La igualdad de trato por razón de sexo en el acceso y permanencia en el trabajo. Especial referencia a las políticas de empleo femenino en España^{*}

Juan Manuel Herreros López'

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Constitucional
UNIVERSIDAD EUROPEA DE MADRID

Aránzazu Roldán Martinez'

Doctora en Derecho Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social **U**NIVERSIDAD **E**UROPEA DE **M**ADRID

I. Discriminación de la mujer en el acceso y permanencia en el trabajo

El sexo es una condición orgánica que distingue al hombre de la mujer y que históricamente ha supuesto un reparto no elegido de los roles de cada uno de los géneros. Un reparto del todo injusto que colocó al hombre en una posición dominante y a la mujer en una posición dominada, produciéndose así una discriminación basada en una causa natural y en principio inmodificable. Manifestación clara de ese reparto injusto la hallamos en el campo del mercado de trabajo, donde aún hoy podemos encontrar importantes discriminaciones de la mujer al menos en dos ámbitos fundamentales: el acceso y permanencia en ese mercado de trabajo, de un lado, y las condiciones reguladoras de la relación laboral, de otro. Sin excluir de este estudio la mayor precariedad que las mujeres sufren frente a los hombres en sus condiciones de trabajo, me ocuparé aquí principalmente de las discriminaciones existentes en el acceso y permanencia

^{*} Este artículo tiene origen en la Comunicación "Igualdad y Mercado de Trabajo" presentada por el profesor Juan Manuel Herreros a la Mesa "Principio de Igualdad y no discriminación", VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, del 3 al 5 de diciembre de 2003, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla. El epígrafe dedicado a la acción de la Unión Europea tiene su origen en el Seminario "Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres", dictado por Aránzazu Roldán en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo (Concepción), el 3 de julio de 2003.

¹ Vid., en este sentido, SEVILLA MORENO, J., "Igualdad y discriminación", en *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Amsterdam*, AA.VV., Madrid, Instituto de la Mujer, (2001), p. 24.

de la mujer en el mercado de trabajo, por ser este ámbito, a mi juicio, el que mejor se acomoda a un análisis realizado desde el Derecho Constitucional y la Ciencia Política, tomando como perspectiva concreta las Políticas Sociolaborales.

La existencia de discriminaciones en el ámbito del trabajo no es en absoluto baladí, sino que, por el contrario, ofrece especial relevancia al ser éste uno de los ámbitos de la vida más importantes. Tomando en consideración al individuo, el trabajo se erige en instrumento esencial para la integración social de la persona y el desarrollo de su personalidad, pues no en vano es el modo ordinario o común por el que la persona consigue su independencia y autonomía económicas. El desempleo es, sensu contrario, una de las mayores causas de desarraigo social de una persona, convirtiéndose en un verdadero drama personal y familiar de quienes directamente lo padecen. Tomando en consideración a la comunidad en su conjunto, el trabajo se demuestra medio indispensable para el desarrollo social, económico o cultural de la misma, mientras que, a la inversa de nuevo, las altas tasas de paro van siempre asociadas a sociedades de poca prosperidad y desarrollo.²

Parece poco discutible, tanto desde una perspectiva histórica, como desde un análisis actual, la infrautilización e infrarrepresentación de las mujeres en el mundo del trabajo. Las estadísticas no dejan dudas sobre la discriminación que hoy sigue sufriendo la mujer en el acceso y permanencia dentro del mercado de trabajo. Esas estadísticas muestran con claridad que la tasa de desempleo femenino es sensiblemente superior a la del desempleo masculino,³ así como que el empleo precario –en especial el empleo temporal y los bajos salarios– también afecta en mayores porcentajes a las mujeres que a los hombres.⁴ Analizando los resultados de las Encuestas de Población Activa, elaboradas por el Instituto Nacional de Estadística, he de hacerme eco de un primer dato positivo que invita al optimismo y la esperanza: el progreso de la tasa de empleo de mujeres españolas entre 16 y 64 años ha sido notable entre los años 1997 y 2002, pasando de un 34% en

² En línea con estas reflexiones puede verse, por ejemplo, CANO, Y.; CHARRO, P.; SAN MARTIN, C.; SEMPERE, A.V., *Políticas Sociolaborales*, Editorial Laborum, Murcia, 2ª edición (2003), pp. 91 y 92.

³ Siguiendo los "Indicadores económico-sociales" que recoge el Boletín mensual "Panorama Económico-Social de España", editada por el Consejo Económico y Social, el total de ocupados varones existentes en el tercer trimestre de 2003 era (en miles) de 10.353,6, mientras que el de ocupadas mujeres era de 6.464,2. El total de asalariados varones en el mismo periodo de tiempo era (en miles) de 8.218,7, por 5.511,5 de mujeres. Por último, el número de parados varones era (en miles) de 916,2, por 1.198,4 de mujeres paradas (vid. "Panorama Económico-Social de España", Madrid, Consejo Económico y Social, Nº 109, noviembre de 2003, p. 3).

¹ Sobre estas diferencias entre hombres y mujeres en los ámbitos señalados véase, por ejemplo, CANO, Y.; CHARRO, P.; SAN MARTIN, C.; SEMPERE, A.V., *Políticas Sociolaborales*, op. cit., pp. 95, 98, 117 y 126.

1997 a un 45% en 2002. Ese avance en 11 puntos debe considerarse importante pero insuficiente si apreciamos que la distancia con la media de los países de la Unión Europea se encuentra aún a 10 puntos –mientras que en el caso de los varones es sólo de un punto–, y esa distancia crece a 15 puntos respecto del objetivo fijado para 2010.⁵ Por otro lado, y en relación al último cuatrimestre de 2002, es significativo reseñar que mientras la tasa de desempleo masculino se situó en un 8,3 %, la de desempleo femenino se situó en un 16,2 % –prácticamente el doble–, al tiempo que el índice de temporalidad del empleo femenino alcanzó un 33,8 %.⁶ Así pues, y aun constatando un notable avance en el crecimiento del empleo femenino durante los últimos años, persiste una importante discriminación de la mujer en el mundo del trabajo y se evidencia la necesidad de intensificar las medidas de acción positiva a favor de las mujeres.

La discriminación de la mujer en el mercado de trabajo es debida a múltiples causas. La primera de ellas es, qué duda cabe, el influjo histórico por el que la actividad remunerada –aquella realizada habitualmente fuera del hogar- quedaba asignada al varón, mientras que a la mujer le estaban reservadas las tareas domésticas. No poca importancia ha de concederse a la dificultad de conciliar vida familiar y laboral en un contexto en el que, como consecuencia del influjo histórico antes señalado, la mujer sique siendo la que mayoritariamente se encarga de las labores domésticas y familiares. Otra causa importante en el menor acceso y permanencia de la mujer al mercado de trabajo, sobre todo en el sector privado de la actividad económica, hay que buscarla en el hecho natural de la maternidad femenina, que aún sigue retrayendo a no pocos empresarios a la hora de contratar a mujeres o consolidar sus puestos de trabajo. Por último, y en referencia a las mujeres mayores de 45 años, cabe mencionar el dato general de su menor cualificación y experiencia profesionales respecto de los hombres, como consecuencia de que precisamente en esta franja de edad es donde hallamos a un mayor número de mujeres que han dedicado más tiempo y energía a labores familiares y domésticas que a actividades profesionales.

A lo largo de este articulo se estudiarán las medidas que tanto desde la Comunidad Europea como desde el Estado español se han adoptado para neutralizar los efectos negativos que dichas causas provocan en el acceso y la permanencia en el empleo.

 $^{^{5}}$ Véase el Boletín *Panorama sociolaboral de la mujer en España*, editado por el Consejo Económico y Social, N 9 31, primer trimestre de 2003, p. 3.

⁶ lbíd., p. 4.

II. La acción de la Comunidad Europea en la lucha contra la discriminación laboral de la mujer

La igualdad de trato entre hombres y mujeres y la prohibición de discriminación es uno de los pilares del Derecho Social Comunitario. La aplicación de dicho principio en el ámbito laboral ha conocido una evolución espectacular, en cierta medida paralela a la progresiva afirmación de la importancia de los derechos humanos en los procesos de la construcción europea. Concebido originariamente como un principio limitado a la igualdad de trato en materia de remuneración, con el tiempo, y ante la ausencia de preceptos legislativos que estableciesen un principio general de igualdad, surgió la necesidad de elaborar un marco jurídico adicional que afianzase y reforzase la paridad entre hombres y mujeres. Circunstancia que llevó a la adopción de varias Directivas⁷ que al ser normas que definen criterios generales y estar necesitadas de desarrollo, contribuyeron a que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -en adelante TICE- adquiriese un papel preponderante en la interpretación y aplicación de las mismas.8 Con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam –el 1 de mayo de 1999– el citado principio se ha convertido en un objetivo comunitario explícito,

⁷ Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en lo que se refiere a la aplicación del principio de igualdad de retribuciones entre los trabajadores masculinos y femeninos (DOCE L 45, de 19 de febrero de 1975). Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación, promoción profesionales y condiciones de trabajo (DOCE L 39, de 14 de febrero de 1976) modificada por Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 (DOCE L 269, de 5 de octubre de 2002). Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes legales de la Seguridad Social (DOCE 6/24, de 10 de enero de 1979). Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social (DOCE L 225, de 12 de agosto de 1986) modificada por la Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996 (DOCE L 46, de 17 de febrero de 1997). Directiva 86/313/ CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las agrícolas, así como la protección de la maternidad (DOCE L 359, de 19 de diciembre de 1986). Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la adopción de medidas para promover la mejora de la Seguridad y Salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia (DOCE L 348, de 28 de noviembre de 1992). Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental celebrado con la UNICE, CEEP y el CES (DOCE L 145, de 19 de junio de 1996). Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, sobre modificación de la carga de la prueba en los procesos de tutela antidiscriminatoria (DOCE L 14, de 20 de enero de 1998). Por último cabe citar dos Directivas que se refieren de forma generalizada a la igualdad de trato, aunque sin referirse específicamente a la paridad por razón de sexo, la Directiva 2000/43/CE de 29 de junio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/ 78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (DOCE L 303, de 2 de diciembre de 2000). ⁸ Vid, BIURRUN ABAD, F. J.; MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.; PEREZ CAMPOS, A. I., Cuestiones laborales de Derecho Social Comunitario, Aranzadi-Thomson, Madrid, 2002, pp.135-136.

establecido en el art. 2 del Tratado de la Comunidad Europea⁹ – en adelante TCE–. Disposición que se completa con el nuevo artículo 3 párrafo segundo de dicha norma, donde se establece que "en todas sus actividades la comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad", y a tal objetivo sirve la facultad que el artículo 13 del mismo Tratado confiere al Consejo para que, por unanimidad, a propuesta de la Comisión, y previa consulta al Parlamento Europeo, pueda adoptar acciones adecuadas contra la discriminación por razón de sexo, raza o etnia, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.¹º Por su parte, el artículo 137.1 i) TCE¹¹ también fija, dentro de los fines de la política social comunitaria, el relativo a "la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo"; un fin que es objeto de un más amplio desarrollo en el artículo 141 del TCE.¹²

La regulación del principio de igualdad por razón de sexo se circunscribe principalmente a las siguientes áreas: la igualdad salarial, el acceso al empleo, formación y promoción profesional, a las condiciones de trabajo y la igualdad en materia de Seguridad Social. Este último aspecto se dejará fuera de nuestro estudio dado que excedería su objeto.

El art.141 TCE, apartados primero y segundo, recoge de forma expresa la igualdad salarial como principio que deben garantizar los Estados miembros ante la realización de un mismo trabajo o de un trabajo de igual valor;¹³ una igualdad que ha de entenderse referida al sueldo de base o mínimo y a cualesquiera

⁹ Tratado constitutivo de 25 de marzo de 1957 de la Comunidad Europea (BOE de 1 de enero de 1986). El art. 3.2 fue añadido por el art. 2.3.e) del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 (BOE de 17 de diciembre de 1998 e Instrumento de Ratificación en BOE de 7 de mayo de 1999).

