa ni aún así conseguirían altas tasas de empleo. La brecha salarial es más reducida que la media en países con tasas de empleo femeninas muy diferentes. Así el caso de Portugal y Eslovenia será el más favorable, puesto que la alta participación femenina en el empleo se produce en condiciones de relativa igualdad salarial con los hombres. En cambio, los casos de Italia, Malta y Polonia no lo son tanto, ya que la brecha salarial entre mujeres y hombres es reducida, pero se asociaría con una muy escasa participación de las mujeres en el empleo.

Otra de las relaciones a observar es la existente entre la brecha salarial y la segregación vertical. Cabría esperar que en los países donde hay menor brecha entre mujeres y hombres en cuanto al acceso a las ocupaciones del Grupo 1, fueran también los países donde la brecha salarial entre sexos es menor. Los datos, sin embargo, no nos confirman nada de esto (Gráfico 13).

Gráfico 13
Brecha salarial y porcentaje de empleo femenino en el Grupo 1 (2009)



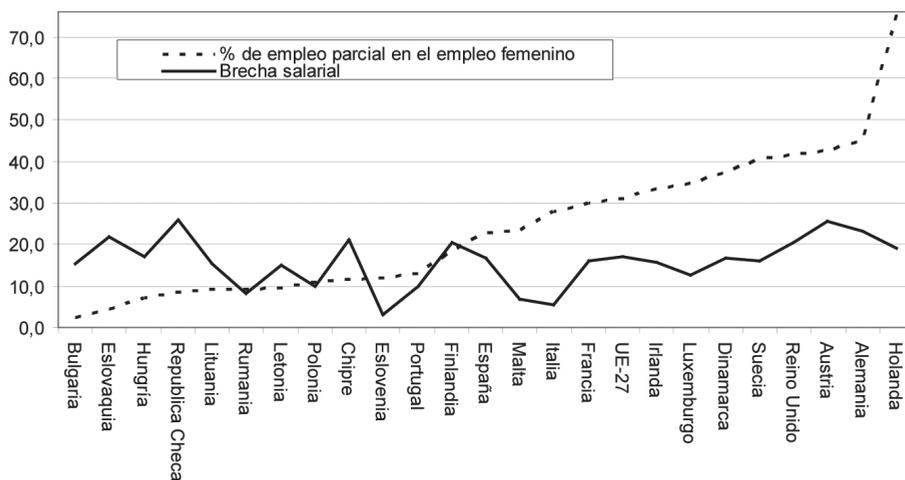
Hay países en los que el acceso de las mujeres a los puestos superiores de la jerarquía laboral va acompañado de brechas salariales reducidas (Polonia y Eslovaquia), pero también países en los que va acompañado de brechas considerables (Reino Unido, Francia, Letonia, Lituania). Estos últimos casos darían sustento

a lo ya mostrado en algunas investigaciones: que la diferencia salarial es mayor en los puestos de trabajo de remuneraciones elevadas, lo cual se achaca a las barreras invisibles (citado en Chichilinsky y Hermann, 2008:226).

No podemos afirmar que cuanto más igualitaria es la participación entre mujeres y hombres en las ocupaciones más altas de la jerarquía ocupacional, menores son las diferencias salariales. Es posible pues que en algunos casos el acceso a puestos de responsabilidad haya ido acompañado de grandes desigualdades salariales en esos puestos.

Otro tanto puede decirse en cuanto a las relaciones entre la brecha salarial de género y la incidencia del empleo a tiempo parcial entre las mujeres. Dado que las retribuciones por hora de los empleos a tiempo parcial suelen ser inferiores a las remuneraciones por hora de los empleos a tiempo completo, cabría esperar que en los países con más incidencia de la parcialidad en el empleo femenino la brecha salarial de género fuera mayor. Sin embargo no se puede concluir nada al respecto (Gráfico 14). Comparten porcentajes de empleo parcial femenino similares países con brechas salariales dispares. Así, por ejemplo, alrededor del 40% del empleo femenino es parcial en Dinamarca, Suecia, Alemania, Reino Unido y Austria, pero las brechas salariales son dispares. Alemania, Reino Unido y Austria presentarían un perfil similar: alto porcentaje de empleo femenino entre las mujeres y también amplia brecha salarial. Holanda también formaría parte de este grupo de países. Se aprecia también que países con porcentajes de empleo parcial relativamente bajos tienen brechas salariales muy dispares. Así, Rumanía,

Gráfico 14
Brecha salarial (2009) y porcentaje de empleo parcial entre las mujeres (2010)



Polonia y Eslovenia, por un lado, presentan porcentajes de empleo parcial femeninos similares (9-13%) con brechas salariales pequeñas, y por otro, y con porcentajes de empleo parcial femenino similares, hay países con brechas salariales bastante superiores (República Checa, Letonia, Lituania y Chipre). Por último, en los países en los que el porcentaje de empleo femenino a tiempo parcial es muy poco significativo (Bulgaria, Eslovaquia, Hungría), tampoco hay similitudes en cuanto a brecha salarial.

Como ya comentábamos al inicio de este epígrafe, la explicación de las disparidades salariales entre mujeres y hombres resulta compleja y no siempre esta disparidad es atribuible a las diferencias objetivas en el tipo de empleo ocupado y sus condiciones. Resulta imprescindible hacer referencia a *todo el trabajo* que se realiza en nuestras sociedades, es decir, tanto al remunerado (empleo) como el no remunerado (tareas desempeñadas en el hogar referentes al trabajo doméstico y al cuidado de personas dependientes), y al reparto de todo este trabajo entre mujeres y hombres. Algunas investigaciones atribuyen los desniveles salariales entre mujeres y hombres al desigual reparto de las tareas del hogar en una muestra de países (EE.UU., Austria, Canadá, Italia, Noruega, Holanda y Reino Unido). En concreto, encuentran una desigualdad salarial entre sexos cuando hay diferencias en el reparto del trabajo entre mujeres y hombres en el hogar y concluyen que cuánto más tareas efectúa una persona en el hogar, menores serán sus salarios. Estas diferencias en el reparto del trabajo en el hogar se producen por el comportamiento de las familias y sus creencias estereotipadas sobre los cometidos de uno y otro sexo en las sociedad, algo que resulta muy difícil de cambiar (Chichilinsky y Hermann, 2008).

5. Conclusiones

El análisis de los datos de Eurostat nos ha permitido constatar la persistencia de desigualdades de género, los cambios que parecen producirse en algunas desigualdades clásicas, la existencia de algunas relaciones bastante inequívocas y, por supuesto, la existencia de grandes diferencias laborales entre países. Entre las desigualdades persistentes y que son comunes a todos los países de la Unión destacamos la menor participación laboral de las mujeres, la feminización de los empleos a tiempo parcial, la segregación ocupacional y las menores retribuciones salariales de las mujeres.

Entre las desigualdades «clásicas» que parecen estar cambiando subrayamos fundamentalmente la reducción o incluso cambio de signo de la brecha salarial y también los cambios en la brecha de empleo. La incidencia de la crisis en estos cambios parece incuestionable y solo cabe esperar para ver si se trata de cambios coyunturales o van a perdurar incluso más allá de la crisis.

Entre las relaciones inequívocas, destacamos, por un lado, la importancia que tiene el nivel de formación en el empleo de las mujeres y que se aprecia, por ejemplo, en las elevadas tasas de participación laboral y de empleo de las mujeres con educación superior. Y otra relación que parece fuera de toda duda es la desigual incidencia que las responsabilidades familiares tienen en la participación laboral de mujeres y de hombres. En este sentido, parece incuestionable, que la existencia de personas dependientes perjudica claramente a las mujeres.

Nuestro objetivo al empezar este trabajo era establecer posibles modelos de actividad laboral entre las mujeres de los países de la UE-27. Nos preguntábamos si una mayor actividad laboral iba a aparejada con un determinado modelo de inserción laboral propio de las mujeres. Concretamente, queríamos saber si más participación en el empleo entre las mujeres iba de la mano de una pauta de empleo femenino en condiciones desaventajadas con respecto al masculino, es decir, más parcialidad en cuanto a la contratación, menor participación en los puestos de trabajo más altos de la jerarquía ocupacional y mayor brecha salarial. O si alternativamente, ocurría todo lo contrario, estos es, que cuánto más participan las mujeres en el empleo, su modelo de inserción laboral se parece más al de los hombres.

Podemos afirmar que los datos no sostienen ninguna de las dos alternativas y que nos encontramos con realidades muy diversas en cuanto a la participación laboral femenina en la UE-27 sin que podamos establecer modelos claros. Es cierto que existen similitudes entre los países del Norte de Europa, también entre países del Sur de Europa (aunque con alguna excepción, casi siempre Portugal) mientras que los grandes países continentales como Francia y Alemania casi siempre se encuentran en torno a la media (se podría mejor decir que, dado su peso, condicionan la media). Donde no parece haber ningún patrón es en las antiguas economías de planificación centralizada: en todo caso parece que Polonia tiende a alinearse en general entre los países del Sur y, en algunos casos, los países bálticos parecen compartir un mismo perfil.

En los países en los que la tasa de empleo de las mujeres es mayor, también es menor la brecha de empleo con los hombres, por lo que se puede decir que más participación en el empleo supone una reducción de las diferencias con respecto a los hombres. Se constata en países como Suecia, Dinamarca, Finlandia, Estonia, Letonia y Eslovenia. En sentido contrario, hay un buen número de países en los que la tasa de empleo femenina es baja y ello coincide con una brecha de empleo con los hombres bastante amplia (Malta, Grecia, Italia, España, República Checa, Chipre y Eslovaquia). Tanto en un tipo de modelo como en el otro, hay países con elevados porcentajes de empleo parcial entre las mujeres y países con bajos porcentajes de empleo parcial.

El hecho de que la participación laboral de las mujeres en ocupaciones del grupo 1 sea más elevada no parece guardar claras relaciones con la participación laboral femenina global. Sólo en el caso de dos países (Letonia, Lituania). En

otros casos, la alta participación laboral femenina no va de la mano con el acceso a ocupaciones del grupo 1. Es más, se detectan casos en los que la elevada tasa de empleo femenina también coincide con una importante diferencia entre mujeres y hombres en el acceso al grupo 1: Estonia, Holanda, Finlandia, Dinamarca y Reino Unido. En este conjunto de países, el porcentaje de mujeres con estudios superiores es medio o alto, así que podemos concluir que el acceso a la educación superior iría de la mano con el acceso al empleo, pero no tanto con el acceso a empleos de la escala jerárquica superior.

Las desigualdades salariales entre mujeres y hombres han sido frecuentemente atribuidas a las diferencias en el nivel de estudios. Sin embargo, los datos referentes a los países de la UE nos indican que esta explicación es muy insuficiente, dado que se observan brechas salariales muy amplias en países en los que el porcentaje de mujeres con estudios superiores es relativamente elevado en comparación con la media de la UE (Finlandia, Chipre, Reino Unido). Tampoco se observan relaciones significativas entre la brecha salarial y los tipos de empleos que ocupan las mujeres en cuanto a si pertenecen o no a las escalas superiores o si son o no a tiempo parcial. Entre los países con porcentajes de empleo femenino parcial elevados, los hay con brechas salariales muy amplias (Austria, Holanda, Reino Unido) y con brechas más reducidas (Suecia, Dinamarca). Y entre los países en los que el empleo parcial femenino es poco significativo, también hay casos de brechas amplias (República Checa, Chipre, Finlandia) y de brechas reducidas (Eslovenia, Polonia, Rumanía y Portugal).

Queremos subrayar que la imposibilidad de definir modelos se debe, por supuesto, a la gran diversidad en la participación laboral de las mujeres europeas pero también a la diversidad de los hombres. Tal vez, el estudio simultáneo de las diferencias que existen entre las mujeres y entre los hombres nos ayude a avanzar en un mejor conocimiento de la compleja realidad laboral europea.

Son múltiples los factores que inciden en las desigualdades laborales entre países: distintas tradiciones, distintas políticas públicas, distintas estructuras productivas, etc. Pero pensamos que a veces las desigualdades estadísticas pueden responder también a las distintas definiciones que hay detrás de los indicadores, es decir, que la armonización estadística no es completa. Esta falta de armonización es evidente, por ejemplo, en los datos de empleo a tiempo parcial pero es posible que se extienda a otros casos.

Queremos destacar también que la información laboral existente a nivel europeo no es igual de exhaustiva para todos los indicadores. Entre los indicadores para los que no hay mucha información ni muy actual destacamos la salarial desagregada por sexo. Asimismo es imprescindible avanzar en las estadísticas que relacionen los datos laborales con los datos de los trabajos que se realizan fuera del mercado laboral para poder tener una visión integral de las conexiones que existen entre ellos.

6. Bibliografía

- ADECCO Y FUNDACIÓN ADECCO (2009): *IV Informe. Perfil de la mujer trabajadora*, Madrid.
- BORDERÍAS, Cristina, CARRASCO, Cristina y Carmen ALEMANY (comp.) (1994): *Las mujeres y el trabajo: rupturas conceptuales*, Icaria, Barcelona.
- COM (2007): «Tackling the pay gap between women and men», Comunicación de la Comisión Europea, Bruselas.
- CHICHILINSKY, Graciela y Elisabeth HERMANN (2008): «An equilibrium analysis of the gender wage gap», *International Labour Review*, vol. 147, n.º 4.
- GÁLVEZ MUÑOZ, Lina, RAMOS PALENCIA, Fernando y Paula RODRÍGUEZ MODROÑO (2011): «Género y crisis económicas en la historia de España», *X Congreso Internacional de la AEHE*, Sevilla
- LARRAÑAGA, MERTXE (2005): «Mujeres y mercado de trabajo en la CAPV». *Lan Harremanak* n.º13, pp. 13-34.
- MARTÍNEZ TOLA, Elena (2009): *Las desigualdades laborales de género: segregación vertical y brecha salarial en la C.A. de Euskadi*. Tesis doctoral. UPV/EHU.
- MARUANI, Margaret (2002): *Trabajo y el empleo de las mujeres*. Madrid: Fundamentos.
- MORENO, Gloria e Inmaculada CEBRIÁN (2006): «Principales rasgos del trabajo remunerado en España y en la UE», en VARA, M.J. (ed.) *Estudios de género y economía*, Akal, Barcelona.
- PICCHIO, Antonella (2009): «Condiciones de vida: perspectivas, análisis económico y políticas públicas», *Revista de Economía Crítica*, n.º 7, <http://revistaeconomiacritica.org/>
- RUBERY, Jane, SMITH, Marc y Colette FAGAN (1999): *Women's Employment in Europe: trends and prospects*. London: Routledge.
- STADELMANN-STEFFEN, Isabelle (2008): «Women, labour and public policy: female labour market integration in OECD countries. A comparative perspective». *Journal of Social Policy*, vol. 37, n.º 3, pp. 383-408.