¹⁰ Sobre el art. 13 TCE MOREIRO GONZALEZ, C. J., "La acción comunitaria en la lucha contra la discriminación", en *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Amsterdam*, op. cit., pp. 54-58. De acuerdo con este autor, la ubicación del art. 13 en la Primera Parte del Tratado, los Principios, "asegura que los actos institucionales que desarrollen su contenido gozarán, principalmente en lo que atañe a sus efectos, de la especificidad inherente al Derecho comunitario derivado, a la par que garantiza su tutela efectiva por el Tribunal de Justicia y los órganos judiciales de los Estados miembros" (p. 55).

¹¹ Nueva redacción dada por el art. 2.9 del Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001.

¹² Antiguo art. 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea. Nueva redacción dada por el art. 2.22 del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997.

¹³ El parámetro de "un trabajo de igual valor" fue introducido por el Tratado de Amsterdam, pues, con anterioridad, el artículo 141.1 (antiguo 119.1) sólo hacía mención a "un mismo trabajo". Se amplía así el criterio estricto de "mismo trabajo", de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 del Convenio 100 sobre igualdad de remuneración de la OIT de 1951, y de acuerdo con la propia jurisprudencia del TJCE a través de Sentencias como la de 8 de abril de 1976, *Defrenne contra Sabena*, Asunto 43/75; la de 27 de marzo de 1980, *Macarthys Ltd. contra Wendy Smith*, Asunto 129/79; o la de 6 de julio de 1982, *Comisión contra Reino Unido*, Asunto 61/81. Este carácter imperativo del principio de igualdad es aplicable tanto a las disposiciones legales y reglamentarias, como a los convenios colectivos y contratos de trabajo (véase la Sentencia de 30 de marzo de 2000, Asunto 236/98, ap. 41).

otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. 14

Los párrafos tercero y cuarto inciden directamente en la exigencia del principio de igualdad de trato en la incorporación y permanencia en el trabajo:

- El apartado tercero se refiere a una igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la incorporación y permanencia dentro del mercado de trabajo, ordenando al Consejo la adopción, mediante el procedimiento legislativo de codecisión de las medidas pertinentes para garantizar dicha igualdad.
- El apartado cuarto, por último, incorpora un claro principio de iqualdad material al posibilitar que los Estados miembros puedan "mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales". Medidas que han de entenderse dirigidas tanto a fomentar la incorporación y permanencia de la mujer en el mercado de trabajo, como a la igualación de sus condiciones laborales con respecto a la de los varones.

El principio de igualdad de trato en el acceso al empleo, formación, promoción profesional y las condiciones de trabajo es objeto de tratamiento particularizado en la Directiva 76/207/CEE, de 9 febrero 1976, cuyas previsiones deben complementarse con las disposiciones de la Directiva 92/ 85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. En su noveno considerando, se indica que tiene por objetivo, en particular, que las mujeres no queden desfavorecidas en el mercado de trabajo por razón de su embarazo.

El principio de igualdad de trato se configura como un principio transversal que debe ser tenido en cuenta de forma activa al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades (art. 1 bis Directiva 76/207).15

15 Vid en este sentido, LOUSADA AROCHENA, J. F., "El principio de transversalidad en el ámbito de las relaciones laborales (Un comentario de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de

2002)", Relaciones Laborales, núm. 22, diciembre 2003, pp.15-37.

[🌁] A la hora de justificar este principio de igualdad de retribución, el TJCE no se sustrajo, en 1976, a realizar una interpretación económico-empresarial de dicho principio. En concreto, el Tribunal declaró que "en la competencia intracomunitaria, las empresas establecidas en Estados que han aplicado efectivamente el principio de igualdad de retribución no sufran una desventaja competitiva en relación con las empresas situadas en Estados que no han eliminado aún la discriminación" (véase la Sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne II, Asunto 43/75, ap. 39).

Se define dicho principio como la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, en los sectores público o privado, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar (art. 2.1 en conexión con el 3.1 Directiva 76/207).

Existe "discriminación directa" cuando una persona es, ha sido o puede ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo. El art. 2.7 de la Directiva 76/207/CEE, recogiendo reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entiende que todo trato desfavorable por razón de embarazo o del disfrute de los derechos de maternidad constituye una discriminación basada directamente en el sexo, 16 pues ese estado sólo puede afectar a las mujeres.¹⁷ Si la discriminación tiene lugar en un proceso de selección es indiferente que en el mismo participe sólo personal femenino.¹⁸ Interesa destacar de manera muy especial que no existe obligación por parte de la trabajadora de comunicar el embarazo, pues este factor no tiene por qué ser tenido en cuenta en la decisión del empresario y sin que afecte a tal prohibición el que la trabajadora no pueda prestar sus servicios durante una parte significativa de la duración de su contrato. 19 Respecto a la negativa a contratar por los trastornos que va a causar el embarazo, el Tribunal de Justicia ha declarado que la negativa de contratación debida al embarazo no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su permiso de maternidad.²⁰ La misma conclusión se impone respecto del perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto correspondiente durante su embarazo como consecuen-

¹⁶ Vid, SJCE de 30 de abril 1998, *Thibault*, Asunto 136/95, ap. 29: el principio de no discriminación exige que la trabajadora, que en virtud del contrato de trabajo sigue vinculada al empresario durante su permiso de maternidad, no se vea privada de sus condiciones de trabajo que se aplican tanto a los trabajadores del sexo femenino como a los del sexo masculino y que derivan de dicha relación laboral. Una mujer que, en lo relativo a sus condiciones de trabajo, sufre un trato desfavorable consistente en verse privada del derecho a ser objeto de una calificación anual y, en consecuencia, de poder beneficiarse de una promoción profesional debido a una ausencia por permiso por maternidad, resulta discriminada por razón de su embarazo y de su permiso por maternidad. Semejante comportamiento constituye una discriminación basada directamente en el sexo.

¹⁷ Véanse en relación con despido las sentencias TJCE de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, Asunto 177/88, ap. 12; de 8 noviembre 1990, *Hertz*, Asunto 179/88, ap. 13; de 5 de mayo de 1994, *Habermann-Beltermann*, Asunto 421/92, ap.15, y de 14 de julio de 1994, *Webb*, Asunto 32/93, ap. 19).

¹⁸ STJCE de 8 de noviembre de 1990, Dekker, Asunto 177/88.

¹⁹ STJCE de 4 de octubre de 2001, *Tele Danmark*, Asunto 109/00, ap.34; STJCE de 27 de febrero de 2003, *Busch*, Asunto 320/01: reincorporación de una trabajadora tras el descanso por maternidad. Aprecia el TJCE que no existe obligación de comunicar el nuevo embarazo aunque no pueda realizar determinadas actividades debido a una prohibición de empleo para determinadas tareas inherentes a su función que es aplicable desde el primer día.

²⁰ STICE de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, Asunto 177/88, ap. 12: la empresa no contrata a la trabajadora porque al equipararse embarazo y enfermedad el seguro no le devolvería la prestación por maternidad, siendo muy costosa la contratación de un sustituto.

cia de una prohibición legal de trabajo vinculada a dicho estado.²¹ Aunque la disponibilidad del empleado es necesariamente para el empresario un requisito esencial para la correcta ejecución del contrato de trabajo, la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo y, después, tras el parto no puede depender de si la presencia de la interesada, durante el período correspondiente a su permiso de maternidad, es indispensable para la buena marcha de la empresa en la que está empleada. La interpretación contraria privaría de efecto útil a las disposiciones de la Directiva 76/207/CEE.²²

Se habla de "discriminación indirecta" para referirse a aquella 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. ²³ La STJCE de 9 de febrero 1999, Seymour-Smith y Pérez, Asunto 167/97, destaca en este sentido la importancia de los datos estadísticos a los efectos de apreciar discriminaciones indirectas y justificación por factores objetivos.

Tanto el acoso (mobbing) relacionado con el sexo de una persona como el acoso sexual se considerarán discriminación por razón de sexo y, por lo tanto, se prohibirán (art. 2.2 Directiva 76/207/CEE). Se entiende por "acoso" la

²¹ STJCE de 3 de febrero de 2000, *Mahlburg*, Asunto 207/98, ap. 29: trabajadora de hospital que presenta solicitud para otro puesto en el que no podría trabajar en los primeros meses por riesgo en el embarazo.

²² Ap. 26 de la STJCE Webb, antes citada.

²³ Vid, por ejemplo STJCE de 2 octubre 1997, Kording, Asunto 100/95. El Tribunal enjuiciaba la acomodación al Derecho comunitario de una normativa que eximía del examen de acceso a una profesión. Entiende que la Directiva 76/207/CEE se opone a una legislación nacional que prevé que, en el caso de una actividad a tiempo parcial con un tiempo de trabajo no inferior, en todo caso, a la mitad de la jornada habitual, el período de ejercicio de las funciones profesionales exigido para quedar exento de examen de acceso a la profesión de asesor fiscal se prolongará en la correspondiente proporción. Se trata de una discriminación indirecta en tanto tales disposiciones afecten a un número muy superior de mujeres que de hombres, salvo que dicha legislación esté justificada por criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. En España, la sentencia del Tribunal Constitucional 203/2000, de 24 de febrero (BOE de 24 de agosto) apreció discriminación indirecta por razón de sexo en la denegación del derecho a la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos a los facultativos interinos, dado que dicha denegación provoca unos perjuicios en el ámbito familiar y laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres. La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo 2000 (Rec. 3708/1999) apreció la existencia de una discriminación indirecta en la decisión de una empresa de exigir un título superior de Formación Profesional para acceder a la contratación de especialista, titulación que excedía de las previsiones del Convenio Colectivo que no exigía ninguna titulación. Aunque tal exigencia afectara formalmente por igual a hombres y mujeres, resultaba desproporcionada –dada la mínima cualificación de la categoría- y perjudicial para el colectivo femenino, que por razones socioeconómicas no suele poseer tal título; siendo significativo que la propia sentencia de instancia en su hecho probado sexto exprese que "son escasas" las mujeres que lo tienen. Y en todo caso, la empresa no aportó ninguna prueba objetiva y razonable de tal exigencia.

situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. El "acoso sexual" se define como la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

El principio de igualdad de trato tiene un ámbito de aplicación que abarca todo tipo de etapas o situaciones relacionadas con la vida laboral tanto en su inicio, desarrollo como extinción:

- a) Las condiciones de acceso al empleo,²⁴ al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción.²⁵
- b) Dado que la formación profesional está íntimamente conectada con la igualdad de trato en el acceso al empleo y es necesaria para asegurar su plena efectividad, se garantiza la presencia del principio de igualdad de trato en el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica.
- c) Las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido y de retribución. El TJCE ha venido interpretando de manera amplia el concepto de despido, entendiendo por tal la extinción del contrato cualquiera que sea el nombre que a esa terminación le den las partes, incluido el cese por mutuo acuerdo.²⁶ Abarca también los supuestos de existencia de lími-

²⁴ En España la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 3 de enero de 2001 (Rec. 3009/2000) aplica la directiva 76/207/CEE en un supuesto en que una empresa de limpieza viaria, tenía una plantilla compuesta únicamente por hombres, habiendo contratado en alguna ocasión a mujeres con carácter temporal y a tiempo parcial. Estos datos permiten hablar de indicios de discriminación del colectivo femenino en el acceso al empleo, lo cual hace recaer sobre el empleador la carga de desvirtuar la existencia de los mismos, dado que la discriminación laboral puede existir incluso en fases anteriores a la formalización del contrato de trabajo. ²⁵ En la noción de acceso al empleo se incluyen también las ofertas de empleo, e incluso en el asunto Schnorbus el TICE establece que el mencionado principio paritario debe extenderse a los períodos de formación necesarios y previos para acceder a un empleo, en concreto, alude a unas prácticas jurídicas preparatorias para acceder a un puesto en la función pública alemana que se le deniega a la mujer, porque al haber plazas limitadas se da preferencia a las personas que hubiesen prestado un servicio militar o civil (STJCE de 7 diciembre, Schnorbus, Asunto 79/99, ap.28). Vid, BIURRUN ABAD, F. J.; MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.; PEREZ CAMPOS, A. I, Cuestiones Laborales de Derecho Social Comunitario, op. cit., pág. 164. ²⁶ STICE de 16 febrero 1982, Burton, Asunto 19/81, ap. 9).

tes de edad para la jubilación obligatoria de los trabajadores en el marco de una política general de jubilación practicada por un determinado empleador.²⁷

d) La afiliación y la participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

Para ello, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que:

- a) Se derogue cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa contraria al principio de igualdad de trato.
- b) Se declare o pueda declararse nula o se modifique cualquier disposición contraria al principio de igualdad de trato que figure en contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de empresas o en los estatutos de profesiones independientes y de organizaciones sindicales y empresariales.

La amplitud de la igualdad de trato en el empleo se ve contrarrestada por la existencia de ciertas excepciones al mismo. Excepciones recogidas en el art. 2 de la Directiva 76/207/CEE, cuya aplicación e interpretación ha suscitado diversas cuestiones prejudiciales a resolver por el TJCE.

La primera de las mencionadas excepciones es la contenida en el apartado sexto del art. 2, que señala: "los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado". Desde la entrada en vigor de la Directiva, el TJCE se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la interpretación de esta excepción y así ha considerado actividades reservadas a un solo sexo:²⁸

– la de matrona, por tratarse de una actividad respecto de la cual "la susceptibilidad personal puede tener mucho peso en la relación entre la persona que la ejerce y el paciente" (STJCE de 8 de noviembre de 1983, Comisión contra Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Asunto 165/82).

²⁷ STJCE de 26 febrero 1986, Marshall, Asunto 152/84, ap. 30.

²⁸ El estudio de la excepción se ha tomado de BIURRUN ABAD, F. J.; MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.; PEREZ CAMPOS, A. I., Cuestiones Laborales de Derecho Social Comunitario, op. cit., pp.170-171.

- el de vigilante de la administración penitenciaria, en la medida en que sus titulares se hallen en contacto directo con los detenidos (STJCE de 30 de junio de 1988, Comisión/República Francesa, Asunto 318/86, aps. 11 a 18).
- ciertos empleos en residencias privadas donde el condicionante a tener en cuenta a la hora de limitar su acceso a un solo sexo sea el respeto de la vida privada (STJCE de 8 noviembre 1983, *Comisión contra Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, Asunto 165/82).
- ciertos empleos en la policía en una situación interna caracterizada por atentados frecuentes y en atención a las exigencias de seguridad pública (STJCE de 15 de mayo 1986, *Johnston*, Asunto 222/84).
- el empleo de las mujeres en determinadas profesiones pertenecientes al ámbito militar. Así en la STJCE Sirdar²⁹ se considera ajustada a derecho la prohibición de las mujeres de desempeñar las funciones de cocinera en la Infantería de Marina del Reino Unido. Dicho cuerpo militar no admite mujeres debido a que se trata de una fuerza de efectivos reducidos y cuyos integrantes están preparados para intervenir en primera línea, incluidos los cocineros. En la STJCE Tanja Kreil³⁰ se considera contraria a la Directiva una ley alemana que prohibía a las mujeres ocupar un empleo en las fuerzas armadas salvo en las unidades sanitarias y las formaciones de música militar. En este caso se trataba de la denegación de la solicitud de una mujer para ocupar un puesto del servicio de mantenimiento (electromecánica de armas) en el ejército federal de Alemania, donde no es admisible considerar como causa justificada de exclusión la naturaleza específica de los empleos o las condiciones especiales de su ejercicio. Como ha señalado el Tribunal, "el hecho de que las personas que sirven en las fuerzas armadas pueden tener que utilizar amas no justifica por sí solo que las mujeres queden excluidas del acceso a los empleos militares".

La protección específica de la maternidad y del embarazo es otra de las razones que justifican la introducción de excepciones en el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. El apartado tercero del art. 2 de la Directiva 76/207/CEE no se opone a que existan medidas de protección especiales en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad. A ello debe añadirse que con ocasión de la compatibilidad de medidas destinadas a proteger la condición materna de la mujer junto con sus derechos laborales, se dicta en el ámbito de la Seguridad y la Salud la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el tra-

²⁹ STJCE de 26 octubre 1999, Sirdar, Asunto 273/97, ap. 30.

³⁰ STJCE de 11 mayo 2000, Tanja Kreil, Asunto 285/98, ap. 28.

bajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia; originando con ello que las madres trabajadoras cuenten con una doble tutela de los derechos vinculados a la relación laboral. Al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere "al embarazo y a la maternidad" el apartado 3 del art. 2 de la Directiva reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato, por una parte de la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después del mismo y, por otra parte, de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sique al embarazo y al parto.³¹ El ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres en virtud del apartado 3 del art. 2 no puede dar lugar a un trato desfavorable ni en lo que atañe a su acceso al empleo ni en lo que respecta a sus condiciones de trabajo. Desde esta perspectiva, la Directiva tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal.32

La mujer en permiso de maternidad –mínimo 14 semanas ininterrumpidas³³– tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

Con independencia de que el despido debido a embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, en consideración al riesgo que un posible despido supone para la condición física y psíquica de las trabajadoras embarazadas que hayan dado a luz o que se encuentren en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora encinta a abortar, el legislador comunitario, con arreglo al art. 10 de la Directiva 92/85/CEE ha previsto una protección particular para la mujer al establecer la prohibición de despido, salvo en los casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada (un despido disciplinario por ejemplo) durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el

³¹ Vid. en particular las sentencias de 12 de julio de 1984, *Hofmann*, Asunto 184/83, ap. 25, de 5 de mayo de 1994, *Habermann-Beltermann*, Asunto 421/92, ap. 21, y de 14 de julio de 1994, *Webb*, Asunto 32/93, ap. 20.

³² Vid, STJCE de 30 de abril 1998, *Thibault*, Asunto 136/95, ap. 26.

³³ Art. 8 Directiva 92/85/CEE: "Permiso de maternidad. 1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2.º disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo 14 semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2. El permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales".

término del permiso de maternidad. De la finalidad de esta disposición se deduce que la ausencia durante el período protegido, salvo por razones no inherentes al estado de la embarazada, ya no puede tenerse en cuenta en lo sucesivo para justificar un despido.³⁴

La prohibición de despido de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o esté en período de lactancia puede invocarse directa e inmediatamente ante los Juzgados y Tribunales de los Estados miembros (efecto directo). Carece de relevancia para la aplicación de la prohibición referida que el contrato sea de duración temporal³⁵ o que se encuentre en período de prueba.³⁶ No es aplicable la prohibición referida a la falta de renovación de un contrato temporal, sino únicamente al despido, sin que ello excluya cualquier posible existencia de una discriminación por razón de sexo. La negativa a prorrogar un contrato temporal puede equiparse a la negativa a contratar.³⁷ Lo mismo cabría decir de la negativa a transformar un contrato temporal en uno indefinido.³⁸

Se plantea un problema interpretativo cuando el despido no es debido propiamente al embarazo, sino a la incapacidad temporal que tiene su origen en el embarazo. En este sentido, el TJCE ha entendido que la Directiva 76/207 se opone al despido de una trabajadora en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por una enfermedad causada por dicho embarazo.³⁹ En la medida en que aparezcan tras el permiso de maternidad los estados patológicos causados por el embarazo o el parto, están comprendidos en el ámbito de aplicación del régimen general aplicable en caso de enfermedad.⁴⁰ En tal situación, la única cuestión es si las ausencias de la trabajadora posteriores al permiso de maternidad y motivadas por la incapacidad laboral resultante de dichos trastornos son tratadas de la misma manera que las ausencias de un trabajador debidas a una incapacidad laboral de idéntica duración; si es así, no existe discriminación basada en el sexo.⁴¹

³⁴ Vid, BIURRUN ABAD, F. J.; MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.; PEREZ CAMPOS, A. I., Cuestiones Laborales de Derecho Social Comunitario, op. cit., páq.176.

³⁵ SSTJCE de 4 de octubre de 2001, *Tele Danmark*, Asunto 109/00, ap. 34; de 4 de octubre de 2001, *Jiménez Melgar*, Asunto 438/99, ap. 46 y 47.

³⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de mayo de 2000 (Rec.1078/2000) que aplica la Directiva 76/207/CEE.

³⁷ STJCE de 4 de octubre de 2001, Jiménez Melgar, Asunto 438/99, ap. 46 y 47.

³⁸ En España la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 marzo 2001 (Rec.316/2001) considera que en el caso de una trabajadora en prácticas embarazada, que es discriminada en el proceso de selección realizado por la empresa para su incorporación como trabajador fijo, dicha decisión empresarial es nula, al obstaculizar el acceso al empleo de la trabajadora en condiciones de igualdad impidiendo la continuidad del vínculo laboral.

³⁹ STJCE de 30 de junio de 1998, Brown, Asunto 394/96.

⁴⁰ Vid, en este sentido, la sentencia Hertz, antes citada, apartados 16 y 17.

¹¹ STICE de 30 de junio de 1998, Brown, Asunto 394/96.

La Directiva tampoco afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción. Los Estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores –hombres y mujeres– del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.

La última excepción al principio de igualdad de trato hace referencia a la llamada discriminación positiva, acción afirmativa o acción positiva. Esta facultad de los Estados para establecer medidas de acción positiva –facultad añadida al TCE por el Tratado de Amsterdam– traía causa de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995, Eckhard Kalanke contra Frei Hansestadt Bremen, Asunto 450/93, que se comentará a continuación.

La interpretación del TJCE en relación con la acción positiva puede calificarse de restrictiva con matizaciones. Junto a la sentencia *Kalanke* es preciso citar otra sentencia que ha sido igualmente discutida, la STJCE de 11 de noviembre de 1997, *Marshall (Asunto 409/95)*. En ambos casos se trataba de disposiciones nacionales relativas a la contratación y a los ascensos en el sector público que daban preferencia a las mujeres en determinadas condiciones.

Del análisis de ambas sentencias se pueden extraer las siguientes consideraciones:

En el caso Kalanke el Tribunal de Justicia señaló que una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo; entendiendo que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en los distintos grados de la categoría de personal de que se trata y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama. El TJCE declara que la normativa nacional que garantiza a las mujeres una prioridad absoluta e incondicional en un nombramiento de promoción sobrepasa los límites de la excepción relativa a la acción

⁴² Los comentarios a las sentencias Kalanke, Marshall y Badeck proceden de BIURRUN ABAD, F. J.; MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.; PEREZ CAMPOS, A. I., Cuestiones laborales de Derecho Social Comunitario, op. cit., pp.180-184.

positiva.⁴³ Declaraba, además, el Tribunal que en el sector público las mujeres no se encontraban ya comparativamente marginadas, pero no dejó suficientemente claro, sin embargo, si este tipo de normativas son admisibles en el sector privado de la actividad.⁴⁴ Frente a esta interpretación, en la redacción del Tratado de Amsterdam prevaleció la voluntad de los Estados miembros de incluir, entre las medidas de discriminación positiva, ventajas dirigidas a favorecer al sexo menos representado en el desempeño de una profesión.⁴⁵

En noviembre de 1997 el Tribunal de Justicia en la sentencia sobre el caso *Marshall* vuelve a analizar la excepción del apartado cuarto del art. 2 de la Directiva 76/207/CEE sobre las denominadas acciones afirmativas. En esta ocasión, el alto Tribunal dictaminó que una ley nacional que da la prioridad a las mujeres frente a hombres igualmente cualificados no está en conflicto con la legislación de la Comunidad, siempre que las mujeres estén infrarrepresentadas en el sector laboral de que se trate y no se excluya desde el principio al competidor varón. La sentencia sobre el asunto *Marshall* viene a matizar la tan discutida sentencia sobre el caso *Kalanke*, toda vez que establece que las mujeres no gozan de preferencia en la promoción si concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor.