EL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS Y LA DIRECTIVA SOBRE ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA

POR OLGA FOTINOPOULOU BASURKO

Prof. T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
E.U. Estudios empresariales de Vitoria-Gasteiz (UPV/EHU)

ABSTRACT

El presente trabajo tiene por objeto dar cuenta de las dificultades que ha ocasionado la libre circulación de pacientes en el seno de la UE y el posterior reembolso de gastos por asistencia sanitaria. En este sentido, se analiza la Directiva 2011/24/CE sobre derecho de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza y el reembolso de gastos sanitarios sobre la base de los precedentes jurisprudenciales que sobre esta materia ha emitido el TJ.

Palabras clave: Asistencia sanitaria, libre circulación de pacientes, libre prestación de servicios, reembolso de gastos.

Lan honen helburua, hain zuzen, EB barnean gaixoen joan-etorri askeak ekarri dituen zailtasunen eta ondoriozko osasun-laguntzagatikoko gastuen ordainketaren berri ematea da. Hala, mugaz gaindiko osasun-laguntza jasotzeko gaixoen eskubideari eta Justizia Auzitegiak gai horri buruz emandako jurisprudentzia-aurrekariaren oinarrien gaineko osasun-gastuen ordainketari buruzko 2011/24/EE Zuzentaraua aztertzen da.

Gako-hitzak: Osasun-laguntza, gaixoen joan-etorri astea, zerbitzuen eskaintza askea, gastuen ordainketa.

■ *The aim of this work is to report on the difficulties caused by the free circulation of patients within the EU and the subsequent reimbursement of costs incurred for health care. In this respect, the 2011/24/CE Directive is analyzed which governs the right of patients to cross-border health care and the reimbursement of costs based on jurisprudential precedents issued by the European Court of Justice in this area.*

Key words: health care, free circulation of patients, free provision of services, reimbursement of costs.

1. Introducción

Como es sabido, en el año 2011, se adoptó la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza¹. Se trata de una regulación que viene a culminar un proyecto iniciado hace ya muchos años² para la consecución de una norma que permitiera regular los distintos problemas que ha venido ocasionando la atención sani-

¹ DOUE n.º L 88, de 4 de abril de 2011. Sobre el particular, Arancibia Raggio, P. (2011). También, Pieter Vand Der Mei, A. (2011).

² En efecto, cabe datar el origen del largo proceso hasta la adopción de esta Directiva en el año 2001, momento en el cual se organiza una conferencia para debatir el impacto del Derecho de la UE en los sistemas sanitarios de los Estados miembros. Véase, en tal sentido, Baeten, R.; McKee, M. y Mossialos, E. (2002). A consecuencia del anterior, se siguieron desarrollando encuentros y procesos de reflexión que llevaron a que en el año 2003, la Comisión adoptara un Proceso de Alto nivel sobre reflexión acerca de la movilidad de los pacientes y los progresos en asistencia sanitaria en la Unión Europea, estableciendo un Grupo de Alto nivel que inició sus trabajos en el año 2004 [Documento COM (2004) 301 final]. A consecuencia de aquél y tras otras intervenciones por parte de las distintas instituciones comunitarias, el primer intento de regulación —como se sabe fallido— sobre la materia se produjo en el marco de la propuesta de Directiva de servicios, conocida como Bolkestein. Concretamente se trató de regular en el art. 23 de aquélla estableciendo lo siguiente: «1. Los Estados miembros no podrán supeditar la cobertura económica de la asistencia no hospitalaria prestada en otro Estado miembro a la concesión de una autorización en los casos en que dicha asistencia, de haber sido prestada en su territorio, hubiera estado cubierta por su sistema de seguridad social. Podrán imponerse al paciente al que se haya prestado asistencia no hospitalaria en otro Estado miembro las condiciones y trámites a los que los Estados miembros supediten en su territorio la concesión de la asistencia no hospitalaria, como, en particular, la exigencia de consulta con un médico generalista antes de consultar a un médico especialista o las normas de cobertura de determinados tratamientos dentales. 2. Los Estados miembros harán lo necesario para que la autorización para la cobertura económica por parte de su sistema de seguridad social de la atención hospitalaria prestada en otro Estado miembro no sea denegada en caso de que dicha asistencia figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro de afiliación y no pueda prestarse al paciente en un plazo aceptable desde el punto de vista médico, teniendo en cuenta su estado de salud actual y la probable evolución de su enfermedad. 3. Los Estados miembros harán lo necesario para que la cobertura financiera, a cargo de su sistema de seguridad social, de la asistencia sanitaria dispensada en otro Estado miembro no sea inferior a la prevista en el sistema nacional de seguridad social para una atención sanitaria análoga dispensada en el territorio nacional. 4. Los Estados miembros harán lo necesario para que sus regímenes de autorización para la cobertura de la atención dispensada en otro Estado miembro se ajusten a los artículos 9, 10, 11 y 13 de la presente Directiva» [Documento COM (2004) 2 final]. Para una mejor comprensión del iter seguido sobre esta materia, vid. Cervell Hortal (2011), pp. 58 y 59.

taria³ prestada en un Estado distinto al de afiliación o de origen y al que el Tribunal de Luxemburgo ha tenido que enfrentarse en no pocas ocasiones; algunas de ellas incluso muy recientes⁴. En efecto, la denominada libre circulación de pacientes en el seno de la UE se ha ido incrementando considerablemente a lo largo de los años, lo que ha ocasionado serias dificultades en la búsqueda de un equilibrio entre el derecho de los pacientes a ser atendidos en otros estados miembros de la UE fundamentada en la libre circulación de trabajadores y personas, y los costes financieros que ese hecho puede repercutir sobre el sistema de seguridad social de cada uno de los Estados miembros afectados⁵. En particular, nos estamos refiriendo a los supuestos que han sido denominados como de «turismo sanitario»⁶, esto es, aquellos casos en los que los ciudadanos buscan en otro país una serie de tratamientos que o bien no se ofrecen en su país de origen, o bien éstos se prestan de manera más satisfactoria y con mayor rapidez en esos otros Estados. Dicho de otro modo, no se trata de abordar los supuestos de prestación sanitaria originada por desplazamientos puntuales por motivos laborales, turísticos o de estudios, sino esos otros supuestos en los que el ciudadano se desplaza con el único fin de buscar un tratamiento determinado en otro Estado miembro por los motivos ya anotados o para eludir las listas de espera que, en función de los estados, pueden llegar a ser exasperantes.

En estas circunstancias, los problemas o el problema principal al que se ha visto abocado el Tribunal de Justicia europeo a resolver no ha sido otro que el de determinar los criterios o requisitos que cabe imponer para que los afiliados a un sistema de seguridad social puedan verse compensados por los gastos que ocasiona un tratamiento médico en un Estado distinto al de origen o de afiliación. Obviamente, no puede decirse que el Tribunal de Luxemburgo haya tenido que afrontar estos conflictos sobre la nada, ya que el Reglamento CEE n.º 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad y el Reglamento de aplicación n.º 574/72 sí establecían una regulación sobre la materia⁷. Ahora bien, si nos atenemos a la fecha de adopción de estos Reglamen-

³ En general, González Díaz, F.A. (2003).

⁴ Así, por ejemplo, véase las sentencias del TJ de 5 de octubre de 2010, caso Elchinov, Asunto C-173/09, o caso Comisión contra República francesa, Asunto C-512/08, o la sentencia de 27 de octubre de 2011, Comisión Europea contra República portuguesa, Asunto C-255/09.

⁵ Véase, García de Cortázar y Nebreda, C. (2003a), y sobre el tema de la financiación, Vicente Moreno, A. (1993).

⁶ Sobre esta acepción y sus implicaciones, entre otros, Ron Latas, R. (2005); Casado Abarquero, M. (2008); Rodríguez Cardo, I.A. (2010); Huelín Martínez, J. (2011); Emperador, J.L. (2011), y González Díaz, F.A. (2007). Asimismo, véase el trabajo de Barrios Flores, L.F. (2006) para un análisis de la distinta tipología de supuestos en materia de turismo sanitario.

⁷ DO L 149, de 5 de julio de 1971, y DO L 74, de 27 de marzo de 1972, respectivamente. De acuerdo a lo dispuesto en el art. 22.1.c) del Reglamento 1408/71, de 14 de junio, «el trabajador que

tos, es fácil deducir que éstos se han mostrado insuficientes ante una realidad en la que la demanda de tratamientos sanitarios en otros Estados se ha ido imponiendo poco a poco. Y ello así, porque lo que ha ido apareciendo en juego a lo largo del tiempo ha sido el contraste o la contraposición de las disposiciones contenidas en aquéllas y la libre prestación de servicios. Precisamente y con el fin de clarificar el sistema de coordinación de sistemas de seguridad social en la UE, se adoptó en el año 2004 el Reglamento (CE) n.º 883/2004, de 29 de abril, llamado a sustituir al reglamento del año 71⁸ y Reglamento (CE) n.º 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento anterior⁹. No obstante, se trata de una norma que tampoco ha conseguido resolver o clarificar las situaciones que —sobre esta materia— en la práctica se han producido¹⁰. De este modo, y tras un largo trasiego de idas y de venidas, así como de una ingente jurisprudencia sobre la materia que afianzaba la idea de la libertad de circulación de pacientes en el seno de la UE, las instituciones comunitarias decidieron en el año 2008 acometer la regulación de esta materia, que en forma de Directiva ha visto la luz en el año 2011.

Pues bien, establecidas las anteriores premisas, nuestro objetivo a lo largo de las siguientes páginas es el de abordar la cuestión del reembolso de los gastos sanitarios ocasionados en Estado distinto al de afiliación o de residencia, tanto a la luz de la jurisprudencia emitida por el TJ como, evidentemente, de su plasmación sobre el texto comunitario apenas mencionado.

satisfaga las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones, teniendo en cuenta, en su caso, las disposiciones del art. 18 y:

c) que sea autorizado por la institución competente para desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir en el mismo la asistencia apropiada a su estado.

i) tendrá derecho a las prestaciones en especie servidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de instancia o de residencia, según las disposiciones de la legislación que ésta aplique, como si estuviera afiliado a la misma, rigiéndose la duración del servicio de las prestaciones por la legislación del Estado competente».

2 «(...) La autorización requerida en virtud de la letra c) del apartado 1 ni podrá ser denegada cuando la asistencia de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del estado miembro en cuyo territorio reside el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de la enfermedad, esta asistencia no pueda serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside».

⁸ Sobre los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social, *inter alia*, Carrascosa Bermejo, D. (2004); García de Cortázar y Nebreda, C. (2003), y Sempere Navarro, A.V. (2004). Con carácter particular, por lo que se refiere a la asistencia sanitaria, García de Cortázar y Nebreda, C. (1999). Asimismo, vid. Hierro Hierro, F.J. (2007).

⁹ DO L 284, de 30 de octubre de 2009.

¹⁰ Fundamentalmente porque por lo que a esta cuestión concreta se refiere el Reglamento de 2004 mantiene *mutandis mutandi* la regulación contenida en su predecesora (art. 20 rubricado —desplazamientos para recibir prestaciones en especie—. Autorización para recibir un tratamiento adecuado fuera del Estado miembro de residencia».

2. Breve repaso de la jurisprudencia del TJ en materia de reembolso de gastos sanitarios

No son pocos los autores que a lo largo de muchos años han prestado atención a los distintos pronunciamientos que el Tribunal de Luxemburgo ha venido emitiendo sobre esta materia y muy particularmente sobre el denominado «turismo sanitario». Es por esta razón que nuestro objetivo en estas páginas va a reducirse a la realización de un simple repaso de aquéllas y, muy particularmente, sobre las sentencias que cabe considerar más relevantes en este contexto, con el fin de ofrecer al lector un *iter* general de los problemas que se derivan de la libre circulación de pacientes en la UE.

Pues bien, desde el momento de la adopción del Reglamento sobre coordinación de sistemas de seguridad social en el año 1971 y su reglamento de aplicación, las posibilidades de que un ciudadano de la UE pudiera solicitar asistencia sanitaria en otro Estado miembro venían circunscritas a que o bien, ésta se dispensara en el marco de un supuesto de movilidad originado por razones turísticas, laborales o de estudios, o bien al hecho de que un ciudadano se desplazara a otro Estado miembro con el único fin de someterse a un tratamiento médico dispensado en ese otro Estado. Tanto en uno como en otro caso, los pacientes tenían derecho a obtener la asistencia médica en ese otro Estado en las mismas condiciones que tuvieran los asegurados en aquél, siempre y cuando, en el primer caso, el paciente contara con el documento derivado de la presentación del formulario E-111 (sustituido en la actualidad por la tarjeta sanitaria europea¹¹) o, en el segundo caso, siempre que el tratamiento hubiera sido previamente autorizado por el Estado de afiliación del ciudadano en cuestión (tramitada a través del formulario E-112, sustituido en la actualidad por el S2).

Ahora bien, previstas así las cosas, las dificultades empezaron a surgir en el momento en que algunos ciudadanos pretendieron acceder a la asistencia sanitaria en otros países distintos al suyo de origen o de afiliación y obtener el derecho al reembolso de los gastos allí ocasionados, no ya sobre los principios de la libre circulación de personas, sino esgrimiendo determinadas libertades económicas —libre prestación de servicios o de bienes—; lo que vino a exigir que el TJ se tuviera que pronunciar sobre esos asuntos a la luz de unas bases jurídicas que las instituciones comunitarias no habían previsto en el momento de la adopción de los Reglamentos anotados. Este contexto fue el fundamento de los litigios que protagonizaron dos ciudadanos luxemburgueses en los famosos asuntos *Kholl y Decker*¹²,

¹¹ Pérez Menayo, V. (2002).

¹² Estos litigios han dado lugar a un buen número de comentarios por parte de la doctrina especializada en la materia. Así, a título ejemplificativo y por lo que respecta a las sentencias del año 1998, cabe citar a Luján Alcaraz, J. (1998); López López, J. (1998); Grau Pineda, M.^aC. (1999), o Cristóbal Roncero, R. (2000).

quienes respectivamente demandaron a Luxemburgo (su país de afiliación) porque éste les había denegado el reembolso de los costes de un tratamiento de ortodoncia para su hijo (Khol) o de comprar unas gafas que previamente habían sido recetadas por el médico del segundo en Luxemburgo (Decker). Al primero se le denegó el reembolso de los gastos del tratamiento de ortodoncia que había seguido su hijo porque no se podía entender que éste hubiera sido urgente, amén de que podía haberse seguido en su propio país; mientras que en el segundo caso, el argumento empleado por las autoridades luxemburguesas se basaba en el hecho de no haber solicitado la autorización previa exigida por las normas comunitarias. En ambos casos, los señores Khol y Decker esgrimieron como argumento principal que el hecho de que se les solicitara una autorización previa para acceder a determinados tratamientos en un país distinto al suyo conculcaba o obstaculizaba las libertades económicas de prestación de servicios (actuales arts. 56 y 57 TFUE) y de libre circulación de mercancías (actuales arts. 34 y 35 TFUE) respectivamente.

Como es visible, el contraste o el conflicto entre normas sociales y libertades económicas comunitarias comenzaba su andadura en este marco concreto, lo que ocasionó —a la luz de la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Luxemburgo— que éstas se vinieran sucediendo con posterioridad. En efecto, expuestas así las cosas, el Tribunal emitió sendas sentencias favorables a los demandantes, considerando en ambos casos que la exigencia de autorización previa suponía una restricción a la libre prestación de servicios (Khol) o de libertad de circulación de mercancías (caso Decker), puesto que no observó que existiera una razón imperiosa de interés general que permitiera justificar ese tipo de restricciones. Ambos pronunciamientos del año 1998 supusieron un antes y un después en el marco de los conflictos que tratamos, ya que el Tribunal decidió acoger sin demasiadas reservas los planteamientos de los demandantes, sin tomar en consideración otra serie de argumentos que habían sido defendidos por el país de afiliación de aquéllos, y que tenían por objeto defender que la exigencia de autorización previa tenía por objeto asegurar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, de proteger la salud pública de la población o del mantenimiento de un servicio médico estable para todos los asegurados; objetivos éstos que se pondrían en peligro si los ciudadanos de la UE decidieran acudir a otros Estados en la búsqueda de tratamientos sanitarios. Como se ha avanzado, el TJ no observó —en ninguno de los dos casos— que existiera alguna razón que justificara las restricciones al ejercicio de las libertades económicas comunitarias que ocasionaba el requisito de la autorización, ya que —y esto es lo importante— los Sres. Khol y Decker sólo habían solicitado el reembolso de los gastos médicos hasta la cuantía que se les hubiera concedido en su propio país.

Estos pronunciamientos del TJ abrieron una espita que probablemente este órgano jurisdiccional no esperaba que se produjera. Sin embargo, la asunción sin ambages del derecho de los ciudadanos a desplazarse a otros Estados miembros en la búsqueda de asistencia sanitaria y el consecuente derecho al reembolso

de los gastos ocasionados en aquél sobre la base de los derechos fundamentales de carácter económico condujo a que algunos ciudadanos de la UE requirieran tratamientos en el extranjero sin la debida autorización y que, en caso de negativa posterior al reembolso, acudieran ante el tribunal de Luxemburgo. De este modo, lo que comenzó siendo un pronunciamiento puntual sin, en principio, demasiadas consecuencias, dado el carácter extra hospitalario de las prestaciones; pronto se convirtió en un problema mucho mayor, sobre todo cuando la asistencia requerida no era otra que tratamientos hospitalarios costosos que afectaban ineludiblemente al equilibrio del sistema financiero de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros.

Así, no hubo que esperar mucho más a que al Tribunal de Justicia se le presentaran varios supuestos de estas características, donde la confrontación entre las exigencias de la regulación social con la libre prestación de servicios estaba servida; al considerar —como punto de partida— que los servicios hospitalarios debían considerarse como servicios en el sentido del Derecho de la Unión. En efecto, se trata de los asuntos *Smits y Peerbooms*, por una parte y el asunto *Vanbraekel*, por otra, sobre los que el TJ emitió su parecer en sendas sentencias de 12 de julio de 2001¹³.

Así, por lo que respecta a la primera de las sentencias anotadas, el TJ resolvió dos cuestiones prejudiciales planteadas por un órgano jurisdiccional de los países bajos en dos supuestos de reintegro de gastos de hospitalización causados respectivamente en Alemania y en Austria. Así, en el caso *Smits*, se trataba de una señora enferma de parkinson, que decide trasladarse a Alemania para someterse a un tratamiento clínico experimental para combatir las manifestaciones de la citada enfermedad con carácter individual. Tras recibir el tratamiento, a su vuelta a los países bajos solicita el reintegro de los gastos ocasionados a propósito de aquél; requerimiento que fue rechazado o denegado por parte de la autoridad competente. Por su parte, en el caso *Peerbooms*, se trata de un ciudadano de los Países Bajos que tras un accidente de tráfico queda en estado vegetativo. A resultas de aquél es trasladado a un centro hospitalario austríaco para someterle a una terapia que en su país de origen no podría haber obtenido, ya que sólo se aplica a menores de 25 años. Y al igual que en el caso anterior, cuando se solicita el reintegro de gastos médicos también se le deniega. En ambos casos el TJ declaró que aunque los Estados pueden organizar sus sistemas de seguridad social libremente, al mismo tiempo no pueden establecer restricciones a la libre prestación de servicios. Así, para la corte tanto la asistencia hospitalaria (*Smits y Peerbooms*) como no hospitalaria (*Kholl y Decker*) constituían parte de la libre prestación de servicios (o de mercancías en *Decker*), de modo y manera que el sometimiento a una autorización previa suponía

¹³ Sobre estos asuntos en particular, Pemán Gavín, J. (2003); Gómez Martín, M. (2002); Igartua Miró, M.^aT. (2001), o, también, Cervell Hortal, M.^aJ. (2011), pp. 54-55).

—*prima facie*— un obstáculo a la citada libertad económica que sólo podía restringirse por razones imperiosas de interés general como que se pusiera en peligro el equilibrio del sistema de seguridad social o cuando peligrara la gestión y previsión sanitaria.

La segunda sentencia que resuelve la otra cuestión prejudicial de la que se da cuenta en la segunda sentencia del año 2001 —caso Vanbraekel— se plantea con ocasión de una señora, nacional y residente en Bélgica, que solicita una autorización a la autoridad competente de dicho Estado para someterse en Francia a una intervención quirúrgica de ortopedia. En este supuesto, la citada autorización le es denegada por no haber motivado correctamente su requerimiento. Si bien ello es así, y a pesar del recurso entablado frente al acto administrativo que denegaba la citada autorización, decide someterse a la operación en Francia, solicitando con posterioridad el reintegro de gastos médicos. Durante el transcurso del litigio, la ciudadana belga fallece y es su marido y causahabientes quienes deciden continuar con el proceso. A pesar de que el Tribunal Belga da la razón a los demandantes al considerar que la negativa inicial a la autorización carecía de fundamento y que, por tanto, les correspondía percibir el reembolso de los gastos ocasionados a propósito de aquél, aquél decidió elevar una serie de interrogantes al TJ, de acuerdo con las cuales se preguntaba si el reembolso de los gastos de hospitalización debía efectuarse de acuerdo al régimen del Estado de la institución competente (Bélgica) o de acuerdo a la regulación establecida en Francia, como país donde tuvo lugar la hospitalización. Por su parte, se preguntaba si cabe limitar el importe del reembolso con arreglo a la legislación del Estado de la institución competente, a pesar de que el art. 36 del Reglamento haga referencia al reembolso íntegro. En este supuesto, el TJ consideró que si la negativa o el rechazo a la autorización previa para el sometimiento al tratamiento hospitalario en otro país se había producido de manera incorrecta, entonces se tenía derecho al reintegro de los gastos conforme a las normas establecidas en el país donde se recibió la asistencia (Francia).

De acuerdo con lo anterior, por tanto, la jurisprudencia comunitaria ofrecía respuestas distintas para los supuestos de tratamiento hospitalario y extra hospitalario, al entender en el primero de los casos que cabía exigir la autorización previa, mientras que en el caso de la asistencia no hospitalaria no era necesario a los efectos del reembolso de los gastos sanitarios. En el mismo sentido, se diferenciaba entre los casos en los que la autorización previa para la recepción del tratamiento hospitalario había sido rechazado indebidamente o no; determinándose que en caso de rechazo indebido a la autorización, el ciudadano tenía derecho al reembolso de los costes en función de las tasas establecidas en el Estado donde se hubiera producido la intervención. Finalmente, y en relación al reembolso de los gastos sanitarios derivados de un tratamiento no hospitalario, el TJ había fijado que la cobertura de los costes sólo alcanzarían la cuantía establecida en el Estado de afiliación del paciente.

La diferencia de criterios exhibida por el TJ ocasionó que otra serie de litigios se siguieran sucediendo¹⁴, por lo que la labor del Tribunal comunitario no ha sido otra que la de ir clarificando —a la luz de supuestos concretos— la regulación entorno al reembolso de gastos sanitarios ocasionados en Estado miembro distinto al de afiliación del paciente. Ahora bien, la posición del TJ hasta ese momento adoptada no se modificó en los supuestos que tuvo la ocasión de analizar con posterioridad¹⁵, por lo que cabe extraer de las sentencias emitidas hasta este momento que se ha producido la consolidación de la libre circulación de pacientes en el contexto de la libre prestación de servicios, puesto que cualquier ciudadano puede desplazarse a otro Estado miembro para buscar tanto asistencia hospitalaria como no hospitalaria. Por lo que respecta a la asistencia sanitaria hospitalaria, el ciudadano en cuestión recibirá aquélla en función de la cobertura que tenga en su propio Estado. Y se le exigirá autorización previa si se compromete la viabilidad financiera del sistema de seguridad social del Estado miembro de acogida. Por su parte, el Estado de afiliación de aquél tendrá que conceder la citada autorización con carácter obligatorio cuando el Estado miembro de afiliación no le ofrezca la cobertura en un plazo aceptable¹⁶. En relación con la asistencia no hospitalaria, cualquier ciudadano puede acudir a otro Estado miembro en la búsqueda de dicha asistencia, que además le será reembolsada en función de la legislación del Estado de origen, a no ser que además medie autorización previa, en cuyo caso tendrá derecho además a reembolsos adicionales¹⁷.

Este mismo posicionamiento, con ciertos matices en función de los distintos supuestos que han ido llegando al TJ son los que se han seguido manteniendo hasta la actualidad. A este respecto, base simplemente mencionar los dos últimos casos en los que el TJ ha tenido que pronunciarse sobre esta misma materia; am-

¹⁴ Por ejemplo, la sentencia de 13 de mayo de 2003, Asunto C-385/99, caso Müller-Fauré, comentado —junto con otras sentencias— por Rofes i Pujol, I. (2003), pp. 65-76. También, por lo que respecta a la sentencia de 12 de abril de 2005, caso Keller, comentado por Ron Latas, R. (2005).

¹⁵ Por ejemplo, la sentencia Watts, Asunto C-372/04, de 16 de mayo de 2006, donde el TJ confirma como razón válida para solicitar el reembolso de gastos por una intervención en otro Estado miembro el hecho de que existan listas de espera en el país de origen. Asimismo, afirma que existe la obligación de reembolsar los costes de tratamientos hospitalarios prestados en otro Estado miembro incluso aunque el país del asegurado tenga un sistema que los preste de manera gratuita. Por lo que se refiere al comentario de la sentencia Watts, puede consultarse Grau Pineda, M.^aC. (2006). También, Cervell Hortal, M.^aJ. (2011), p. 56. Asimismo, puede consultarse la sentencia Stamatelaki, de 19 de abril de 2007, Asunto C-444/05, donde el problema se presentaba a propósito de la asistencia sanitaria recibida en una clínica privada de otro Estado miembro. En este caso, el TJ estimó contraria a la libre prestación de servicios la exclusión que realiza la legislación griega en relación con el reembolso de los gastos de tratamientos efectuados en clínicas privadas en otro Estado miembro.

¹⁶ Cervell Hortal, M.^aJ. (2011), p. 56.

¹⁷ *Ibidem*, p. 56.

bas en sendos recursos por incumplimiento contra Francia y Portugal, respectivamente¹⁸.

En efecto, en el año 2010, el TJ resolvía un recurso por incumplimiento frente a Francia, recurso C-512/08. En este caso, la Comisión interpuso el citado recurso por entender que algunas disposiciones nacionales relativas al reembolso de ciertas prestaciones de asistencia programada que el asegurado se propone obtener en un Estado miembro distinto de Francia, eran contrarias al Derecho de la UE. En particular, la Comisión consideraba que las disposiciones del Código francés de seguridad social que subordinan el reembolso de la asistencia proyectada, fuera del medio hospitalario, en otro Estado miembro, a la autorización de la institución francesa competente, en el caso de que dicha asistencia requiera el uso de materiales particularmente onerosos, es contraria a la libre prestación de servicios. Se trata, por ejemplo, del uso del aparato de formación de imágenes o de espectrometría por resonancia magnética nuclear para detectar y tratar, en especial, el cáncer, determinadas enfermedades motrices cerebrales, etc.

En este sentido, el TJ observa que de acuerdo a su jurisprudencia, las prestaciones médicas dispensadas a cambio de una remuneración están comprendidas en el ámbito de la libre prestación de servicios, sin que a estos efectos quepa distinguir entre la asistencia sanitaria dispensada en un marco hospitalario o fuera de él. Asimismo, el TJ va a declarar que la libre prestación de servicios comprende la libertad de los destinatarios de los mismos (en particular de los destinatarios de un tratamiento médico) a poder desplazarse a otro Estado miembro para recibir allí dichos servicios sin sufrir restricciones. Pues bien, en este contexto el TJ entiende que la autorización previa que exige la normativa francesa para el reembolso de la asistencia médica que requiere el uso de equipos, materiales particularmente onerosos, puede disuadir a los asegurados del sistema francés de seguridad social de dirigirse a otros prestadores de servicios médicos situados en otros Estados miembros; lo que constituye una restricción a la libre prestación de servicios.

No obstante, el TJ estima que, en razón de los riesgos que afectan a la organización de la política de salud pública y al equilibrio financiero de seguridad social, la exigencia de autorización previa para este tipo de asistencia constituye una restricción justificada en el estado actual del Derecho de la Unión. Así, con independencia del medio —hospitalario o no— en el que estén instalados y utilizados, es necesario que los equipos materiales, particularmente los onerosos limitativamente enumerados en el Código de la salud pública, puedan ser objeto de una política de planificación, como la definida por la normativa francesa, y

¹⁸ Pocas fechas antes, el TJ tuvo la ocasión de resolver un recurso de incumplimiento frente a España. Se trata de la sentencia de 15 de junio de 2010, en el Asunto C-211/08. Comentado por Cervell Hortal, M.^ªJ. (2011), pp. 57-59.

en lo que se refiere, en especial, a su número y reparto geográfico, a fin de contribuir a garantizar en la totalidad del territorio nacional una oferta de asistencia de vanguardia que sea racionalizada, estable, equilibrada y accesible, pero también para evitar en la medida de lo posible, todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos. Así, a modo de ejemplo, los equipos necesarios para la detección y el tratamiento del cáncer representan un coste elevado para su adquisición y utilización.

Al mismo tiempo, el Tribunal de justicia recuerda que un régimen de autorización previa debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria. Un sistema de ese tipo debe también basarse en un sistema procedimental suficientemente accesible y adecuado para garantizar a los interesados que sus solicitudes sean tramitadas en un plazo razonable y con objetividad e imparcialidad, debiendo, además, poder recurrir judicialmente contra las eventuales denegaciones de autorización. En el presente caso la Comisión no ha formulado ninguna crítica específica de las reglas de procedimiento y de fondo que delimitan la medida de autorización previa.

En segundo lugar, la Comisión alegaba que Francia no había dado aplicación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cuál si el reembolso de los gastos realizados por servicios hospitalarios prestados en el Estado miembro de estancia, conforme a las normas vigentes en dicho Estado, es inferior al que habría resultado de aplicar la normativa en vigor en el Estado miembro de afiliación en caso de hospitalización en este último, la institución competente debe abonar al beneficiario un reembolso complementario correspondiente a dicha diferencia.