De esta jurisprudencia pueden extraerse tres conclusiones:

- en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva debe considerarse como una excepción al principio de igualdad de trato.
- en segundo lugar, dicha excepción tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social.

⁴³ La polémica en torno a esta sentencia alcanzó tal magnitud que hizo necesaria una comunicación de la Comisión [COM (96) 88 final de 27 de marzo de 1996]. Para la Comisión la respuesta del TJCE puede interpretarse de dos maneras: bien excluyendo la posibilidad de justificar cualquier sistema de cuota, incluso aunque contenga una cláusula de salvaguarda que permita tener en cuenta las circunstancias particulares del caso, o bien que el Tribunal de Justicia se atiene a las cuotas "rígidas" previstas en la Ley del Estado de Bremen. Vid, BIURRUN ABAD, F. J.; MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.; PEREZ CAMPOS, A. I., Cuestiones laborales de Derecho Social Comunitario, op. cit., pág. 181, nota 164.

⁴⁴ Arce considera, no obstante, que la Sentencia vendría a admitir dichas normativas en el sector privado (vid. ARCE, J. C., El trabajo de las mujeres en el Derecho Comunitario, Valencia, Tirant lo Blanch, (1999), p. 53).

⁴⁵ Vid., en este sentido, RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Igualdad y políticas sociales tras el Tratado de Amsterdam", en *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Amsterdam*, AA.VV., Madrid, Instituto de la Mujer (2001), pp. 48-49; y SILVA DE LAPUERTA, R., "Las innovaciones del Tratado de Amsterdam en materia de igualdad hombre-mujer", en *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Amsterdam*, op. cit., pp. 44-45.

– en tercer lugar, que en el acceso al empleo o en una promoción, no puede justificarse que las mujeres gocen automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas; por el contrario, tal preferencia está justificada, no automáticamente, y la medida nacional en cuestión garantizará a los candidatos varones igualmente cualificados que su situación sería objeto de una valoración objetiva, en la que se tendrán en cuenta todos los criterios que concurran en los candidatos, independientemente de su sexo (cláusula de apertura).

Aplicando los criterios sentados en la sentencia Marshall el Tribunal de Justicia en la sentencia Badeck¹⁶ consideró que no se oponía al Derecho comunitario una normativa nacional que en los sectores de la función pública en que las mujeres están infrarrepresentadas, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distintos sexo, otorga preferencia a las candidatas femeninas siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos de un plan de promoción de la mujer, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior, 47 a condición de que dicha normativa recoja una "cláusula de apertura". En los apartados 31 y 32 de dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que, para realizar tal apreciación, es legítimo tener en cuenta determinados criterios positivos y negativos que, aunque estén formulados en términos neutros en cuanto al sexo, y que, por lo tanto, pueden beneficiar también a los hombres, favorecen en general a las mujeres. De este modo, puede decidirse que la antigüedad, la edad y la fecha del último ascenso sólo podrán tomarse en consideración si son relevantes para la aptitud, las cualificaciones y la capacitación profesional de los candidatos y las candidatas. Puede también decidirse que no se tendrán en cuenta ni la situación familiar ni los ingresos del cónyuge, y que el trabajo a tiempo parcial, los permisos o el aplazamiento de la terminación de los estudios motivado por el cuidado de hijos o de familiares necesitados de cuidados no tendrán ningún efecto negativo.

El objetivo de dichos criterios es, manifiestamente, lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social y, de este modo, a evitar o compensar, conforme al art.141 TCE, apartado 4, las desventajas en la carrera profesional de las personas del sexo infrarrepresentado.

Respecto a la legalidad de la aplicación de medidas de discriminación positiva cuando las calificaciones de la candidata sean consideradas inferiores a las del candidato varón, aunque suficientes para desempeñar el pues-

⁴⁶ STJCE de 28 de marzo de 2000, *Badeck*, Asunto 158/97.

¹⁷ En el ap. 35 de la STJCE se citan cinco grupos de normas que justificaban que se descartara la regla de promoción de la mujer. A modo de ejemplo, la obligación de ascender a los minusválidos prima sobre la de ascender a las mujeres.

to de que se trate, la sentencia del Tribunal de Justicia Abrahamsson¹⁸ consideró que este método es desproporcionado en relación con el objetivo perseguido y, por lo tanto, contrario al Derecho comunitario.

Las medidas de acción positiva no se limitan al acceso o promoción en el empleo, sino que también se pueden hacer extensivas al disfrute de condiciones de trabajo. Por ejemplo, en relación con la reserva de plazas de quarderías para las trabajadoras, la STICE de 19 de marzo de 2002, Lommers⁴⁹ consideró que no se oponía al Derecho comunitario una normativa adoptada por un Ministerio para remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre su personal y que, en un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de quarderías adecuadas y asequibles, reservar a las funcionarias las plazas de quardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente pueden tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Todo ello siempre que la excepción establecida a favor de los funcionarios se interprete, en particular, en el sentido de que permite el acceso al sistema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asuman solos la quarda de los hijos.

El principio de igualdad establecido en todas estas Directivas va acompañado de la necesaria acción judicial para su defensa, facultad esta que debe ser posibilitada por los Estados miembros en sus respectivos ordenamientos internos, tal y como se prevé en las propias Directivas (art. 6 Directiva 76/207/CEE) y como tiene declarado el TICE.50 Tal obligación implica que las medidas de que se trata sean suficientemente eficaces para alcanzar el objetivo de la Directiva y puedan ser efectivamente invocadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales por las personas afectadas. Como el Tribunal de Justicia reconoció en la sentencia de 10 de abril de 1984, von Colson y Kamann,⁵¹ dicho artículo no impone una medida determinada en caso de incumplimiento de la prohibición de discriminación, sino que deja a los Estados miembros la libertad de elegir entre las diferentes soluciones apropiadas para alcanzar el objetivo de la Directiva, en función de las diferentes situaciones que puedan presentarse. No obstante, el objetivo es lograr la igualdad efectiva de oportunidades y, por tanto, no puede alcanzarse sin las medidas apropiadas para restablecer dicha igualdad cuando no ha sido respetada. Como el Tribunal de Justicia precisó en la citada sentencia von Colson y Kamann, apartado 23, dichas medidas de-

⁴⁸ STJCE de 6 de julio de 2000, Abrahamsson, Asunto 407/98.

⁴⁹ STICE de 19 de marzo de 2002, Lommers, Asunto 476/99, ap. 50.

⁵⁰ Véase la Sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston, Asunto 222/84, ap. 17.

⁵¹ STICE de 10 de abril de 1984, von Colson y Kamann, Asunto 14/83, ap. 18.

ben garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz y surtir un efecto disuasorio real frente al empresario y ser adecuada al perjuicio sufrido. Tales imperativos implican necesariamente la consideración de las características propias de cada caso de violación del principio de igualdad. Así, en el supuesto de un despido discriminatorio, contrario al apartado 1 del artículo 5.º de la Directiva 76/207/CEE, no puede restablecerse la situación de igualdad si la persona discriminada no recupera su puesto de trabajo o, alternativamente, si no se la indemniza por el perjuicio sufrido. Cuando la reparación pecuniaria es la medida adoptada para alcanzar el objetivo antes indicado, debe ser adecuada en el sentido de que debe permitir compensar integramente los perjuicios efectivamente sufridos por el despido discriminatorio, según las normas nacionales aplicables.⁵² Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo (por ejemplo, si demuestra que aunque no hubiera habido conducta discriminatoria tampoco habría sido seleccionado).

Cuando la sanción elegida por el Estado esté comprendida en un régimen de responsabilidad civil del empresario, la violación de la prohibición de discriminación debe bastar para generar, por sí sola, la entera responsabilidad de su autor, sin que quepa apreciar las causas de exención previstas por el Derecho nacional. Por consiguiente, la Directiva 76/207/CEE se opone a unas disposiciones legales nacionales que someten la indemnización de los daños y perjuicios derivados de una discriminación por razón de sexo con motivo de la contratación al requisito de existencia de una conducta culpable (STICE de 22 de abril 1997, *Draehmpaehl*, Asunto 180/95).

El derecho a solicitar en vía judicial o administrativa una reparación por el acto discriminatorio debe venir acompañado de la protección del trabajador que ejercita sus derechos a la tutela judicial efectiva. En este sentido el art. 7 de la Directiva 76/207/CEE recoge de forma expresa una "garantía de indemnidad" cuando establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra cualquier despido que constituya una reacción del empresario a una queja formulada a nivel de empresa, o a una acción judicial encaminada a hacer respetar el principio de igualdad de trato.

Dada la dificultad que normalmente supone para el trabajador aportar pruebas de un trato discriminatorio, importa señalar la inversión de la carga de

⁵² Sentencia de 2 de agosto de 1993, Marshall II, Asunto 271/91, ap. 25 y 26.

la prueba que establece la Directiva 97/80/CE, correspondiendo a la parte demandada demostrar la no existencia de discriminación alegada por el demandante.⁵³

Interés también merece la cuestión referida a las sanciones impuestas a aquellas empresas que infrinjan las disposiciones nacionales adoptadas en cumplimiento de las Directivas sobre igualdad de trato. Las sanciones podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 8. quinto Directiva 76/207/CEE).

Como conclusión, conviene observar que las Directivas enumeradas recogen, básicamente, un principio de igualdad formal o en el punto de partida, y no tanto una igualdad material o en los resultados. Se hace necesario, a mi entender, un salto cualitativo hacia una igualdad más real, implementando para ello medidas de acción positiva. Destacan, a estos efectos, junto a la citada Directiva 76/207/CEE, la Recomendación 84/635/CEE,⁵⁴ que expresamente posibilitan las medidas de acción positiva a favor de las mujeres en el campo de las relaciones laborales. En el terreno de la aplicación cierta de medidas de este tenor, hay que aludir a la Decisión 2000/750 del Consejo, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005)⁵⁵ y al nuevo Reglamento de los Fondos estructurales (2000-2006), ⁵⁶ en cuyo artículo primero se contempla como objetivo general de los Fondos un mayor fomento de la igualdad entre hombres y mujeres. Asimismo, el Fondo Social Europeo está encargado de potenciar la incorporación de la mujer al mercado del trabajo,⁵⁷ el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, de favorecer la creación de empresas y los proyectos de conciliación de la vida familiar y la laboral, 58 y el FEOGA (Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola) de incentivar los proyectos de desarrollo rural presentados por mujeres. Todo

⁵³ La citada Directiva obedece, por otra parte, a una jurisprudencia del TJCE que reiteradamente venía exigiendo la inversión de la carga de la prueba (vid., por ejemplo, las sentencias Asunto 109/88, *Danfoss*, o Asunto 127/92, *Enderby*).

⁵⁴ Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer (DOCE L 331, de 19 de diciembre de 1984).