Al respecto el Tribunal de Justicia señala que las disposiciones francesas establecen que un paciente puede disfrutar, en caso de asistencia hospitalaria dispensada en otro Estado miembro, de un reembolso en las mismas condiciones que si la asistencia se hubiese prestado en Francia, con el límite de los gastos efectivamente realizados por el asegurado social. Esas disposiciones abarcan así el derecho a un reembolso complementario a cargo de la institución francesa competente en caso de diferencia entre los niveles de cobertura social en el Estado de afiliación y en el Estado del lugar de la hospitalización, según prevé la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Esa constatación se confirma dado que la Comisión no ha identificado ninguna disposición nacional que se oponga a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La Comisión tampoco ha puesto de manifiesto resoluciones dictadas por los tribunales franceses que hubieran denegado el derecho al reembolso complementario, ni práctica administrativa alguna que hubiera privado a los asegurados de ese derecho. En consecuencia, el TJ desestima en su totalidad el recurso de la Comisión contra Francia, afirmando que la normativa francesa que establece un sistema de autori-

zación previa para someterse a una asistencia sanitaria que requiera el uso de materiales y de procedimientos especialmente onerosos no es contraria al Derecho de la Unión. Así, pues, a pesar de admitir que el requisito de la autorización previa puede constituir un obstáculo a la libre prestación de servicios, no niega —sin embargo— que se haya de equilibrar el alcance de dicha libertad con el equilibrio financiero de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros.

En la misma línea, aunque con consecuencias contrarias, se movió el TJ en el último de sus pronunciamientos hasta la fecha sobre la cuestión. Se trata asimismo de un recurso por incumplimiento, en este caso, contra Portugal que resolvió mediante sentencia de 27 de octubre de 2011, en el asunto C-255/09. Pues bien, se ha de señalar que en Portugal, salvo los casos previstos en el Reglamento n.º 1408/71¹⁹, la posibilidad de obtener el reembolso de gastos médicos no hospitalarios realizados en otro Estado miembro es limitada. En este sentido, la normativa portuguesa sólo prevé el reembolso de gastos hospitalarios que considera como altamente especializados y que no pueden dispensarse en Portugal. Si bien ello es así, subordina su seguimiento a la obtención de una triple autorización previa: informe médico detallado favorable, la aprobación de ese informe por el Director médico del servicio hospitalario y la decisión favorable del Director General de Hospitales.

La Comisión interpuso el recurso por incumplimiento al entender que ese régimen portugués de reembolso de los gastos médicos no hospitalarios realizados en otro Estado miembro es incompatible con la libre prestación de servicios. Como quiera que en el entretanto, el TJ dictó la sentencia que hemos apenas referido entorno a los casos de exigencia de autorización previa de los gastos por asistencia no hospitalaria programada, cuando dicha asistencia requiere el empleo de equipos materiales pesados y onerosos, el presente recurso se limita a los mismos casos pero que no requieran de la utilización de ese tipo de materiales y que no esté comprendida en el Reglamento n.º 1408/71.

Pues bien, el TJ comienza señalando que las prestaciones médicas dispensadas a cambio de una remuneración están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios, señalando además que quedan prohibidas las normativas nacionales que obstaculicen la citada libertad económica. Una vez realizado el recordatorio pertinente, el TJ va a examinar la situación de la asistencia médica no hospitalaria dispensada en otro Estado miembro a la luz del Derecho portugués y muy particularmente el requisito de autorización previa que hemos señalado con anterioridad. El TJ va a con-

¹⁹ A saber, cuando el estado de salud de un trabajador afiliado al sistema de salud portugués requiera prestaciones médicas durante una estancia en el territorio de otro Estado miembro (asistencia imprevista) o cuando un trabajador sea previamente autorizado por la institución competente a desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir en este la asistencia según los baremos aplicables en el Estado miembro del tratamiento (asistencia programada previamente autorizada).

siderar que el régimen de autorización previa al que está sometido el reembolso de gastos por esa clase de asistencia sanitaria constituye una restricción a la libre prestación de servicios. Y ello así, porque el simple hecho de que el riesgo a una posible falta de reembolso de gastos como consecuencia de una decisión administrativa desfavorable es por sí mismo un medio para disuadir o desincentivar a los pacientes afectados de acudir a otro Estado miembro. Además, como la legislación portuguesa sólo prevé tal asistencia médica en los casos de que ese mismo tratamiento no pueda ser dispensado en Portugal, el TJ va a estimar que por su propia naturaleza esa regulación puede limitar los supuestos en los que puede obtenerse tal autorización.

Obviamente, el TJ va a tratar de determinar si hay algún tipo de justificación a tal restricción que permita eludir la conclusión de que la normativa portuguesa es contraria al Derecho de la Unión, y muy particularmente si existe una razón imperiosa de interés general como por ejemplo, la asistencia de un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social. En este sentido, el TJ estima que la supresión de la autorización previa en los casos objeto de examen no provocaría desplazamientos transfronterizos de pacientes de tal importancia que el equilibrio del sistema se viera gravemente perturbado. En efecto, a excepción hecha de los casos de urgencia, los desplazamientos transfronterizos sólo se producen a Estados miembros colindantes o para el tratamiento de patologías específicas. Finalmente, el TJ recuerda que cuando un ciudadano acude a otro Estado miembro para ser tratado sin autorización previa, sólo puede solicitar la cobertura de la asistencia recibida dentro de los límites de cobertura garantizada por el régimen del seguro de enfermedad de su Estado de afiliación. Asimismo, va a señalar que las características del sistema nacional de salud portugués tampoco pueden justificar la restricción a la libre prestación de servicios. Y es que el TJ señala que los Estados miembros que han establecido un régimen de prestaciones en especie, [esto es, un régimen en el que los asegurados no tienen derecho al reembolso de los gastos realizados para la asistencia médica, sino a la asistencia misma], están obligados a prever mecanismos de reembolso a posteriori de los gastos de asistencia dispensada en otro Estado miembro.

A consecuencia de todo lo anterior, el TJ va a concluir que Portugal incumple sus obligaciones en relación con la libre prestación de servicios al subordinar a la concesión de la autorización previa el reembolso de los gastos médicos ligados a tratamientos no hospitalarios altamente especializados que no requieren la utilización de equipos materiales pesados y onerosos. Por su parte, el TJ analizar la situación de la asistencia médica restante (no hospitalaria) distinta de la prevista en la legislación portuguesa, que no requiere la utilización de los equipos onerosos y no comprendidos en el Reglamento n.º 1408/71. En estos casos, el TJ constata que el Derecho portugués no prevé la posibilidad de reembolso de gastos en ese otro tipo de asistencia sin autorización previa (como por ejemplo,

la consulta de un médico de atención primaria o de un dentista), de tal manera que va a concluir también para este caso que Portugal incumple con las obligaciones derivadas del Derecho de la UE.

Como hemos visto, por tanto, el TJ a la luz de su propia jurisprudencia, ha elevado a principio general la posibilidad de movilidad de pacientes en el seno de la UE y el reembolso por gastos médicos —incluso sin autorización previa— sobre la base o fundamento de obstaculización de la libertad económica de prestación de servicios. Y va a señalar en casi todos los casos que las eventuales restricciones que se puedan establecer en las legislaciones internas sólo pueden justificarse por razones imperiosas de interés general, esto es, por ver comprometido el equilibrio financiero de los sistemas de seguridad social. No obstante, y por lo que a este último punto se refiere, el TJ sólo ha venido a admitir esa limitación cuando el tratamiento prestado en Estado distinto al de la afiliación del asegurado requiera de la utilización de materiales pesados y onerosos; lo que a sensu contrario implica la extensión y alcance verdaderamente amplio de la libertad en la movilidad de pacientes en el seno de la UE. Esta conclusión, desde luego, no ha sido siempre bien admitida por los propios Estados miembros; sobre todo por parte de aquéllos que son mayoritariamente receptores de ciudadanos de otros Estados miembros a la búsqueda de tratamientos médicos, dados los gastos que origina la movilidad de pacientes en el seno de la UE. Siendo esto así, no es raro o extraño que las instituciones comunitarias decidieran acometer una regulación específica que contentara por una parte a los Estados miembros de la UE y que, por otra, estableciera una cierta seguridad jurídica entorno a esta materia tan compleja. A resultas de lo anterior, y como se ha avanzado previamente en el año 2011 se adoptó la Directiva de 9 de marzo, en la que dedica el Título III a la regulación del reembolso de gastos de asistencia sanitaria transfronteriza; sobre la que damos cuenta a continuación.

3. La Directiva 2011/24/CE sobre derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza y el reembolso de gastos sanitarios

La Directiva 2011/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los Derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza²⁰ dedica, como se ha avanzado, un capítulo especí-

²⁰ DO L 88, de 4 de abril de 2011. Dictamen del CES en DO C175, de 28 de julio de 2009. Dictamen del Comité de las regiones en DO C120, de 28 de mayo de 2009. Posición del Parlamento Europeo de 23 de abril de 2009 (DO C184 E, de 8 de julio de 2010). Posición del Consejo en primera lectura de 13 de septiembre de 2010 (DO C275 E, de 12 de octubre de 2010). Posición del Parlamento Europeo de 19 de enero de 2011 y Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2011.

fico en relación con la problemática anotada donde en gran medida se acogen las soluciones jurisprudenciales sobre las que hemos dado cuenta con anterioridad. Sin perjuicio de volver en breve sobre esta cuestión²¹, conviene poner de manifiesto los ejes centrales de esta regulación con la finalidad de comprender el contenido final y su aplicación en relación con el reembolso de gastos médicos.

3.1. Base jurídica para la adopción de la Directiva: ¿la protección de la salud?

Pues bien, quizá lo que más llame la atención en relación con esta regulación es la propia base jurídica sobre la cual se sustenta. Y ello así, porque como hemos visto, la posición del TJ en relación con los conflictos que se han venido sucediendo sobre la materia han sido positivos para los pacientes en la medida en que las regulaciones de los Estados miembros eran o podían considerarse contrarias a la libre prestación de servicios. En estas circunstancias, quizá lo más lógico hubiera sido regular la materia específica sobre el reembolso de gastos médicos en relación con esta libertad comunitaria. No obstante, y teniendo en cuenta el intento fallido de reglamentar esta materia en la Directiva de servicios del año 2006 por la oposición de los Estados a admitir que la libre circulación de pacientes quedara comprendida en la misma, finalmente en esta Directiva se ha optado por incluir la misma bajo la base jurídica regulada en el art. 168.1 TFUE, relativa a la protección de la salud pública y sobre la base jurídica comprendida en el art. 114 TFUE, relativa a las medidas de armonización en materia de salud. Teniendo en cuenta lo anterior, es probable que si cualquiera accede al análisis de esta norma entienda que la materia relativa a la asistencia sanitaria transfronteriza queda desvinculada totalmente de las bases jurídicas sobre las cuales se han sustentado los litigios en materia de reembolso. No obstante, se ha de tener en cuenta que esa eventual desvinculación es más formal que real, no en vano en el considerando segundo de la propia Directiva se viene a afirmar sin paliativos que la mayor parte de las disposiciones de ésta tienen por objeto mejorar el funcionamiento del mercado interior y la libre circulación de mercancías, personas y servicios. En consecuencia, a pesar de la exteriorización formal de la norma —adscrita a la protección de la salud—, las instituciones comunitarias han querido mantener —al menos, en cuanto al fondo— la ligazón de aquélla con respecto a la libre prestación de servicios. A pesar de lo anterior, sí que es cierto que sin perjuicio de que las disposiciones de esta Directiva —en su mayor parte— vayan dirigidas a tratar de equilibrar la protección de la salud y la libre prestación de servicios, sobre todo por lo que al reembolso de gastos sanitarios de refiere; no podemos olvidar que existen otros aspectos en aquélla —como la cooperación en materia de asistencia sanitaria entre Estados miembros²²— que

²¹ Aún así, más ampliamente vid. Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2011).

²² En relación con la cooperación entre Estados en esta materia, véase Monereo Pérez, J.L. (2010).

superan el ámbito estricto de la libre prestación de servicios; de ahí la decisión final de regular la asistencia sanitaria transfronteriza sobre la doble base jurídica de los arts. 168.1 y 114 TFUE.

3.2. **Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación**

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1 de la Directiva, ésta es aplicable a la prestación de asistencia sanitaria²³, con independencia de cómo se organice, se preste y se financie. No obstante, y a pesar de la amplitud del ámbito objetivo de aplicación, el apartado 3.º de la misma norma establece una serie de exclusiones. Así, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva: a) los servicios en el ámbito de los cuidados de larga duración cuya finalidad sea ayudar a personas que requieren asistencia a la hora de realizar tareas rutinarias y diarias; b) la asignación de órganos y el acceso a los mismos con fines de transplante de órganos y c) los programas de vacunación pública, con excepción de las destinadas a luchar contra las enfermedades infecciosas, que tengan por finalidad exclusiva la protección de la salud de la población en el territorio de un Estado miembro y que estén sujetas a medidas específicas de planificación y ejecución.

Por su parte, se ha de señalar que la Directiva no afecta a las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros relativas a la organización y financiación de la asistencia sanitaria en situaciones que no guardan relación con la asistencia sanitaria transfronteriza. En particular, la Directiva señala que nada de lo dispuesto en ésta obligará a un Estado miembro a reembolsar los gastos de la asistencia sanitaria prestada por prestadores establecidos en su propio territorio, si dichos prestadores no forman parte del sistema de seguridad social o de sanidad pública de dicho Estado miembro.

Junto con las disposiciones apenas aludidas, se ha de señalar que los considerandos de la Directiva recogen o puntualizan las diversas situaciones que pudieran darse. De este modo, y por lo que se refiere al reembolso de gastos por asistencia sanitaria, se concede la posibilidad de que los Estados miembros limiten aquél cuando ello pueda justificarse por razones imperiosas de interés general relacionadas con la salud pública.

Por lo que atiene al ámbito subjetivo de aplicación, la Directiva define la noción de paciente, de acuerdo con la cual por tal se entiende «*toda persona física que reciba o desee recibir asistencia sanitaria en un Estado miembro*», si bien además el paciente debe reunir la condición de asegurado en el sentido de este texto. Así, asegurados serían las personas, incluidos los familiares y sus supérstites, contemplados en el art. 2 del Reglamento (CE) n.º 883/2004, que sean aseguradas

²³ Entendiéndose por tal «los servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios (art. 3.a).

en la acepción del art. 1.c) de dicho Reglamento, así como los nacionales de un tercer país que estén contemplados en el Reglamento (CE) n.º 859/2003 o en el Reglamento (UE) n.º 1231/2010, o que reúnan las condiciones de la legislación del Estado miembro de afiliación para tener derecho a las prestaciones.