⁵⁵ Decisión 2000/750/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (DOCE L 303, de 2 de diciembre de 2000). Merecimiento también requiere la iniciativa EQUAL de la Comisión, de 14 de abril de 2000, por la que se fomenta la cooperación transnacional para promocionar nuevas formas de lucha contra la discriminación y la desigualdad en el mercado de trabajo.

⁵⁶ Reglamento (CE) 1260/1999 del Consejo, de 21 de junio de 1999 (DOCE L 161, de 26 de junio de 1999).

⁵⁷ Art. 2 Reglamento (CE) 1784/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 1999, relativo al Fondo Social Europeo (DOCE L 213, de 13 de agosto de 1999).

⁵⁸ Reglamento (CEE) 4254/88 del Consejo, de 19 de diciembre de 1988, por el que se aprueban disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) 2052/88, en lo relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional (DOCE L 374, de 31 de diciembre de 1988).

ello viene robustecido por los cuatro pilares que sobre estrategia europea de empleo fueron aprobados por el Consejo Europeo de Luxemburgo de 1997 y revalidados por las cumbres posteriores, y de los que el cuarto de ellos se dedicó precisamente al reforzamiento de la política de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. En la cumbre de Luxemburgo se parte de una premisa poco discutible: el empleo es un elemento decisivo de cohesión social, por lo que los que quedan excluidos del mercado de trabajo lo están, al mismo tiempo, de la sociedad, con las nefastas consecuencias que ello conlleva: frustración personal de las personas excluidas y pérdida de capacidad de trabajo para la comunidad en su conjunto. Es por ello que se diera prioridad al acceso y permanencia en el mercado de trabajo, luchando contra las discriminaciones de toda clase y, en particular, contra las que se producen en perjuicio de las mujeres, que hoy día continúan en una clara situación de desequilibrio frente a los hombres, como demuestra, por ejemplo, el que la tasa de empleo femenino sea aún muy inferior a la del masculino.59

En resumen, parece que las autoridades comunitarias advierten la importancia de las acciones de igualdad material en el ámbito del mercado de trabajo, conscientes quizás de que la igualdad formal no es suficiente cuando se pretende que las discriminaciones que aún padecen las mujeres desaparezcan más pronto que tarde. Pero esta voluntad requiere, no obstante, de un mayor y más firme compromiso de todos los actores comunitarios, así como de la implementación, progresiva y gradual, pero constante, de las medidas necesarias para su concreción, y, por supuesto, de la asignación de los recursos económicos oportunos para el logro de tal fin.⁶⁰

Analizada la normativa que en el ámbito comunitario regula el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, descendemos a continuación al nivel nacional español. Estudiaremos, en concreto, el alcance del art. 14 de la Constitución Española haciendo especial hincapié en la constitucionalidad de las medidas de acción positiva.

Amsterdam", op. cit., p. 52.

Sobre todos estos particulares puede verse CANO, Y.; CHARRO, P.; SAN MARTIN, C.; SEMPERE, A. V., Políticas Sociolaborales, Murcia, Editorial Laborum, 2ª edición (2003), pp. 91-92.
 Vid., al respecto, RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Igualdad y políticas sociales tras el Tratado de

III. La aplicación del principio constitucional de igualdad

El primero de los artículos de la Constitución española (CE) sanciona la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, confiriéndole así un carácter preeminente en nuestro orden político y jurídico. Más allá de la consideración de la igualdad como valor superior, doctrina y jurisprudencia han venido entendiendo que la Constitución española consagra un principio de igualdad con una doble dimensión: de un lado, una igualdad formal o jurídica, configurada como derecho fundamental en el artículo 14 CE; y, de otro, una igualdad material o sustancial, configurada como mandato a los poderes públicos en el artículo 9.2 CE.

Mientras que el artículo 14 obliga a un tratamiento jurídico igual de casos semejantes, prohibiendo la discriminación o trato desigual no fundado, el artículo 9.2 compromete a los poderes públicos para superar la desigualdad real que persiste en múltiples ámbitos de la vida -social, económico. político, laboral...-, admitiendo, a tal fin, la posibilidad de tratamientos preferenciales para ciertos colectivos tradicionalmente discriminados. Existe una amplia coincidencia al considerar, partiendo de los conceptos anteriores, que la igualdad material no sustituye o desplaza a la igualdad formal, sino que la complementa y reinterpreta, la matiza y corrige. Esta concepción asume que la igualdad formal no es suficiente per se, pues puede garantizar la ausencia de discriminaciones injustificadas en el contenido y aplicación del Derecho, pero no una igualdad de oportunidades en la vida real que permita un ejercicio real y efectivo de los derechos y libertades por parte de todos o, en otros términos, un mismo desarrollo de la personalidad y de la dignidad en todos los ciudadanos.⁶¹ En ocasiones, por el contrario, la igualdad formal viene a consolidar situaciones reales de desigualdad.⁶² Por mucho que la ley sea igual para todos, lo cierto es que en la práctica no todos parten de unas mismas condiciones económicas, sociales, culturales y educativas; condiciones todas ellas decisivas para ese ejercicio real y efectivo de los derechos y libertades.

La igualdad formal del artículo 14 CE se presenta así como un derecho subjetivo de todos los ciudadanos a reclamar un trato igual para todos en la ley y ante la ley, sin distinción por razones de nacimiento, raza, sexo,

⁶¹ Vid., en este mismo sentido, GUDE FERNANDEZ, A., "El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)", en *Parlamento y Constitución*, Anuario de las Cortes de Castilla-La Mancha. Universidad de Castilla-La Mancha, Nº 5, (2001), (pp. 145-175), p. 149.

⁶² Como señala J. Pérez Royo, "la igualdad no es un principio de orden, sino de todo lo contrario. Lo que es un principio de orden es la desigualdad. De un orden injusto, pero de un orden. La
desigualdad supone una jerarquización natural de la sociedad, en la que cada individuo ocupa el
lugar que le viene asignado por su naturaleza "desde el nacimiento", como decía Aristóteles"
(vid. PEREZ ROYO, J. Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, Marcial
Pons (2002), p. 101.

religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.⁶³ Un derecho de los ciudadanos que, desde otro punto de vista, genera la obligación de los poderes públicos –en particular del Legislador–⁶⁴ de dictar normas que provean un trato igual a personas con situaciones jurídicas iguales o equiparables (igualdad en la ley), y a los órganos aplicadores de las normas –en particular los judiciales– la de aplicar tales normas de forma igual para todos los que se hallen en igual o equiparable situación (igualdad ante la ley).⁶⁵ Una norma es así contraria al artículo 14 CE cuando introduce una desigualdad que no supera el juicio de razonabilidad y proporcionalidad,⁶⁶ al tiempo que una resolución judicial vulnera el citado precepto cuando aplica una misma norma de forma desigual y sin fundamentación razonada a dos casos esencialmente iguales.⁶⁷

La igualdad material del artículo 9.2 CE está conectada con la cláusula del Estado social del artículo 1.1 CE, por lo que se ha presentado, más que como un derecho subjetivo de los ciudadanos, 68 como un mandato a los

⁶³ Como ha señalado el TC, "la igualdad reconocida en el art. 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De ahí que pueda ser objeto de amparo en la medida en la que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una relación jurídica y, en cambio, no puede ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general" (véase, p. ej., STC 76/1983, FJ 2).

⁶⁴ Sobre la igualdad como límite a la acción del legislador, véase JIMENEZ CAMPO, J., "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, № 9, (1983) (pp. 71 a 114); y CARMONA CUENCA, E., "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista de Estudios Políticos*, № 84, abril-junio de 1994, Centro de Estudios Constitucionales (pp. 265 a 285), pp. 268 y ss.

⁶⁵ Vid., en este sentido, J. Suay Rincón, El principio de igualdad en la justicia constitucional, Madrid, IEAL (1985), pp. 148 y ss. y 172 y ss.; CARMONA CUENCA, E., op. cit. (pp. 265 a 285), pp. 266-267; y RUBIO LLORENTE, F., "La igualdad en la aplicación de la ley", en El principio de igualdad, L. García San Miguel (ed.), Madrid, Universidad de Alcalá de Henares/Dykinson (2000), pp. 47-49.

⁶⁶ Vid., p. ej., SSTC 144/1988, FJ 1; o 209/1988, FJ 6. La desigualdad que no supera el juicio de razonabilidad y proporcionalidad es una desigualdad no o insuficientemente justificada. Desde esta perspectiva, interesa traer a colación una cita de Alexy, según la cual "si para admitir diferenciaciones tiene que haber una razón suficiente que las justifique, significa que, cuando no existe una razón tal, está ordenada la igualdad de trato" (vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (1993), p. 395). Asimismo, y como afirman Laporta o Carmona Cuenca, para que pueda existir en la norma un trato desigual, los supuestos tratados deben incorporar diferencias relevantes, siendo conscientes ambos de la dificultad de determinar la relevancia o irrelevancia de las diferencias (véase LAPORTA, F. J., "El principio de igualdad: Introducción a su análisis", en *Sistema*, Nº 67 (1985), (pp. 3-31), p. 15; y CARMONA CUENCA, E., op. cit., pp. 269-270).

⁶⁷ Vid., p. ej., SSTC 49/1985, FJ 2; 144/1988, FJ 1; o 21/1992, FJ 4.

⁶⁸ Como bien indica Baño León, no estamos ante un derecho subjetivo a recibir un trato diferente y favorable en determinadas circunstancias y jurisdiccionalmente protegido (vid. BAÑO LEON, J. M., "La igualdad como derecho público subjetivo", en *Revista de Administración Pública*, № 14 (1987), (pp. 179 a 195), pp. 191-192). En el mismo sentido vid. MARTINEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, (2000), p. 77; y GUDE FERNANDEZ, A., "El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)", op. cit., p. 147. No obstante, hay autores que mantienen la naturaleza de derecho fundamental de la igualdad material, en una interpretación conjunta de los artículos 9.2 y 14 CE (véase, al respecto, PRIETO SANCHIS, L., "Igualdad y minorías", en *Tolerancia y Minorías*, Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha, Co. Humanidades, 1996, pp. 57 y ss.

poderes públicos para que, a través de actuaciones positivas, erradiquen las desigualdades reales existentes en la sociedad y procuren la satisfacción de las necesidades básicas de la población;⁶⁹ requisito este indispensable para que los ciudadanos estén en condiciones de ejercer de forma efectiva sus derechos y libertades.⁷⁰ Los grupos o colectivos tradicionalmente más desfavorecidos o discriminados⁷¹ son, en este orden, los primeros y principales destinatarios de aquellas actuaciones positivas de los poderes públicos.⁷²

El artículo 9.2 CE legitima, por tanto, una redistribución gradual, mediante medidas correctoras y compensadoras, de bienes, servicios, cargas y poder en la sociedad. Cierto es que el valor normativo del artículo 9.2 CE es más impreciso y genérico que el del artículo 14 CE, ya que tradicionalmente se ha entendido que no estamos ante un derecho subjetivo, sino más bien ante un principio general del derecho, que, sin embargo, y como tal, debe orientar la actuación de los poderes públicos, incluida la interpretación y aplicación judicial de las normas. 4 El citado precepto constitucional obligaría entonces a una actuación pública dirigida a restablecer

⁶⁹ Vid., al respecto, PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos (1986), pp. 168 y ss. Es necesario señalar que hablamos de unas necesidades básicas que, naturalmente, varían de unos momentos históricos a otros, y de unas geografías a otras. Estamos, pues, ante un concepto dinámico.

⁷⁰ Véase, por ejemplo, DE OTTO, I., Voz "Igualdad", en *Diccionario del sistema político español*, GONZALEZ ENCINAR, J. J., (ed.) Madrid, Akal (1984), p. 454; LOPEZ GUERRA, L., "Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución", en *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (2000), p. 22; GUDE FERNANDEZ, A., "El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)", en *Parlamento y Constitución*, Toledo, Anuario de las Cortes de Castilla-La Mancha. Universidad de Castilla-La Mancha. Año 2001. № 5 (pp. 145-175), p. 147. Conviene precisar, por otro lado, que, conforme al TC, la igualdad material no puede invocarse "para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que, presuntamente, se incumple el mandato de promover la igualdad real, pues esta igualdad no opera como límite concreto en la actuación de los poderes públicos" (STC 98/1985, FJ. 3). Estamos, pues, más que ante un principio en sentido estricto, ante una directriz, es decir, por una norma que establece una finalidad general, a la que ha de tender la actuación de los poderes públicos, correspondiendo a éstos determinar cómo se logra esa finalidad.

⁷¹ Como bien señala Meyer, el criterio más fiable para determinar cuándo un colectivo está socialmente discriminado es el estadístico (vid. MEYER, D., "Finding a manifest imbalance: the case for a unified statistical test for voluntary affirmative action under Title VII", en *Michigan Law Review*, vol. 87 (1989), pp. 1988 y ss.).

⁷² Sobre el Estado social véase, por ejemplo, CARMONA CUENCA, E., El Estado Social de Derecho en la Constitución, Madrid, Consejo Económico y Social (2000).

⁷³ Como señala Carmona Cuenca, "podemos considerar que el artículo 9.2 CE (...) constituye un ejemplo de norma que contiene una directriz, fija una finalidad que deben cumplir los poderes públicos, pero la determinación de los medios concretos a través de los cuales llegar a ella corresponde al principal destinatario de la norma: precisamente los poderes públicos" (CARMONA CUENCA, E., "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", op. cit., pp. 281-282).

⁷⁴ Vid., en este sentido, por ejemplo, APARICIO PEREZ, M. A., "El Estado Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Estudios sobre el Estado Social*, CAMARA VILLAR, G., y CANO BUESO, J. (eds.), Sevilla, Parlamento de Andalucía: Tecnos (1993), pp. 47 y ss.

el equilibrio social y económico; una actuación que puede implicar el establecimiento de ciertas desigualdades formales –normas que favorezcan a colectivos discriminados– en pro de la consecución de igualdades reales.⁷⁵

A partir de esta comprensión del principio de igualdad, tanto en su dimensión formal como material, entiendo que cabría hablar no sólo de un derecho fundamental, judicialmente demandable y susceptible de recurso de amparo, a la no discriminación infundada en y ante la ley –art. 14 CE–, sino también a la no discriminación infundada que realmente pueda persistir en distintos ámbitos de la vida. Dicho de otra forma, cabría avanzar hacia una mayor interconexión entre igualdad material e igualdad formal –avanzando así en el desarrollo del Estado social–, de manera que de esta última se deduzca la interdicción de discriminaciones históricamente muy arraigadas y que sitúan a determinados colectivos en posiciones desventajosas a la hora de ejercer de forma efectiva sus derechos y libertades.⁷⁶

IV. La aplicación de medidas de acción positiva en el Derecho español

El instrumento probablemente más intenso y eficaz en la consecución de una igualdad material son las llamadas medidas de acción positiva,⁷⁷ que deben diferenciarse de las medidas de fomento de la igualdad de oportunidades. Mientras éstas son consecuencia de la igualdad formal, buscando asegurar que, por ejemplo, las mujeres no sean discriminadas formalmente por razón de sexo, las medidas de acción positiva son consecuencia de la igualdad material, estableciendo tratos ventajosos o preferenciales a favor

⁷⁵ Vid., a este mismo respecto, FERNANDEZ LOPEZ, Mª. F., "Igualdad y no discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional", en *Autoridad y democracia en la empresa*, APARICIO, J. y BAYLOS, A. (eds.), Madrid, Trotta (1992), pp. 95 y ss.

Ten la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podría observarse esta línea interpretativa, al menos en cuanto a la igualdad de sexos. Ya en la Sentencia 128/1987 dice literalmente que "la prohibición de discriminación contenida en el art. 14 CE representa una explícita interdicción frente al mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE" –FJ. S–. Pero en la Sentencia 17/2003, el Tribunal, tras reproducir la declaración contenida en la Sentencia 128/1987, afirma que "la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación" –FJ. 3. Cierta doctrina también se había pronunciado en este orden (véase ZOCO ZABALA, C., "Mandato de igualdad ante la ley en la Constitución española y en la Carta Europea de Derechos Fundamentales: un estudio comparado", ponencia presentada a las "IV Jornadas Internacionales sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales", celebradas bajo el título "Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea", Zaragoza, Universidad de Zaragoza (2002), publicación en prensa).

⁷⁷ Sobre la conveniencia de utilizar la expresión "acción positiva" y no "discriminación positiva", vid. MACIAS JARA, M., "Algunas precisiones en torno a la noción de acción positiva", en *Género y Derechos Humanos*, GARCIA INDA, A. y LOMBARDO, E. (coord.) –Terceras jornadas sobre Derechos humanos y libertades fundamentales–, Zaragoza, Mira Editores (2002), pp. 166 y ss.

de las mujeres –siguiendo con el ejemplo anterior–,⁷⁸ a fin de promover, en línea con lo demandado por el artículo 9.2 CE, una real y efectiva equiparación de éstas con los hombres, siempre bajo el presupuesto de que las primeras se encuentran en una situación de discriminación histórica y cierta frente a los segundos. El criterio que se toma en consideración es, por tanto, la infrarrepresentación o infrautilización real que el colectivo femenino ha sufrido y sufre en un determinado ámbito o sector de la vida. A poco que nos fijemos, advertiremos que corregir esta situación de hecho no supone lograr tanto una igualdad de puntos de partida –igualdad de oportunidades formal–, como una igualdad de resultados –igualdad de oportunidades material–;⁷⁹ esto es, una redistribución de "bienes" entre los colectivos afectados, con la necesaria compensación a favor del colectivo perjudicado por las discriminaciones de las que ha sido objeto a lo largo de la historia,⁸⁰ dejando al margen los conceptos de individuo y derecho individual.⁸¹

Toda vez que el establecimiento de medidas de acción positiva lleva implícita la introducción de un trato ventajoso o preferencial a favor de un grupo o colectivo, la justificación de tales medidas deviene en elemento extraordinariamente necesario. El trato preferencial a unas personas -traducido, p. ei., en la facilitación de un bien escaso y esencial como el trabaio- conlleva siempre una merma o desventaja para otras personas -p. ej. la mayor dificultad para acceder a un empleo-.82 Una medida de acción positiva no justificada puede convertirse en una medida desigualatoria contraria al artículo 14 CE, dejando de dar lugar a tratamientos desiguales para dar lugar a tratamientos discriminatorios.⁸³ Esto no ocurre si la medida de acción positiva tiene como objeto poner fin a discriminaciones históricas, sistemáticas y generalizadas contra un grupo o colectivo, y pretende establecer una igualdad de oportunidades real y efectiva o de resultados.84 Cabe hablar, en este orden, de una justificación basada en los principios compensatorio y distributivo o en una combinación de ambos,85 pero que, en todo caso, tiene como fin último la dignidad de la persona, el

⁷⁸ La Comisión Europea, en su Comunicación sobre la interpretación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995, en el asunto Kalanke, señala claramente el tratamiento preferencial que conlleva la noción de acción positiva.

⁷⁹ Sobre el concepto de igualdad de resultados véase MACIAS JARA, M., "Algunas precisiones en torno a la noción de acción positiva", op. cit., pp. 175 y ss.

⁸⁰ ROSENFELD, M., "Affirmative action and justice. A philosophical and constitutional inquiry", en New Haven and London: Yale University Press (1991), pp. 23 y ss., y 287 y ss.

⁸¹ Véanse, sobre esta cuestión, los interesantes trabajos de MORRIS, A., "Affirmative action: fair shakers and social engineers", en *Harvard Law Review*, vol. 99, 1986, pp. 1330 y ss.

⁸² En esta línea vid. SIERRA HERNAIZ, E., op. cit., pp. 82 y 83.

⁸³ Ibíd., pp. 106-107.

⁸⁴ Vid. MARTINEZ TAPIA, R., Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española, Almería, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones (2000), pp. 72-73.

⁸⁵ Vid. ROSENFELD, M., "Affirmative action and principles of justice. A philosophical and constitutional inquiry", op. cit., pp. 287 y ss.

desarrollo de su personalidad y autonomía.⁸⁶ Desde un punto de vista compensatorio, el objetivo es beneficiar a un grupo o colectivo para situarlo en el lugar que le hubiera correspondido de no haber padecido a lo largo de la historia discriminaciones injustas.⁸⁷ Desde un punto de vista distributivo el fin no es otro que evitar las desigualdades reales que se producen en la distribución de bienes y servicios tan escasos como necesarios.⁸⁸ Las medidas de acción positiva se podrían situar, en definitiva, dentro de lo que R. Dworkin denominó "igualdad de recursos", y que el mismo autor propugna como principio corrector de la igualdad liberal y su igualitarismo abstracto.⁸⁹

Es frecuente exigir, en línea con lo anterior, que las medidas de acción positiva se ajusten a determinados requisitos para no vulnerar así el artículo 14 CE. Así, habrá de acudirse a ellas en forma subsidiaria, cuando las medidas de fomento de la igualdad de oportunidades no logren eficacia real; habrán, asimismo, de tener carácter eventual, siempre en función del tiempo durante el cual permanezca la desigualdad real; y, por último, habrán de superar el llamado juicio de razonabilidad y proporcionalidad, debiendo ser medidas adecuadas y proporcionales a los fines que se persiguen. O Cumpliendo estos requisitos, las medidas de acción positiva son plenamente conformes a la Constitución, tal y como, por otra parte, ha reiterado nuestro Tribunal Constitucional. Es más, el Alto Tribunal no sólo las admite, sino que, como se verá en el siguiente epígrafe, las justifica y alienta, ya sea en interpretación del artículo 9.2 CE, en interpretación progresiva del artículo 14 CE, o en interpretación conjunta de ambos preceptos constitucionales.

La exigencia de que las medidas de acción positiva sean temporales es del todo lógica para evitar que las ventajas que incorporan se conviertan en privilegios injustificables por infligir sacrificios innecesarios al grupo o co-

⁸⁶ Véase, en esta misma línea, MARTINEZ TAPIA, R., Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española, op. cit. (2000), pp. 75-76.

⁸⁷ A esta concepción se suele oponer que la persona o personas perjudicadas no son las responsables de la discriminación que se trata de corregir, lo que resta fundamentación al sistema de responsabilidad objetiva sobre el que descansa el principio compensatorio.

⁸⁸ Frente a esta justificación distributiva se suele oponer una vulneración del principio de igualdad y mérito, beneficiando a la persona, no por su capacidad, sino por su mera pertenencia a un grupo. Un interesante estudio sobre justicia distributiva y sobre los conceptos de igualdad, mérito y necesidad puede verse en GARCIA SAN MIGUEL, L., "Igualdad, mérito y necesidad", en *El principio de igualdad*, GARCIA SAN MIGUEL, L. (ed.), Madrid, Universidad de Alcalá de Henares/ Dykinson (2000), pp. 11 y ss..

⁸⁹ Vid. DWORKIN, R., Etica privada e igualitarismo político, Barcelona, Paidós (1990).