3.3. Relación de la Directiva con los Reglamentos sobre coordinación de sistemas de seguridad social

Uno de los aspectos que merece la pena ser tratados, al menos de manera somera, es la relación entre la Directiva que analizamos y los Reglamentos sobre coordinación de sistemas de seguridad social, y más particularmente, con el Reglamento (CE) n.º 883/2004 y Reglamento (CE) n.º 987/2009. Y ello así, porque tal y como se señala en el art. 2 de la Directiva, ésta se aplicará sin perjuicio de lo establecido en aquélla. En consecuencia, se establece la aplicación concurrente y complementaria de ambas regulaciones que fundamentalmente afecta a la cuestión de la autorización previa. Y es que, como se ha avanzado, los Reglamentos de coordinación de los sistemas de seguridad social siguen exigiendo la autorización previa en determinados supuestos, mientras que la Directiva, cuando regula el sistema del reembolso de gastos de asistencia sanitaria, parte del principio general de derecho al mismo. En consecuencia, la Directiva asume los pronunciamientos del TJ sobre la materia, por lo que en caso de conflicto entre ambas normativas, habrá que estar a los presupuestos que a este fin la Directiva establece; como se verá a continuación.

3.4. El Reembolso de gastos de asistencia sanitaria transfronteriza

Como se ha avanzado, es el capítulo III de la Directiva (arts. 7 y 8) la que se dedica ampliamente a la regulación del reembolso de gastos sanitarios ocasionados a propósito de los tratamientos efectuados en Estados miembros distintos a los de afiliación. En este sentido, el art. 7.1 parte de un reconocimiento general de garantía frente a los gastos contraídos por un asegurado que haya recibido asistencia sanitaria transfronteriza, siempre que la misma figure entre las prestaciones a que el asegurado tiene derecho en el Estado miembro de afiliación. Y en este contexto:

1.º) El Estado miembro de afiliación no supeditará el reembolso de gastos de asistencia sanitaria transfronteriza a autorización previa, a excepción hecha de los supuestos que se establecen en el art. 8 y que describiremos con posterioridad (art. 7.8). No obstante, se ha de tener en cuenta que el Estado miembro de afiliación puede limitar la aplicación de las normas de reembolso de la asistencia sanitaria transfronteriza por razones imperiosas de interés general, como necesidades de planificación relacionadas con el objeto de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad en el Estado miembro de que se trate, o la voluntad de controlar los costes y evitar, en la medida de lo posible, cualquier despilfarro de los recursos financieros,

técnicos y humanos. A pesar de lo anterior, la Directiva deja claro que la decisión de limitar el reembolso de gastos médicos debe regirse por el principio de proporcionalidad, no pudiendo —por tanto— constituir un medio de discriminación arbitraria, ni un obstáculo a la libre circulación de personas, bienes y servicios.

Asimismo, se señala que los Estados miembros son los que tienen que velar porque la asistencia sanitaria transfronteriza para la cual se haya concedido una autorización previa, sea reembolsada de conformidad con la autorización.

Por su parte, el art. 8 establece una serie de situaciones de asistencia sanitaria en la que puede requerirse la autorización previa. En cualquier caso, el establecimiento de un sistema de autorización previa debe regularse de tal manera que los criterios, su aplicación, o los supuestos de denegación²⁴ deban configurarse de manera restringida con el fin de evitar que a través de la autorización previa se esté discriminando de manera arbitraria y obstaculizando de manera injustificada a la libre circulación de pacientes.

En cualquier caso, corresponde a los Estados miembros determinar la asistencia sanitaria que puede requerir autorización previa, limitándose —en su caso— a los siguientes supuestos:

- a) Asistencia sanitaria que requiera de necesidades de planificación y que o bien suponga que el paciente tenga que pernoctar en el hospital al menos una noche, o que exija el uso de infraestructuras o equipos médicos sumamente especializados y costosos.
- b) Asistencia sanitaria que entrañe tratamientos que presenten un riesgo particular para el paciente o la población.
- c) Asistencia sanitaria que sea proporcionada por un prestador de asistencia sanitaria que, en función de las circunstancias concretas de cada caso pueda suscitar motivos graves y específicos de inquietud en relación con

²⁴ En relación con los supuestos de denegación, el Estado miembro podrá denegar ésta en los supuestos contemplados en el art. 8.6. Así, podrá denegar la autorización a) cuando exista un grado razonable de certeza de que el paciente, según una evaluación clínica, vaya a exponerse a un riesgo que no pueda considerarse aceptable, teniendo en cuenta el beneficio potencial que pueda obtener de la asistencia sanitaria transfronteriza solicitada; b) cuando exista un grado razonable de certeza de que la población en general pueda quedar expuesta a un riesgo sustancial como consecuencia de la asistencia sanitaria transfronteriza considerada; c) cuando dicha asistencia sanitaria sea proporcionada por un prestador de asistencia sanitaria que suscite motivos graves y específicos de inquietud respecto a las normas y directrices relativas a la calidad y a la seguridad del paciente, incluidas las disposiciones en materia de supervisión, tanto cuando dichas normas y directrices se establezcan mediante disposiciones legales y reglamentarias, como cuando lo sean por medio de sistemas de acreditación establecidos por el Estado miembro de tratamiento y d) cuando la atención sanitaria pueda prestarse en su territorio en un plazo que sea médicamente justificable, teniendo en cuenta el estado de salud de cada paciente y la posible evolución de su enfermedad.

la calidad o seguridad de los cuidados, a excepción de la asistencia sanitaria sujeta a la legislación de la Unión que garantiza un nivel mínimo de seguridad y calidad en toda la Unión.

Por lo que respecta a las solicitudes de autorización previa que realice una persona asegurada, el Estado miembro de afiliación deberá comprobar que se cumplen las condiciones establecidas en el Reglamento n.º 883/2004, y en el caso de que cumplan, la autorización previa se concederá de conformidad a lo dispuesto en el citado reglamento, salvo que el paciente solicite otra cosa.

En los supuestos de autorización previa solicitada por un paciente con una enfermedad rara, se establece la realización de una evaluación clínica por expertos en ese ámbito y, en el caso de no existir en el Estado de afiliación o no ser concluyente, se podrá recabar asesoramiento científico a tal fin.

Finalmente se establece que no cabe la denegación de la autorización previa, cuando el paciente tiene derecho a la asistencia sanitaria de que se trate con arreglo a la Directiva. Tampoco se podrá denegar la autorización cuando esa asistencia sanitaria no pueda prestarse en su territorio en un plazo que esté médicamente justificado.

2.º) Es el Estado miembro de afiliación el que debe determinar la asistencia sanitaria a la asunción de cuyos gastos tiene derecho un asegurado, así como el nivel de asunción de dichos gastos con independencia de donde se preste la asistencia sanitaria (art. 7.3).

3.º) Los citados gastos serán abonados o reembolsados directamente por el Estado miembro de afiliación hasta la cuantía que habría asumido dicho Estado si la asistencia se hubiera prestado en su territorio, sin exceder del coste real de la asistencia sanitaria efectivamente prestada. No obstante, los Estados miembros pueden decidir reembolsar el coste total de aquélla, incluso si este excede de la cuantía que habría asumido si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en su territorio. Asimismo, además, los Estados miembros pueden decidir reembolsar otros costes conexos (gastos de alojamiento y de viaje u otros gastos adicionales) de conformidad con la legislación nacional y a condición de que se aporte documentación suficiente en la que se precisen esos gastos. Precisamente a estos efectos, los Estados miembros deben contar con un procedimiento transparente para el cálculo de los costes de la asistencia sanitaria transfronteriza que haya de reembolsar al asegurado el Estado miembro de afiliación.

3.5. Otros contenidos: Información y cooperación en materia de asistencia sanitaria

Obviamente y junto con el contenido de la Directiva relativo al reembolso de gastos de asistencia sanitaria, la Directiva contiene un buen número de disposi-

ciones en relación con otros materias —particularmente en materia de información y cooperación—, de las que daremos cuenta brevemente a continuación.

Así, por lo que respecta a la información, la Directiva recoge un buen número de obligaciones a los Estados miembros con la finalidad de que éstos establezcan un sistema de información dirigido tanto a los eventuales pacientes, como a los profesionales implicados u a otros. Estas obligaciones se dirigen tanto al Estado de afiliación como al Estado donde el tratamiento se lleve adelante. Así, por lo que se refiere al Estado de afiliación, éste debe establecer un sistema de información no sólo en relación con el tema del reembolso de los gastos médicos, sino también en torno a los derechos del paciente derivados de la normativa europea (tanto del Reglamento sobre coordinación como sobre la Directiva misma) (art. 5). Y por su parte, por lo que atiene al Estado donde el tratamiento se lleve a cabo, éste debe informar al paciente en relación con los derechos que le asisten a través del denominado punto nacional de contacto y muy particularmente, como señala el art. 4.2, sobre las normas y directrices sobre calidad y seguridad establecidas por el Estado miembro de tratamiento, así como toda aquella información que sea necesaria para que el paciente pueda elegir con pleno conocimiento de causa, como por ejemplo, las opciones de tratamiento, la disponibilidad, la calidad, facturas claras en información sobre los precios, la cobertura de su seguro u otros medios de protección personal, etc.. Asimismo, debe garantizar la existencia de procedimientos y mecanismos transparentes de presentación de reclamaciones para que los pacientes puedan pedir reparación, de acuerdo con la legislación de dicho Estado. Además, debe garantizar la existencia de seguros de responsabilidad profesional o garantías similares, etc.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la cooperación en materia de asistencia sanitaria, el Capítulo IV de la Directiva recoge las directrices de asistencia mutua que deben seguir los Estados, como la Comisión con la finalidad de dar cumplimiento al contenido de aquélla. Asimismo, se recoge en este mismo sentido, tanto el sistema de reconocimiento de recetas, como en su art. 12 la creación de Redes europeas de referencia entre los prestadores de servicios de asistencia sanitaria y los centros de referencia de los Estados miembros (si bien la participación en esa red es absolutamente voluntaria). Se establece asimismo un sistema de sanidad electrónica (art. 14) o el establecimiento de un sistema de cooperación en la evaluación de las tecnologías sanitarias (art. 15).

4. Conclusión

La asistencia sanitaria transfronteriza ha dado lugar a un buen número de litigios derivados de la contraposición entre el Derecho de los ciudadanos de la UE —regulado en los Reglamentos sobre coordinación de sistemas de seguri-

dad social— a acceder a otros sistemas sanitarios para seguir tratamientos médicos y sometidos —eventualmente— a un sistema de autorización previa con la libre prestación de servicios. En efecto, la posibilidad de recurrir a una asistencia sanitaria en otro Estado miembro de afiliación y el posterior reembolso de gastos médicos ha encontrado la dificultad manifiesta defendida por los Estados miembros de limitar su acceso —a través del establecimiento del sistema de autorización previa— dado los innegables costes que para los sistemas de seguridad social supone atender a ciudadanos no afiliados en aquéllos. Así, desde hace ya algún tiempo esos conflictos han encontrado su acomodo en la interpretación que el TJ ha venido realizando a propósito de aquéllos y que, en general, se han saldado con la primacía del derecho a la libre circulación de pacientes sobre la base de la libre prestación de servicios y, en consecuencia, el derecho al reembolso de gastos de asistencia sanitaria. Como quiera que esta realidad generaba una cierta inseguridad jurídica, las instituciones comunitarias decidieron clarificar esta realidad; cuya plasmación ha tenido lugar en la Directiva del año 2011 sobre la que se ha dado cuenta brevemente y que, en esencia, recoge las interpretaciones efectuadas por el propio TJ. Ahora queda por ver si los conflictos se van a seguir sucediendo en el futuro, sobre todo en función de las normas de transposición de esta Directiva al derecho interno de los Estados.

Bibliografía

- ARANCIBIA RAGGIO, P. (2011): «Pacientes y sistemas sanitarios en el punto de mira de la UE: antecedentes y contexto de la nueva Directiva sobre derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza», *Civitas-Revista española de Derecho europeo* n.º 39.
- BAETEN, R.; MCKEE, M. y MOSSIALOS, E. (2002): *The impact of the EU law on health care Systems. Work and society series*, vol. 39, Peter Lang, Bruselas.
- BARRIOS FLORES, L.F. (2006): «Europa y sanidad pública: el fenómeno del turismo sanitario», *Derecho y salud*, vol. 14, extraordinario XIV Congreso Derecho y salud, pp. 77-90.
- BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P. (2011): «Asistencia sanitaria transfronteriza. Algunas pinceladas a la luz de la Directiva comunitaria», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 24 (www.Iustel.com).
- CARRASCOSA BERMEJO, D. (2004): *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, Consejo Económico y Social, Madrid.
- CASADO ABARQUERO, M. (2008): «Turismo sanitario. Implicaciones de Derecho Transnacional», en ADROHER BIOSCA, S.; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.; DE LOS REYES CORRIPIO GIL-DELGADO, M. y VEIGA COPO, A.B. (coord.): *Los avances del Derecho ante los avances de la medicina*, Editorial Aranzadi, Pamplona, pp. 341-352.
- CERVELL HORTAL, M.ªJ. (2011): «Pacientes de la Unión Europea: libertad restringida y vigilada», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 2, pp. 51-70.
- CRISTÓBAL RONCERO, R. (2000): «Alcance de la asistencia sanitaria en otro Estado miembro de la Unión Europea», *Aranzadi Social*, núm. II, pp. 3088 y ss.

- EMPERADOR, J.L. (2011): «Amenazas y oportunidades del turismo sanitario en España», *Derecho y salud*, vol. 21, n.º extra 1 (ejemplar dedicado a XIX Congreso Derecho y Salud), pp. 99-109.
- GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C. (1999): «La asistencia sanitaria y los Reglamentos 1408/71 y 574/72. La coordinación comunitaria de las prestaciones en especie y en metálico de enfermedad y maternidad», en *Problemática Española de Seguridad Social Europea*, Instituto Europeo de Relaciones Industriales, Comares, Granada.
- GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C. (2003): «La coordinación de regímenes de Seguridad Social. El Reglamento CEE 1408/71. Simplificación y extensión a nacionales de terceros Estados», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 42.
- GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C. (2003a): «¿Libre circulación de pacientes en la Unión Europea? La atención de los dependientes y la tarjeta sanitaria europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 47, pp. 69-72.
- GÓMEZ MARTÍN, M. (2002): «La libre prestación de servicios sanitarios en Europa. A propósito de las sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001», *Derecho y Salud*, vol. 10, n.º 2, pp. 167-181.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F.A. (2003): *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, Aranzadi Editorial, Pamplona.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F.A. (2007): «Turismo sanitario versus emisión de la tarjeta sanitaria vinculada al lugar de residencia del solicitante: comentario a la STSJ País Vasco, de 2 de mayo de 2006», *Aranzadi Social*, n.º 1, pp. 3277-3288.
- GRAU PINEDA, M.ªC. (1999): «Reembolso de los gastos médicos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a la Seguridad Social española: las sentencias Decker y Kohll», *Revista de Derecho Social*, n.º 19, pp. 53 y ss.
- GRAU PINEDA, M.ªC. (2006): «De nuevo sobre el reintegro de gastos médicos ocasionados en otro Estado miembro de la Unión Europea: el derecho a recibir el tratamiento médico en un plazo razonable de tiempo en las listas de espera», *Aranzadi Social*, BIB 2006/970.
- HIERRO HIERRO, F.J. (2007): «Reflexiones sobre la coordinación de la asistencia sanitaria: un paso hacía la armonización de Derechos», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 14 (www.iustel.com).
- HUELIN MARTÍNEZ, J. (2011): «La libertad de circulación de los enfermos en la Unión Europea: del turismo sanitario al reintegro de gastos», *Derecho y salud*, vol. 21, n.º extra 1 (ejemplar dedicado a XIX Congreso Derecho y Salud), pp. 85-95.
- IGARTUA MIRÓ, M.ªT. (2001): «Gastos de hospitalización realizados en Estados miembros de la Unión Europea. Comentario a la STJCE de 12 de julio de 2001 (TJCE 2001, 196), Asunto C-157/99, Smits y otros, y STJCE de 12 de julio de 2001 (TJCE 2001, 199), Asunto C-368/98, Vanbraekel y otros», *Aranzadi Social*, n.º 12, pp. 30-39.
- LÓPEZ LÓPEZ, J. (1998): «Libre prestación de servicios y reembolso de gastos médicos», *Revista de Derecho Social*, n.º 4, pp. 119-128.
- LUJÁN ALCARAZ, J. (1998): «Reembolso de gastos médicos realizados en Estados miembros de la Unión Europea», *Aranzadi Social*, núm. I, pp. 2570 y ss.
- MONEREO PÉREZ, J.L. (2010): «La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria», *Aranzadi Social*, BIB 2010/1110.
- PEMÁN GAVÍN, J. (2003): «Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios. Sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (a propósito de la sentencia Smits y Peerbooms del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)», *Revista de Administración Pública*, n.º 160, pp. 123-166.