⁹⁰ Vid. JIMENEZ CAMPO, J., "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, № 9 (1983), (pp. 71 a 114), pp. 72-74; y E. SIERRA HERNAIZ, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social, Madrid (1999), pp. 28 y 29.

lectivo no favorecido por las medidas. ⁹¹ El problema, naturalmente, es concretar el término de la acción positiva. Coincido con la postura que afirma que es imposible fijar un criterio apriorístico que sirva para todos los supuestos, por lo que se hace necesario analizar los progresos que, en cada caso concreto, se van logrando con la implementación de la acción positiva. A este respecto, entiendo que la consecución de una representación proporcional entre hombres y mujeres no puede ser un criterio enteramente válido, puesto que el fin que persigue una acción positiva no es tanto lograr una igualdad numérica –que bien puede ser momentánea—, como garantizar pro futuro que se ha erradicado la discriminación históricamente padecida por las mujeres. ⁹²

La superación del juicio de razonabilidad y proporcionalidad, en los términos en los que el Tribunal Constitucional concibe dicho juicio, es igualmente necesaria. Como bien señala R. Martínez Tapia, la razonabilidad es del todo imprescindible en el caso de las medidas de acción positiva, pues en pocos como en éste se hace preciso conocer los objetivos de la norma y, subsiguientemente, la pertinencia de ésta para el logro de aquéllos.93 Nuestro Tribunal Constitucional así lo viene entendiendo desde la Sentencia 22/1981, cuando, al interpretar el derecho a la igualdad del artículo 14 CE, fijó como doctrina la exigencia de justificación objetiva y razonable de cualquier desigualdad, haciendo especial hincapié en la adecuación de los medios empleados a la finalidad perseguida con el tratamiento desigualitario. Bajo esta premisa, la finalidad buscada ha de ser, en primer lugar, constitucionalmente lícita o, más en concreto, no debe ser contraria a los principios y valores constitucionales. A partir de ahí, debe valorarse la congruencia teleológica entre las medidas aplicadas y esa finalidad buscada, averiquándose si hay relación de idoneidad -necesidad o conveniencia- entre medios y fines. Dicho en otros términos, este juicio de congruencia teleológica trata, en suma, de apreciar si existe o no una correspondencia lógica entre los criterios en los que se basa el tratamiento desigualitario y la razón que inspira a éste.94

⁹³ Vid. MARTINEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, op. cit., p. 113.

⁹¹ GUDE FERNANDEZ, A., "El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)", en *Parlamento y Constitución*, Toledo, Anuario de las Cortes de Castilla-La Mancha. Universidad de Castilla-La Mancha, Nº 5 (2001), (pp. 145-175), p. 156.

⁹² Vid. SIERRA HERNAIZ E., op. cit., pp. 101-103.

⁹⁴ Sobre este tema véase, p. ej., SUAY RINCON, J., "El principio de igualdad en la jurisprudencia del TC", en *Estudios homenaje al Prof. García de Enterria*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1991, pp. 844 y ss. y, en particular, p. 858; y MARTINEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, op. cit., pp. 121 y ss.

V. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional

Dicho queda que la igualdad material del artículo 9.2 CE se ha interpretado tradicionalmente como un correctivo de la igualdad formal, permitiendo no sólo tratos diferenciados de supuestos igualmente diferenciados, sino también tratos preferenciales a determinados colectivos, a fin de establecer las condiciones materiales necesarias para un ejercicio real y efectivo de los derechos constitucionales. Esta interpretación es la que se fue imponiendo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, si bien de una forma gradual y paulatina. Así, en los primeros años, el Tribunal vino a aceptar que la igualdad material necesariamente introduce un matiz reinterpretativo de la igualdad formal, pero no va muchos más allá:

"El acto del Legislativo se revela arbitrario (...) cuando engendra desigualdad. Y no ya desigualdad referida a la discriminación –que ésta concierne al art. 14–, sino a las exigencias que el 9.2 conlleva, a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que, en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley" (STC 27/1981, FJ. 10).

"El principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.2)". (STC 34/1981, FJ. 3).

"La igualdad en la ley no permite establecer diferencias de trato cuando el criterio de aplicación es el de la ciudadanía en general, pero en cambio no debe tener la misma rigidez cuando el legislador no contempla al ciudadano en su abstracta calidad de tal, sino en su situación social concreta, como generalmente ocurre al configurar los derechos de prestación, cuya regulación necesariamente ha de tener presente la diferente condición o circunstancia personal o social de los posibles beneficiarios de esta prestación para dar cumplimiento al mandato constitucional (...) contenido en el artículo 9.2 de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo de los grupos en que se integra sean reales y efectivas". (STC 103/1983, Voto Particular del Magistrado D. Jerónimo Arozamena Sierra).

El artículo 9.2 CE "puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el artículo 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material" (STC 98/1985, FJ. 9).

No es hasta la Sentencia 128/1987, que versa precisamente sobre una cuestión laboral, 95 cuando el Tribunal da un paso decisivo en la aceptación y aplicación de la igualdad material, admitiendo sin ambages la adopción de medidas compensatorias de acción positiva; unas medidas que el Tribunal llega a calificar de "derecho desigual igualitario", y que justifica como una forma necesaria de "interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE" (STC 128/87, FJ. 5).

"No pueden considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matización que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación" (STC 19/89, FJ. 4).

"La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un "derecho desigual igualatorio", es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer" (STC 229/92, FJ. 2).

El Tribunal consideró constitucional el reconocimiento de ayuda para guarderías sólo para trabajadoras y para el personal masculino viudo. Dicha sentencia sirvió de fundamento para los pronunciamientos del TS (20 de marzo y 15 de abril de 1997). No obstante ya hay dos SSTSJ Extremadura [de 16 de febrero de 2001 (Rec.48/2001) y de 17 de julio de 2003 (Rec. 438/2003)] que han considerado que ya no hay razón para mantener ese tipo de medidas, con el siguiente argumento: "La Ley 39/1999 [de conciliación de la vida familiar y laboral] persigue una finalidad que se impone en la sociedad actual que nada tiene que ver con la discriminación positiva de antaño a favor de la mujer, y que consiste en ofrecer igualdad de oportunidades al hombre y la mujer al momento de participar en la vida laboral y familiar, en plano de igualdad. El hecho de conceder la ayuda por guardería exclusivamente a la mujer, negándosela al varón, en ningún caso supone beneficio para la misma, sino muy al contrario, un perjuicio, en tanto en cuanto no ofrece las mismas posibilidades al varón para que desarrolle los mismos derechos y obligaciones en el cuidado de los hijos desde el nacimiento".

"en la perspectiva del art. 9.2 CE, de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer. La desigual situación de partida que padece la mujer puede ser corregida mediante este tipo singular de medidas..." (STC 3/1993, FJ. 3).

Esas medidas de acción positiva han sido incluso justificadas desde el mismo artículo 14 CE en algunas ocasiones, confirmando claramente la interrelación entre dicho precepto y el artículo 9.2 CE:

"El principio de igualdad (en referencia al artículo 14 CE) no prohíbe toda diferencia de trato; dicho principio sólo puede entenderse vulnerado cuando la desigualdad denunciada está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de esta justificación ha de apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una razonable proporcionalidad entre medios y fines. Pues bien, las exigencias derivadas del mencionado principio (...) pueden concretarse en dos puntos: a) las medidas adoptadas, que originan la desigualdad, han de estar en función del interés público sin postergar arbitrariamente otros intereses dignos de protección, y b) dichas medidas han de contar con un fundamento técnico-económico" (STC 25/89, FJ. 3).

"La incidencia del mandato contenido en el artículo 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el artículo 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida –antes al contrario– la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprenden en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial" (STC 216/91, FJ. 5).

Por último, la Sentencia 17/2003 del Tribunal Constitucional parece dar un paso más en el desarrollo de la igualdad material cuando declara que del artículo 14 CE no sólo se infiere una interdicción de las discriminaciones no razonables que se produzcan en y ante la ley, sino también una interdicción de aquellas discriminaciones que persisten infundadamente en la sociedad, orientando así este precepto hacia la consecución de la paridad entre hombres y mujeres en aquellos ámbitos de la vida en los que aún no existe:

"La prohibición de discriminación contenida en el art. 14 CE representa una explícita interdicción frente al mantenimiento de determinadas diferenciacio-

nes históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE. En este sentido, la exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón de ser, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 CE y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (STC 166/ 1988, de 26 de septiembre). Por tanto, en contraste con el principio genérico de igualdad que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres, resultando un principio también vigente en materia de empleo" (STC 229/1992, de 14 de diciembre) (STC 17/2003, FJ 3).

VI. Medidas vigentes para el fomento del empleo femenino

Si admitimos que la mujer sique siendo objeto de discriminaciones de hecho en el mundo del trabajo, tendremos que coincidir en la necesidad de establecer medidas que erradiquen aquellas discriminaciones en un plazo razonable. No hay duda, en este sentido, de que el Derecho –ya sea el interno o el comunitario- garantiza la igualdad formal, tanto en la ley como ante la ley, pues es cierto que prohíbe cualquier discriminación injustificada por razón de sexo, y contiene mandatos de igualdad formal de oportunidades. Pero este hecho constituye precisamente la principal prueba de que la igualdad formal no basta por sí sola, y ello porque no se avanza con la celeridad deseable en la eliminación real de la desigualdad entre hombres y mujeres en materia de empleo. Se hacen necesarias así, y durante el tiempo que sea menester para erradicar esa desigualdad real, medidas a favor de una mayor y mejor integración de la mujer en el mercado de trabajo, incentivando la contratación de mujeres, ofreciendo a éstas una más adecuada formación profesional, fomentando las actividades empresariales o autónomas emprendidas por mujeres, y facilitando la conciliación de la vida familiar y laboral de la mujer, sobre todo en lo que a la maternidad se refiere.96

Esta parece ser la voluntad política que vienen impulsando ciertas actuaciones –normativas y no normativas– de los poderes públicos, tanto de la

⁹⁶ Vid., en este sentido, RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Igualdad y políticas sociales tras el Tratado de Amsterdam", en *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Amsterdam*, AA.VV., Madrid, Instituto de la Mujer (2001), pp. 51-52.

Comunidad Europea como del Estado español. Debe reconocerse una paulatina pero importante materialización de esa voluntad política, con los consiguientes frutos positivos en la integración y permanencia de la mujer dentro del mercado de trabajo. Pero esa materialización no se produce todavía en grado bastante, y muchos proyectos políticos quedan a menudo en simples declaraciones de principios o directrices sin mayor eficacia práctica. Buena culpa de ello debe asociarse a problemas de índole presupuestaria. A diferencia de lo que puede ocurrir en otros ámbitos, la adopción de acciones positivas o similares en el ámbito del trabajo necesita de un coste económico que los poderes públicos –inmersos en una dinámica de déficit público cero, y siempre con escasez de fondos para hacer frente a sus obligaciones y compromisos- no siempre son capaces de asumir, y aun menos los empresarios privados -téngase en cuenta que la mayor discriminación se produce en el sector privado de la actividad-97 si no son incentivados por aquellos poderes públicos. No obstante, junto a estos problemas de tipo económico, es preciso aludir a la todavía insuficiente concienciación de la sociedad en general, y de la clase empresarial en particular, sobre la necesidad de una igualdad de sexo real en el mercado de trabajo. No hay duda de que las medidas a las que venimos refiriéndonos serán tanto más eficaces cuanto mayor sea la conciencia social del problema.

El vigente Plan de Acción para el Empleo español coloca a la mujer como protagonista central de las acciones de fomento del empleo, dirigiéndose a ella en torno a un 60% de las acciones contenidas en él. No obstante, dicho Plan no prevé medidas concretas y de inmediata y directa ejecución, sino que más bien establece líneas de actuación de los poderes públicos. Así, por ejemplo, se establece la necesidad de incentivar la contratación de mujeres a través de bonificaciones en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, correspondiendo después a los poderes competentes (en este caso el poder central en virtud del art. 149.1.17º CE) acordar la medida y concretar las condiciones en las que la misma se aplica.

Entre las principales medidas de fomento y mejora del empleo femenino que se contienen en el citado Plan de Acción para el Empleo pueden destacarse las siguientes: los incentivos indirectos a la contratación de mujeres (bonificaciones en el pago de las cuotas empresariales a la Seguridad Social), los incentivos directos (subvenciones económicas a la contratación), y las acciones para conciliar la vida familiar y profesional. Casi todas ellas medidas de acción positiva a favor de las mujeres —en un sentido

⁹⁷ Cabe distinguir entre acciones positivas obligatorias o de obligada aplicación y acciones positivas voluntarias o de aplicación facultativa. Adviértase ya de entrada que, como regla general, las primeras suelen imponerse al sector público de la actividad, mientras que las segundas encuentran su campo en el sector privado.

igual o muy cercano al que hemos venido manejando aquí—, y, en todo caso, medidas que no dejan de obedecer al mandato del artículo 9.2 CE de remover obstáculos para lograr una igualdad real.

Los incentivos indirectos a la contratación femenina, consistentes en bonificaciones en el pago de las cuotas empresariales a la Seguridad Social, vienen contemplados en el actual Programa de Fomento del Empleo para el año 2004, contenido en el artículo 44 de la Ley 62/2003. 8 En concreto, se establecen los siguientes supuestos de bonificación: 99

- a) La contratación indefinida, incluida la fija discontinua, de mujeres desempleadas entre dieciséis y cuarenta y cinco años (bonificación del 25% durante los veinticuatro meses siguientes a la vigencia del contrato).
- b) La contratación indefinida, incluida la fija discontinua, de mujeres desempleadas contratadas para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino, que reúnan además el requisito de permanecer inscritas ininterrumpidamente en la oficina de empleo, por un período mínimo de seis meses, o bien sean mayores de 45 años (70% durante el primer año de vigencia del contrato y 60% durante el segundo año). Si no reunieren alguno de los anteriores requisitos adicionales (35% durante el período de los 24 meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato).¹⁰⁰
- c) La contratación indefinida, incluida la fija discontinua, de mujeres desempleadas inscritas en la oficina de empleo que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto (100% durante los veinticuatro meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato).
- d) Los contratos de trabajo, de carácter indefinido o de duración determinada o temporales, de las mujeres trabajadoras que sean suspendidos por maternidad y por excedencia para cuidado de hijo, así como la transformación de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, darán derecho a bonificación cuando se produzca la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo en los dos años siguientes a la fecha del parto, siempre que éste se hubiera producido con posterioridad a la entrada en vigor de la presente disposición.

Las cooperativas y las sociedades laborales tendrán derecho a bonificación respecto de sus socias trabajadoras o de trabajo, con vínculo de carácter

⁹⁸ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

⁹⁹ Supuestos que se prevén en los apartados uno y tres del art. 44 de la Ley.

¹⁰⁰ Las profesiones y ocupaciones a las que se aplicarían estas bonificaciones están fijadas en la Orden Ministerial de 16 de septiembre de 1998.

indefinido, siempre que la entidad haya optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena.

Los casos anteriores darán derecho a una bonificación en la cuota empresarial por contingencias comunes del 100% durante los doce meses siguientes a la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo tras el período de suspensión del contrato por maternidad y por excedencia por cuidado de hijo, de acuerdo con lo antedicho. En el supuesto de contratos de duración determinada o temporales suscritos antes del día 1 de enero de 2004, cuando se produzca la reincorporación en los términos señalados en el párrafo anterior y, antes de haber transcurrido un año desde la misma, se transforme el contrato en indefinido, la duración de la bonificación a que se refiere el párrafo anterior será de dieciocho meses.

e) En el supuesto específico de que se contrate a mujeres minusválidas, las empresas tendrán derecho a una bonificación del 90% en la cotización empresarial por contingencias comunes, si la mujer contratada tiene una edad igual o superior a 45 años, y del 80 % en caso de que sea menor de dicha edad.

Los incentivos directos a la contratación de mujeres, consistentes en la concesión de subvenciones a los empresarios contratantes, han de ser adoptados fundamentalmente por las CC.AA., en el ejercicio de la competencia de fomento de su desarrollo económico que se prevé en el artículo 148.1.13º CE. Centrándonos, a modo de ejemplo, en las subvenciones a la contratación establecidas por la Comunidad de Madrid, ¹⁰¹ queda claro que la mujer es la principal destinataria, pues las mayores subvenciones que se contemplan están destinadas a la contratación de mujeres. Así, se subvenciona con 9.000 euros cada contratación de mujer a tiempo indefinido y jornada completa, con 12.000 euros cada contratación de mujer mayor de 45 años, y con 12.000 euros por cada mujer que se cause alta en el Régimen Especial de trabajadores autónomos.¹⁰²

En la conciliación de la vida familiar y laboral se ha intentado avanzar a través de las siguientes medidas: a) permisos retribuidos; b) reducción de la jornada de trabajo; c) suspensión contractual y contratación; d) tiempo parcial.

Orden 165/2003, de 27 de enero, de la Consejería de Trabajo, por la que se establece el programa de fomento de empleo estable en la Comunidad de Madrid para el año 2003.
 Interesa señalar que, en todos estos casos, las subvenciones sólo fueron otorgadas si la contratación o el alta se produjeron entre el 1 de enero y el 30 de abril de 2003, plazo que a todas luces parece escaso.

- a) Los permisos retribuidos pueden serlo por nacimiento de hijo, disfrutables por el padre y con una duración de dos días naturales, así como ampliables a cuatro cuando el trabajador necesite desplazarse –art. 37.3 b) ET–; por enfermedad o accidente graves y hospitalización de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, con la misma duración que el permiso citado anteriormente –art. 37.3 b) ET–; por lactancia de un hijo menor de nueve meses, disfrutables por la madre, con independencia de cuál sea su jornada de trabajo, y consistente en la ausencia diaria de una hora, con la posibilidad de fraccionar la ausencia en dos periodos –art. 37.4 ET–; y por hospitalización de neonato, disfrutables tanto por la madre como por el padre, y consistente en ausentarse del trabajo durante una hora en casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier otra razón, han de permanecer en el hospital tras el parto (disp. adic. 8ª de la Ley 12/2001).
- b) La reducción de la jornada laboral puede serlo por lactancia de un hijo menor de nueve meses, consistente en media hora al inicio o a la finalización de dicha jornada, y como sustitución del permiso analizado en el párrafo anterior; por tener a cuidado directo menores de seis años, minusválidos físicos, psíquicos o sensoriales, o familiares hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiéndose ajustar la reducción de la jornada a un límite mínimo de un tercio de la jornada y máximo de la mitad de la jornada (Ley 39/1999); y por hospitalización del neonato, hasta un máximo de dos horas, con disminución proporcional del salario, a elección del padre o la madre.
- c) La suspensión contractual, o lo que es igual, la suspensión temporal de las prestaciones básicas derivadas del contrato de trabajo, puede producirse por cuidado de familiares, pudiendo alcanzar hasta los tres años en el caso del cuidado de hijos –art. 46.3 ET–; y por maternidad o paternidad, con una duración de dieciséis semanas, ampliable en dos semanas más en caso de parto múltiple –art. 48.4 ET–.
- d) La contratación a tiempo parcial (fomentada tras el RDL 15/1998) y la flexibilidad horaria suponen fórmulas interesantes para que muchos trabajadores (ya sean mujeres u hombres) puedan compaginar tareas profesionales con tareas domésticas y laborales.

Medidas como las que acabamos de relacionar son necesarias y, desde luego, algunos frutos están produciendo. Sin embargo, los resultados no se producen en el grado que sería deseable para erradicar la discriminación de la mujer en un plazo razonable, por lo que se hace preciso inten-

sificar y mejorar aquellas medidas, así como combinarlas con otras complementarias. ¹⁰³ Cabría estudiar, a este respecto, las siguientes posibilidades:

- Incremento porcentual y temporal de las bonificaciones en el pago empresarial de las cuotas de Seguridad Social por contratación de mujeres, especialmente en las desempleadas que tengan entre dieciséis y cuarenta y cinco años.
- Incremento de las subvenciones directas a la contratación de mujeres, no tanto o no sólo en las cuantías concedidas por cada contrato, como en la cuantía global que las Administraciones correspondientes asignan para el fomento del empleo femenino, de forma que aumente el número de contratos que pueden acogerse a las subvenciones, así como el plazo durante el cual tienen vigencia dichas subvenciones.
- Impulso de la formación profesional de la mujer, en especial de aquellas mujeres que encuentran dificultades de reinserción laboral tras haberse dedicado al cuidado y educación de los hijos.
- Fomento del acceso de las mujeres a puestos de responsabilidad y toma de decisiones, tanto en las empresas públicas como privadas, mediante la revisión de las cláusulas que regulan los ascensos en los Convenios Colectivos, suprimiendo las discriminaciones ocultas que aún existen en este orden.
- Especial exigencia a las empresas privadas que contratan con la Administración para la contratación y promoción interna de mujeres.
- Apoyo financiero para que las empresas, públicas y privadas, adopten medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, como, por ejemplo, la creación de guarderías en los propios centros de trabajo.
- Ampliación del concepto de "riesgo por embarazo", de tal forma que incluya todo tipo de trastornos que tengan su origen en la gestación.
- Aumento del período que comprende el permiso de maternidad y retribución del 100% del salario al período de ampliación.
- Titularidad individual del permiso de maternidad: creación de un permiso de paternidad independiente del permiso de la mujer trabajadora.

¹⁰³ En esta misma línea puede verse SIERRA HERNAIZ, E., que, por ejemplo, pone el acento en las medidas de formación y reinserción profesional de las mujeres (vid. op. cit., pp. 104-105).

No puede finalizarse este estudio sin llamar la atención sobre el papel fundamental que en la consecución del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres desempeñan los Convenios Colectivos. En este sentido, el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2004 (ANC)¹⁰⁴ ordena a los Convenios Colectivos la adopción de prácticas adecuadas para fomentarlo.

Las organizaciones firmantes consideran adecuados para su tratamiento por la negociación colectiva los siguientes criterios generales:

- La adopción de cláusulas declarativas antidiscriminatorias, que pueden incluirse como principio general o reproducirse en apartados concretos del Convenio.
- La adecuación del contenido de los Convenios Colectivos a la normativa vigente o, en su caso, la mejora de la misma, eliminando aquellas cláusulas que estén superadas por modificaciones normativas. Esta adecuación se extiende también a los contenidos en materia de prevención de riesgos laborales para la maternidad, la lactancia y la reproducción, así como el tratamiento del acoso sexual.
- La inclusión de cláusulas de acción positiva para fomentar el acceso de las mujeres, en igualdad de condiciones, a sectores y ocupaciones en los que se encuentren subrepresentadas.
- El estudio y, en su caso, el establecimiento de sistemas de selección, clasificación, promoción y formación, sobre la base de criterios técnicos, objetivos y neutros por razón de género.
- La eliminación de denominaciones sexistas en la clasificación profesional (categorías, funciones, tareas).
- La revisión y, en su caso, subsanación de las diferencias retributivas que pudieran existir por una inadecuada aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor.
- A efectos de lo anterior, resultaría de utilidad el análisis y aplicación, en su caso, de sistemas de valoración de los puestos de trabajo, que permitan evaluar periódicamente el encuadramiento profesional.
- La incorporación de medidas sobre jornada laboral, vacaciones, progra-

¹⁰⁴ El ANC de 2004 no hace sino prorrogar el ANC de 2003 (publicado en el BOE de 24.2.03)

mación de la formación, que permitan conciliar las necesidades productivas y las de índole personal o familiar.

– La evaluación de la aplicación del Convenio desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades, a través del seguimiento realizado por la Comisión Paritaria, que se dotará, en su caso, del correspondiente asesoramiento. Si se considera oportuno, tal tarea se delegará en comisiones de trabajo específicas.