- PÉREZ MENAYO, V. (2002): «La Tarjeta Sanitaria Europea», *La Mutua*, n.º 8.
- PIETER VAND DER MEI, A. (2011): «Cross-Border Access to healthcare and entitlement to complementaty», *European Law Review*, vol. 36, n.º 3.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A. (2010): «El reembolso de gastos sanitarios en el Derecho de la Unión Europea», en MARTÍN, N.; PRESNO LINERA, M.A. y SARLET, I.W. (coord. y ed.): *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*, Aranzadi Editorial, Pamplona, pp. 233-253.
- ROFES I PUJOL, I. (2003): «Los regímenes nacionales de Seguridad Social y la libre prestación de servicios sanitarios en la Comunidad: el estado de la cuestión. Las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictadas en los asuntos Decker, Kroll, Vranbraeckel y Smits y Peerbooms. El Asunto Muller-Fauré», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 222, pp. 65-76.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. (2004): «Coordenadas de la Seguridad Social comunitaria: el Reglamento 883/2004», *Aranzadi Social*, n.º 9, pp. 12-13.
- VICENTE MORENO, A. (1993): «La financiación de la Seguridad Social desde la óptica del mercado único», en *Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado Único Europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, pp. 361 y ss.

OTRA MIRADA AL IMPACTO DE LA LEY N.º 20.545 QUE ESTABLECE EL PERMISO POSTNATAL PARENTAL EN CHILE*

CLAUDIA ANDREA MORAGA CONTRERAS

Profesora Titular de Introducción al Derecho
Universidad de Tarapacá (Chile)

ABSTRACT

Este trabajo pretende ilustrar —desde una mirada crítica y desde la perspectiva de género— cómo la Ley n.º 20.545 que «Modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental». Se trata de aquellas que indirectamente vienen a reforzar los roles de género existentes en la sociedad chilena y desincentivan la contratación de mujeres en el mercado laboral, especialmente en aquellos puestos de trabajo que demandan alta responsabilidad y requieren de mayor capacitación. De este modo, se expondrá detalladamente cómo una norma que pretende ser de aquellas que apuntan a la protección al proceso reproductivo pueden terminar perjudicando —a mediano plazo— la participación de las mujeres en aquellos espacios que aún siquiera termina de conquistar.

Palabras clave: mujer, trabajo, protección al proceso reproductivo, roles de género.

Lan honen helburua, hain zuzen, «Amatasuna babesteari buruzko arauak aldatzen dituen eta jaio ondoko guraso-baimena txertatzen duen» 20.545 zenbakidun Legea aztertzea da, begira kritikoarekin eta genero-ikuspegia oinarri hartuta.

* Este trabajo fue presentado en el marco del III Congreso Internacional: «Derecho, Filosofía, Economía, Sociología, Psicología y Educación en un mundo global», celebrado en Morelia (México), en noviembre de 2011.

Zeharka bada ere, Txileko gizartean lehendik dauden genero-rolak indartzen dituen eta lan-merkatuan emakumeak kontratatuzeko sustagarriak kentzen dituen legea da; batik bat, erantzukizun handikoak diren eta gaitasun handiagoa eskatzen duten lanpostuetan. Era horretan, zehatz-mehatz adieraziko da ustez ugalketa-prozesua babesteko balio duen arauak, azkenerako (epe ertainean), emakumeek oraindik konkistatu ez dituzten espazioetan parte hartzeko duten aukerari kalteak nola eragiten dizkion.

Gako-hitzak: emakumea, lana, ugalketa-prozesua babestea, genero-rolak.

■ *This work attempts to illustrate from a critical standpoint and from the gender perspective how Act 20.545 «modifies regulations governing maternity protection and incorporates post-natal parental leave.» This refers to those who indirectly end up reinforcing existing gender roles in Chilean society and discourage the contracting of women on the job market, especially in the case of those jobs that demand major responsibility and require more skills. Thus, it will be explained in details how a regulation that refers to the protection of the reproduction process may end up being detrimental—in the medium term—to women’s participation in those areas which they still have yet to conquer.*

Key words: women, work, protection of the reproduction process, gender roles.

Contextualizando el planteamiento

Con fecha 17 de octubre de 2011 entró en vigencia en Chile la Ley n.º 20.545 (BCN, 2011a) que —entre otras cosas— extiende el descanso postnatal de 12 a 24 semanas a través de la creación de la figura del permiso postnatal parental, el que opera otorgando un subsidio de cargo del Estado cuyo tope es de 66 Unidades de Fomento mensuales, esto es, unos 2.900 dólares, ley que terminó siendo aprobada en el Congreso Nacional con claro acuerdo entre las distintas fuerzas políticas que encuentran representación pero que, sin embargo ello, resulta ser una de las leyes más polémicas en los últimos tiempos en materia de derechos laborales de las mujeres, precisamente desde la perspectiva del verdadero interés de estas últimas.

La génesis de esta ley se encuentra en el proyecto enviado por el Presidente de la República —en calidad de colegislador— al Presidente del Senado con fecha 28 de febrero del presente año, en el que se destacan los tres objetivos que —a juicio del órgano ejecutivo— ameritaban un cambio en la legislación laboral chilena relativa a esta materia: garantizar el mejor cuidado de los hijos, permitir que más madres se beneficien con la protección a la maternidad y aumentar la corresponsabilidad de padre y madre en el cuidado de los hijos, facilitando una mayor conciliación entre familia y trabajo para los hombres y mujeres en nuestro país (BCN, 2011b).

Es especial y precisamente en sus objetivos en los que al parecer, tanto el proyecto de ley como el texto de la misma, no se cumple con los elementos necesarios para su satisfacción pues se ha entregado —expresa y tácitamente— la responsabilidad del cuidado de los hijos preferentemente a la madre, se han ratificado los modelos de género imperantes y se ha establecido un período obligatorio excesivo de descanso postnatal, todo lo anterior, sin ponderar adecuadamente las consecuencias que en la empleabilidad y promoción de las mujeres ello pueda implicar, tal como se explicará a continuación.

Una mirada panorámica

La ley en comento es de aquellas que forman parte del conjunto de normas destinadas a proteger la maternidad¹, de este modo y en relación a cómo esta se conjuga con los derechos de las mujeres trabajadoras, la Oficina Internacional del Trabajo ha considerado que:

La maternidad es un estado que exige un trato diferente para poder respetar una auténtica igualdad y, en tal sentido, es más una premisa del principio de igualdad que una excepción del mismo. Se han de tomar medidas especiales de protección de la maternidad para que las mujeres puedan cumplir su función de madres, sin que resulten marginalizadas del mercado de trabajo. (OIT, 1996)

De acuerdo al párrafo primero del artículo 4.º Convenio n.º 183 de la Organización Internacional del Trabajo del año 2000, el que revisa todas las normas dictadas por ese organismo en materia de protección de la maternidad a la fecha:

Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas. (OIT, 2000a)

Ahora bien, el plazo de 14 semanas planteado por el citado convenio, se sugiere ampliar por el mismo organismo y en el mismo año a al menos 18 semanas en la Recomendación n.º 191 (OIT, 2000b). Es importante destacar, para efectos de este trabajo, que en virtud del n.º 4 del citado artículo 4 del Convenio, en la distribución de estas semanas se debe considerar una licencia de maternidad obligatoria de al menos seis semanas posteriores al parto.

En cuanto al ámbito local y especialmente en relación a la participación de las mujeres en el mercado laboral chileno con el que se enfrentan las normas y recomendaciones internacionales y la ley que crea el permiso postnatal parental, cabe destacar que los datos aportados por el estudio *Mujer y Trabajo*

¹ Respecto del término «protección a la maternidad» empleado por la Ley 20.545 en estudio y por algunos documentos de la Organización Internacional del Trabajo como organismo especializado, cabe hacer presente que ha sido precisamente este último organismo el que ha preferido sustituirlo por «protección al proceso reproductivo» (lo que aún no hace por completo pues aún es posible observarlo como link en la página web institucional: www.ilo.org), por considerar que asociar estas normas con la protección a la maternidad implica entregar toda la responsabilidad del proceso a la madre y reforzar los patrones de género existentes. Para mayor información revisar: Organización Internacional del Trabajo, *Legislación y Jurisprudencia comparada sobre Derechos Laborales de las Mujeres: Centroamérica y República Dominicana*, San José (2011), p. 21.

(INE, 2007) realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas chileno, muestran que al año 2006 la participación de las mujeres en edad de trabajar, reconoce claramente dos núcleos mayoritarios: mujeres dedicadas a los quehaceres del hogar quienes representan al 43%² y mujeres que pertenecen a la fuerza de trabajo que corresponden a un 38%³, distribuyéndose el restante entre aquellas que se encuentran estudiando, jubiladas, discapacitadas permanentemente, entre otras.

Este mismo estudio destaca que entre los años 1996 y 2006 se observa un incremento de la fuerza laboral femenina en 800.000 puestos de trabajo, lo que es atribuido al aumento de la tasa de escolaridad y el de la jefatura de los hogares. Sin embargo, para que las mujeres logran dejar atrás el ámbito doméstico e incorporarse al ámbito público, el que fuere por tanto tiempo un campo exclusivo de los hombres, han debido atravesar un largo camino en el que han ido dejando atrás ciertas tareas que les son consideradas como propias o características en una construcción de género, tal como lo destaca el mismo estudio del Instituto Nacional de Estadísticas chileno al realizar una enunciación de factores desencadenantes del aumento de mujeres trabajadoras y que se expresa de la siguiente manera:

La menor tasa de fecundidad, reducción del tamaño de las familias, postergación de la edad del matrimonio y preponderancia creciente de la alternativa de permanecer soltera y de no tener hijos, así como la búsqueda de desarrollo personal y profesional en el ámbito del trabajo remunerado. (INE, 2007, p. 3)

A todo lo anterior, se suman aquellos mitos asociados al trabajo femenino develados por el estudio Trabajo y Familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social (OIT et al. 2009, p. 71), dentro de los que se cuenta la persistencia de la idea de que el papel fundamental de la mujer se encuentra en la casa al cuidado de los hijos y a cargo de las labores domésticas y que en caso de trabajar remuneradamente, su fuerza de trabajo es secundaria y el aporte al presupuesto familiar no es significativo. Por otra parte, se sostiene que el mercado laboral no está estructurado sobre la base de trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, si no para quienes cuenten con el apoyo de otro/a que se haga cargo de las mismas, responsabilidad que regularmente recae en las mujeres de acuerdo a la división sexual del trabajo, todo lo cual nos obliga a ingresar a un círculo del que no es posible salir pues volvemos a ocupar mujeres en las tareas domésticas, esta vez, por un salario.

² El análisis demuestra que de esta participación de mujeres dedicadas al cuidado doméstico un 37% cuenta con doce o más años de escolaridad.

³ De este 38% de mujeres incorporadas a la fuerza laboral, el 61,7% de ellas son asalariadas mientras que el 20,5% realizan labores por cuenta propia, mientras que el resto de las mujeres se distribuye entre aquellas que se constituyen en personal de servicio.

Con esta mirada panorámica, no cabe menos que preguntarnos ¿En qué consiste la figura del permiso postnatal parental creado por la Ley n.º 20.545?; ¿Qué impacto tendrá en el mercado laboral chileno y especialmente en lo relativo a la participación de las mujeres en el mismo con la entrada en vigencia de la Ley n.º 20.545?; ¿Por qué suponer un eventual efecto negativo?

Una mirada pesimista de la Ley n.º 20.545 que introduce la figura del permiso postnatal parental

Desde la perspectiva en que se ha redactado este artículo, esto es, desde la perspectiva de género, la cual considera la existencia de roles asignados a hombres y a mujeres por el solo hecho de serlo y que distribuye el poder a través de los mismos, entregando a los hombres una posición privilegiada en las distintas relaciones que entabla con las mujeres, por supuesto desiguales. Perspectiva que al mismo tiempo considera que en esta relación de desigualdad, las mujeres son asociadas a estereotipos que han sido creados a conveniencia y según los cuales su labor principal se encuentra al interior del hogar y su función es el cuidado de la misma, además del de los menores y demás dependientes, esta ley no viene más que ratificar el rol del cuidado de los hijos de cargo casi exclusivo y excluyente de la mujer y, de manera obligatoria, privarla irrenunciablemente por al menos 30 semanas íntegras de reincorporarse a sus labores remuneradas fuera del hogar.

Lo categórico de la afirmación anterior, encuentra su fundamento en que antes de la entrada en vigencia de la ley en comento y desde el 2 de septiembre de 2005 la legislación chilena reconoce —además del derecho irrenunciable de la madre trabajadora a un descanso prenatal de 6 semanas antes de la fecha estimada del parto y un descanso postnatal de 12 semanas posteriores a este— un descanso al padre de sólo 5 días hábiles pagados, los que se reducen a 4 en el caso de padres adoptivos y que se hacen efectivos de forma consecutiva o fraccionada durante el primer mes contados desde el nacimiento o de la sentencia que declara la adopción del menor, días que son en todo caso irrenunciables y que ya nos van dando referencia de cual ha venido siendo la política legislativa en la materia en Chile.

En efecto, los incisos primero y segundo del artículo 195 del Código del Trabajo disponen:

Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él.

El padre tendrá derecho a un permiso pagado de cinco días en caso de nacimiento de un hijo, el que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto, y en este caso

será de forma continua, excluyendo el descanso semanal, o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento. (...)

Con la entrada en vigencia de la Ley n.º 20.545, se modifica el Código del Trabajo chileno y además del descanso postnatal de 12 semanas ya indicado, se reconocen otras 12 semanas que corresponden a la figura del denominado permiso postnatal parental, las cuales tienen igualmente el carácter de irrenunciable, el que tiene distintas formas de hacerse efectivo.

De acuerdo lo dispone el artículo 197 bis del Código del Trabajo, en primer lugar, el permiso postnatal parental puede ser ejercido íntegramente por la madre, esto es, decidir reincorporarse a sus labores luego del transcurso de las 12 semanas por las que se extiende el permiso postnatal parental o decidir *«reincorporarse una vez terminado el permiso postnatal, por la mitad de su jornada, en cuyo caso el permiso postnatal parental se extenderá a dieciocho semanas»*, recibiendo por supuesto sólo la mitad del subsidio al que tiene derecho y *«el cincuenta por ciento de los estipendios fijos establecidos en el contrato de trabajo, sin perjuicio de las demás remuneraciones de carácter variable a que tenga derecho»* (BCN, 2011a).

Finalmente, el citado artículo del Código del Trabajo reconoce una tercera forma de ejercer este permiso postnatal parental, el que opera en el caso de que ambos padres del recién nacido sean trabajadores. En efecto, cuando ambos son trabajadores, la madre a su elección podrá «traspasar» este permiso postnatal parental al padre a partir de la séptima semana del mismo y por el número de semanas que ésta indique.

Esta última iniciativa que pretende ser innovadora e incorporar al padre en la crianza de los menores, presenta un grave inconveniente pues el tope de 66 Unidades de Fomento que corresponde al subsidio se mantiene en que caso de que el permiso postnatal parental sea disfrutado por el padre, todo lo cual no hace más que ratificar el primordial rol de madre de la mujer trabajadora toda vez que no sólo el período más extenso se le otorga a la madre y que el eventual disfrute del padre no proviene de un acuerdo expreso entre ambos padres sino de la voluntad de la madre que decide «traspasar» todo parte del permiso sino que además pone su acento en el ya conocido hecho de que las mujeres reciben remuneraciones proporcionalmente menores a las de los hombres por lo que difícilmente el padre y la madre del menor recién nacido preferirán ver disminuido el presupuesto familiar a pretexto de otorgar mayores responsabilidades al padre en la crianza de los menores.

La anterior afirmación no es sólo una percepción o una proyección de lo que ocurre a nivel internacional sino que ha sido de mostrado por el estudio Mujeres, Brechas de Equidad y Mercado de Trabajo encargado por la Oficina Internacional del Trabajo y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, según el cual, en Chile la diferencia salarial entre hombres y mujeres que tie-

nen estudios y ocupaciones similares tiende a inclinarse por remuneraciones inferiores para las mujeres, brecha que en general aumenta si a su vez mejora el nivel educacional. Por su parte, la calificación del puesto de trabajo aumenta a mayor escolaridad pero en promedio se puede constatar que para el año 2000 el nivel de ingresos promedio de las mujeres ocupadas representaba sólo el 64,3% del ingreso promedio de los hombres ocupados. El mismo estudio concluye que existe una «(...) una fuerte discriminación que opera en contra de la mujer en el mercado de trabajo (...)» (OIT, 2004), de modo que resulta difícil imaginar que esta nueva ley se aplique en muchos casos bajo la modalidad en que el padre sea quien haga uso del permiso postnatal parental bajo estas condiciones económicas desfavorables a todas luces.

La situación puede verse agravada si consideramos que el estudio recientemente realizado, que se titula: Mujeres en puestos de responsabilidad, elaborado por la economista Andrea Tokman por encargo del Servicio Nacional de la Mujer en Chile⁴, arroja que la participación de las mujeres en altos cargos es casi inexistente. En efecto, se destaca como esta puede llegar incluso a cifras como el 1% de representación de mujeres en los directorios para el caso de aquellas cuarenta empresas más importantes que transan sus acciones en la bolsa de valores y el 6% de los directorios de las empresas del Estado (SERNAM, 2011).

Por otra parte, durante la tramitación del proyecto de ley en comento, se elaboró un informe por la Asesoría Técnica Parlamentaria en el que se dio cuenta de la experiencia jurídica en el extranjero respecto del permiso postnatal. En este se identifica a distintos países de la región dentro de los que se cuenta México, Uruguay, Brasil, Argentina y Perú y cuyos permisos van entre los 84 a 120 días en total, esto es, abarcando el período pre y postnatal, flexible y absolutamente cubierto por la seguridad social, sin tope. Realidad muy distinta a la chilena, si observamos que en virtud de la ley en comento su descanso es de 45 días antes del parto, 12 semanas luego del parto como permiso postnatal maternal e irrenunciable y luego 12 semanas de permiso postnatal parental irrenunciable y transferible al padre, cuestión que como se adelantaba, en virtud de las diferencias salariales, es difícil que se presente, por lo que la mujer trabajadora contará en Chile con una desvinculación temporal laboral de 30 semanas (210 días), muy superiores a los países consultados de la región (BCN, 2011c).

Es indudable que los empleadores frente a esta nueva institucionalidad laboral tienen mucho que decir y es por eso que para el Presidente de la Asociación de Exportadores de Manufacturas y Servicios Roberto Fantuzzi, la ley en comento requiere evaluar los impactos colaterales en la empleabilidad de las muje-

⁴ Cabe destacar que el estudio completo aún no se ha puesto en texto completo a disposición pero ha sido posible acceder a extractos de él a través de la página institucional del Servicio Nacional de la Mujer.

res (FANTUZZI, 2011a) pues resulta claro que durante este período se produce un paréntesis en la vida laboral de las mismas perdiendo habilidades, destrezas y conocimientos y no se observa en la norma la necesidad inyectar recursos en la capacitación. Por otra parte, resulta urgente trabajar en la percepción de empresarios respecto a que la mano de obra femenina es más cara que la del hombre (FANTUZZI, 2011b), cuestión que ya ha sido desmitificada por el estudio de la OIT y PNUD citado, pues además de destacar la baja incidencia anual de los embarazos, se señala que los gastos asociados a licencias médicas y descansos de maternidad son más bien de cargo de la seguridad social y del sistema de previsión proveniente de los propios aportes de las trabajadoras (OIT et al, 2009, p. 75).

A pocos días de la entrada en vigencia de la ley, lo novedoso de su contenido así como lo atractivo que resulta que las madres puedan permanecer con sus hijos e hijas durante sus primeros meses de vida, se informó por la Directora de la Dirección del Trabajo que se habían recibido en la primera semana de vigencia de la ley, un total de 5.562 avisos de personas que desean hacer uso del permiso, agregando además que casi el 100% de las consultas y anuncio de trámites corresponde a mujeres. En ese mismo sentido, también se plantea dudas respecto a algunos aspectos no resueltos por la ley y que se relacionan con el ejercicio de los derechos de las mujeres, madres y trabajadoras tales como el derecho de movilización, colación, especialmente en el caso en que la madre decida fraccionar su jornada laboral y aumentar así el plazo de permiso postnatal parental (SÁNCHEZ, 2011).

Conclusiones

Lo reciente de la entrada en vigencia de la ley en comento y la consecuente ausencia de estudios que arrojen datos cualitativos y cuantitativos en la materia, no nos permite hacer aún un análisis riguroso de los efectos reales que producirá la ley que establece el permiso postnatal parental en Chile en la empleabilidad de las mujeres, por lo que se ha recurrido a datos internacionales y locales, además de la opinión de informantes claves que nos permitieron estimar estos efectos.

En el futuro próximo, será necesario llevar adelante un estudio que revise los efectos de esta ley pero no sólo respecto de las tasas de empleabilidad femenina sino también de la calidad de las plazas ocupadas por ellas, tanto en el monto de las remuneraciones a percibir, como respecto de la relevancia de los cargos desempeñados, esto es, la ocupación de los ya mencionados cargos de responsabilidad, todo lo cual, nos dará una orientación del grado de afianzamiento de los roles de género a partir del otorgamiento a las mujeres trabajadoras de un

tiempo tan extenso e inflexible al cuidado de sus hijas e hijos recién nacidos, sin duda, un retroceso en la lucha de las mujeres por incorporarse al mercado del trabajo remunerado.

Es indudable que la ley en referencia ha puesto de relieve el interés de diversos actores y actrices de la sociedad chilena que se verán en contacto con ella y sus efectos, todo lo cual, se ha manifestado en el alto número de consultas efectuadas por mujeres trabajadoras a la Dirección del Trabajo manifestando su interés en hacer personalmente uso de ese derecho y no transferirlo a padre de las y los recién nacidos. Es precisamente esta última circunstancia la que no hace menos que adelantar que a mediano plazo —de acuerdo a la perspectiva teórica expuesta y en virtud de los argumentos esgrimidos— terminará favoreciendo la caracterización de las mujeres como quienes tienen la responsabilidad casi exclusiva del cuidado de los hijos y desincentivará la contratación de mujeres en labores de alta responsabilidad, capacitación y especialización, pues este perfil de trabajadoras resulta incompatible con quien forzosamente, por el hecho de ser madres o encontrarse en el potencial estado de serlo al pertenecer a un determinado grupo etario, deberán ausentarse de sus funciones por al menos 30 semanas.

Desde esta óptica, la Ley n.º 20.545 viene a constituirse en una norma que se incorpora al ordenamiento jurídico chileno en cumplimiento de un compromiso electoral y que fue bien acogido por parlamentarios de distintas corrientes políticas por parecer, a su vez, políticamente rentable pues resulta atractivo para las mujeres permanecer con sus hijos e hijas recién nacidos por un período extendido de tiempo pero cuyo costo será finalmente social y lo terminarán pagando las mujeres trabajadoras de Chile.

Bibliografía

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2011a): *Ley n.º 20.545, Modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental*, <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1030936&buscar=20.545>
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2011b): *Historia de la Ley n.º 20.545, Modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso del Postnatal Parental*, <http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=2011>
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, ASESORÍA TÉCNICA PARLAMENTARIA (2011c): *Permiso postnatal: experiencia jurídica en el extranjero*, <http://bloglegal.bcn.cl/content/view/1511429/Permiso-postnatal-experiencia-juridica-en-el-extranjero.html>
- FANTUZZI, R. (2011a): «Empresarios preocupados por efecto de postnatal en mercado laboral femenino», en <http://www.biobiochile.cl/2011/05/23/empresarios-preocupados-por-efectos-de-postnatal-en-mercado-laboral-femenino.shtml>
- FANTUZZI, R. (2011b): «Roberto Fantuzzi y el postnatal», en <http://www.tuembarazo.cl/postnatal/roberto-fantuzzi-y-el-post-natal/>

- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2007): *Mujer y trabajo*, http://estudios.sernam.cl/documentos/?eMTQ3NzA4MA==Mujer_y_Trabajo_
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1996): *Igualdad en el empleo y la ocupación, Informe III (Parte 4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83.ª reunión*, Ginebra.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2000a): *Convenio sobre la protección de la maternidad*, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C183>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2000b): *Recomendación sobre la protección de la maternidad*, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R191>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2004): *Mujeres, brechas de equidad y mercado de trabajo*, <http://www.pnud.cl/publicaciones/mujeres-oit.pdf>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2009): *Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*. Santiago.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2011), *Legislación y jurisprudencia comparada sobre Derechos Laborales de las Mujeres: Centroamérica y República Dominicana*, San José.
- SÁNCHEZ, M. (2011): *Dictamen regula implementación de nuevo postnatal, pero aún hay dudas sobre aplicación*, en <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=89840>
- SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER (2011): *Mujeres ocupan sólo 1% de los cargos en directorios de empresas del IPSA*, en <http://portal.sernam.cl/?m=sp&ci=1848>

ERREZENTSIOA
RECENSIÓN

EL ESTADO DE BIENESTAR

CARLOS OCHANDO CLARAMUNT

Editorial Ariel, pp. 191. Barcelona, 1999. ISBN: 84-344-4253-1

Profesor titular en el Departamento de Economía Aplicada de la Universidad de Valencia, Carlos Ochando Claramunt nos ilustra con el presente libro, dirigido a entender y analizar un fenómeno tan extremadamente complejo como es el Estado de Bienestar.

La principal meta del autor con este libro se perfila entorno al desarrollo teórico y conceptual sobre el objeto de estudio que en él se aborda. Para ello, se sintetiza y repasa las características del Estado de Bienestar, así como los principales enfoques teóricos. Se trata pues de un esfuerzo conceptual multidisciplinar, que adopta una postura flexible y rica aportando al lector, de una forma amena, conocimientos indispensables respecto a esta materia.

El texto comienza con una reflexión sobre el nacimiento del Estado de Bienestar a través de una breve reconstrucción histórica que enmarca las diferentes etapas temporales que determinaron la naturaleza y evolución del Estado de Bienestar, así como la aparición y desarrollo de los derechos civiles, políticos y sociales.

Por otra parte, el autor resalta la importancia de los factores políticos para el desarrollo de este modelo de Estado y la culminación del mismo con la síntesis del pacto sociopolítico entre sindicatos, organizaciones empresariales y gobierno, en pos de una seguridad económica y social, unida a una garantía de un mínimo vital para todos los ciudadanos, el pleno empleo y la reducción de la desigualdad económico-social, que permita la eliminación, ó al menos disminución, de la pobreza.

Del mismo modo que aborda la naturaleza y características del Estado de Bienestar, el autor también matiza las diferentes formas que suele adoptar éste

en función del grado de institucionalización de los derechos de la ciudadanía, así como del nivel de corporativismo y el criterio político, siguiendo los modelos de varios autores como R. Mishra o el danés Esping-Andersen.

La segunda parte del libro se centra en las teorías que explican el desarrollo del Estado de Bienestar. Para ello, el autor desarrolla su exposición teórica basándose especialmente en el trabajo de Pampel y William (1989), los cuales distinguen las diferentes teorías en dos grupos. Por un parte, las «teorías centradas en la demanda del Bienestar Social», es decir, aquellas que se dirigen al análisis del comportamiento de los grupos sociales o clases que reclaman más expansión del gasto en bienestar (teoría socialdemócrata, sociomarxista, etc.) Por otra, las «teorías centradas en el lado de la oferta», más orientadas al estudio del comportamiento del Estado y sus características estructurales (como el análisis del papel de la burocracia o la influencia del nivel de centralismo del Estado).

Evidentemente, esta diferenciación se realiza por razones analíticas y para facilitar la comprensión de conceptos, tal y como razona Ochando en su explicación, ya que defender únicamente una de las perspectivas sería absurdo si tenemos en cuenta la perspectiva evolucionista del Estado de Bienestar en el que ambos factores intervienen y se condicionan mutuamente.

Por último, la tercera parte del libro nos transmite la necesidad que detecta el autor de una teoría general en la interpretación del desarrollo del Estado de Bienestar español, adoptando una visión integral con las variables más relevantes, las cuales expliquen la expansión del Estado de Bienestar en España.

Para ello, ilustra esta visión y la diversidad de los factores influyentes tomando como base las explicaciones de autores como Villaverde (1986) y su análisis de los factores económicos, políticos y demográficos españoles, o Gadea (1993) y su hipótesis sobre la importancia de los factores estructurales, políticos e institucionales.

En este bloque de contenidos, el autor desglosa las diferentes tipologías de factores influyentes desde diversas perspectivas de análisis, e incita a la reflexión sobre la complejidad en la composición y naturaleza del Estado de Bienestar.

Para concluir, Ochando desarrolla y profundiza en «la hipótesis de los recursos del poder». Esta teoría, también conocida como «socialdemócrata», enfatiza el factor político y sindical para explicar la evolución de la institucionalización de los derechos sociales en las diferentes experiencias políticas del Estado de Bienestar.

Se deduce, por tanto, que las variables económicas en este modelo explicativo tendrán un escaso protagonismo, centrándose el mismo en cómo la política social afecta al núcleo del capitalismo y en el fenómeno de la desmercantilización como resultado de una progresiva social-democratización de la sociedad.

En definitiva, el autor recoge una visión completa, dinámica y amena, que aporta una interesante visión sobre la comprensión del desarrollo de la política social y el Estado de Bienestar, desde sus orígenes hasta nuestros días, y que constituye una importante herramienta para profesionales de las diferentes disciplinas del área de lo social y lo económico.

SARA DE LA PINTA PRIETO

Trabajadora Social. Estudiante de segundo Ciclo de Ciencias del Trabajo

Egin-asmo ditugun aztergaiak

26. zbk.: Lan eta gizarte eskubideak krisi garaian.

Zenbaki honetarako artikuluak 2012ko ekainaren 30 baino lehenago helarazi beharko zaizkio aldizkariari

Argitaratutako aleak

1. zbk.: Lan-denbora.
2. zbk.: Lana XXI. mendean.
3. zbk.: Ekoizpen harremana eta ekoizpen artikulazioa.
- Berezia: Mintegia: Lan Zientzietako lizentziatura erantzea UPV/EHU-n.
4. zbk.: Enplegu beterantz? Lan-politikak Europan.
5. zbk.: Lan-harremanak garapen bidean. Aldaketak enpleguan eta gizarte-babesean.
- Berezia: Lan osasuna.
6. zbk.: Desindustrializazioa eta birsortze sozioekonomikoa.
7. zbk.: Laneko jazarpen psikologiko edo mobbing-ari buruzko gogoetak eta galderak.
- Berezia: UPV/EHU ko Lan Harremanen Unibertsitate Eskolak ematen duen Lan eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideari buruzko egungo eztabaiden Bigarren Jardunaldiak.
8. zbk.: Lan-merkatua eta inmigrazioa.
9. zbk.: Etika eta enpresa.
10. zbk.: Pentsioak.
11. zbk.: Lan merkatua eta ijitoen ingurunea.
12. zbk.: Globalizazioa eta Lan Merkatua.
13. zbk.: Emakumeak eta Lan Merkatua.
- Berezia: Beste Globalizazio baterako tokiko proposamenak. Globalizazio ekonomiko, Eskubide Sozial eta Lan Arauei buruzko seminarioa.
14. zbk.: Enpresen gizarte-erantzukizuna.
15. zbk.: Dependentsiaren inguruko eztabaida.
16. zbk.: Malgutasuna *versus* Egonkortasuna.
17. zbk.: Lan harremanetako eta giza baliabideetako ikasketak eta lan-praktikak.
18. zbk.: Lanbidea eta Familia Zaintza.
19. zbk.: Espainiko enpresa transnazionalak eta Korporazioen Erantzukizun Sozialak.
- 20-21. zbk.: Krisiaren eraginak arlo soziolaboralean.
22. zbk.: Gizarteratzea eta enplegu politikak.
23. zbk.: Emakume langileen Laneko Segurtasun eta Osasuna.
24. zbk.: Adina, erretiroa eta lan merkatuan irautea.
25. zbk.: Berdintasuna eta diskriminaziorik eza lan harremanetan, generoa dela medio.

Próximos temas previstos

N.º 26: Derechos laborales y sociales en tiempos de crisis.

Los artículos para este número deberán ser entregados en la revista con anterioridad al 30 de junio de 2012.

Números publicados

- N.º 1: El tiempo de trabajo.
- N.º 2: El trabajo en el s. XXI.
- N.º 3: Relación productiva y articulación de la producción.
- Especial: Seminario sobre la implantación de la licenciatura en Ciencias del Trabajo en la UPV/EHU.
- N.º 4: ¿Hacia el pleno empleo? Políticas de empleo en Europa.
- N.º 5: Las relaciones laborales en evolución. Cambios en el empleo y la protección social.
- Especial: Salud laboral.
- N.º 6: Desindustrialización y regeneración socioeconómica.
- N.º 7: Reflexiones y preguntas sobre el acoso psicológico laboral o *mobbing*.
- Especial: Segundas Jornadas sobre cuestiones de actualidad del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de la UPV/EHU.
- N.º 8: Mercado de trabajo e inmigración.
- N.º 9: Ética y empresa.
- N.º 10: Pensiones.
- N.º 11: Mercado de trabajo y mundo gitano.
- N.º 12: Globalización y mercado de trabajo.
- N.º 13: Mujeres y mercado de trabajo.
- Especial: Propuestas locales para otra Globalización. Seminario sobre Globalización Económica, Derechos Sociales y Normas Laborales.
- N.º 14: Responsabilidad social empresarial.
- N.º 15: El debate sobre la dependencia.
- N.º 16: El debate sobre la flexiseguridad.
- N.º 17: Los estudios y las prácticas profesionales en Relaciones Laborales y Recursos Humanos.
- N.º 18: Empleo y cuidados familiares.
- N.º 19: La empresas transnacionales españolas y la Responsabilidad Social Corporativa.
- N.º 20-21: Aspectos sociolaborales de la crisis.
- N.º 22: Inclusión social y políticas de empleo.
- N.º 23: La Seguridad y Salud Laboral de las mujeres trabajadoras.
- N.º 24: Edad, jubilación y permanencia en el mercado de trabajo.
- N.º 25: Igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales.

Artikuluari buruzko proposamenak

Egileentzako informazioa

LAN-HARREMANAKek eskatu ez dituen artikuluak onartzen ditu, baina horrek ez du esan nahi horregatik horiek argitaratzeko konpromisorik hartzen duenik. Artikulu horien argitalpena kalitatea eta abagune irizpideei lotuta egongo da (gertutzen ari diren ale horretako edo horietako gaiekiko sintonia, eskura dagoen espazioa, eta abar).

Artikuluak jasotzeko arau orokorrak jarraian xehekatuko diren hauek izango dira:

1. Artikuluak LAN-HARREMANAKek hurrengo aleetarako adieraziko dituen gai monografikoei lotuta egongo dira.
2. Artikuluak ondoko helbide honetara igorriko dira: «LAN-HARREMANAK / Lan-Harremanetarako Aldizkaria, Euskal Herriko Unibertsitatea, Lan-Harremanetarako U.E., Leioako Campusa, Sarriena auzoa, z./g. 48940 LEIOA (Bizkaia).
— Halaber, artikuluak jasoko dira ondoko posta elektronikoko helbidean: pilar.galdeano@ehu.es.
3. Artikuluak **jatorrizkoak** izango dira eta bidezko disketean etorriko dira (baldin eta postaz igortzen badira). Formatua MS Word izango da, Windows sistema eragilerako.
4. Kapituluaren amaierako bibliografiak eredu hau beteko du, beti kakotzak, parentesiak eta etzanak betez:
Deitura(k), Izena-edo-lehen letrak (data): «Artikuluaren-izenburua», *aldizkaria-edo-liburuaren-izena*, Argitaletxea, Herria.
5. Artikuluak hala gazteleraz nola euskaraz (batua) idatz daitezke eta horrela argitaratuko dira. Baldin eta hizkuntza euskara bada egileak gaztaliuzko itzulpena ere igorriko du.
6. Artikuluarekin batera **laburpen** txikia edo *abstract* bat aurkeztuko da; horren luzera hamar bat lerrokoa izango da (times 10).
7. Artikuluarekin batera bidezko **hitz gakoak** azalduko dira.
8. Egileak ondoko datu pertsonal hauek zehaztu behar ditu:
 - a) Izen-deiturak eta NANA, horren bidezko letra eta guzti.
 - b) Zein enpresa pribatu, publiko, administrazio, sindikatu, enpresa elkartekoa... den.
 - c) Harremanetarako telefonoa eta e-maila.
 - d) Helbidea.
9. Igorri diren artikulu horiek ez zaizkie egileei itzuliko.

Arestian adierazi den moduan, Idazkuntza Kontseiluak beretzat gorde du artikulua argitaratzeko eskubidea, kalitate eta abagune irizpideen arabera.

Idazkuntza Kontseiluak egileei artikulua onartu diren ala ez jakinaraziko die, baina ez du izango hortik aurrera horiei buruzko postatrakerik izateko betebeharririk.

LAN-HARREMANAKek ahaleginak egingo ditu artikuluen separatakin egin eta egileei igortzeko; dena dela, egintza hori une bakoitzean eskura izango diren bitartekoekin pentzutan egongo da. Baldin eta aurreko hori zilegi ez bada, aldizkariaren ale bat igorriko zaio bertan artikulua argitaratzen duen guztiari. Bai igorpen hori eta bai, hala denean, aurrekoa, doan egingo dira.

Aurreko idatz-zatiei buruzko iruzkinen bat nahi duenak ondoko pertsona hauengana jo behar du: Pilar Galdeano (A.Z.P.), 94 601 32 15 eta Elixabete Errandonea (idazkaria), 94 601 31 06. E-maila: pilar.galdeano@ehu.es.

Gai monografikoen proposamena

LAN-HARREMANAKek gaien proposamenak onartzen ditu, baina ez du horiek erabiltzeko konpromisorik hartzen.

Gaien proposamena egiterakoan nahitaez hartuko dira kontuan ondoko hauek:

1. Proposatutako den gaiak Lan-Harremanen esparruan duen kokapena.
2. Gai horren interesa eta egunerokotasuna.
3. Monografikoak izan beharko du eta disziplina askotatik hurbiltzeko aukerak emango ditu.
4. LAN-HARREMANAKen inoiz landu gabea izango da.

Edozer argitzeko ondoko pertsonarengana jo daiteke: Elixabete Errandonea (idazkaria), 94 601 31 06. E-maila: pilar.galdeano@ehu.es.

Propuesta de artículos - Información para los autores

LAN-HARREMANAK acepta artículos no solicitados si bien no adquiere por ello el compromiso de su publicación. La publicación de los artículos dependerá de criterios de calidad y oportunidad (sintonía temática con el número o números en preparación, disponibilidad de espacio, etcétera).

Las normas genéricas para la recepción de artículos son las que a continuación se detallan:

1. Los artículos guardarán relación con los temas monográficos que serán avanzados en las páginas de LAN-HARREMANAK para futuros números.
2. Los artículos serán enviados a la dirección: «LAN-HARREMANAK / Revista de Relaciones Laborales», Universidad del País Vasco, E. U. de Relaciones Laborales, Campus de Leioa, B.º Sarriena s/n, 48940 LEIOA (Bizkaia).
— También se recibirán artículos en la dirección de correo electrónico: pilar.galdeano@ehu.es.
3. Los artículos deben ser **originales** y con su correspondiente disquete (en caso de ser enviados por correo). El formato será MS Word para sistema operativo Windows.
4. La bibliografía, que irá al final del capítulo seguirá el siguiente modelo siempre respetando comillas, paréntesis y cursivas:
Apellido/s, Nombre-o-inicial/es, (fecha): «Título-del-artículo», en *Nombre-de-la-revista-o-libro*, Editorial, Localidad.
5. Los artículos se podrán redactar y serán, en su caso, publicados en Castellano o Euskera (batua). En caso de ser en esta última lengua el autor enviará también traducción en castellano.
6. Los artículos deberán ir acompañados de un breve **resumen** o *abstract* cuya extensión será de en torno a las 10 líneas (Times 10).
7. Los artículos deben de ir acompañados de una o varias **palabras clave** correspondientes.
8. El autor debe especificar los siguientes datos personales:
 - a) Nombre, apellidos y DNI con su letra correspondiente.
 - b) Pertenencia a empresa privada, pública, administración, sindicato, asociación empresarial..., y puesto que ocupa. (Si es el caso).
 - c) Teléfono y E-mail de contacto.
 - d) Dirección.
9. Los artículos enviados no serán devueltos a sus autores.

Como queda dicho, el Consejo de Redacción se reserva el derecho de publicar los artículos atendiendo a los criterios de calidad y oportunidad.

El Consejo de Redacción informará a los autores sobre la aceptación o no de sus artículos pero no adquiere la obligación de mantener ulterior correspondencia sobre los mismos.

LAN-HARREMANAK intentará elaborar separatas de los artículos para enviar a sus autores, si bien esta acción dependerá de la disponibilidad de recursos en cada momento. Si enviará, si lo anterior no fuera posible, un ejemplar de la revista a todo aquel que publique un artículo en la misma. Tanto este envío como el anterior, si hubiere lugar, serían totalmente gratuitos.

Para cualquier aclaración sobre los puntos anteriores pueden ponerse en contacto con las siguientes personas: Pilar Galdeano (P.A.S.), 94 601 32 15 y Elixabete Errandonea (secretaria), 94 601 31 06. E-mail: pilar.galdeano@ehu.es.

Propuesta de temas monográficos

LAN-HARREMANAK acepta propuestas de temas si bien no adquiere por ello el compromiso de su utilización.

Al realizar propuesta de temas será necesario tener en consideración los siguientes aspectos:

1. Ubicación del tema propuesto en el ámbito de las Relaciones Laborales.
2. Interés y actualidad del tema.
3. Habrá de ser monográfico y permitir aproximaciones multidisciplinares.
4. Deberá ser inédito en LAN-HARREMANAK.

Para cualquier aclaración sobre los puntos anteriores pueden ponerse en contacto con Elixabete Errandonea (secretaria), 94 601 31 06. E-mail: pilar.galdeano@ehu.es.

Eraikuntza Hastapenak

LAN-HARREMANAK, Euskal Herriko Unibertsitateko Lan Harremanetako UEren ekimenez sortua, jatorrizko helburu hauekin jaio zen:

1. Lanaren fenomenoaz aztertu jakintzagai askoren ikuspuntutik.
2. Hausnarketa- eta elkarrakzio-topagunea sortzea, non administrazio-, gizarte- zein ekonomia-sektore ezberdinak ideia bateragarriak sortu eta elkarrekin aldatzeko aukera izango duten.
3. Ideien bidez langabezia eta gizarte-bazterketa erazi, egungo munduko narrioak baitira.

Principios Fundacionales

LAN-HARREMANAK nació por iniciativa de la E. U. de Relaciones Laborales de la Universidad del País Vasco, con los siguientes objetivos fundacionales:

1. Estudiar el fenómeno del trabajo desde una perspectiva interdisciplinar.
2. Crear un espacio de encuentro y reflexión donde los distintos sectores económicos, sociales y de la Administración puedan intercambiar y generar ideas convergentes.
3. Contribuir por medio de las ideas a la erradicación del desempleo y la exclusión social, como lacras del mundo contemporáneo.